

La ley natural

Una realidad aún
por explicar

FRANCISCO
Carpintero Benítez

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



LA LEY NATURAL
UNA REALIDAD AÚN POR EXPLICAR

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 659

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Edición: Miguel López Ruiz

Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

LA LEY NATURAL
UNA REALIDAD AÚN
POR EXPLICAR



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2013

Título original

Historia del derecho natural. Un ensayo

Primera edición: 3 de marzo de 2013

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-3980-9

CONTENIDO

Prólogo	1
---------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO NATURAL DE LOS JURISTAS MEDIEVALES

I. Derecho natural y libertad natural: el derecho natural <i>ut natura</i> .	12
II. El derecho natural <i>ut ratio</i>	16
III. Las funciones de la razón en el derecho natural.	26

CAPÍTULO SEGUNDO

TOMÁS DE AQUINO SOBRE LA LEY Y EL DERECHO NATURAL

I. ¿Un orden metafísico?	31
II. Una opción básica	33
III. El alma humana	35
IV. Razón y voluntad, <i>ratio e intellectus</i>	37
V. Conocemos poco las cosas	40
VI. Finalidades y ley natural.	48
VII. Los criterios de la justicia	58
1. Movimiento natural y movimiento violento.	58
2. Las personas y el derecho.	61

VIII. Seres humanos y personas	66
IX. El reconocimiento de las personas	69
1. Derecho y moral: <i>medium rationis</i> y <i>medium rei</i>	75
2. La razón participada y la razón <i>essentialiter</i>	78
X. Ley general y derechos concretos	81
XI. El ‘bien común’	86
XII. El cambio de la ley natural.	87
El contexto doctrinal del problema	91
XIII. ¿Una filosofía solamente para aquella época?	95

CAPÍTULO TERCERO

LA ESCOLÁSTICA BAJOMEDIEVAL

I. El carácter imperativo del derecho	98
II. Vida secular y estilo de los religiosos	102
III. Juan Duns Scoto (1266-1308) y Guillermo de Ockham (1280-1349)	105
1. <i>Protheoria</i> del conocimiento.	105
2. La justicia y la ley natural	109
A. El cambio de la ley natural	111
B. El imperativismo legal.	114
3. Guillermo de Ockham y la polémica sobre la pobreza cris- tiana.	116
IV. Gerson (1363-1429) y Conrado (1460-1502) o la escolástica moderna en el siglo XV	121

CAPÍTULO CUARTO
LOS JURISTAS REFLEXIONARON
SOBRE SU TRABAJO

I. Explicaciones renacentistas sobre la noción del derecho natural	133
II. El derecho natural como una realidad racional	134
III. El derecho natural y las tendencias naturales del hombre	137

CAPÍTULO QUINTO
LA CRISIS DEL DERECHO COMÚN

I. Las quejas de los humanistas y la crisis del derecho	145
II. Una nueva razón práctica: el derecho obtenido desde la filosofía	148
III. La nueva idea del derecho: el racionalismo humanista y el nacimiento de la <i>juris naturalis disciplina</i>	152

CAPÍTULO SEXTO
APORTACIONES ESPAÑOLAS

I. Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569)	161
1. <i>Libertas est de jure naturali</i>	163
2. La naturaleza del poder político	165
II. La escolástica tardía española	167
III. Francisco Suárez (1548-1617)	183
1. Objetivismo ético	185
2. El imperativismo jurídico	190
3. Los derechos subjetivos naturales y la democracia	195

4. La teoría de la <i>pura natura hominis</i>	202
IV. La escolástica en el siglo XVII.	206

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA PRIMERA ÉPOCA DE LOS JUSNATURALISMOS MODERNOS

I. Hugo Grocio, autor de transición (1583-1645)	216
II. El marco general	220
III. Samuel Pufendorf (1632-1694)	225
1. Cómo conciliar una tradición inconciliable	226
2. Los ‘entes morales’: nominalismo y derecho).	228
A. La voluntad de Dios y la sociabilidad humana como las instancias creadoras de la ley natural	229
B. La negación del <i>medium rei</i>	231
C. Hubo de negar la normatividad de la naturaleza	235
3. Persona y libertad individual	237
4. La teoría de las ‘Esferas de libertad’	241
5. La oposición entre el <i>jus</i> y la <i>lex</i>	243
6. El nuevo derecho natural que él propuso: una teoría de la legislación	244
7. Comentarios.	248
IV. Distintas tendencias del nuevo derecho natural	249
1. Diversas direcciones del nuevo derecho natural.	251
2. La influencia del movimiento codificador	252
3. La subida del materialismo	253
4. El grupo conservador.	255
5. El individualismo jurídico-político	258

CAPÍTULO OCTAVO

LA CIENCIA NUEVA LLEVÓ HACIA
EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO-POLÍTICO

I. El cambio moderno de la ciencia	262
II. Un panorama desalentador	263
III. Renato Descartes puso las bases del nuevo saber teórico y práctico	266
1. Dos dificultades motivaron ante todo el cambio científico.	266
2. <i>Res cogitans</i> y <i>res extensa</i> : quedaron <i>separados</i> el sujeto que conoce y la realidad exterior al sujeto	269
IV. Descartes y el constructivismo político-jurídico	272
El <i>mos geometricus</i> sustituyó a la ciencia del derecho	274
V. Thomas Hobbes: la consolidación del constructivismo filosófico	281
1. La estructura de la nueva racionalidad	282
2. Persona y doctrina ética	286
3. La filosofía ‘creadora’.	288
4. Su legado	296
VI. El nuevo constructivismo político-jurídico	298
1. Aquello contra lo que reaccionaban	299
2. Las síntesis a priori o definiciones genéticas.	302
3. El <i>mos geometricus seu arithmeticus</i>	303
4. Los resortes del movimiento de esta nueva forma de proceder	305

CAPÍTULO NOVENO

PENSADORES IRREDUCTIBLES A UNA ESCUELA

I. John Locke (1632-1704)	314
-------------------------------------	-----

1. Las sustancias y las ideas innatas	315
2. La intuición humana: ideas simples y compuestas	317
3. La libertad	319
4. La ley natural	321
5. La sociedad civil.	324
6. Las propiedades individuales	325
II. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)	330
1. La degeneración del hombre	331
2. ¿Qué es la razón moral?.	332
3. La sociedad moral y política	335
III. Immanuel Kant (1724-1804)	341

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS CATÓLICOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL NUEVO DERECHO NATURAL

I. Los creyentes reaccionaron contra la Modernidad	351
II. La neoescolástica como apologética.	354
III. La polémica antiseccularizadora se hizo de la mano de Suárez.	357
IV. La escolástica del siglo XIX.	360
V. Creyeron en la unidad	364
VI. La ley natural inmutable	367
VII. El ‘dominio’ de Dios sobre lo creado	373
VIII. La ley natural como <i>lex descendens</i>	375
IX. Hicieron propia la categoría de la <i>imputatio</i>	377
X. No aceptaron las nuevas libertades cívicas	379
XI. Los derechos subjetivos del hombre	382
XII. La estructura de la acción humana.	386

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO
LA ÉPOCA MÁS RECIENTE

I. El siglo XIX no escolástico.	395
1. La Escuela de los kantianos	398
2. Los idealistas	399
3. Los positivistas	401
II. El siglo XX.	405
1. Autores neoescolásticos	407
2. La hermenéutica	409
3. Los sistemas de ética	410
4. Las teorías sobre los derechos humanos.	421
5. Los aristotélicos	423
III. Tareas pendientes.	424
1. La ontología reaparece en el derecho	426
2. Las personas.	431
A. Las negaciones de las personas	431
B. El orden jurídico solo contempla personas	433
C. Persona humana y razones para obedecer el derecho. . .	435
D. Una antropología por hacer	438

La ley natural. Una realidad aún por explicar, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 3 de marzo de 2013 en Desarrollo Gráfico Editorial S. A. de C. V. Municipio Libre 175-A, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14 puntos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO NATURAL DE LOS JURISTAS MEDIEVALES

La expresión *jus naturale* es una herencia, como tantas otras, romana. En el último tercio del siglo XI el *magister* Irnerius comenzó a explicar en Bolonia un manuscrito que comprendía la compilación jurídica de Justiniano. Se trataba de la primera vez que se enseñaba en Occidente el derecho privado y público de Roma, tras un paréntesis que había durado seis siglos. Es difícil exponer la impresión que causó en Europa saber que volvía a enseñarse el derecho romano otra vez. Para conocer adecuadamente este momento cultural es preciso volver a Savigny, a su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Efectivamente, el hombre del siglo XI, apenas acabada lo que llamamos Alta Edad Media, vio en el derecho romano el retorno a una cultura superior, que sabía que había existido, pero que él ignoraba. Tengamos en cuenta que los textos romanos habían sido desconocidos incluso en el Imperio Carolingio, aunque algunas citas sueltas en documentos oficiales nos muestran que debió de existir un conocimiento fragmentario de la recopilación justiniana. La enseñanza romanística de Irnerius, en Bolonia, atrajo muy pronto a bastantes estudiantes que buscaban ejercitarse en ese *donum Dei* que era el Corpus Juris del Sacratísimo Emperador Justiniano. El derecho romano era para ellos la Verdad de la justicia, la *ratio scripta*,⁷ y su alegación en un proceso ante un tribunal cuyos jueces supieran latín determinaba normalmente la sentencia. Las opiniones de los jurisprudentes romanos valían, pues, como lo que hoy llamaríamos derecho vigente.

Irnerio, y con él sus cuatro discípulos Búlgaro, Martino, Jacobo y Hugo siguieron la forma de enseñanza normal en aquel momento, según nos informa Martin Grabmann. Aparte de las *disputationes*, que eran cuestiones controvertidas que el maestro proponía para que los alumnos argumentaran de acuerdo con los textos, tenían lugar las *lectiones*, que eran explicaciones

⁷ Sobre la historia de esta expresión, véase el artículo de Guzmán, A., “*Ratio scripta*”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* IV (1979), pp. 135-155.

que hacía el profesor sobre algún texto señalado del Corpus Juris.⁸ En consecuencia, los argumentos de profesores y alumnos partían desde el texto escrito sobre el que aprendían. Aquellos juristas no concedían valor especial a la originalidad y sí, en cambio, a fundamentar su solución en opiniones ya expuestas, emitidas por personas de especial prestigio y autoridad, lo que era el caso de los jurisprudentes romanos. El *Codex*, la *Instituta* y el *Digesto* fueron divididos en párrafos, que, a falta de numeración como la que usamos hoy, eran conocidos por las primeras palabras con que empezaban, y se hablaba, así, del párrafo “Sed naturalia” de la *Instituta*, o de la ‘ley’ *Ex hoc jure* del *Digesto*. Dado que la *Instituta* fue en su momento un libro destinado a la docencia del derecho, a sus párrafos se les llamó *paragrapha*. El *Digesto*, en cambio, aparecía con otro carácter, y por esta causa a sus párrafos se les llamó *leges*.

Aquellos primeros romanistas utilizaron los manuscritos usuales del Corpus Juris. Pero aquellas *littera vulgata*, como se llamaron a estas ediciones, no eran excesivamente fiables,⁹ y, desde luego, los juristas medievales, siempre prácticos, no acometieron la tarea de depurar su contenido mediante estudios filológicos o históricos: aceptaron los textos tal como les llegaban. Este extremo tuvo con el tiempo gran importancia, porque los humanistas de los siglos XV y XVI reprocharon a estos juristas no haber conocido el verdadero derecho romano. Desde luego, estos primeros juristas no dominaban bien el latín,¹⁰ y la presentación externa de sus libros era deplorable,

⁸ Grabmann, M., *Filosofía medieval*, trad. de S. Minguijón, Barcelona, Labor, 1928, p. 36. En la enseñanza oral, la exégesis de los textos romanos solía seguir también un cierto orden estereotipado. En primer lugar, introducían una breve aclaración para cada *lex o constitutio*; después exponían resumidamente lo que el profesor consideraba esencial del texto glosado; seguía la lectura del texto; después de la lectura, referían a ese texto los otros lugares del Corpus Juris, en donde se encontraban soluciones a casos similares; las *sententias* podían ser discordantes, por lo que era preciso proceder a las *solutiones contrariorum*. Después de poner de relieve los principios jurídicos contenidos en el texto comentado *regulae*, más conocidos como *brocarda*, venía el momento más analítico de este proceso: las *distinctiones*, y se terminaba con la exposición de la solución.

Conocemos este esquema de la *lectio* medieval en la época de los glosadores gracias a los testimonios de tres autores de aquel tiempo: Bassianus (siglo XII), El Hostiense y Odofredo de Denariis (siglo XIII). Véase sobre este tema el estudio de Weimar, P., “Die legistische Literatur und die Methode der Unterricht der Glossatorenzeit”, *Jus Commune*, 2 (1969), pp. 43-83. Una explicación sobre la estructura de los diferentes tipos de *questiones* la tenemos en Chevrier, G., “Sur l’art de l’argumentation chez quelques romanistes au XII et au XIII siècles”, *Archives de Philosophie du Droit*, XI (1966), pp. 115-148.

⁹ Horn, Norbert, “Die legistische Literaturtypen der Kommentatorenzeit”, *Jus Commune*, 2 (1969), p. 86.

¹⁰ Ugo Gualazzini considera que “Gli uomini di legge sentirono la necessità di cogliere l’essenza del pensiero del legislatore attraverso una esegesi letterale dei testi che, senza rap-

ya que, dado que el material sobre el que escribían costaba caro, procuraban expresarse de la forma más útil y compendiosa posible; de ahí las abreviaturas taquigráficas y no la lengua latina en que realmente están redactadas sus glosas y comentarios. Con el tiempo, el latín jurídico acabaría constituyendo un estilo literario autónomo.

Una vez situados delante de su correspondiente manuscrito, aquellos juristas intentaban comprender el sentido y alcance del texto que estudiaban. A este fin, volcaron sus esfuerzos en determinar el significado jurídico de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió una interpretación directa y propia.¹¹ Ellos escribían el resultado de sus indagaciones bien entre las líneas del manuscrito del Corpus Juris, o bien señalaban una palabra del texto romano con una letra, y en los márgenes de los folios desarrollaban sus explicaciones refiriéndolas a las palabras gracias a las letras indicadoras.¹² Los conceptos jurídicos fueron explicados tal como ya se encontraban en los *dicta* de los juristas romanos, y este fue también el caso de las nociones del *jus naturale* y del *jus gentium*, que no constituyeron excepción. Los juristas de la Baja Edad Media, que fundamentalmente buscaban comprender ese ‘Don de Dios’ que era el Corpus Juris, aceptaron, en consecuencia, al pie de la letra, los conceptos diversos y contradictorios del derecho natural que aparecen en los textos de Justiniano.¹³ No especularon con ellos tal como usualmente se entiende esta palabra: un jurista no era un filósofo, ni era cuestión de intro-

presentare una vera e propria interpretazione, consentise ugualmente di applicare la legge nella maniera più ortodossa. Per tale motivo, essi ricorsero spesso al metodo etimologico. Purtroppo non li sorreggeva alcuna preparazione glottologica. Non conoscano neppure la regole più elementaria della fonetica, nè il greco, nè la distinzione fra il tema e la desinenza delle parole... Essi, di regola, si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche”. “Trivium e Quatrivium”, *Jus Romani Medii Aevi*, pars I, 5a., p. 38. Este último juicio de Gualazzini parece arbitrario.

¹¹ Véase, por ejemplo, Astuti, G., “La ‘glossa’ accursiana”, *Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani*, Milán, 1969, vol. II, p. 836.

¹² Savigny repara en estos dos tipos de glosas al tratar de la obra de Irnerius, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función distinta. Según Savigny, la glosa interlinear tendía a aclarar el significado de una palabra determinada. En cambio, la glosa marginal tenía la función de establecer conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del Corpus Juris. *Cfr. Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Reprint de Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1956, cap. XXVI.

¹³ Weigand indica que la actividad de estos juristas “Bestand hauptsächlich im Glossieren der Quellentexte. Ihre meist kurzen Erläuterungen sind nur zusammen mit dem erörterten Text voll verständlich. Deshalb sind von vornherein in der Frühzeit der Schule von Bologna kleine grossen zusammenhängenden Darstellungen des *Naturrechts* zu erwarten”. *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Múnich, Max Hueber, 1967, p. 18.

ducir la filosofía, normalmente risible para el jurista,¹⁴ en la más seria de las ocupaciones humanistas.¹⁵ Al jurista tampoco debía importarle la ciencia teológica, indicaba Accursio,¹⁶ ya que, tal como nos explicaba Odofredo, la jurisprudencia es un arte que en sí mismo tiene principio y fin, cosa que no sucede con ningún otro saber.¹⁷

Se trataba de una cuestión de prestigio: la ocupación con el Corpus Juris, dada la intrínseca y casi completa racionalidad que estos textos expresaban para aquellos escolares de la Baja Edad Media, hacía del jurista un profesional superior al retórico o al gramático, y por ello enfrentado también al teólogo, con quien no compartía simpatías. Por este motivo, aunque algunos juristas de los siglos XIII y XIV poseyeron una fuerte preparación humanista,¹⁸ como fue el caso de Odofredo o Baldo, entre otros, apenas usaron de sus conocimientos escolares en la explicación del derecho. Los argumentos dialécticos, silogísticos y retóricos debían ceder ante el sentido común, la *pietas*, el conocimiento del *jus scriptum* y la hombría de bien que

¹⁴ Alberico de Rosate hacía suyas las palabras de Richardus: “Ipse enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo”. Véase en Paradisi, B., el texto completo, más amplio y preciso, *La “glossa” accursiana*, cit., pp. 626 y 627.

¹⁵ Está aún por estudiar la pugna entre los juristas y los filósofos en esta época. Desde luego, los juristas no vieron utilidad en los estudios filosóficos de su tiempo, normalmente centrados en sutilidades dialécticas y retóricas, y mantuvieron, en cambio, como hizo Accursio, que “Civilis scientia vera philosophia dicitur”. *Commentarii Accursii et multorum aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, París, 1559, glosa “a” a Digesto, I, 1, 1. Véase, sobre este tema, a Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milán, Giuffrè, 1951, pp. 191-193, y Brugi, B., “Dalla interpretazione delle legge al sistema del diritto”, *Per la storia della Giurisprudenza e delle Università italiane*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1921, pp. 19 y 20.

¹⁶ “Quod quicumque vult Jurisprudens vel Jurisconsultus esse, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore Juris haec omnia inveniuntur”. *Commentarius Accursii et multorum insuper...*, cit., glosa “e” del libro I, título II.

¹⁷ En el comentario 18 a la Prima Constitutio, palabras *Omnem Reipublicam*, Odofredo escribe: “Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Just. de alia arte non. Hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur”. P. 4 de la edición de Lyon de 1550.

¹⁸ Este hecho ha sido un descubrimiento reciente, ya que hasta poco tiempo ha dominado la idea de la Modernidad, aceptada acriticamente en tiempos contemporáneos, según la cual los juristas medievales constituyeron monumentos a la ignorancia. En este sentido, véase, por ejemplo, a Fassò, G., “I glossatori e il giusnaturalismo medievale”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 40 (1963), pp. 693 y ss., en donde habla, a propósito de Odofredo, de la “loro assoluta mancanza di senso filosofico”. Más recientemente, estos juicios inexactos han sido rectificadas. Véase, en una nueva línea de investigación, a Otte, G., “Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren”, *ZSS, Röm. Abl.*, 85 (1968), pp. 368-393. Igualmente, Horn, H., “Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus”, *Jus Commune*, 2 (1969), pp. 104-149.

expresaba cada jurista. Por este hecho, Alberto Bologninus, jurista *culto* del siglo XVI, y uno de los teóricos más importantes de la jurisprudencia que hemos tenido en Occidente, escribía que “Muchos no saben nada de Filosofía, y sin embargo destacan en la jurisprudencia”: *Multi sunt in philosophia rudes, qui tamen Jurisprudentiae laude excellunt*.¹⁹ Así pues, ese término altamente impreciso que aparece en el Corpus Juris, que es el de *jus naturale*, no fue usado a modo de concepto con el que se pudiera jugar intelectualmente: eso hubiera supuesto caer en el proceder propio de los escolares de París. El *jus naturale* fue aceptado tal como venía en los textos romanos y, toda vez que las nociones romanas acerca del derecho natural eran confusas y contradictorias, los juristas se esforzaron por hacerlas compatibles explicando, cada cual a su modo, las discordancias.

Todo esto planteó problemas ya en su día. Los textos del derecho romano hablan del *jus naturale* y del *jus gentium*,²⁰ y la cultura cristiana asoció pronto la expresión derecho natural a la ley escrita en los corazones de los hombres de que habla san Pablo, que hace que los gentiles, sin necesidad de una revelación sobrenatural, sean leyes para sí mismos. Comenzó de este modo, ya a finales del siglo XI, un equívoco que llega hasta nuestros días. Por una parte, los textos romanos hablan del derecho natural como la libertad natural, esto es, la *naturalis libertas*, a la que se oponen instituciones tales como la esclavitud, el matrimonio o la apropiación privada de los bienes. Por otro lado, civilistas, teólogos y canonistas entendían por *jus naturale*, al mismo tiempo, una norma eterna e inmutable acerca del bien y del mal, de origen divino, impresa en la inteligencia humana. Fue lógico, resalta Hervada, que los canonistas no se entendieran sobre este tema con los civilistas. Efectivamente, los canonistas entendieron por derecho natural “Lo que está escrito en la ley y en el Evangelio”, y esto poco tenía que ver con algunas de las nociones del derecho natural y del derecho de gentes que encontramos en las fuentes romanas.²¹

¹⁹ *De lege, jure et aequitate disputationes*, Witerbergae, 1594, capítulo IX, § 8.

²⁰ El primer estudio que se hizo sobre las teorías jusnaturalistas de los *Jurisconsulti* fue el de Fernando Augusto Hommel, *Propositum de novo systemata Juris Naturae et Gentium ex sententia veterum Jurisconsultorum concinando sive De Jure quod Natura omnia animalia docuit Commentatio*. Lipsiae, 1747. El estudio más extenso ha sido el de Voigt, Moritz, *Das jus naturale, aequum et bonum und das jus gentium der Römer*, Leipzig, 1856. Existe *reprint* de Scientia, Aalen, 1966. Un estudio más breve es el de Nocera, Giuliano, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, Milán, Giuffrè, 1962. Una obra asequible es la de Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 120-137.

²¹ Hervada, “Notas sobre la noción de derecho natural en Graciano”, *Escritos de derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1968, p. 310.

I. DERECHO NATURAL Y LIBERTAD NATURAL: EL DERECHO NATURAL *UT NATURA*

Accursio, el autor de la *Glossa ordinaria*, una ‘summa’ de las aportaciones de las primeras generaciones de los juristas que glosaron el Corpus Juris, y que fue el documento jurídico más estudiado en la Baja Edad Media, influyente aún en los siglos XVI y XVII, entiende que el derecho natural está constituido por las tendencias naturales más importantes del hombre, entre las que destaca la libertad que *naturalmente* vive o experimenta toda persona. Efectivamente, al comentar la ley Libertas (D. 1, 5, 4), en la que Florentino mantuvo que la libertad es la facultad natural de poder hacer cada cual lo que quiera, mientras que la esclavitud ha sido constituida por el derecho de gentes, por el que se somete, *contra naturam*, un hombre a otro,²² Accursio indica que “En este lugar se define la libertad atendiendo al derecho en que se fundamenta, que es el derecho natural”.²³ Este jurista sigue la doctrina que fue establecida ya por Irnerio,²⁴ que, en su opinión, debe ser entendida en el sentido de que el derecho natural excluye cualquier tipo de sujeción de un hombre a otro hombre, pues “Bajo el derecho natural, todos los hombres nacen libres”.²⁵ Irnerio, Azo, Placentino, o Accursio, al escribir así no sentaban ninguna doctrina original. Más bien al contrario, seguían una tradición nítida, que se reconoce en Isidoro de Sevilla, en los inicios de la Alta Edad Media, ya que san Isidoro estableció en sus *Etimologías* (una enciclopedia con un resumen de los saberes del siglo VII), de acuerdo con su formación romanista, que lo que él llama la ‘Igual libertad de todos’ (*Omnium una libertas*)

²² Florentino escribía: “Libertas est naturalis facultad ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Servitus est constitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subjicitur”. D. 1, 5, 4. Ed. de Mommsen-Krüger, Berlín, 1954.

²³ “Definit hic libertas secundum jus quo est inventa *jus naturale* secundum”. *Corpus Juris Justinianei, cum Commentariis Accursii etc.*, Lugduni, 1628, glosa “b” a D. 1, 1, 4. Para entender adecuadamente a Accursio y a los demás juristas en lo referente a las relaciones entre derecho natural y libertad, conviene tener en cuenta lo contenido en el texto de Ulpiano, también en el primer capítulo del Digesto: “Manumissiones quoque Juris gentium sunt... quae res et jure gentium originem sumpsit. Utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esse nota manumissio, cum servitus esse incognita: sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionem, et cum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi quae desierant esse servi”. D. 1, 1, 4.

²⁴ “Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut definiatur libertas eo jure, quo inventa est juri naturali”. Glosa “c” a Inst. 1,1,3.

²⁵ “Utpote cum jure naturale omnes homines liberi nascerent nec est nota manumissio”. Glosa “q” a D. 1, 1, 4. Como puede verse, repite las palabras de Ulpiano.

y la ‘común posesión de todas las cosas’ (*Communis omnium possessio*) se fundamentaban en el derecho natural o, quizá, más bien, estas instituciones son las que componen y en las que consiste en parte este derecho.²⁶

Este último extremo no está muy claro, y nuestra forma de pensar actual puede jugarnos malas pasadas para comprender estos textos jurídicos. En efecto, hoy se suele decir que una institución determinada ‘se fundamenta’ en el derecho natural. Pero aquellos autores no contemplaban como separados a la institución en cuestión, por un lado, y al derecho en que se fundamentaba, por otro. Quizá con más precisión que nosotros, ellos decían y escribían que “La libertad es de derecho natural” (*Libertas est de jure naturali*) y, en otras ocasiones, que la “Libertad fue introducida por el derecho natural”: *Libertas introducta est jure naturali*. Esta equiparación entre derecho natural y libertad natural en los juristas medievales quizá pueda extrañar al lector actual, que puede tener el prejuicio de creer que en aquellos siglos se enseñaba la doctrina aristotélica según la cual unos hombres nacen naturalmente destinados a ser siervos de otros. Nada más ajeno al pensamiento jurídico medieval, que no siguió en absoluto a Aristóteles en este tema, sino a los juristas romanos. El primer testimonio que he encontrado que contrapone expresamente a los *jurisconsulti* (de Roma) con Aristóteles, es el de un teólogo protestante aficionado a temas jurídicos, Johann Adam Osiander, en 1671.²⁷

Siguiendo el sentido de los textos romanos, Accursio afirmó reiteradamente que, atendido el derecho natural, todos los hombres son igualmente libres, con independencia del *status civilis* que posean, es decir, independientemente de si son libres o siervos. Por este motivo, se opuso resueltamente a los que estimaban que la libertad creada por el derecho natural solo se refería a los hombres que eran libres o libertos, mientras que los esclavos quedarían al margen de ella. “Algunos dicen —escribe Accursio— que la libertad que aquí es definida se refiere a la libertad que es propia del hombre libre, no a la libertad del esclavo... de modo que la libertad del hombre libre

²⁶ *Etimologías*, Madrid, BAC, 1951, liber V, capítulo IV. El texto quedó reproducido en el canon VII del Decreto de Graciano. Nos indica Martin Grabmann que “Die Definition des *jus naturale* in dem Etymologien des Isidor ist von Gratian übernommen worden und ist dadurch auch Gemeingut der Scholastik geworden”. “Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin”, *Mittelalterliches Geistesleben*, Múnich, Hueber, 1926, p. 69.

²⁷ Osiander escribía que “Aristoteles putavit dari servos natura, Jurisconsulti autem sentiunt, nullum talem dari, sed libertatem esse quandam naturalem facultatem, cum omnes natura nascantur liberi. Verum recte contra Aristotelem defenditur, non dari servum natura: cum quia servitus non est naturale quid, sed civile”. *Observationes maximam partem Theologicae in libros tres de Lux. Bell. ac Pacis Hugonis Grotii*, Tubingae, 1671, p. 792.

es cosa distinta de la libertad del esclavo”.²⁸ Esta tesis le parece falsa, porque sigue escribiendo que “Aquí se define la libertad según el derecho por el que fue creada, que es el derecho natural, por lo que también se define la libertad del siervo”. La razón que le mueve a pensar así radica en el hecho de que solo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que esta realidad no puede desdoblarse en dos libertades distintas, una para el hombre libre y otra para el esclavo.²⁹ Accursio concluye, consecuentemente, que, de acuerdo con el derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre.³⁰ Esta argumentación es una síntesis, con la brevedad propia de una glosa jurídica de aquella época, de las ideas sobre el valor de la persona que se encuentran ya en el iniciador de la cultura jurídica del *jus commune*, Irnerio. Este jurista, al comentar al término ‘persona’ que aparece en Instituta 1, 2, 12, escribía: “El hombre es la más digna de todas las criaturas” (*Homo est dignissima creaturarum*), y, para mostrar la evidencia de esta afirmación, recurre al autor de la frase, Boecio, y a algunos versos de Ovidio y Virgilio.³¹ Sus discípulos pensaron de forma igual, e incluso Búlgaro, que ha pasado a la historia fundamentalmente por su fuerte sentido de la jerarquía política y del orden social establecido, escribía que “El esclavo es naturalmente libre, y cuando se le manumite no se le da la libertad, sino que se le devuelve”.³²

Los juristas, ya desde Irnerio, superaron la descripción de la realidad social y política de su tiempo y se situaron en un plano utópico, que reclamaba la libertad e igualdad para todos los hombres.³³ En estas líneas de Ir-

²⁸ “Alii dicunt difiniri libertatem liberi, non libertatem servi, quia ex prima vocantur, scilicet hodie liberi: non ex secundum scilicet qua habet servi. Est ergo libertas alia in servo, alia in libero”. Glosa “c” a Inst. 1, 1, 3. *Reprint* “Ex Officina Erasiana”, *cit.*

²⁹ “Libertas. Diffinit hic libertas secundum jus quod est inventa, *jus naturale* secundum unde etiam libertas servi diffinitur... alii dicunt ibi diffinitur libertas liberorum non libertas servorum. Tu dic quod libertas est facultas id est possibilitas a jure naturali potest facere quicquid vult”. Glosa “b” a D. 1, 5, 4.

³⁰ “Nam ipse [servus] semper liber est inspecto jure naturali”. Glosa “o” a D. 1, 1, 4. En la glosa “c” a Inst. 1, 3, 1 escribe: “Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut diffiniatur libertas eo jure, quo inventa est jure naturali et sic servi secundum hoc sunt liberi”. Al opinar así seguía la idea contenida en la sentencia de Ulpiano contenida en D. 50, 17, 32: “Quod attinet ad Jus civile servi pro nullius habentur, non tamen ut jure naturali, quia quod ad *jus naturale* attinet, omnes homines aequales sunt”.

³¹ Moschetti, G., “Eticità nella glossa di Accursio sotto l’aspetto della libertà dell’uomo”, *Studia et Documenta Storiæ et Juris*, 35 (1969), p. 41.

³² “Servus naturaliter est liber, et dum manumittitur non datur ei libertas, sed detegitur”, Moschetti, *Eticità...*, *cit.*, p. 45.

³³ Moschetti nos proporciona una explicación bastante clara de las razones que llevaban a este cambio de consideración, desde el plano de los textos romanos y de la realidad social de la época, a esta visión en contraste abierto con tal realidad. *Ibidem*, pp. 40-44. Félix Senn

nerio y de sus discípulos, continuadas por la práctica totalidad de los juristas del *jus commune* que se suceden hasta el siglo XVIII, se inicia una tendencia que alcanzará su plenitud en la Edad Moderna: me refiero a la afirmación simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos parcialmente, uno el derecho natural, que constituye pero no estatuye la igual libertad para todos los hombres, y otro el derecho de gentes. Este último es un derecho de origen humano que legitima la existencia de instituciones opuestas a las que constituye el derecho natural.³⁴ Aunque la afirmación de la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos debe ser matizada fuertemente para mantenernos fieles a los textos de esta época.

Por lo general, estos juristas, siguiendo el sentido más evidente de los textos romanos, consideraron que habrían existido dos etapas en la historia de la humanidad. En la primera, conocida como *jus naturale*, no hubo esclavitudes ni propiedades, ya que el derecho natural implicaba o consistía en la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*. Entonces no existían acciones ni juicios, lo que originaba serios problemas. Bártolo de Sassoferrato, que proporciona una explicación algo peculiar de este tema, entendía que el poder político, con sus inevitables exigencias de jerarquización y subordinación, no se oponía, sin embargo, al derecho natural,³⁵ y las controversias eran decididas directamente en aquel ‘estado de naturaleza’ por el poder del rey.³⁶ Pero Bártolo se ajusta más a la doctrina tradicional de entonces cuando, en contradicción consigo mismo, mantiene que la libertad propia del derecho natural queda destruida mediante la simple existencia de la obediencia política: “¿La ley humana puede proceder contra el derecho natural? La *Glossa* [es decir, *Accursio*] mantiene que no. Pero contra ella está el hecho de que la sentencia del juez destruye la libertad, que es de derecho natural”.³⁷ Igualmente, se ajusta más a la tradición cuando explica que bajo el derecho natural no existía el matrimonio en la forma en que hoy lo conocemos, por lo que todos los hijos eran legítimos.³⁸ Esta primera etapa de libertad acabó cuando un derecho creado por los hombres, *introducitur usu*

hizo un corto pero penetrante estudio de lo que podía entender por *libertas* un jurista que tuviera a la vista el *Corpus Juris*. Véase “Les obligations naturelles: la leçon de la Rome antique”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 35 (1958), pp. 154 y 155.

³⁴ Accursio indicaba que el derecho vigente “Partim est de jure naturali, ut libertas: et partim est de jure gentium, ut servitus”. Glosa “p” a Inst. 1,3.

³⁵ Véase sobre este tema mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (1975), pp. 272 y 273.

³⁶ *Cfr.* comentario núm. 12 a D. 12, 6, 38.

³⁷ “An contra *jus naturale* lex possit? *Glossa* tenet quod non. Contra eam facit: nam sententia iudicis tollit libertatem, quae est de jure naturali”. Comentario núm. 3 a D. 1, 4, 1.

³⁸ *Cfr.* comentario núm. 14 a D. 41, 2, 1.

gentium (y llamado por ello *jus gentium* o derecho de gentes, escribía Bártolo), introdujo la división de las propiedades y, con ella, la codicia que origina las guerras.³⁹ La esclavitud es una consecuencia de las guerras, pues ya que es más humano que los prisioneros sigan vivos, aunque sea en condición de siervos, que no que sean sacrificados, según la explicación tradicional romana.⁴⁰ Así pues, el derecho de gentes introdujo las propiedades (privadas), la esclavitud y el poder político, derogando el derecho natural y acabando con la igual libertad de todos y la común posesión de todas las cosas. Posteriormente, los hombres introdujeron el *jus civile*, expresión con la que entonces se designaba lo que hoy conocemos como derecho legislado o consuetudinario, propio de cada comunidad política, y con este último derecho se inicia la sociedad actual.⁴¹ El *jus naturale*, en esta primera acepción que estudiamos, es derogable cuando hay causa proporcionada para ello. Ninguna instancia en especial declara la derogación del *jus naturale*: esta derogación es un hecho social más.

II. EL DERECHO NATURAL *UT RATTO*

Han existido, pues, dos etapas en la historia de la humanidad. En la segunda de ellas, el *jus gentium* ha introducido las guerras, las esclavitudes, el comercio, el arte de construir edificios, las propiedades, etcétera, como declara la ley *Ex hoc jure*.⁴² Así, frente a la simplicidad primitiva del hombre que vivía en el estado de naturaleza, el derecho de gentes ha introducido

³⁹ Cfr. comentario núm. 2 a D. 29, 1, 14.

⁴⁰ Sobre estos temas, véase mi estudio *Sobre la génesis...*, cit., pp. 271 y ss. Accursio entendía que “*Servitutum vel usucapionem a bono publico introducta, cum haec jure naturali sit contraria dicat non esse bona, si enim bonum est aliquid eadem ergo malum ipsum non esse, bonum est e jure naturali omnes esse liberos, dominio rem suam non auferri*”. Contesta estas cuestiones argumentando: “*Si intellectus referas ad casos supervenientes meli est servitute esse quam non esse, sic enim capti ab hostibus periret mali est rei publicare eos vivere servos quam mori ingenuos, item si ispicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius ea tolerari, aliter enim non posse probari dominium fere*”. Glosa “t” a D. 1, 1, 11.

⁴¹ *Ibidem*. Esta mentalidad sobre el origen artificial y en cierto modo inmoral del poder político seguía presente en Francisco Suárez, quien aún se plantea, para rebatirla, la tesis de la ‘antinaturalidad’ de la convivencia política. Véase *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Coimbra, 1612, l. III, Proemium. Pero la justificación última por la que él explica que la titularidad del poder político no corresponde a ningún hombre en concreto, sigue deudora de la figura de la “*Omnium una libertas*” originaria. Véase I, II, cap. 2, §§ 1-3 de esta obra.

⁴² “Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se instituyeron el comercio, las compraventas,

las instituciones jurídicas propias del hombre actual en sus circunstancias reales, y el pensamiento utópico ha cedido el paso a las necesidades que constituyen la mayor parte de la realidad o la verdad de la vida práctica humana. Es preciso aludir a este raciocinio práctico, siempre que no confundamos práctico, esto es, moral o jurídico, con pragmático. Porque la *praxis* (de donde deriva el adjetivo práctico) es una categoría griega que designa la forma de comportarse de un ser de acuerdo con su naturaleza, por lo que es una noción ante todo biológica.⁴³ En el ser humano, la *praxis* sería ante todo el arte de saber desarrollar nuestra humanidad, y por eso Tomás de Aquino usa indistintamente, a veces, las palabras “humano” y “moral”.⁴⁴ Lo pragmático, en cambio, es la actividad técnica que cualquiera realiza para conseguir un fin concreto, como construir un barco. Naturalmente, al tocar el tema del fundamento último del razonamiento propiamente práctico, la atención se desplaza a las explicaciones que dieron los juristas de estos siglos para mostrar cómo la simple circunstancia (las consecuencias de la codicia, de las guerras) se impone sobre la consideración que parte desde la noción de una inamovible naturaleza humana.

Algunos han entendido que el derecho natural aparece en los juristas medievales, igual que en los jurisprudentes romanos, como un ideal o meta a conseguir, pero utópico y, por ello, sin virtualidades precisas. Por este motivo, a pesar de sus raíces, que entroncan con el inicio de la humanidad —en el *status naturae*—, en contra de su pretendido rango de justicia eterna, el derecho natural que nos presentan los juristas romanistas, con su proclamación de la libertad e igualdad económica y política de todos los hombres, aparece, como indica Giuliano Nocera, destinado a representar el papel del rey que reina, pero que no gobierna.⁴⁵ El *ius naturale* se muestra, de este modo, como un ordenamiento jurídico inferior,⁴⁶ sin eficacia definida en la vida real. Son comprensibles estas afirmaciones, porque para la mentalidad

los arrendamientos y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil”. D. 1, 1, 5, traducción de Álvaro d’Ors y otros, Pamplona, Aranzadi, 1968.

⁴³ Ritter, Joachim, ‘*Naturrecht*’ bei Aristoteles. *Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961.

⁴⁴ Véase, entre otros lugares, *Suma teológica*, I-II, q. 18, art. 9.

⁴⁵ “In conclusione, ad ontà delle sue radici, lunghe e antico quanto la storia del mondo degli uomini (Inst. 1,1,11); ad ontà, dunque, della sua stessa identità con le leggi della vita zoologica (Inst. 1,2,pr.); malgrado il suo rango di giustizia sempiterna (D. 1,1,11); ad ontà, dunque, di tutti questi elementi che pongono il diritto naturale al vertice di ogni ordinamento, distaccandolo anzi dall’operare e dal consenso degli uomini, il diritto naturale conosce, più di ogni altro diritto, le contraddizioni clamorose con la realtà”. Nocera, *Ius naturale...*, cit., p. 49.

⁴⁶ Maschi, “Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore?”, *Studi Koschaker*, Milán, 1954.

del hombre del siglo XX es difícil entender cómo la meta moral suprema (que estaría representada en este caso por las exigencias del derecho natural) puede ser relegada en el razonamiento práctico. Nuestro pensamiento, que suele reducir la realidad jurídica a una de sus facetas (la jerarquía de fuentes, en este caso), es algo pesado para comprender la mayor libertad de espíritu propia de esta jurisprudencia.

Los juristas medievales también quisieron explicarse a sí mismos cómo era posible esta derogación cotidiana del derecho natural. Un primer razonamiento que pretende justificar la derogación parcial que ha sufrido el *jus naturale*, razonamiento que recorre toda la Baja Edad Media y lo encontramos también en bastantes juristas de la Edad Moderna, es el que realiza Accursio cuando escribe que la existencia jurídicamente legitimada de la esclavitud no supone la derogación del derecho natural, sino tan solo que este derecho “No ha sido tenido en cuenta en este caso”.⁴⁷ Pero, como esta explicación tenía sus desventajas, el mismo Accursio explica que el derecho natural es derogable, pero solo en casos concretos, y no en su totalidad.⁴⁸ Esta última explicación llegaría a ser muy popular, y se expresaba diciendo que el único precepto inmutable del derecho natural es aquel que prohíbe que sea derogado en su totalidad.⁴⁹

El argumento que puede explicar satisfactoriamente la derogación de lo que entonces se entendía por derecho natural nos lo proporciona Accursio también: el *jus gentium* legitima realidades repugnantes a la razón natural, como son la esclavitud o la existencia de la *praescriptio*, ya que estas insti-

⁴⁷ “Sed quod dicat esse immutabile, est contra id quod de servitute dicitur: quae est contra *jus naturale*: et tamen praevallet. Sed dic, non derogatur ob hoc, licet non servetur in illo casu nam nihilominus bonum et aequum est”. Glosa “e” a Inst. 1,2,11.

⁴⁸ Esta opinión fue mantenida por los juristas del derecho común desde los inicios de la Escuela de Bolonia. Irnerio dejó escrito que el *jus gentium* deroga al *jus naturale* “Non in sua corporis universitate nam in singulis alter se habet, ut servitus”. Glosa “c” a D. 1, 1, 6. Sobre este tema, véase Rota, “Il diritto naturale come insieme di norme regolatrice della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 25 (1948), pp. 161 y 162. Desde Irnerio hasta Accursio, la licitud de esta derogación parcial parece haber sido la opinión dominante. Véase Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milán, Giuffrè, 1963, vol. I, pp. 120 y ss. Los canonistas salvaron la derogabilidad del derecho natural distinguiendo tres tipos de normas dentro de este derecho: las preceptivas y las prohibitivas, que son inderogables, y, como tercer grupo, el integrado por las *demonstrationes*, que sólo recomiendan, sin ordenar ni prohibir. Véase Weigand, *Die Naturrechtslehre der Scholastik...*, cit., pp. 341-347.

⁴⁹ “Nec obstat quod ipsum sit immutabile. Quia illud verum in suo genere: certis autem capitulis mutatur”. Glosa “r” a D. 1,1, “De jure civili”. Cito ahora por la edición de Otto Zeller (Osnabrück, 1965), que reproduce la de Lyon de 1628.

tuciones son necesarias, porque existen *propter necessitates*.⁵⁰ Efectivamente, recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre estos temas, la esclavitud es legítima, afirma Accursio, porque es preferible que el prisionero de guerra sea esclavizado a que sea ejecutado, y las *praescriptiones* hacen posible que las propiedades sean seguras y no estén sometidos a controversias y pleitos que se eternicen.⁵¹ En consecuencia, el *jus naturale* puede ser derogado o no ser tenido en cuenta cuando existe una causa proporcionada, y en tal caso es lícito, tanto en el fuero externo como en el interno, proceder contra lo que constituye este derecho.⁵²

A Pedro de Bellapertica, en el siglo XIII, no le convencieron estas razones, porque explicaba que en ella se establece una relación aritmética o geométrica (*de toto quo ad totum y de parte quo ad partem*), explicación que puede ser válida para explicar problemas físicos o espaciales, pero que, aplicada al caso del derecho, “No vale ni lo que se da como limosna”.⁵³ Me parece, interpreto ahora, que lo que Bellapertica pretende indicar (teniendo en cuenta el contexto de su doctrina sobre la concreción del derecho natural)⁵⁴ es que

⁵⁰ Accursio, glosa “b” a D. 1, 5, 4. Azo había mantenido anteriormente que “Jura naturalia dicuntur immutabilia... nisi justa causa interveniat vel publica utilitas”. *Lectura Codicis*, 1, 22, 6, glosa “quae generalis”. Citado por Cortese en *La norma jurídica...*, cit., vol. I, p. 121.

⁵¹ Vázquez de Menchaca explicaba cuatro siglos más tarde que “Quoad tertium nempe quare usucapio fuerit introducta, respondet Jureconsultus id admissum ne rerum dominia incerta essent, et ne lites essent inmortales, neque domini perpetuo timore rerum suarum amittendarum cruciarentur. Sed quonam modo deducitur lites fore inmortales dominiaque; rerum est, nam principio generis humano omnia erant communia praesertim agri et campi ut est vera et communis opinio”. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium*, Venecia, 1564, cap. 51, § 9. Más adelante continúa: “Ut qui aliquid immovile suum esse duxerit, illud probare debeat, quia contra se habet praesumptionem Juris, cumque is dicat quod jus olim erat commune, degenerasse, ad sequitur; solum in particulari pertinere coepisse, id probare necesse habet... nisi quod ostenderet testamentum primi parentes Adami, quod copiam forte praedium aut praedia sibi relicta fuisse apparet”. *Op. cit.*, cap. 51, §§ 15 y 16.

⁵² “*Jura naturalia dicuntur immutabilia*. Ormai in questa figura della *causa legis* vengono e cristallizzarsi motivi etici così forte da permettere il cedimento dello stesso diritto di natura, che pure concentra i più alti principi morali. Ma si comprende: nella meccanica del ragionamento medievale porre una causa valida a sostegno di un’azione significava assegnare a questa una intima ragionevolezza, che non portava solo sul piano logico, ma s’inoltrava bene a fondo se quello etico: perchè ogni giustificazione razionale diveniva giustificazione del foro della coscienza”. Cortese, *La norma...*, cit., vol. I, p. 121.

⁵³ Él fundamenta su negativa en lo establecido en D. 6, 1, 7 y D. 22, 1, 25, e indica que “Ista solutio non valet unum obolum”. *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi Principis, Commentarium longè acutissimum*, Lugduni, 1586, Proemium, p. 107. *Reprint* de Arnaldo Forni de la edición de 1536.

⁵⁴ Esta concreción y mutabilidad del *jus naturale* en los juristas las estudié en mi estudio “Historia y justicia según los juristas de formación prudencial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), pp. 351-394.

en unos momentos deben prevalecer las exigencias moralmente elevadas de este derecho, y en otros no: manda la oportunidad expresada en las circunstancias. En cualquier caso, el término ‘derogación’ no puede ser entendido en el sentido actual. Expliquemos esto: él distingue en la *ratio* genérica creadora del derecho entre una *naturalis ratio* que expresa los principios equitativos y más abstractos del derecho natural, y otra vertiente de la razón que, sin perder enteramente de vista aquellos principios éticos informadores del derecho natural, dirige la actuación humana cuando el hombre actúa ‘ante las necesidades’ (*propter necessitates*), que se concreta en el derecho de gentes. Una cosa es aquella primera razón, que solamente es una *participatio* de la inteligencia divina, y que debe ser llamada *lex divina*, y no derecho natural, y cosa distinta es el *jus naturale*, que estaría compuesto por las respuestas que hemos dado los hombres con toda razón a nuestras necesidades históricas, y que es el mismo entre los cristianos, los griegos y los turcos.⁵⁵ Este derecho cambia según las circunstancias, por lo que existe un derecho natural de presente, de pasado y de futuro.⁵⁶ El derecho natural no es derogable en el sentido que Accursio daba a este término, como si una simple parte de él pudiera perder su vigencia jurídica.

Sin embargo, estos juristas no eran lo que hoy llamaríamos unos relativistas, de modo que ellos admitieran que las circunstancias dominan por completo la vida práctica del hombre. Ellos mantenían que el derecho natural estaba relacionado de algún modo con la equidad natural, y por este hecho Accursio lo definía como aquel derecho “Que siempre es bueno y equitativo”,⁵⁷ el amigo perpetuo y real del género humano, como lo calificaba Baldo de Ubaldis. Era, pues, necesario explicar razonadamente por qué o cómo había sido derogado y qué superioridad práctica podía justificar esta singular derogación.

En definitiva, todas las explicaciones que se suceden a lo largo de casi seis siglos en torno a este problema giran sobre el razonamiento que, entre otros juristas, expone Bartolo: la libertad está ‘constituida’ por el derecho natural porque no se encuentra prohibida por este derecho: *Dicitur jure na-*

⁵⁵ *Petri de Bellapertica...*, cit., pp. 75 y 76.

⁵⁶ Todo depende de la *causa* y de su mutabilidad en el tiempo. Véase *Petri de Bellapertica...*, cit., pp. 108-110. En esta última página escribe “Aut quaeritur nunquid *jus naturale* in se possit tollere. Et tunc aut quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* futurum aut *jus naturale* iam introductum. Si quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* futurum. Dic quod sic, per consensum contrahitur naturalis obligatio... Aut quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* iam introductum et tunc refert: aut quaeritur nunquid hoc potest ex causa probabili: et dico quod sic. Aut quaeritur nunquid hoc potest sine causa. Dici quod non: et sic intelligo”.

⁵⁷ “Quod semper bonum et aequum est”. Glosa “c” a D. 1, 1, 6.

*turali primaevum esse statutum, quia per jus naturale primaevum non invenitur prohibitum.*⁵⁸ De este modo distinguieron entre aquello que ‘es natural’, es decir, a lo que nos sentimos inclinados naturalmente (pues viene constituido por la naturaleza), y lo que, en cambio, constituye un derecho porque viene *estatuído* por la naturaleza. El tema era, empero, espinoso. Tomás de Aquino escribía, en el siglo XIII, que “Todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente por la inteligencia como buenas... y sus contrarias como malas y a evitar. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales”.⁵⁹ Pero, al parecer, la simple cualidad de inclinación natural no determinaba la existencia de un verdadero derecho hacia el objeto de esa inclinación, ya que el mismo Tomás escribe poco más adelante que, dado que la naturaleza no impone la *communis omnium possessio* ni la *omnium una libertas*, la propiedad privada (*distributio bonorum*) y la esclavitud fueron impuestas por la razón humana para utilidad de los hombres.⁶⁰ Aparece, otra vez, el criterio de la utilidad, basado en el *propter necessitates*, que es suficiente, moral y jurídicamente, para denegar un derecho a hacer aquello que demanda una tendencia natural. Conrado Lagus, en la segunda mitad del siglo XVI, afirmaba este criterio explicando que estas exigencias del derecho natural estarían en vigor si la naturaleza humana hubiera permanecido incorrupta, tal como fue creada; pero en nuestra condición actual no cabe hablar de uso en común de las cosas o de la igual libertad e igualdad de todos.⁶¹

Por lo general, incluso en la Edad Moderna, en el área de cultura romanista, se siguió este esquema de *ius naturale-jus gentium*. El primero constituía la común posesión de todas las cosas y la igual libertad de todos, y el segundo introducía más tarde el poder político, la esclavitud y las propiedades. Los juristas romanistas, hasta ya entrado el siglo XVIII, siguieron contrapo-

⁵⁸ Comentario núm. 1 a Inst. 1, 2, 11. Cito por la edición de Venecia de 1616. Ciento cincuenta años antes, Bellapertica había expresado una idea parecida, según un ejemplo propuesto por Isidoro de Sevilla: “Pasar a través de un campo ajeno es lícito (*fas est*), pero no por esto existe un verdadero derecho a hacer esto”. Por tanto, este jurista entiende que “la libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas expresamente y, por este motivo, el obrar con plena libertad pertenece al *fas*, no al *ius*”. *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, pp. 120 y 121.

⁵⁹ *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2, resp.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 6 ad 3.

⁶¹ “Proinde non inepte quidem haec officia justitiae, ad quae praestanda excitamur naturae quodam impetu, vocant his primaevum, quasi id valitum fuisse, si natura mansisset incorrupta, et talis qualis primo condita esset. Neque enim dubium est, quin rerum omnium communio, ac personarum aequalitas, ac libertas potuerit inter homines conservari, si natura immoderatis concupiscentiis non esset infecta. Postquam igitur per lapsum Adae deterior facta est nostra naturae conditio”. *Methodica Juris utriusque traditio*, Lugduni, 1562, p. 8.

niendo el derecho de gentes al derecho natural. Así, por ejemplo, Guillermo Doviatus, para explicar este tema en 1723, distinguía entre una libertad filosófica, otra natural y, finalmente, la libertad legítima. Desde los puntos de vista filosófico y natural, mantenía Doviatus, todos los hombres somos libres, pero desde el punto de vista de la legitimidad, esto es, de lo establecido por nuestras leyes, la libertad ha sido lícitamente abolida.⁶² Era éste, de todas formas, un tema ya difícil en el siglo XVI. Pierre de la Grégoire, más conocido literariamente como Gregorius Tholosanus, estableció en principio que ninguna cosa o cualidad natural es incorruptible o inmutable, por lo que del mismo modo que es natural el nacer, por las causas contrarias es natural perecer.⁶³ La necesidad —mantenían todos— es el máximo criterio de la justicia. Pero Tholosanus mantiene, sin embargo, que el máximo grado de vileza y abyección humana está en la esclavitud.⁶⁴

¿Se trataba de un pensamiento hipócrita que reconocía principios de justicia, pero que más tarde los negaba en nombre de las exigencias de las circunstancias? No parece. Tomemos un film del joven Marlon Brandon, *Queimada*. Brandon —oficial de la Marina inglesa— llega a una isla portuguesa que tiene este nombre, en donde desarrolla su labor para que los esclavos que viven allí alcancen su independencia. Finalmente los esclavos son declarados libres, y el oficial inglés vuelve a su patria. Pronto los esclavos comprenden su error: mientras eran propiedad de otros tenían asegurado el techo, la comida y el vestido; ahora, con poco trabajo que hacer, no tienen medios para subsistir, y han de irse al monte para dedicarse al bandolerismo. Brandon vuelve para preparar la instalación de las compañías inglesas que necesitaban mano de obra barata. La película acaba cuando, en el momento de reembarcar, un africano se acerca al inglés sonriéndole y tendiéndole la mano, claramente agradecido por la libertad que ya tiene. Con la mano libre, el africano mata a Brandon con un cuchillo.

⁶² “Jurisconsulti autem nostri libertatem velut res inestimabilem dicunt, servitutum morti fere comparant. Ex quorum dictis tres libertatis et servitutis formas colligo: unam philosophicam, alteram naturalem, tertiam legitimam, hoc est a legibus nostris traditam... Est autem legitima libertas (ut Florentinus noster definit) naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur. Legitima autem servitus est constitutio Juris gentium, qua quis alieno dominio contra naturam subiicitur... libertatem ad naturam, servitutum ad hominem legem referens”. *Enarratio in responsa Jurisconsultorum naturalia*, Halae Magdeburgicae, 1723, § 7.

⁶³ “Neque naturalia omnia quae sunt, incorruptibilia vel inmutabilia sunt. Quinimo, sicut naturale est nasci: sic per contrariis advenientibus causis, naturale est per easdem causas corrumpi”. *Syntagma Juris universi*, Venetiis, 1593 (4a. ed.), pars II, liber XI, cap. I, § 7.

⁶⁴ “Ultimus gradus vilitatis et abjectionis humanae est in servitute”. *Syntagma...*, pars II, liber XIV, cap. I, § 24.

Tenemos, pues, un pensamiento pragmático que se imponía, cuando concurrían las circunstancias suficientes, sobre un sector de lo que entonces se entendía como derecho natural. De esta forma, la utilidad reclamada o hecha posible por las necesidades era generadora de moral: ella misma constituía argumentación práctica. Diríamos, a la vista de los textos, que el pragmatismo propio del derecho de gentes corregía la vocación siempre tendencialmente totalitaria propia de la utopía del *jus naturale*. Naturalmente, el estudioso actual puede tender a pensar que, a pesar de las declaraciones expresas de estos juristas, el razonamiento verdaderamente jusnaturalista es este último, el que se desarrolla fundamentado en el *jus gentium*. Que el genuino derecho natural no es la utopía imposible, sino la razón humana cuando, para desplegarse y avanzar proponiendo soluciones, actúa según el criterio del *propter necessitates*. Porque el razonamiento práctico medieval no pretendió basar su corrección en una deducción correcta de naturaleza lógica, como sí pretendió la Modernidad, o en una adecuación puramente técnica o instrumental entre medio y fin, como han mantenido con diversas variantes un sector de los teóricos de la acción del siglo XX. El razonamiento práctico de los juristas medievales busca más bien hacer realidad los bienes específicamente humanos, concretos o actuales, que quedan al cuidado teórico del jurista.

Esta argumentación racional que crea el *jus gentium* procede de la ‘razón natural’ (de la *naturalis ratio*, expresión entonces muy frecuente) del hombre, o es realizada *naturalmente* por la razón humana, según se expresaban estos autores. Buena parte de los juristas bajomedievales fue consciente de que la actividad específicamente racional del hombre es tan *natural* al hombre como los ideales más generales, sean la *omnium una libertas* o la *communis omnium possessio*. Por este hecho, y también al filo de los textos romanos, Accursio entendió, siguiendo a Ulpiano, que mientras que el derecho natural es aquello que la naturaleza enseñó a todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*),⁶⁵ el derecho natural propia y específicamente humano es el *jus gentium*. El derecho de gentes es, en cierto modo, derecho natural a causa del carácter también natural que presenta el discurso de la razón del hombre, que es la creadora del derecho de gentes. Por este hecho, Accursio escribe que el *jus gentium* está fundamentado (*inductum*) en la

⁶⁵ Ulpiano había dejado escrito que “Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generi proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur”. D. 1, 1, 3. Accursio glosaba esta opinión indicando que “Nam jus istud non solum est hominum, sed commune omnium animalium”. Glosa “i” a Inst. 1, 2, 3.

razón natural, y de ahí su vinculatoriedad,⁶⁶ aunque él no habla de obligatoriedad, sino de inmutabilidad; pero, en este contexto, es más adecuado traducir ‘immutabile’ por vinculante de acuerdo con las formas de expresión de la época.

Bártolo, del mismo modo que sus predecesores, quiere usar con precisión las expresiones *jus naturale* y *jus gentium*, pero las confunde ocasionalmente. En varios lugares propone que, cuando aparezca el adjetivo ‘natural’ referido “A la razón o a los hombres” (*relatum ad rationem vel ad homines*), debe entenderse que se trata del derecho de gentes.⁶⁷ Esto es así, explica Bártolo, porque el *jus naturale* designa un conjunto de inclinaciones comunes a hombres y animales,⁶⁸ y este derecho natural, cuando se refiera a la razón o a los hombres, constituye derecho de gentes. Baldo precisó esta distinción de su maestro y dejó escrito que “Pertencen al derecho natural todas aquellas cosas que provienen del instinto y de la inclinación natural”;⁶⁹ pero este instinto e inclinaciones naturales quedan limitadas solamente a aquellas que sean comunes a hombres y animales.⁷⁰ En cambio, “El derecho de gentes es aquel que procede de la razón y del intelecto de las gentes, del que usan casi todas ellas, que siempre es bueno y equitativo, y sin el cual los hombres no podrían vivir. Este derecho se diferencia del derecho natural como el cerebro de los hombres se diferencia del cerebro de los animales”.⁷¹ Es el derecho creado por la razón natural, la *naturalis ratio*, ante las necesidades humanas.⁷² El autor que explicó este tema más claramente fue Tomás de Aquino, que escribía que “Pertencen a la ley natural todas aquellas cosas

⁶⁶ “Nota quod jus gentium naturali ratione inductum, et hic unde est immutabile”. Glosa “e” a Inst. 1, 2, 1. En la glosa “i” a Inst. 2, 1, 1 explica que el derecho de gentes puede ser llamado natural porque “est rationali ratione inductum”.

⁶⁷ En el comentario núm. 5 a D. 41, 2, 1 escribe: “Dicitur hic, quod possessio est naturalis. Contra, illud est naturale, quod commune est omnibus animalibus, et sic animalia possident, contra, carentes sensu non possident. Dicit glossa intellige naturaliter, de jure gentium, et cum verbum naturale refert ad rationem, vel ad homines, intellige *jus naturale* vel gentium... Sic enim hoc verbum naturale, refertum ad homines, ergo de jure gentium intelligunt”.

⁶⁸ Cfr. comentarios a D. 2, 14, 1; D. 1, 1, 3, núm. 5; D. 12, 6, 64; Inst. 1,3 e Inst. 1, 2, 2, núm. 1.

⁶⁹ “Juris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat”. Comentario núm. 14 a D. 1, 1, 3. Cito por la edición de Venecia de 1615.

⁷⁰ Cfr. comentario núm. 1 a D. 1, 1, 3.

⁷¹ “Jus gentium est quod procedit a ratione et intellectu gentium, quo omnes gentes quasi peraeque utuntur, quod semper est bonum et aequum, et sine quo homines non possint vivere. Jus gentium distat a naturali, sicut distat cerebrum hominis a cerebro animalium”. Comentario núm. 1 a D. 1, 1, 4.

⁷² “Quod sumpsit originem a humanis necessitatibus”. Comentario núm. 1 a Inst. 1, 1, 2.

hacia las cuales el hombre siente inclinación natural. Todo ser siente inclinación natural a la operación que le es propia por razón de su forma... Por eso, siendo el alma racional la forma propia del hombre, hay en todos los hombres una inclinación natural a obrar conforme a la razón; y obrar así es obrar virtuosamente”.⁷³ Como podemos comprobar, buena parte de los medievales que se ocuparon con el derecho natural entendieron que tan natural le es al hombre la tendencia a procrear hijos, que la poseen en común con los animales, como el razonamiento inteligente ante las necesidades y exigencias de la vida. Este carácter natural del discurso específicamente humano, unido a otras consideraciones, llevó a Santiago Ramírez a mantener que el verdadero derecho natural en Tomás de Aquino es lo que entonces llamaban *jus gentium*.⁷⁴

Sin embargo, estos autores, con sus dudas, vacilaciones y contradicciones, no otorgaron claramente el rango de derecho natural a lo creado o construido racionalmente ante las necesidades. Quizá el dato decisivo que los detuvo fue la manifiesta, también para ellos, inhumanidad de la esclavitud que, sin embargo, se entendía entonces como una institución necesaria, y no osaron mantener que algo tan repugnante está introducido por el derecho natural.

Mediante la razón los hombres crean también el *jus civile*; esto es, el derecho positivo de cada comunidad política concreta, adecuado a las exigencias de tiempo, lugar, costumbres, etcétera, como indicaba Isidoro de Sevilla. Pero, en principio, los juristas medievales no se atrevieron a mantener sin contradicciones que un derecho creado por los hombres constituyera verdadero derecho natural. La excepción a esta regla general, durante la Baja Edad Media, fue la doctrina jusnaturalista de Pedro de Bellapertica. La identificación clara entre el derecho natural y el derecho de gentes solo se produjo colectivamente cuando los juristas romanistas cultivadores de la *civilis jurisprudentia*, es decir, del *jus commune*, hubieron de enfrentarse al jusnaturalismo racionalista que fue, de facto, desarrollado por los protestantes en pugna manifiestamente violenta con la cultura de hecho católica.⁷⁵

⁷³ *Suma teológica, cit.*, I-II, q. 94, art. 3, resp.

⁷⁴ *El derecho de gentes: examen crítico de la Filosofía del derecho de gentes desde Aristóteles hasta Francisco Suárez*, Madrid-Buenos Aires, Ediciones Stadium, 1955.

⁷⁵ Sobre esta contraposición entre los civilistas o jurisprudentes, normalmente católicos, con la excepción de Conring o Althusius en el siglo XVII, y los que ya comenzaban a hablar del “derecho natural” en la primera mitad del siglo XVII, véase mi estudio “La Modernidad jurídica y los católicos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1988), pp. 383-410.

III. LAS FUNCIONES DE LA RAZÓN EN EL DERECHO NATURAL

Gayo había dejado escrito en Digesto 1, 1, 9 e Instituta 1, 2, 1 que el derecho natural es “Lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres”, *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Ya vimos que los juristas medievales tendieron a considerar indecisamente que el derecho de origen humano puede ser también derecho natural porque, tal como explicaba Accursio, *est naturali ratione inductum*. Pero sabían también que la razón o discurso racional ha inducido a los hombres a crear instituciones poco equitativas, a las que repugnaba considerar como introducidas por el derecho natural, “Que siempre es bueno y equitativo”. Ante esta situación de las fuentes, Bártolo escribía que es preciso considerar que el derecho de gentes tiene dos partes; una es la que comprende “El derecho de gentes que consiste en la sola razón natural, sin tener en cuenta ninguna constitución de los hombres, que comenzó a existir con el mismo género humano, como es, por ejemplo, cumplir la palabra dada. Atendido este derecho de gentes primario, el *status* del siervo no está aniquilado, por lo que hay que concluir que todos los hombres eran libres”. La otra parte del derecho de gentes es “El derecho de gentes que todos los pueblos usan, que no consiste en la pura razón natural, sino que ha sido creado por constituciones de los pueblos... como sucede con las guerras, cautividades, esclavitud, distinciones de las propiedades, y según este derecho el *status* del siervo ha quedado reducido civilmente a la nada”.⁷⁶ Distinguieron, pues, dos sectores del *jus gentium*. Uno de ellos, que constituye el conjunto de soluciones más razonables que la razón o el discurso racional han encontrado ante las exigencias de la vida, no es derecho natural, sino un derecho creado por las *constituciones* —así se decía enton-

⁷⁶ “Jurisgentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, rationali ratione inductum absque aliqua constitutione Juris gentium, ut fidem, seu promissa servare. Et isto Jurisgentium primaevus status servi non est annihilatus, imo omnes erant liberi”. “Est Jurisgentium, quo omnes gentes utuntur ex constitutionem earum, non rationem naturalem... ut bella, captivitates, servitutes, distinciones dominiorum, et isto jure status servorum est annihilatus”. Comentario a D. 12, 6, 64. Otras citas, con un contenido casi idéntico, las encontramos en los comentarios a D. 1, 1, 5, núm. 10, y D. 29, 1, 4, núm. 2.

Juan Bolognnetus, a mediados del siglo XVI, explicaba que Bártolo había distinguido tres derechos diferentes: el derecho natural, el derecho de gentes “Quod a constitutionibus gentium introductum fuit”, y el “Jus gentium alium tertium mixtum, quod a gentibus factum fuit et propter hoc sit jus gentium, quia sine constitutione ex sola naturali ratione ab hominibus institutum fuit appellatum *jus naturale*, et sic sit mixtum, et dicant *jus naturale gentium*”. *In eam Pandectarum partem quam Digesti Veteris vocant, Commentarium seu Repetitionum Pars Prima*, Venecia, 1582, Rúbrica “De verborum obligationibus”, § 22.

ces— de los hombres. En consecuencia, lo creado por el discurso racional cuando la razón se despliega a fin de hacer posible la vida, es obra humana, *jus positivum*, esto es, derecho ‘no natural’.⁷⁷

Evidentemente, los hombres, que hemos hecho posibles las guerras, las torturas o las esclavitudes, fundamentándolas en el *jus gentium*, no podemos ser los autores de ese ordenamiento de justicia que “Siempre es bueno y equitativo, no sólo en el nombre, sino también en su sustancia, y es el amigo del género humano”, como escribía Baldo.⁷⁸ Luego el derecho natural, o un sector de él, ha de ser buscado fuera de lo creado por el hombre en la historia. Baldo de Ubaldis ya nos había advertido que *juris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat*,⁷⁹ es decir, lo que “Es específico y propio del instinto y de la inclinación natural”. En los juristas bajomedievales está dispersa la idea, que reconocemos aquí y allá, según la cual solo *pertenece* al derecho natural aquello que es innato a la razón humana,⁸⁰ es decir, lo que viene dado con la conciencia moral del hombre, antes de que intervenga ninguna *constitución* humana. Una vez más es Tomás de Aquino quien explica más distintamente este tema. En el Tratado de las leyes, en la I-II, q. 91, art. 3, sienta un principio fundamental: la razón humana, en sí misma considerada, no es regla y medida de las cosas; pero los principios que naturalmente la informan, sí. En efecto, una cosa es la razón, ese instrumento calculador y moderador que poseemos los hombres, que en la actuación específicamente práctica se hace realidad en la prudencia, pero que no se puede dar a sí mismo los fines de sus actuaciones, y otra cosa distinta es el intelecto que, a diferencia de la razón, no discurre o razona, sino que, fundamentalmente, intuye. En el intelecto reside la sensibilidad moral, que capta la delicadeza que ha de existir en las relaciones humanas, mientras que la razón o prudencia solo sabe de los medios para hacer realidad esa sensibilidad que le trasciende a ella.

“La razón humana —por decirlo con Tomás de Aquino— no es regla y medida de las cosas”,⁸¹ pues ella está constantemente medida, ante todo por los principios más elementales de la equidad. Así lo entendieron los juristas bajomedievales que aluden, en tanto que constitutivos del derecho natural,

⁷⁷ Kuttner, S., “Sur les origines du terme ‘droit positif’”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, Quatrième serie, XV (1936), pp. 728-739.

⁷⁸ “Juris gentium semper bonum et aequum est nomine, et re, et est amicus humani generis”. Comentario núm. 4 a D. 1, 1, 5.

⁷⁹ Comentario núm. 14 a D. 1, 1, 3.

⁸⁰ Véase mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista...”, *cit.*, pp. 265 y ss., y “El derecho natural laico de la Edad Media”, *Persona y Derecho*, VIII (1981), pp. 87 y ss.

⁸¹ “Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso”, *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

solo a aquellos principios que están en nosotros sin necesidad de encontrarlos mediante raciocinio o discurso. Andrés de Exea, jurista del siglo XVI, explicaba que “Nosotros llamamos derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo, sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno. Porque la criatura racional los determina simplemente, por la fuerza de su naturaleza, y no por una inquisición o raciocinio”.⁸² Desde muy pronto llamaron a estas normas que existen en nosotros ‘naturalmente’ y ‘sin necesidad de razonar’, los “Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica” (*Prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis*). La inteligencia los muestra, pero la razón no es capaz de explicarlos: “Existen muchas cosas en el derecho —escribía Bila en el siglo XVI— en las que inquirir las causas es más fatigoso que necesario o útil”.⁸³ En consecuencia, lo que la Baja Edad Media entendió como un sector del derecho natural junto con la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*, fueron los primeros principios de la razón práctica, que todos los hombres son capaces de conocer. Se pueden hacer conjeturas, ciertamente, acerca de si el derecho de gentes es o no es derecho natural. Pero temo que no llegaríamos a ninguna solución satisfactoria: la indeterminación de estos juristas y teólogos, en este tema, es demasiado fuerte, como buscada expresamente. En general, parece que este pensamiento ético-jurídico tiende a considerar que lo creado por el hombre es ‘derecho positivo’. Se trataba, pues, de dos vertientes distintas de la misma razón. La *recta ratio* muestra principios inmutables de justicia, y esta misma *ratio* o prudencia aconseja u ordena hacer esto o aquello ante estas circunstancias. Lo primero es derecho natural, según los autores medievales; lo segundo puede ser llamado *jus positivum*, sea derecho de gentes o derecho civil. El fondo del problema está claro: si una

⁸² *Liber Pactorum unus*, Lyon, 1542, p. 119.

⁸³ “Multa enim sunt in jure, quorum causas inquirere, magis esse laboriosum quam utile aut necessarium. Neque cur honeste vivendum, cur nemo laedendus, cur suum cuique tribuendum, anxie inquirimus, sed ea tanquam prima principia, contra quae disputans nunquam audiendus; tanquam nota et manifesta atque indubitata ponenda sunt”. *Oratio de Juris arte*, Lipsiae, 1558, pars prima.

John Finnis explica que “Tomás de Aquino afirma de la manera más clara posible que los primeros principios de la ley natural especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos), son *per se nota* (evidentes) e indemostrables. No son inferidos desde proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana o sobre la naturaleza del bien o del mal, o ‘sobre la función del ser humano’, ni son inferidos desde una concepción teleológica de la naturaleza... No son inferidos o derivados de nada”. *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 67.

institución social es *necesaria*, no tiene sentido plantearse si es de derecho natural o de derecho positivo.

Este estado de cosas cambió notablemente con la aparición del derecho natural moderno, que trasladó al derecho natural desde los principios más generales a las determinaciones concretas.⁸⁴

⁸⁴ Escribe Hervada que “Para la doctrina anterior el centro del derecho natural eran los primeros principios, las normas básicas y fundamentales, siendo el resto derecho positivo o, en todo caso, derecho natural mezclado con factores positivos. Para el jusnaturalismo racionalista, en cambio, lo más importante fueron las derivaciones de los principios, las cuales constituyen para él el sistema de las leyes naturales sociales”. *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 259.

CAPÍTULO SEGUNDO

TOMÁS DE AQUINO SOBRE LA LEY Y EL DERECHO NATURAL

El de Aquino ha sido el mejor teórico, tanto por su extensión como por su profundidad, de la *jurisprudencia* romanista y de las nociones del derecho natural que se encuentran en ella. No haríamos justicia a la historia si lo mencionáramos de pasada, como el autor más importante de la Escolástica, entre otras cosas porque Tomás fue poco escolástico en el sentido usual del término. Él bebió indistintamente en fuentes griegas, escolásticas y romanas, y la suya es una síntesis de bastante más amplitud que las de los juristas que reflexionaron sobre el método del *jus commune*, como hicieron, en la segunda mitad del siglo XVI, Joachim Hopper, François Conan, Albertus Bolognettus o Pierre de la Grégoire, y de distinta naturaleza que las de los escolásticos tardíos, como Molina o Suárez.

I. ¿UN ORDEN METAFÍSICO?

Está extendida la idea de que los teólogos medievales creían en la existencia de un orden armonioso y universal que el ser humano solo tenía que descubrir mediante su razón. Entre otros muchos la expresa Cassirer, quien explica que la revolución de la Edad Moderna consistió en que, “Junto a la verdad de la Revelación se nos presenta ahora una verdad de la naturaleza, autónoma, propia y radical. Esta verdad no se nos ofrece en la palabra de Dios, sino en su obra... Es legible tan sólo para aquel que conozca los rasgos de la escritura en que se expresa, y se para a descifrarlos”.⁸⁵ Por el contrario, “La misión del pensamiento medieval consistió sobre todo en copiar la arquitectónica del ser, describiéndola en claras líneas fundamentales. En el sistema religioso de la Edad Media, como lo formuló la Escolástica, cada realidad tiene su lugar fijo e inconfundible y, con este lugar, con la distancia mayor o menor a que se haya del ser de la causa primera, se determina también su valor”.⁸⁶ Esto no fue así, porque, como explicaba Winter,

⁸⁵ *La filosofía de la Ilustración*, trad. de E. Imaz, México, FCE, 1984, p. 60.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 56.

El orden paradisiaco... no aparece como un criterio lógico para la empiria, sino como una magnitud inconmensurable de la naturaleza, sencillamente sorprendente, que, llevada a sus principios, compone un misterio. Esto lo vemos con claridad en la contraposición entre Iglesia y Estado, Papado y Reino, o en el enjuiciamiento veterotestamentario radicalmente distinto para los reinos ‘naturales’ de todos los demás pueblos.⁸⁷

Si aceptamos la idea que expuso Cassirer, hay que suponer que la filosofía y la teología medievales formaron una unidad. Pero la Escolástica de la Baja Edad Media estuvo lejos de formar una unidad: en ella más bien observamos tensiones entre las Escuelas de derecho y las de artes, luchas entre filosofías diversas que frecuentemente se oponen, como sucedía entre Tomás y Scoto, por citar solamente a los dos rivales por antonomasia. Es opinión extendida que Tomás de Vio (el cardenal Cayetano), el primer gran comentador de la obra tomista, se apartó del espíritu del texto que comentaba. Los salmanticenses, los más fieles a Tomás en el interior de la segunda escolástica, introdujeron un talante que no sabría cómo llamarlo (¿más racionalista?), que era algo ajeno a la enseñanza tomista. Y los últimos escolásticos españoles del siglo XVI, Vázquez, Molina y Suárez, se apartaron *todo coelo* del espíritu de la Edad Media. Si completamos este cuadro con el seminominalismo de Guillermo de Ockham y las aportaciones de Gerson, Conrado, Biel y Almain —cuatro escolares cuya importancia en el marco de la filosofía escolástica difícilmente se exagerará—, carece de fundamento la tesis que mantiene que desde el siglo XI al XVI las escuelas construyeron un edificio sistemático, dominado por la teología.

Lo más acertado que encuentro es lo que indica MacIntyre:

De todas las maneras mitológicas de pensar la Edad Media, que nos la han disfrazado, ninguna es más engañosa que la que la retrata como una cultura cristiana monolítica, lo que no es cierto precisamente porque la obra medieval fue también judía e islámica. La cultura medieval, en lo que a su unidad atañe, fue un frágil y complejo equilibrio de múltiples elementos dispares y conflictivos.⁸⁸

⁸⁷ “Die paradiesische Ordnung... erscheint nicht als logische Richtschnur für die Empirie, sondern als ein der Natur völlig inkommensurable Größe, ein sich schlethin überragendes, in der Prinzipien ihre entgegengesetztes Mysterium. Deutlich kann dies zum Ausdruck in der Entgegensetzung von Kirche und Staat, Papstum und Königtum, oder in der grundverschiedenen Beurteilung des alttestamentarischen und das ‘naturrechtlichen’ Königtums aller anderen Völker”. *Die Sozialmetaphysik der Scholastik*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1929, p. 72.

⁸⁸ *Tras la virtud*, trad. de A. Valcárcel, Barcelona, Crítica, 1987, p. 209.

Efectivamente, cuando el investigador se asoma a los libros de la Baja Edad Media no observa jerarquías armoniosas, ni siquiera en el interior de la obra de Tomás de Aquino, que trató ante todo de mostrar cómo la fe cristiana no era incompatible con el discurso racional, pero no de crear un sistema más o menos racionalista con sus conceptos jerarquizados. Todo lo que se puede decir sobre la Escolástica es que la Baja Edad Media usó lo que en el siglo XVI ya se llamaba la ‘filosofía escolástica’, que es la que argumentaba de la mano de las categorías de sustancia-accidente, causa-efecto, materia-forma, y otras muchas. Por lo demás, la explicación de los últimos fundamentos del derecho y de la justicia que ofreció Tomás es tan secular como la de cualquier jurista romano, como pudieron ser Mucius Scaevola o Papiniano, que no excluían a Dios de sus explicaciones, pues todo el *Corpus Juris Romanorum* descansa en definitiva sobre los *Tria principia juris* que expuso Ulpiano: “Honeste vivere, neminem laedere, jus suum cuique tribuere”.

II. UNA OPCION BÁSICA

Nosotros, bajo la influencia del pensamiento materialista que cuajó en el mecanicismo del siglo XVIII, tendemos hoy a considerar que el universo es como una máquina en la que cada elemento posterior es movido por otro anterior: el coche es propulsado por sus ruedas, las ruedas son movidas por los elementos de la transmisión, éstos por el motor. El ser humano sería un organismo o máquina movida mecánicamente por sus apetitos o pasiones. Tomás conocía bien esta idea global del universo, y del hombre, y de cuando en cuando se entretiene en ella.

Concretamente, él explica que existen dos actitudes sobre el origen de las cosas: una es la propia de la fe cristiana, que enseña que las cosas fueron creadas por Dios, y la otra la de algunos filósofos que entendieron que las cosas habrían existido eternamente.⁸⁹ Estos filósofos ‘naturales’ (él los suele llamar los *antiqui naturales*, sin más) habían creído que la materia es la misma sustancia de las cosas, por lo que todas las formas serían accidentes de aquella única materia.⁹⁰ Como solamente existiría materia y movimiento, Demócrito entendía que las acciones de los hombres consistían en un flujo de átomos que salían del cuerpo del agente y producían una ‘pasión’ (presión)

⁸⁹ “Circa rerum originem est duplex positio: una Fidei, quod res de novo fuerint a Deo productae in esse; et positio quorundam Philosophorum, quod res a Deo ab aeterno effluxerint”. *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu “Summa contra Gentiles”*, Turín-Roma, Marietti, 1961, § 2404.

⁹⁰ “Quia materia non est ipsa substantia rei; nam sequeretur omnes formas esse accidentia, sicut antiqui naturales opinabantur”. *Sum. Gent.*, § 1238.

en el otro a través de los poros del cuerpo.⁹¹ Así, Empédocles o Demócrito no distinguían entre el intelecto humano y los sentidos, y el hombre quedaría siempre en el mismo plano que las demás cosas, porque su intelecto no sería más que la fuerza corpórea que se sigue desde las sensaciones.⁹² El alma, en todo caso, sería solamente la armonía entre las distintas partes del cuerpo,⁹³ y todos los movimientos de los hombres serían de la misma naturaleza, idénticos con los de los seres inanimados.⁹⁴ Una sola materia, un solo tipo de movimiento, una única ley natural. Era preciso optar.

En la visión tomista del mundo, que es la visión propia de un biólogo, ‘las cosas’ (en plural) están en continuo movimiento propio, porque nada las empuja violentamente: son ellas las que tienden hacia lo suyo con fuerza o poder propio, pues el de Aquino entiende que la naturaleza es un término con varios significados, y designa por igual lo que una cosa es (su forma o esencia) como el movimiento propio y peculiar de cada ser.⁹⁵ Él no acepta que exista un solo tipo de movimiento, igual para todas las cosas: por el contrario, afirma que cada ser tiene un movimiento distinto. Porque los *naturales* han mantenido que las cosas solo reciben un movimiento externo o violento a ellas mismas, y sucede más bien que observamos dos tipos de movimientos: el natural, que siempre está causado por una causa final, y el externo o violento. Este último es el de las cosas inanimadas, que son movidas por otras mediante exclusiones que repelen, creando impulsos. Junto a éste, está el de las cosas animadas, que se encaminan a su propio fin con un movimiento que es interno a ellas mismas (y por eso no es violento) y que no se basa en la exclusión que procede de la repulsión, sino en la colaboración.⁹⁶

⁹¹ “Tertia vero opinio fuit Democritii, qui ponebat, actionem esse per effluxionem atomorum a corpore agente, et passionem esse per receptionem earumdem in poris corporis patientis”. *Suma teológica*, I, q. 115, art. 1.

⁹² “Antiqui enim Philosophi naturales, ut Democritus, Empedocles, et hujusmodi, posuerunt quod intellectus non differt a sensu. Et ideo sequebatur quod, cum sensus sit virtus corporea sequens corporum transmutationem, quod ita esset etiam de intellectu”. *Sum. Gent.*, § 2591.

⁹³ *Ibidem*, cap. 64, liber II.

⁹⁴ *Ibidem*, § 1238.

⁹⁵ Por ejemplo, en *Suma teológica*, I-II, q. 10, art. 1, escribe que “Sicut Boetius dicit in libro de duabus naturis, et Phil. in 5 Metaph. natura dicitur multipliciter. Quandoque enim dicitur principium intrinsicum in rebus mobilibus... Alio modo dicitur natura quaelibet substantia, vel quodlibet ens. Et secundum hoc, illud dicitur esse naturale rei, quod convenit ei secundum suam substantiam, et hoc est, quod per se inest rei”.

⁹⁶ “Sed bonum et optimum universi consistit in ordine partium ejus ad invicem”. *Sum. Gent.*, § 1157.

Tomás se aparta de la filosofía materialista, porque la suya es la observación propia de un biólogo. Las cosas físicas se mueven por movimientos simplemente físicos; esto es, por impulsiones violentas, y el movimiento solo puede ser un cambio de lugar. Pero si una paloma ‘desea’ llegar a ser una paloma en su plenitud, parece que hay una meta final (la forma de la paloma) que es la determinante para que este animal llegue a ser lo que ha de ser. Esta meta final es la que determina, en definitiva, que una paloma llegue a su plenitud, y que un gorrión trate de hacer lo mismo, llegar a ser un gorrión adulto, no otra paloma. Estamos ante una intuición extremadamente básica, que no se deja explicar por factores más elementales: el hombre ve cómo todos los caballos tratan de llegar a ser caballos, y todas las rosas tratan de llegar a ser rosas. Luego, lo que constituye a la rosa y lo que constituye al caballo es una realidad que ya está dada aún antes de que cada uno de ellos comience a existir.

III. EL ALMA HUMANA

¿Cómo conoce el hombre? De acuerdo con lo que había expuesto Aristóteles fundamentalmente en su tratado *De anima*, nuestro conocimiento es en un primer momento teórico, ya que comienza desde la razón teórica, que se nutre en primer lugar de los datos que le proporcionan los sentidos, porque el conocimiento humano principia desde la sensibilidad. Esta tesis hay que entenderla con cierta radicalidad, esa misma radicalidad que propuso Aristóteles, y que siguieron sus comentaristas alejandrinos, Filopón, Simplicio, Alejandro de Afrodisias y, más tarde, Tomás de Aquino. Todos ellos entienden que la formación del alma del hombre comienza por los alimentos, y distinguen cuidadosamente los alimentos que se comen crudos, y los cocinados.

El momento culminante de la explicación del alma humana viene en el momento de tratar los cinco sentidos (vista, oído, olfato, gusto y tacto), a los que dedican la mayor parte de sus tratados y comentarios; el sentido dominante en el hombre es —igual que en el resto de los animales— el del tacto, ya que él es el más inmediato y fundamental, y constituye, en definitiva, la garantía última de la fiabilidad de todo el conocimiento humano. Todo conocimiento, incluso el de las realidades estéticas más altas, principia por los sentidos. Aristóteles y sus discípulos entendieron, frente a Platón y los platónicos, que no existe una intuición directa de la razón humana en un mundo nouménico, del estilo del platónico; al contrario, lo que la experiencia enseña es que lo que no es conocido por los sentidos no es conocido de

ningún modo. Una vez que los datos sensoriales llegan a la mente humana, el intelecto agente capta las formas universales de lo que ha sido conocido sensorialmente, de modo que el contenido de la percepción sensible se ‘transmuta’ y se convierte en un dato racional.

Finalmente, dedican unas pocas páginas a aludir a la naturaleza racional del hombre.

La idea del alma como una especie de espíritu que habita en el interior de cada cuerpo humano y que se va fuera de él cuando el hombre muere, es ajena a esta filosofía. Observo que la expresión ‘inmortalidad del alma’ (que tanto usó Kant) es de origen moderno; desde luego está ausente en las obras de los medievales, para los que el alma viene a ser todo el hombre como hombre; esto es, como ser vivo: el alma es la actualidad de la vida humana. El hombre es todo el hombre, y en el Credo no se menciona a la inmortalidad del alma, sino a la resurrección de la carne, es decir, del hombre.

El ser humano conoce en un primer momento mediante sus sentidos y después crea contenidos racionales con lo que ha conocido. ¿Por qué percibimos sensorialmente de los modos cómo lo hacemos y formamos nuestros conceptos tal como los formamos? Pues cuando un hombre ve a una paloma, le resulta ‘evidente’ que ese animal es precisamente una paloma. Esta evidencia resultaba desde la adecuación natural (por así decir) entre las facultades cognoscitivas del hombre y las cosas que son conocidas, porque son las cosas las que crean al hombre y su conocimiento. En Tomás, el ser humano es un resultado de sus necesidades, de modo que las potencias humanas, también las cognoscitivas, son una consecuencia de lo que le viene exigido en el mundo y en la historia.⁹⁷ Tomás habla de las potencias y facultades humanas y, sobre todo, de los objetos que hay que conocer fuera del hombre; son esos objetos, los que una vez asumidos por el ser humano mediante el conocimiento, dan lugar preferentemente a lo que la razón es,

⁹⁷ Baltasar Navarrete, siguiendo a Cayetano, explicaba tardíamente “Quod ratio vel denominatio appetibilis posterior est ratione boni, sicut ratio visibilis posterior est ratione coloris”. In *Divi Thomae et ejus schola Defensionem*, Vallisoleti, 1605, p. 124. Pocos años antes, Francisco Zumel había destacado el carácter necesariamente trascendental de la ética en Tomás de Aquino, como cuando indicaba, por ejemplo, que “Altero modo accipitur bonitas quo quacumque dispositione seu forma conformi et consona naturae alicuius rei; et haec dicitur transcendentalis bonitas”. In *Primam Secundae S. Thomae Commentarius*, Salamanca, 1597, I-II, q. 71, art. 1, en la p. 3. Amplía algo más esta tesis cuando escribe, en la p. 7, que “Nam virtus de se habet disponere convenienter subjectum in ordine ad naturam ejus: ergo ex hoc ipso sequitur quaedam convenientia et conformatitas ad eadem naturam, quae convenientia seu conformatitas non videtur esse aliud, quam quaedam transcendentalis bonitas in sensu explicato”. La explicación más extensa y clara de esta faceta de la ética tomista fue la que proporcionó Baltasar Navarrete pocos años después.

y a lo que el hombre es, por lo que el concepto de hombre no es verdadero ‘por sí mismo’, sino solo “Por referencia a las cosas”.⁹⁸

En la Escolástica distinguían dos facultades intelectuales: la razón y la voluntad, y cinco sentidos: vista, oído, olfato, gusto y tacto. Pero estas dos facultades y cinco sentidos no son como potencias por las que el ser humano se enfrentara al mundo que lo rodea;⁹⁹ al contrario, existe el oído porque hay sonidos que oír, la vista, porque hay figuras y colores que ver; la razón, porque hay ideas que conocer. Aquellos sonidos, figuras, colores e ideas dan origen a lo que el hombre es, porque el hombre es una síntesis de lo conocido y de su fuerza o movimiento.¹⁰⁰ El de Aquino considera una unidad operativa entre las ideas y la razón, entre los colores y la vista, etcétera. La interdependencia entre el hombre y su entorno es constante. En realidad, la vista no es nada distinto de las figuras y los colores,¹⁰¹ del mismo modo que la razón no es nada sustancialmente distinto de las ideas que conoce, de forma que si el hombre puede conocer, en general, es porque los objetos conocidos y las potencias que conocen están ‘próximos’¹⁰² y son similares, ya que aquellos han dado origen a éstas.

IV. RAZÓN Y VOLUNTAD, *RATIO* E *INTELLECTUS*

Mediante el juego de la razón el hombre conoce las cosas como buenas, malas o indiferentes, aunque Tomás de Aquino mantenía que nada

⁹⁸ Reitera que la razón es verdadera solamente en la medida en que *consona* con las cosas: “Intellectus enim humanus est mensuratus a rebus, ut sicilicet conceptus hominis non sit verus propter seipsum, sed dicitur verus ex hoc quod consonat rebus”. *Suma teológica*, I, q. 93, art. 1. Es inútil buscar en la doctrina tomista un concepto de hombre, o un concepto unitario de lo que sea la naturaleza humana, que sirviera para conocer lo que es la ley natural; pues en Tomás de Aquino, la naturaleza, también la naturaleza del hombre, es tanto lo constituido como lo constituyente.

⁹⁹ El ser humano es activo y existe porque *se mueve*, esto es, porque ama. Pero la capacidad de amar no es una potencia suya autónoma, sino que viene creada por los objetos a lo que tiende su amor. Por esto escribe en *Suma teológica* I-II, q. 27, art. 2, que “Bonum est causa amoris per modum objecti”. Aquí establece cuatro sinónimos: *amor, dilectio, charitas y amicitia*.

¹⁰⁰ En *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, Turín-Roma, Marietti, 1964, § 2168 se refiere a las potencias humanas como provenientes “Ex intellectu et ex scientia”.

¹⁰¹ En *Sum. Gent.*, § 2328 indica que ninguna potencia cognoscitiva “Cognoscit rem aliquam nisi secundum rationem proprii objecti: non enim visu cognoscimus aliquid nisi in quantum est coloratum”.

¹⁰² Cuando se plantea por qué la voluntad sigue, y ha de seguir, lo que le muestra la razón, explica que existe mucha *proximidad* entre razón y voluntad: “Ad primum dicendum quod quia voluntas est appetitus rationalis, ideo rectitudo rationis, quae veritas dicitur, voluntati impressa, propter propinquitatem ad rationem, nomen retinet veritatis”. *Suma teológica*, II-II, q. 58, art. 4.

era indiferente.¹⁰³ Una vez conocidas las cosas como buenas o malas, surge en el hombre una tendencia hacia aquello que conoce como bueno, y una aversión hacia lo que capta como malo, y a esta tendencia la llamaron voluntad. La voluntad no se encapricha —por así decir— con cosas que no son suyas, sino que reconoce lo que es bueno porque es suyo: el *suum* naturalmente adecuado al hombre es la fuente de lo bueno,¹⁰⁴ y si una voluntad interviene imponiendo algo que no es *proprio* del que ha de actuar, esto es un movimiento violento, que repugna a la voluntad.¹⁰⁵ En la medida en que la voluntad persigue algo suyo, mostrado por la razón, voluntad y razón se imbrican en esa pretensión ya racional¹⁰⁶ porque, además, la voluntad no es una potencia ciega, que persiga sin más el bien que le muestra la razón, sino que ella es también una potencia inteligente.¹⁰⁷ Él entendió que nadie se dirige hacia lo que conoce como malo, sino solamente hacia lo que capta como bueno, porque lo que mueve a la voluntad a actuar es, en definitiva, el amor,¹⁰⁸ ya que, según Tomás, todos los movimientos naturales de las cosas tienen su origen en el amor.

Así, el acto moral se componía de dos momentos distintos. Uno, el cognoscitivo, porque alguien conoce algo y entiende que eso es bueno para él,¹⁰⁹ aunque objetivamente puede equivocarse.¹¹⁰ El segundo momento es

¹⁰³ *Ibidem*, I-II, q. 18, art. 8.

¹⁰⁴ “Nulla igitur substantia creata potest movere intellectu nisi mediante bono intellectu. Hoc autem in quantum manifestat ei aliquid esse bonum ad agendum: quod est persuadere”. *Sum. Gent.*, § 2638.

¹⁰⁵ Tomás de Aquino distingue el movimiento “per modum agentis”, que es extrínseco al agente, del movimiento *per modum finis*, que es el natural. Escribe que el movimiento *per modum agentis* implica “Ab aliquo exteriori principio, violentus motus voluntate repugnans”. *Ibidem*, § 2641.

¹⁰⁶ “Quando actus duarum potentiarum ad invicem ordinantur, in utroque est aliquid, quod est alteris potentiae, et ideo uterque actus ab utraque potentia denominari potest”. *Suma teológica*, I-II, q. 13, art. 2.

¹⁰⁷ Es muy extenso el tratamiento de Tomás sobre la naturaleza de la voluntad. En el punto que ahora nos ocupa, su actitud quizá puede quedar resumida cuando escribe que “Utrum voluntas movetur de necessitate a suo objecto... Sed contra est, quod potentiae rationales secundum Phil. sunt ad opposita, sed voluntas est potentia rationalis”. *Ibidem*, I-II, q. 10, art. 2.

¹⁰⁸ “Ad primum dicendum quod voluntas movet omnes potentias ad suos actos. Primum autem actus appetitiva virtus est amor. Sic igitur prudentia dicitur esse amor non quidem essentialiter, sed in quantum amor movet ad actum prudentiae... Dicitur amor discernere in quantum movet rationem ad discernendum”. *Ibidem*, II-II, q. 47, art. 1.

¹⁰⁹ Si la voluntad de un hombre apetece algo, es porque la voluntad considera esa cosa “In ratione boni”. Véase, por ejemplo, *ibidem*, I-II, q. 8, art. 1.

¹¹⁰ Este tema lo plantea, entre otros lugares, en *Suma teológica*, I-II, q. 8, art. 1, en donde se cuestiona si podemos querer el mal. “Respondeo dicendum, quod voluntas est appetitus

el de la voluntad, que ama lo conocido como bueno, o que siente aversión contra lo malo; también este momento puede fallar, porque la experiencia enseña que hay personas con poca voluntad que no acaban de tender decididamente hacia lo que conocen como bueno, o no tratan de evitar lo que captan como malo. Además, Tomás entendía que en casi todo lo bueno hay algo de malo, y en casi todo lo malo hay algo de bueno;¹¹¹ en tal caso, el hombre tiende a lo que es malo “Porque retiene algo de bueno”.¹¹²

Esta polaridad entre razón y voluntad se completaba con la de *ratio-intellectus*. El *intellectus* es la dimensión de la razón que nos permite conocer directamente, esto es, intuitivamente, lo que está bien o mal humanamente. La otra dimensión de la razón distinta del *intellectus* es la llamada *ratio* o razón, que presenta una fuerte vertiente técnica o poiética (del griego *poiesis* o técnica), llamada también *dianoia*, que hace teoremas o silogismos, esto es, sirve para calcular, prever, construir, etcétera. Pero esta dimensión de la razón no muestra por sí sola lo que es bueno o malo humanamente; de hecho, una persona mala (un bandido) puede ser muy inteligente desde el punto de vista de esta faceta de la razón, mientras que tiene su intelecto corrompido. El *intellectus*, realidad también racional, muestra la adecuación de las acciones a lo que es el hombre, y distingue las acciones que fomentan la humanidad del hombre de aquellas otras que disminuyen o menoscaban esta humanidad.

Lo primero que capta el *intellectus* son los “Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”, que provienen desde una participación de la razón del hombre en la razón de Dios. Estos principios son los que forman el sustrato más básico de la vida moral y jurídica del hombre, ya que nos muestran que es malo robar o asesinar, y que es bueno ayudar al que está en extrema necesidad o cumplir la palabra dada. Los escolásticos indicaban que son comunes porque los entienden o los han de entender todos los hombres. Los llamaban indemostrables porque no pueden ser argumentados: si alguien no entiende que no debe maltratar a sus hijos,

quaedam rationalis. Omnis autem appetitus non est, nisi boni. Cuius ratio est, quia appetitus nihil ratio est, quam quaedam inclinatio appetentis in aliquid. Nihil autem inclinatur, nisi in aliquid simile, et conveniens. *Cum igitur omnes res, in quantum est ens, et substantia, sit quoddam bonum, necesse est, ut omnis inclinatio sit in bonum*”. Las cursivas son mías.

¹¹¹ “Quod malum non totaliter consumit bonum”. Trata este tema frecuentemente, y su tesis es que siempre en lo malo hay algo de bueno. Así, por ejemplo, en *Sum. Gent.*, § 140, explica que “Et ideo omnia concordant bonum non solum bonum, sed etiam mala, secundum hoc, quod aliquid retinent de bono”.

¹¹² “Et ideo omnia concordant bonum non solum bonum, sed etiam mala, secundum hoc, quod aliquid retinent de bono”. *In octo libros Politicorum Aristotelis Expositio*, Turín-Roma, Marietti, 1966, § 140.

sencillamente no entiende el principio que prohíbe maltratar a los hijos. Ya indique que Stephen Toulmin comparaba estos casos a los de los daltónicos: una daltónico no ve los colores, y es inútil que se le intente explicar cómo es cada color: seguirá sin verlos aunque pueda reconocerlos.

V. CONOCEMOS POCO LAS COSAS

Parece que Tomás, en todo el tratamiento de la ley natural como participación de la ley eterna, tiene presente una intuición básica: existe demasiada desproporción entre Dios y el hombre como para que éste pueda participar sin más de la razón divina. Escribe por ello que la “La razón humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina, sino a su modo e imperfectamente”.¹¹³ En la filosofía y en la teología tomista razonar es una actividad no siempre fiable, una búsqueda que no acaba de ser cierta.¹¹⁴ Bajo la expresión ‘conocer racionalmente’, Tomás parece recoger tanto el conocimiento directo como el argumentativo, al menos en las páginas dedicadas al tratamiento de la ley natural, porque esta misma es un descenso racional respecto a la ley eterna, y todo lo que se refiere a la razón humana ha de ser tomado con cautela. “En los conceptos comunes existe alguna necesidad, pero cuanto más descendemos a las determinaciones, más fallos encontramos”.¹¹⁵ Para insistir en la relativa poca ‘necesidad’ de las evidencias racionales, añade que “En cuanto a las conclusiones propias de la razón práctica, no existe en ellas la misma verdad o rectitud entre todos, y ni siquiera entre los más iguales son igualmente conocidas”.¹¹⁶ ¿Se refiere a las evidencias elementales cuando alude a estas conclusiones ‘propias’ de la razón práctica? El discurso es deliberadamente ambiguo. En el párrafo 259 de los “Comentarios a la Ética” había dejado escrito que el “El discurso moral, incluso en lo que es universal, es incierto y variable” (*Sermo moralis*,

¹¹³ “Ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte”. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3. Quizá le mueve a pensar así el hecho de que las “Substantiae separatae cognoscunt Deum per suas substantias sicut causa cognoscitur per effectum... Nulla autem earum sit effectus adaequatum virtutem Dei”. *Sum. Gent.* § 2265. Su juicio es rotundo: “Intellectus autem humanus, qui est infimus in ordine intellectuum, et maxime remotus a perfectione divini intellectu”. *Suma teológica*, I, q. 79, art. 2.

¹¹⁴ “Nominat enim consilium quantum inquisitionem nondum determinatam, sicut et ratiocinatio”. *Com. Eth.*, § 1118.

¹¹⁵ “In communibus sit aliqua necessitas, quantum magis ad propria descenditur, tanto magis invenitur defectus”. *Suma teológica*, I-II, q.94, art. 4, resp.

¹¹⁶ “Quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, non est eadem veritas seu rectitudo apud omnes, nec etiam apud quod est eadem, est aequaliter nota”. *Ibidem*.

etiam in universalibus, sit incertus et variabilis...). Tampoco esto ha de preocuparnos gran cosa, porque “No es necesario que toda medida sea siempre infalible y cierta, sino que basta con que sea posible en su género”.¹¹⁷ Ciertamente, la medida debe ser cierta; pero el dictamen de la razón humana acerca de las cosas que hay que hacer es incierto, tal como dice el Libro de la Sabiduría: “Los pensamientos de los mortales son débiles, e inciertas nuestras providencias”.¹¹⁸ Hubo de tener una relación especial y personal con este versículo de la Sabiduría, porque lo reitera siempre y con seguridad en el momento de hablar de la poca capacidad de la razón humana.

De hecho, el de Aquino procede en sus explicaciones sobre la ética, las leyes y el derecho como si no existiera una cultura filosófica consolidada sobre estos temas, como si no existieran ciudades con sus ordenamientos jurídicos, como si los hombres apenas supiéramos nada sobre la ley natural y las leyes humanas: la suya es una indagación que parte desde un *ignoramus* inicial que tiende a diseñar una ética jurídica a veces procedimental a la vista de los bienes humanos. Él únicamente comprueba, y señala como ya existentes, dos datos: uno, que “La naturaleza no procede al modo del arte”, porque no nos suministra reglas precisas sobre cada acción, sino que solamente “Nos prepara algo así como unos principios”.¹¹⁹ El otro, que la razón humana participa positiva y efectivamente ‘de algún modo’ en algunas normas de la razón divina, por lo que el hombre no se ve abandonado en todo momento a construir él por sí mismo un sistema de reglas morales o de justicia. Pero como el ser humano es simultáneamente sensitivo y racional, y no guarda similitud con Dios,¹²⁰ y en la doctrina tomista el fundamento del conocimiento es la similitud (*similitudo*) entre el sujeto que conoce y el objeto que es conocido, el género humano ha de contentarse con algo que sabe que posee, pero que no puede explicar adecuadamente, como es la *participatio*, siempre un conocimiento de segunda categoría si lo comparamos con la *similitudo*. Éste es el motivo por el que el hombre no puede

¹¹⁷ “Et ideo leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum. Non oportet quod omnis mensura sit omni modo infallibilis et certa, sed secundum quod est possibile in genere suo”. *Ibidem*, I-II, q. 91, art. 3.

¹¹⁸ “Practerea, mensura debet esse certissima. Sed dictamen humanae rationis de rebus gerendis est incertum; secundum illud Sap. 9,14: Cogitationes mortalium tūidae, et incertae providentiae nostrae”. *Ibidem*, I-II, q. 91, art. 3.

¹¹⁹ *Com. Pol.*, Proemium, § 1.

¹²⁰ Estas explicaciones las apreciamos más claramente en el tratado sobre los ángeles incluido en la *Suma teológica*. Dios es espíritu, y los ángeles también, por lo que los ángeles conocen mejor a Dios que no el hombre, pues éste es una “unidad substancial” de espíritu y cuerpo, y su conocimiento principia desde los sentidos.

conformarse con la voluntad divina ‘por equiparación’, sino solamente por una triste imitación.¹²¹

El hombre, considerado como sujeto activo, posee, ciertamente, potencias o facultades con las que puede conocer y manipular la realidad; pero el ser humano es también lo que conoce, que él incorpora a sí mismo a través de los procesos de los distintos conocimientos; si hablamos de conocimiento, en singular, para referirnos a todo el conocimiento humano, eso solo lo podemos hacer de una forma metafórica o analógica, porque, según Tomás, nuestro conocimiento se compone de conocimientos distintos que dependen de las cosas diversas que hay que conocer.¹²² Su regla más básica es la que condensa en el aforismo “Las cosas distintas se conocen de modos distintos” (*Diversa a diversis cognoscuntur*),¹²³ ya que “En todas las potencias que se mueven por sus objetos, los objetos son naturalmente anteriores a los actos de esas potencias, del mismo modo que el motor es naturalmente anterior a lo que es movido”.¹²⁴ De ahí su insistencia en el protagonismo de los objetos conocidos cuando explica la génesis del conocimiento, y por ello reitera que son los objetos los que ‘especifican’ a las potencias humanas,¹²⁵ lo que implica que el ser humano tendrá tantas facultades cognoscitivas como tipos de objetos tiene que conocer. Porque las cosas se manifiestan a los hombres, pero no del mismo modo, sino que cada una de ellas tiene su modo propio.¹²⁶

La regla de oro de Tomás en estas materias es la que podríamos enunciar como el tratamiento ‘según la materia’ (*subjecta materia*), que implica que no podemos pedir o exigir más que aquello que es propio de la materia que estudiamos.¹²⁷ Cada cosa impone su propio acceso epistemológico y cada una de ellas se deja conocer en medida distinta.

¹²¹ “Ad primum dicendum quod voluntas hominis non potest conformari voluntati divinae per aequiparationem, sed per imitationem”. *Suma teológica*, I-II, q. 19, art. 9.

¹²² En *Sum. Gent.*, § 158, sienta otra de las reglas fundamentales de su antropología: “Sed secundum ordinem objectorum est ordo potentiarum”.

¹²³ *Ibidem*, § 2243.

¹²⁴ “In omnibus potentiis quae moventur a suis objectis, objecta sunt naturaliter priora actibus illarum potentiarum: sicut motor naturaliter prior est quam moveri ipsius mobilis”. *Ibidem*, § 2079.

¹²⁵ En la *Sum. Gent.*, por ejemplo, en el § 750, explica que “Sed operationes appetitus speciem ex objectis sortiuntur”.

¹²⁶ “Quia vero non omnes veritatis manifestandum modus est idem... necesse est prius ostendere quid modum sit possibilis ad veritatem propriam manifestandam”. *Ibidem*, § 13.

¹²⁷ Véase, entre otros lugares, *Com. Eth.* § 135, en donde escribe que “In singularibus subiectam materiam, prout scilicet proprium est illi doctrina, quae circa illam materiam versatur”.

Al tener en cuenta estas observaciones, vemos que en Tomás de Aquino no existe lo que pudiéramos llamar imprecisamente la verdad del hombre, o el concepto o la idea del hombre (al menos en el sentido moderno), porque él no piensa en una única capacidad o facultad humana que permitiera que el hombre se captara a sí mismo y se comprendiera: el hombre se comprende a sí mismo adecuadamente, esto es, de forma simplemente suficiente para algunos fines, pero no perfectamente. Tengamos presente que el conocimiento humano es en parte sensitivo y en parte racional, porque todos los conocimientos humanos principian o comienzan desde los sentidos, de forma que la razón humana forma conceptos e ideas con los datos que le proporcionan los sentidos: el hombre es como el rey Midas, con la diferencia de que, en lugar de transformar en oro lo que toca, convierte en racional todo lo que conoce mediante la sensibilidad.

Este tema es malentendido a veces, porque algunos entienden que Tomás propuso que el hombre debía hacer lo posible por hacer realidad su forma o esencia: esto, así planteado, es tan cierto como falso, y es una fuente de confusiones. Porque Tomás concede poca atención a la naturaleza del hombre en general (que es lo mentado con las palabras forma, idea, naturaleza, esencia, y otras similares), porque es un concepto excesivamente amplio. La naturaleza del hombre como entidad inmutable y eterna fue una creación doctrinal de los teólogos españoles de los siglos XVI-XVII, a partir (fundamentalmente) de Gabriel Vázquez de Belmonte; no sucedió que estos teólogos tardíos crearan esta teoría, pero sí fueron ellos los que la popularizaron. El de Aquino, en cambio, establece que “Los universales no mueven, sino los particulares en los que está el acto”.¹²⁸ Para conocer bien una cosa no hemos de indagar solamente en su esencia o idea: la única forma de conocerla acabadamente es observando cómo actúa. Un pensamiento más centrado en las ideas entendería que primero hay que conocer lo que es cada cosa, y posteriormente sabremos sus modos de comportarse, de modo que su comportamiento correcto sería aquel que se adecuara a su idea, naturaleza, forma o esencia. La tesis de Tomás es más bien la opuesta: de acuerdo con su talante de biólogo, él entiende que solamente tendremos un conocimiento acabado de una cosa cuando conozcamos sus operaciones, esto es, su capacidad y fuerza de actuar.¹²⁹ Porque los seres no solamente obran mediante conductas objetivas, sino que también hay que entender que, aunque hagan

¹²⁸ “Nam universalia non movet, sed particularia in quibus est actus”. *Ibidem*, § 1905.

¹²⁹ “Res cuilibet perfecta cognitio haberi non potest nisi ejus operatio cognoscatur. Ex modo enim operationis et species mensura et qualitas virtutis pensetur, virtus vero naturam rei monstrat; secundum hoc enim unumquodque natum est operari actu talem naturam sortitur”. *Ibidem*, § 852.

lo mismo, lo que realmente hacen puede ser distinto según el modo diverso como cada cual actúa. Por eso hay que atender al ‘motivo propio’ por el que obra cada cosa.¹³⁰

Si el hombre es un ser que no siempre dispone de normas precisas para alcanzar su meta final, esto se debe a que la observación de lo que él ‘es’ no puede consistir en una mera contemplación de una realidad acabada. Según Platón, el conocimiento de la idea del hombre acabaría con nuestras perplejidades, pero el de Aquino rechaza esta explicación de la filosofía platónica con especial viveza. Tomás entiende que el conocimiento de algo se obtiene ante todo por la observación de sus operaciones, esto es, de su forma propia de actuar.¹³¹ Pues de la forma como actúa cada ser resulta la medida de sus comportamientos,¹³² ya que “Virtus vero naturam rei monstrat”, es decir, la capacidad de un ser en sus actuaciones es la que nos muestra la naturaleza de ese ser, pues cada cual actúa de acuerdo con lo que es.¹³³ Si alguien supone que hay que conocer lo que una cosa es para saber cómo ha de comportarse de acuerdo con lo que ya es, Tomás considera que este planteamiento esconde una falacia, pues “La vida del que vive consiste en el mismo vivir cuando lo consideramos de forma abstracta: del mismo modo que correr no es, por sí mismo, otra cosa que correr. El vivir de los seres vivientes es el mismo ser de ellos”.¹³⁴

Además, el hombre no está determinado únicamente por sus condicionantes biológicos. Tomás entiende que todo estado cultural y social es también natural en buena medida. Aristóteles había dejado escrito que el hombre es un animal político, y Tomás añade: “Animal político y social”. Lógicamente, la regulación de las conductas de los seres humanos toma en cuenta también los factores culturales, también los legales, por lo que la noción de la medida adecuada se dilata mucho más ampliamente que si pretendiéramos considerar al hombre ‘en sí mismo’, al margen de la sociedad. El momento cultural en el que vive cada cual forma parte también de su naturaleza, y ya he aludido a las dudas y contradicciones de los juristas bajo-

¹³⁰ “Cum enim cuiusque mobili respondeat proprium motivum...”. *Sum. Gent.*, § 1948.

¹³¹ “Res cuiuslibet perfecta cognitio haberi non potest nisi ejus operatio cognoscetur”. *Com. Eth.*, § 852.

¹³² “Ex modo enim operantis et specie mensurata et qualitas virtutis pensatur”. *Ibidem*, § 852.

¹³³ “Secundum hoc enim unumquodque natura et operari quod actu talem naturam sortitur”. *Ibidem*, § 852.

¹³⁴ “Vita enim viventis est ipsum vivere in quaedam abstractione significatum: sicut cursus non est secundum rem aliud quam currere. Vivere autem viventium est ipsum esse eorum”. *Sum. Gent.*, § 817.

medievales en el momento de determinar si el derecho de gentes es verdadero derecho natural. Esta cierta consustancialidad entre el hombre histórico y su cultura determina que la vida humana no consista en seguir una perfección lineal en la historia, como si cada vez nos fuéramos acercando más a nuestro fin definitivo. Al contrario, la sucesión de los distintos momentos de las culturas determina que el hombre vuelva sobre sí mismo y se modifique, por lo que los criterios de los actos serán distintos en cada caso.

Todo el conocimiento del ser humano se ve afectado, antes o después, por las limitaciones que le impone su condicionante sensorial, y esto determina que su conocimiento sea normalmente de poca calidad. La razón y el intelecto no nos indican mucho sobre lo que ellos mismos son, porque ante todo nos informan sobre cómo conocemos, y no lo que son las cosas o lo que son ellos.¹³⁵ El alma humana carece de una actividad autorreflexiva suficiente que permita que el hombre se vuelva sobre sí mismo y se conozca acabadamente,¹³⁶ por lo que nos conocemos, por así decir, por indicios.¹³⁷ De ahí su oposición frontal a Platón, que había entendido que el hombre conoce directamente y sin mayores problemas el noúmeno en el que las cosas son. Porque, con respecto a las ideas, nociones o formas de las cosas, el hombre sabe ante todo cómo operan, pero no tanto qué son o en qué consistan, dado que solamente conoce su alma por sus operaciones, no en su esencia.¹³⁸ El conocimiento humano nos enseña el ‘cómo’ de lo conocido, no que el ‘qué’ de lo que conocemos.¹³⁹

Frente a los platónicos, explica que “Podemos decir que la capacidad humana es una perfección ‘según el modo de ser del hombre’, que no puede comprender con certeza la verdad de las cosas mediante una intuición simple, especialmente en los temas prácticos humanos, que son contingentes”.¹⁴⁰ Como es lógico, el ser humano únicamente puede pretender encontrar al-

¹³⁵ Este es un tema que reitera con cierta frecuencia. En *ibidem*, § 2237, por ejemplo, explica que “De his quae sunt in anima nostra, scilicet potentiis et habitibus, scimus quidem quia sunt, in quantum actus percipimus; quod vero sunt, ex ipsorum actuum qualitate percipimus”.

¹³⁶ “Impossibile est autem dici quod seipsam intelligat de se quid est”. *Ibidem*, § 2228.

¹³⁷ “Nam quid est anima non supponitur in scientia quasi notum, sed proponitur ex aliis quaerundam”. *Ibidem*, § 2231.

¹³⁸ “Si ergo et de substantiis separatis animae, cognoscendo seipsa, cognoscit quia sunt: non autem quid sunt, quod est earum substantiis intelligere”. *Ibidem*, § 2235.

¹³⁹ “Hoc autem non videmus: non est enim aliqua speculativa scientia quae doceat de aliqua substantiarum separatarum quid est, sed solum quis sunt”. *Ibidem*, § 2180.

¹⁴⁰ “Vel potest dici quod virtus humana est perfectio secundum modum hominis, qui non potest per certitudinem comprehendere veritatem rerum simplici intuitu; et praecipue in agibilibus, quae sunt contingentia”. *Suma teológica*, II-II, q. 51, art. 1.

guna certeza, según lo que “Conviene a la materia que es conocida”.¹⁴¹ El hombre es, pues, un ser deficiente, porque su conocimiento comienza por los sentidos y, aunque tenga capacidad racional (esto es, argumentativa o demostrativa), la razón solo puede deducir desde unos axiomas, y esos axiomas han de ser conocidos, en definitiva, por inducción desde lo suministrado por las percepciones sensibles¹⁴² porque únicamente conocemos el *cómo* de las cosas según la forma de conocer del hombre, es decir, según la necesidad de la ciencia, no según la necesidad de la naturaleza.¹⁴³ El hombre ni siquiera sabe expresar mediante su lenguaje lo que capta su entendimiento, porque nuestro intelecto comienza a razonar desde los datos de los sentidos, y no es capaz de trascender el modo como los sentidos los expresan.¹⁴⁴

Aletea desconfianza en la legalidad o en la capacidad propia de la razón, porque él explica que “La razón y la verdad tienen fundamentos distintos”,¹⁴⁵ tesis que es quizá la piedra fundamental de todo este discurso. Lo que parece decisivo es la evidencia personal sobre la verdad, a pesar de que esta evidencia necesariamente ha de tener forma de evidencia racional, y por tanto objetiva: “La certeza de la razón proviene del intelecto, aunque la necesidad de razonar proviene del defecto del intelecto”.¹⁴⁶ Una tesis que no hubiera entendido Descartes. El de Aquino da a entender que ‘las cosas’ son transformadas o reelaboradas en el proceso racional (*indigent transmutationem*), de forma que al final del proceso obtenemos una pobre réplica de la realidad que hemos conocido.¹⁴⁷ La razón ha de acomodarse a las cosas, porque no es el proceder racional o la *ratio rationis* la que mide a las cosas, sino al contrario: “La razón humana no es la medida de las cosas, sino al revés”. Obviamente, el intelecto humano solamente es verdadero en la medida en que *consonat* con las cosas.¹⁴⁸ Algunos teólogos y filósofos posteriores realiza-

¹⁴¹ “Ad primum dicendum est, quod in humanis actibus invenitur aliqua certitudo, non quidem in demonstrativis, sed secundum quod convenit tali materiae”. *Ibidem*, II-II, q. 60, art. 3.

¹⁴² En los *Com. Eth.* § 1148 explica que todo conocimiento procede por silogismo o por inducción. Si es por silogismos, las premisas no son demostrables, y entonces habría una remisión al infinito, lo que es imposible. “Sic ergo relinquitur quod principium syllogismus sit inductio”.

¹⁴³ “Et sic agat ex necessitate scientiae non ex necessitate naturae”. *Sum. Gent.*, § 1034.

¹⁴⁴ “Nam nomine res exprimimus eo modo quo intellectu concipimus. Intellectus autem noster, ex sensibus cognoscendi initium sumens, illum modum non transcendit qui in rebus sensibilibus invenitur, in quibus aliud est forma et formam habens”. *Ibidem*, § 177.

¹⁴⁵ *Suma teológica*, I-II, q. 93, art. 1.

¹⁴⁶ “Ad secundum dicendum quod certitudo rationis est ex intellectu, sed necessitas rationis est ex defectu intellectu”. *Ibidem*, II-II, q. 49, art. 6.

¹⁴⁷ *Com. Eth.*, § 1536.

¹⁴⁸ *Suma teológica*, I-II, q. 93, art. 1.

ron la importancia de la participación humana en el entendimiento divino, por lo que, al menos desde este punto de vista, el intelecto humano poseería un anclaje fuerte. Pero esta fue una tesis moderna, no medieval. Porque los medievales entendían que si se exageraba la presencia del *nous* en la mente humana habría que concluir, con Averroes, que tal *nous* es el mismo Dios presente en todos los hombres. Tomás prefiere entender que la ley natural es una realidad propiamente, o ante todo, humana.

La tesis de una naturaleza humana completa o acabada, que solo hubiera que conocer para saber qué es lo que demanda el hombre es ajena al pensamiento tomista. La Baja Edad Media tomista más bien consideró fines (bienes) concretos del hombre. Los que siguieron a Duns Scoto aludieron a la ley del Amor de Dios y desdeñaron tomar un serio una naturaleza que más parecía *prorior ad malum*. En cualquier caso, no tenía sentido remitirse a algo tan abstracto como la naturaleza del hombre: los tomistas se movieron en un plano medio alejado tanto de la inmediatez de los intereses empíricos como de las alturas de los ideales,¹⁴⁹ entre otras cosas porque entendieron que el ser humano tiende hacia las cosas tanto por ellas mismas como por sus efectos,¹⁵⁰ y los efectos de cada cosa son distintos, aunque se trate de una sola y misma cosa. Además, el de Aquino entendía que la voluntad del hombre no es movida por la cosa en sí, sino por una relación especial que se establece entre la cosa y cada persona.¹⁵¹

Según Tomás, la naturaleza de cada cosa es su modo de actuar de acuerdo con su forma, es decir, con su alma. Las naturalezas determinan los movimientos propios de cada ser, siempre en pos de llegar a ser lo que ya son de acuerdo, preformadamente, con su forma. Además, los seres humanos no solamente son aquello que le dicta su especie o forma: también existe una segunda naturaleza que la proporciona cada individuo, de modo que junto a la naturaleza propia de la especie estaría la naturaleza propia de cada persona.¹⁵²

¹⁴⁹ Tomás nos explica sobre este ‘plano medio’ que “Natura autem non attingit ad communem boni rationem, sed ad hoc bonum quod est sua perfectio... Agens autem particulare se habens ad agens universale sicut eo posterius, et sicut ejus instrumentum”. *Sum. Gent., cit.*, § 998. En la *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 6, añade que “Non oportet ut semper aliquis cogitet de ultimo fine... Sed totus virtus primae intentionis, quae est respectu ultimi finis, manet in quolibet appetitu cuiusque rei, etiamsi de ultimo fine actu non cogitetur”.

¹⁵⁰ Tomás de Aquino, *Sum. Gent.* § 2328.

¹⁵¹ *Suma teológica*, I-II, q. 9, art. 2, en donde escribe acerca de la *relatio* que se establece en cada caso entre la cosa y el que obra.

¹⁵² En *ibidem*, I-II, q. 63, art. 1, escribe: “Aliquid dicitur alicui homini naturale dupliciter: uno modo ex natura speciei: alio modo ex natura individui. Et quia unumquodque habet speciem secundum suam formam, individuatur vero secundum materiam, forma vero ho-

Fue Juan Duns Scoto el que se opuso a esta dependencia de las potencias cognoscitivas desde las cosas conocidas, porque Duns entendió que el hombre dispone de potencias que no las debe a las realidades que son conocidas. Scoto *enfrentó* al hombre con la realidad, haciendo de esta última algo ajeno en principio a lo que es el ser humano. Ello tuvo una importancia enorme en la historia de la filosofía y de la ciencia; porque Scoto separó al hombre de su entorno natural. En Tomás, el hombre se engolfa en el conocimiento de lo que él es y de lo que la naturaleza le muestra, por lo que la máxima aspiración humana es el conocimiento, porque como el hombre es él mismo naturaleza, el género humano puede alcanzar, por connaturalidad, un cierto conocimiento de su entorno. Duns, en cambio, al oponer el hombre a la naturaleza, concibe una naturaleza extraña, cuando no hostil, al hombre. La tarea del ser humano es entonces la de dominar artificialmente¹⁵³ su entorno para cumplir su fines últimos, como son la supervivencia y la realización del amor a Dios, según Scoto.

VI. FINALIDADES Y LEY NATURAL

El hombre medieval era más indagador y racionalista que nosotros. Nosotros tendemos a pensar que si existe un mandato de un superior, existe un deber. No era así entonces, y Tomás se preguntaba por qué razón o motivo obliga la ley, cual era la *ratio* de la normatividad de una conducta —la *ratio debiti*—, porque le resultaba evidente la poca relevancia del cumplimiento

minis est anima rationalis, materia vero corpus, ideo id, quod convenit homini secundum animam rationalem, est ei naturalem secundum rationem speciei; id vero, quod est ei naturale secundum determinatam corporis complexionem, est ei naturale secundum naturam individui”. Se trata de una tesis que reitera intermitentemente. Desde otro punto de vista, viene a mantener algo parecido. En *op. cit.*, I-II, 9, art. 2, añade que “Respondeo dicendum, quod, sicut supra dictum est, id quod apprehenditur sub ratione boni, et convenientis, movet voluntatem per modum objecti. Quod autem aliquid videatur bonum, et conveniens, ex duobus contingit; scilicet ex conditione ejus, quod proponitur, et ejus, cui proponitur: conveniens enim secundum relationem dicitur: unde ex utroque extremorum dependet. Et inde est, quod gustus diversimode dispositus, non eodem modo accipit aliquid, ut conveniens, et ut conveniens. Unde Phil. dicit in 3 Ethic. Qualis uniusquisque est, talis finis videtur ei... nihil prohibet, id, quod est simpliciter, et secundum se praestantius, quoad aliquid esse debilius”.

¹⁵³ Duns separa lo natural de lo artificial, y explica que es natural todo lo que no es artificial: “Prout natura distinguitur contra artem...”. Cito por el texto reordenado de las obras de Duns Scoto, que sigue el orden de materias de la *Suma teológica* de Tomás de Aquino, que hizo Jerónimo de Montefortino, *Summa Theologiae Johannis Duns Scotus... Tomus tertius. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronimum de Montefortino*, Romae, 1728, I, q. 1.

de la norma por la norma misma.¹⁵⁴ Una de las palabras más repetidas por Tomás es la de *ratio*, esto es, del porqué último de la fuerza de las cosas: se interroga acerca de la *ratio legis*, de la *ratio virtutis*, de la *ratio boni vel mali*, etcétera. Tomás procede como si los hombres hubiéramos comenzado a convivir y a reflexionar y fuera preciso explicarnos las razones de todo lo contenido en normas, reglas o principios. Su punto universal de referencia en los temas humanos (*in humanis*) son los fines: “La ley expresa orden a un fin”,¹⁵⁵ de modo que, en última instancia, la ley es únicamente una función del fin que consideramos.

El mundo jurídico y moral que consideraban los medievales era plural, múltiple,¹⁵⁶ y desde luego irreductible a un pequeño conjunto de cualidades morales que resultarían de la *natura hominis* o del hombre considerado ‘naturalmente’. Era un universo poblado por diversas *conditiones personarum*, *leges*, *officia*, etcétera, que eran distintos entre sí, y que poseían criterios distintos para ser explicados. Además, ellos concedían más valor a la individualidad personal, en la que veían tanto una concreción de una forma más genérica, como una verdadera naturaleza individual.¹⁵⁷ Es lógico que Tomás concluya indicando que el bien al que aludimos cuando tratamos de la virtud, no es el bien común que se corresponde con el ente, sino que es un *bonum rationis*, es decir, según las medidas propias de cada persona, pues lo que sería mucho comer para uno sería una comida normal para otro.

Las cosas en sí mismas a las que a veces alude el de Aquino en sede de filosofía práctica —navego ahora por el plano jurídico— no arrancan

¹⁵⁴ Tomás de Aquino trató este tema expresamente en el cap. 34, libro III de la *Sum. Gent.*, titulado “Quod última hominis felicitas non consistit in actibus virtutum moralium”.

¹⁵⁵ “Lex importat ordinem ad finem”. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 1.

¹⁵⁶ Tomás solamente consideraba la posibilidad del *continuum* en la materia. Véase, por ejemplo, *Sum. Gent.*, *cit.*, § 155. La tesis de la metafísica moderna expresada en el “Non datur vacuum formarum” le era ajena.

¹⁵⁷ “Actus ergo rationalis creatura a divina providentia diriguntur non solum ea ratione qua ad speciem pertinent, sed etiam inquantum sunt personales actus”. *Sum. Gent.*, § 2874. Esto es peculiar del hombre, ya que “Ex hoc autem apparet quod sola rationalis creatura dirigitur a Deo ad suos actus non solum congruentiam speciei, sed etiam secundum congruentiam individui”. *Sum. Gent.*, § 2869. Es más explícito en *Suma teológica*, I-II, q. 51, art. 1: “Respondeo dicendum quod aliquid esse naturale dupliciter. Uno modo, secundum naturam speciei: sicut naturale est homini esse risibile... Alio modo secundum naturam individui, sicut naturale ex Socrati, vel Platoni esse aegrotativum...”. Desarrolla aquí una argumentación extensa. Concluye momentáneamente que “Est enim aliqua dispositio naturalis, quae debetur humanae speciei, extra quam nullus homo invenitur. Et haec est naturalis secundum naturam speciei. Sed quia talis dispositio quarundam latitudinem habet, contingit diversos gradus hujusmodi dispositionis convenire diversis hominibus secundum naturam individui”. Vuelve a insistir en el tema en *Suma teológica*, I-II, q. 63, art. 1.

normalmente desde una supuesta naturaleza general del ser humano, sino frecuentemente desde el conjunto de exigencias que surgen objetivamente desde una expectativa social tipificada. Si trasladamos el modo metafísico de pensar a la teoría tomista sobre la justicia, podría parecer que Tomás se refiere a la naturaleza de la cosa en sí misma, de forma que una conducta sería justa o injusta ‘por sí misma’, *ex objecto*. A veces, Tomás habla de la cosa en sí como un criterio para reconocer lo que prescribe el *jus naturale*, pero esto sucede solo episódicamente, y el criterio *ex objecto* es un criterio que concurre junto con otros criterios.¹⁵⁸ El de Aquino lo examinó reiteradamente, y se negó a hacer de él el criterio fundamental de la doctrina ética. De todos modos le concede importancia, lo examina muy extensamente a lo largo de la *prima pars* de la *Suma teológica*, y ocasionalmente parece quedarse con él; finalmente lo desecha en tanto que criterio máximo; pero si le concede tanta atención es porque es un criterio importante, aunque no sea el decisivo.

Si falla el criterio *ex objecto* porque podemos llegar al mismo fin por caminos distintos, ¿qué le queda al hombre para orientar su conducta? Los escolásticos distinguían cuatro causas en cada cosa: la material, eficiente, formal y final. Si el alfarero fabrica un cántaro, la causa eficiente es el mismo alfarero; la material, el barro del que está hecho el cántaro; la formal, la forma que le dará, y la final, transportar agua. Parece que la causa final es la última que aparece, pero Tomás declara reiteradamente que en los asuntos humanos la causa final es la primera de todas,¹⁵⁹ porque el ser humano, que es inteligente, no se mueve si no es a causa de un fin, que siempre es percibido como un bien para el que actúa.¹⁶⁰ Así, mientras el geómetra parte desde unos primeros principios conocidos —porque usa la razón teórica—, el hombre parte desde los fines de sus acciones.¹⁶¹ Las acciones no pueden ser explicadas por un solo tipo de ellas que pudiera considerarse como modelo, porque cada acción tiene por sí misma su fin, y por eso no exigimos lo

¹⁵⁸ Algunas declaraciones aisladas de Tomás pueden inducir a confusión. Por ejemplo, en la II-II, q. 60, art. 5 de la *Suma teológica* escribe que “Respondeo dicendum quod iudicium nihil aliud nisi quaedam definitio vel determinatio ejus quod justum est. Sit autem aliquid justum dupliciter: uno modo, ex ipsa natura rei, quod dicitur *jus naturale*; alio modo, ex quoddam conditio inter homines, quod dicitur *jus positivum*”.

¹⁵⁹ *Ibidem*, I-II, q. 1, art. 2

¹⁶⁰ “Objectum autem voluntatis est finis, et bonum. Unde oportet, quod omnes actiones humanae propter finem sint”. *Ibidem*, I-II, q. 1, art. 1.

¹⁶¹ En realidad, su pensamiento es algo más rotundo: “Principium autem in speculativis est forma quod quidem est: in operativis vero finis”. *Sum. Gent.*, § 2734. Una declaración más genérica, en *Suma teológica*, I-II, q. 14, art. 1, donde escribe que “Finis in operabilibus habet rationem principii, eo quod rationes eorum, quae sunt ad finem, ex fine sumuntur”.

mismo al médico que al arquitecto. Además, las personas, que son distintas, tienen a veces fines distintos. Lo realmente importante desde el punto de vista moral es que todas las acciones se inserten en el orden de colaboración que les corresponde por sí mismas. Por eso, el pecado es ante todo un acto desordenado.¹⁶² Contempla un *mundus viator* en el que cada ser, al buscar su propia perfección, tiende necesariamente hacia Dios.¹⁶³

Lo expuesto no lo podía entender Platón, ni los que siguen a Platón (de ahí las dificultades personales de San Agustín, según Tomás),¹⁶⁴ porque el estilo platónico consiste en comparar una cosa con su idea ejemplar, y todo el movimiento propio de esa cosa se reduciría a tender linealmente hacia su modelo; esto es, en adecuar la conducta propia a una regla o norma ya existente, de forma que lo que salta ante la vista es ante todo la regla inmóvil que regula los actos. Esta mentalidad es cierta solo parcialmente para el de Aquino. Él entiende, desde luego, que cada ser obra según su forma, pues es evidente que un caballo obra y ha de actuar de forma distinta a un gorrión. También entiende y acepta que las acciones de cada cual responden a su forma, porque “Pertenece a la naturaleza de la acción, que el que actúa haga cosas similares a él”.¹⁶⁵ Pero aquí acaban las semejanzas entre el frío modelo platónico y el estilo biológico: porque “La operación es la perfección del actuante en el acto de existir, de forma que no tiende hacia otra cosa distinta que a él”.¹⁶⁶ Desde este punto de vista, podríamos decir que la filosofía tomista considera la vida por la vida misma.¹⁶⁷ Explica Tomás que Platón solamente tuvo en cuenta seres que serían movidos desde sus ideas, mientras que Aristóteles consideró que el movimiento de cualquier cosa es su acto mismo de existir, por lo que dio a la palabra movimiento un sentido más restringido que Platón.¹⁶⁸

¹⁶² “Nam peccatum proprie nominat actum inordinatum”. *Suma teológica*, I-II, q. 71, art. 2, entre otros lugares.

¹⁶³ “Unumquodque autem tendens in suam perfectionem, tendit in divinam similitudinem”. *Sum. Gent.*, § 2022.

¹⁶⁴ Refiriéndose a San Agustín, indica “In quo satis apparet quantam angustiam patiebantur hinc inde eorum praeclara ingenia”. *Ibidem*, § 2261.

¹⁶⁵ “De natura enim actionis est, ut agens sibi simile agat”. *Ibidem*, § 270.

¹⁶⁶ “Quaedam vero operatio est perfectio operantis actu existentis in aliud transmutandum non tendens...”. *Ibidem*, § 2025.

¹⁶⁷ En la *ibidem*, § 817, expone: “Vita enim viventis est ipsum vivere in quadam abstractione significatum: sicut cursus non est secundum rem alium quam currere. Vivere autem viventium est ipsum esse eorum”.

¹⁶⁸ “Sciendum autem quod Plato qui posuit omne movens moveri, communius accepit nomen motus quam Aristoteles. Aristoteles enim proprie accepit motum secundum quod est actus existentis in potentia secundum quod hujusmodi”. *Ibidem*, § 90.

Desde estos presupuestos, es patente que la ley natural es una realidad altamente compleja en su doctrina, y él la explica genéricamente escribiendo que

El orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales. Porque el hombre, en primer lugar, siente una inclinación hacia el bien según su naturaleza, que es común con todas las substancias, y por esta inclinación apetece la conservación suya según su propia forma de ser. Y según esta inclinación pertenecen a la ley natural aquellas cosas por las que se conserva la vida del hombre y se impiden las contrarias [a la conservación de la vida]. En segundo lugar, existe en el hombre una inclinación a cosas más concretas según la naturaleza que él tiene en común con los demás animales; y en virtud de esto decimos que son de ley natural aquellas cosas que [la naturaleza enseñó a todos los animales], como es la unión del varón con la hembra, la educación de los hijos y otras cosas parecidas. En tercer lugar, existe en el ser humano una inclinación al bien según su naturaleza racional, que es propia de él [solamente], y así el hombre tiene una inclinación natural a conocer a Dios y a vivir en sociedad. Según esta acepción, pertenecen a la ley natural aquellas cosas que se relacionan con esta inclinación, como es el evitar la ignorancia, impedir que otros ofendan a aquellos con los que hemos de convivir, y otras cosas de este tipo.¹⁶⁹

Esto es, la ley natural se compone simultáneamente de aquellas inclinaciones que brotan desde la naturaleza que el hombre tiene en común con los demás animales y de las inclinaciones que se originan desde su naturaleza propiamente racional. De forma que si desde la participación en que

¹⁶⁹ *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2, resp., en donde escribe que “Quia vero bonum habet rationem finis, malum autem rationem contrarii, inde est quod omnia illa ad quae homo habet naturalem inclinationem, ratio naturaliter apprehendit ut bona, et per consequens ut opera prosequenda, et contraria eorum ut mala et vitanda. Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae. Inest enim prima inclinatio hominis ad bonum secundum naturam in qua comunicat cum omnibus substantiis: prout scilicet quaelibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam. Et secundum hanc inclinationem, pertinet ad legem naturalem ea quae per vita hominis conservatur, et contrarium impeditur. Secundo inest homini inclinatio ad aliqua magis specialia, secundum naturam in qua comunicat cum ceteris animalibus. Et secundum hoc, dicuntur ea esse de lege naturali ‘quae natura omnia animalia docuit’, ut est coniunctio maris et foeminae, et educatio liberorum, et similia. Tertio modo inest homini inclinatio ad bonum secundum naturam rationis, quae est sibi propria: sicut homo habet naturalem inclinationem ad hoc quod veritatem cognoscat de Deo, et ad hoc quod in societate vivat. Et secundum hoc, ad legem naturalem pertinent ea quae ad huiusmodi inclinationem spectant: utpote quod homo ignoratiam vitet, quod alios non offendant cum quibus debet conversari, et caetera huiusmodi quae ad hoc spectant”.

consiste el *intellectus* se sigue un discurso preferentemente deductivo, desde la observación de lo que demandan las inclinaciones naturales se desarrolla una argumentación preferentemente inductiva.

A la mentalidad nuestra le puede extrañar un conjunto de seres regidos por finalidades, pero al pensamiento que no era mecanicista le hubiera extrañado un mundo humano representado al modo de los filósofos naturales, esto es, mecanicista.¹⁷⁰ Un elemento que diferenciaba a los juristas del *jus commune* de la mentalidad moderna era, entre otras cosas, el rechazo de la consideración del razonamiento jurídico como la simple aplicación de una norma previa a un estado de cosas ‘dado’. Porque el de Aquino explicaba que así como el razonamiento especulativo comienza desde los principios, a partir de los cuales la razón hace silogismos, en los actos humanos tenemos fines que se comportan “Como los principios en los temas especulativos”, *sicut principia in speculativis*¹⁷¹. “Y así [el hombre] actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona”.¹⁷² Porque “El fin en las cosas que hay que hacer (*in operabilibus*) tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él”.¹⁷³ El silogismo práctico comenzaba simultáneamente desde el principio y desde el final.

¹⁷⁰ Indicaba que podemos dividir el razonamiento práctico en Cabeza (la norma aplicada), Cuerpo (la argumentación por la que se justifica que hay que aplicar tal norma) y Cola, que es el resultado obtenido. En Scoto, Gerson y Conrado, y más tarde en Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez, ésta fue la representación casi geométrica del juego de las normas y la realidad humana estudiada. La actividad específicamente inteligente comenzaba por la norma y *legaba* (descendía) a la materia que había de ser enjuiciada. Todos ellos mantuvieron que la norma debía imponerse en razón de estar dictada por una voluntad superior. Si leemos atentamente el *Tractatus de legibus* de Francisco Suárez, veremos cómo todos los ejemplos que aporta para justificar este tipo de *imposición* están tomados del derecho canónico: un ordenamiento jurídico que le era especialmente útil a este fin porque la Iglesia católica se resume en el *Credo*, y la casi totalidad del derecho canónico es *jus arbitrium seu positivum*, ya que el *Credo* no alude a cardenales, beneficiados, catedrales o colegiadas.

Desde el punto de vista del *jus canonicum*, la vivisección del razonamiento jurídico en “Cabeza-Cuerpo-Cola” era patente. Suárez eligió sagazmente sus ejemplos, porque desde el punto de vista del *jus civile*, las cosas son de otro modo, *aliter se habent*, según la terminología entonces usual, de forma que lo que era cierto para la generalidad del derecho canónico no era válido para el conjunto de las *leges civiles*.

¹⁷¹ “Perfectio enim est rectitudo rationis in speculativis dependet ex principiis, ex quibus ratio syllogizat... In humanis autem actibus se habent fines, sicut principia in speculativis”. *Suma teológica*, I-II, q. 56, art. 4.

¹⁷² “Et recte se habent circa principia, id est fines, ex quibus ratiocinatur”. *Ibidem*, I-II, q. 58, art. 3.

¹⁷³ “Finis in operabilibus habet rationem principii, eo quod rationes eorum, quae sunt ad finem, ex fine summuntur”. *Ibidem*, I-II, q. 14, art. 3.

Esta visión teleológica de las acciones quedó reflejada en la estructura del razonamiento jurídico. En general, la mentalidad propiamente moderna se caracterizó frente a la mentalidad anterior por su consideración exclusiva, en el derecho y en la moral, de las causas eficientes, de forma que toda norma es tal por una peculiaridad de origen, a saber: por proceder desde una voluntad especialmente cualificada por algún motivo. En cambio, el estilo tomista de considerar la normación de las conductas partía desde la ‘fuerza apetitiva’ de todos los seres, por lo que una conducta era propiamente moral solo cuando respondía a tal fuerza natural o final.¹⁷⁴ Así, mientras que los *moderni* situaron la *ratio regulae* al comienzo del proceso que hay que normar, y explicaban que un proceso adquiriría relevancia jurídica porque estaba regulado por una norma del derecho, la jurisprudencia del *jus commune* tendía a situar la razón de ser de las normas al final de tal proceso, porque la mirada del jurista había de ir desde el problema a la norma y desde ésta al problema, en un juego incesante de interacciones; porque el derecho no consiste en el cumplimiento sin más de las leyes generales, sino en la averiguación de la justicia de cada caso concreto; el derecho, es decir, el trabajo del jurista, consiste ante todo en un ‘saber hacer’ (*scire*), no tanto en imponer unas legalidades preexistentes.

La caracterización del fin como algo en principio extrínseco al sujeto que actúa llevó a Scoto a rechazar de plano esta filosofía. Daría que hablar tratar de esclarecer si Juan Duns entendió o no a Tomás de Aquino en su explicación de la teleología de la conducta humana, porque Tomás no propuso perseguir cosas extrañas al ser humano, sino aquello que viene reclamado por su naturaleza¹⁷⁵ en las circunstancias actuales.

La norma, en sentido griego y tomista, era “Lo que dirige al fin”, según la conocida definida tomista: “Lex est, quae ad finem dirigit”.¹⁷⁶ En esta visión propia de los griegos, y también tomista, las reglas, normas o leyes adquirirían esta capacidad de obligar ante todo por estar orientadas hacia un fin racional, de modo que la conducta que consiguiera fines realmente huma-

¹⁷⁴ Tomás de Aquino escribía que “Quandoque significat inclinationem quandam naturalem, vel quasi naturalem ad aliquod agendum... Et ideo non omnis virtus dicitur moralis, sed solum illa, quae est in vi appetitiva”. *Ibidem*, I-II, q. 58, art. 1.

¹⁷⁵ En *ibidem*, I-II, q. 71, art. 2, explica que “Vitium uniuscuiusque rei esse videtur, quod non sit disposita, secundum quod convenit suae naturae”.

¹⁷⁶ Una declaración programática la tenemos en el inicio de la *Sum. Gent.*, § 2, en donde explica antes que otra cosa que “Omnium autem ordinatorum ad finem, gubernationis et ordinis ex fine necesse est”, ya que “Finis est bonum uniuscuique”. En *Sum. Gent.*, § 1874 establece que “Peccatum non invenitur nisi in his quae sunt propter finem: non enim imputatur ad peccatum si deficiat ab eo quod non est; medicus enim imputatur ad peccatum si deficiat a sanando, non autem aedificatori aut grammatico”.

nos adquiriría el rango de ley vinculante, y la que llevara a consecuencias nocivas era calificada de injusta, o mala moralmente. Por este motivo, Tomás entendía que la infracción de la ley era mala, constituía un pecado, porque desvía del fin.¹⁷⁷ El fin último del hombre es la felicidad última, la *beatitudo* que solo puede proporcionar Dios, y en esta vida hemos de buscar la alegría repeliendo las tristezas: las normas y reglas sirven *ad repellendas tristitias*;¹⁷⁸ no habla de la felicidad o *beatitudo* refiriéndose a esta vida. La suya es una doctrina ética que busca evitar la tristeza porque él explica que la tristeza es lo peor que existe, ya que corrompe hasta la propia naturaleza del hombre.¹⁷⁹

Las cosas adquieren valor moral por referencia a este fin, lo que nos indica que las conductas —desde el punto de vista de su moralidad— eran consideradas como ‘relativas a...’. La idea de actos morales buenos o malos en sí mismos, que hubieran de ser cumplidos o evitados como por un valor intrínseco a ellos (al modo como la Neoescolástica de las Edades Moderna y Contemporánea entendió a las normas morales), es ajena en principio al pensamiento tomista, porque Tomás de Aquino entendía que casi todos los actos morales son ordenables a otra cosa, de forma que lo único que no tiene carácter de medio es la felicidad última.¹⁸⁰ La doctrina ética que mantiene que las conductas son buenas o malas por sí mismas, con independencia de las circunstancias, siguen el criterio conocido como el *ex objecto*, ya que afirman que la bondad o maldad surgen desde el mismo objeto que es estudiado, ya que siempre será malo adulterar y siempre será bueno ayudar al que está en extrema necesidad.

Pero la voluntad humana, cuando quiere o desea, no quiere, por así decir, ‘cosas en sí mismas’, ya que el ser humano no quiere las cosas por sí mismas, sino por algunos efectos de ellas.¹⁸¹ Él mantiene reiteradamente que no sabemos lo que son las cosas en sí.¹⁸² El hombre tiende a un fin, y las cosas son buenas o malas en la medida en que ayudan a alcanzar ese fin.

¹⁷⁷ En *Suma teológica* I-II, q. 71, art. 6, escribe, entre otros muchos lugares, que “Peccatum proprie consistere videtur in aversione a fine”.

¹⁷⁸ La tristeza y la alegría son las pasiones fundamentales del hombre. *Ibidem*, I-II, q. 25, art. 4.

¹⁷⁹ La tristeza lo corrompe todo. Véase *Com. Ethic...*, cit., § 637. La tristeza es el peor de los males porque priva al hombre de su propia naturaleza. Véase *Suma teológica*, I-II, q. 37, art. 4.

¹⁸⁰ “Felicitas enim humana non est ad ulteriorem finem ordenabilis, si sit ultima. Omnes autem operationes morales sunt ordenabiles ad aliquid aliud”. *Sum. Gent.*, § 2139.

¹⁸¹ “Quis autem velit aliquid volens, non potest cognosci per cognitionem substantiam ipsius: nam voluntas non tendit in sua volita omnino naturaliter; propter quod natura et voluntas duo principia activa ponuntur. Non potest igitur aliquis intellectus cognoscere quid volens velit, nisi forte per aliquos effectus”. *Sum. Gent.*, cit., § 2328.

¹⁸² *Ibidem*, § 2325.

Podríamos decir que, en cierto modo, Tomás no considera por lo general conductas buenas o malas, sino correctas o incorrectas; esto es, inteligentes o equivocadas. De hecho, cuando hablaba de algunos pecadores (se refería a los avaros y lujuriosos) no los califica de malos o depravados, sino de *stulti*, es decir, necios o tontos.¹⁸³ Demuestra especial desprecio, o conmiseración, por los avaros, porque entiende que, como el deseo del dinero es infinito, quien lo sigue es un tonto.¹⁸⁴ Lo mismo podría haber dicho del lujurioso. El fin último en la condición de *homo viator* lo conocemos todos: llevar una vida lograda, plena, feliz, pero lo que no conocemos siempre —explica Tomás— son los medios que hemos de seguir para conseguir una vida así.¹⁸⁵

La doctrina teleológica tomista fracasó históricamente porque los teólogos que clausuraron la Segunda Escolástica Española, siguiendo más a Duns Scoto —normalmente filtrado por la obra de Juan de Gerson— que no a Tomás de Aquino, se mostraron preocupados por el mandato de la voluntad que convierte un bien en debido, porque ellos entendían que para que una cosa buena dejara de ser simplemente buena, y pasara a ser obligatoria se necesitaba el mandato de un superior que indicara realizar tal o cual conducta; pero la ley natural se muestra en la obra de la naturaleza, y no consiste en un mandato. Ante esta dificultad, mantuvieron que la ley natural se compone de dos leyes: una, la *lex indicans*, que nos muestra lo que es bueno, y la otra la *lex imperans*, que ordena realizar lo bueno creando así el deber. Pero este juego de voluntades superiores y de consiguientes imperativismos era ajeno a la interpretación tomista de la vida práctica del hombre, porque Tomás entendía que imperar es ante todo un acto de la razón, ya que es la razón la que nos ordena tratar de alcanzar aquello que es bueno para nosotros. La razón usa el modo de presente: “Esto está para que tú lo hagas” (*Hoc est tibi faciendum*) mejor que el modo imperativo: “¡Haz esto!” (*Fac hoc!*).¹⁸⁶

En este contexto, la escolástica propiamente tomista, que entre los escolásticos españoles del siglo XVI no parece ir más allá de los dominicos, consideraba más los efectos *reales* de las conductas que no las normas violadas, y que eran normas por haber sido creadas como tales *ab origine*. Por

¹⁸³ En *ibidem*, I-II, q. 71, art. 2, explica que el vicioso es ante todo una persona débil: “Ex hoc imbecillis reddetur ad debita operatione”.

¹⁸⁴ En *ibidem*, I-II, q. 2, art. 1 indica que “Omnia corporalia obediunt pecuniae, quantum ad multitudinem stultorum, qui sola corporalia cognoscunt, quae pecunia acquiri possunt ex infinitum desiderium divitiarum”.

¹⁸⁵ “Ad secundum dicendum, quod intentio dicitur lumen, quia manifesta est intendenti. Unde et opera dicuntur tenebrae, quia homo scit, quid intendit, sed nescit, qui ex opere sequatur, sicut Aug. (1o. Trinit.) exponit”. *Ibidem*, I-II, q. 12, art. 1.

¹⁸⁶ *Ibidem*, I-II, q. 17, art. 1.

ello —explicaba Francisco de Vitoria—, si el daño del acreedor no es tanto como el quebranto del deudor, este puede dilatar algún tiempo el pago de la deuda.¹⁸⁷ Porque todo pecado, prosigue Vitoria, no es más que la privación de un bien, según enseña Santo Tomás,¹⁸⁸ y por este motivo, aunque las normas morales eximan al padre de sostener a su hija viuda, porque ya está emancipada, esta opinión es falsa, aunque la exponga el cardenal Cayetano: porque permanece el *onus matrimonii*, ya que siguen vivos los hijos y la familia misma. Si no fuera así, ¿cómo se alimentaría esta viuda si su padre no quisiera mantenerla?¹⁸⁹ Este universo medieval era tan racionalista (si es que podemos usar este término como adjetivo de la palabra razón) que Tomás entendía que lo que impera al hombre no es la voluntad, sino su razón misma, a través de la voluntad, de modo que la raíz de la libertad es la voluntad, como su sustrato o *subjectum*, pero su causa es la razón.¹⁹⁰

Este universo de finalidades encontró una buena expresión (en este como en otros temas) en la obra tardía de Johann Eisenhart, *De usu principiorum moralis philosophiae in jure civili condendo et interpretando*, que contraponía la metafísica y la tópica a la lógica, y explicaba que la metafísica y la tópica eran las doctrinas que enseñaban las causas desde los efectos, los principios desde los *principatis*, los primeros elementos desde los últimos, los antecedentes desde los consecuentes, el todo desde las partes, y enseña a separar lo que es diverso.¹⁹¹

Observo, especialmente entre los alumnos, que muchos entienden que la finalidad última de la ética, el derecho o la ley natural es, en Tomás de Aquino, alcanzar la felicidad. Tomás no es tan ingenuo como mantener esto: él reserva el término felicidad o *beatitudo* para la visión de Dios (*visio Dei*). Teniendo en cuenta que él declara que las dos pasiones fundamentales del hombre son la alegría y la tristeza,¹⁹² él se limita a proponer una vida

¹⁸⁷ Edición de V. Beltrán de Heredia, Madrid, 1934, II-II, q. 57, art. 8, § 8.

¹⁸⁸ “Dicit Sanctus Thomas quod omne peccatum, ex hoc ipso quod est malum, consistit in quaedam corruptionem sive privationem alicuius boni”. *De justitia, cit.*, II-II, q. 118, art. 5.

¹⁸⁹ *Ibidem*, II-II, q. 68, art. 2, § 23.

¹⁹⁰ “Unde relinquitur, quod imperare sit actus rationis, praesupposito actu voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus... radix libertatis est voluntas, sicut subjectum; sed sicut causa est ratio”. *Suma teológica*, I-II, q. 17, art. 1.

¹⁹¹ “Metafísica et Topica doctrina ostendunt causas ab effectibus, principia a principatis, priora a posterioribus, antecedentia a consequentibus, totum a partibus, idem a diverso discernere et segregare”. *De usu principiorum moralis philosophiae in jure civili condendo et interpretando*. Helmstadii, 1776, *praefatio*, p. 4.

¹⁹² *Suma teológica*, I-II, q. 25, art. 4, entre otros lugares. Por lo general mantiene que el fin es en lo que descansa el apetito. Véase *Sum. Gent.*, § 1880, ya que tendemos a Dios por el fin propio, no por fines impuestos. Véase *IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*,

alegre echando fuera las tristezas: “Ad repellendas tristitias”; incluso la intención directa de alcanzar la alegría le parece una pretensión excesiva. Entre los aristotélicos estaba bastante extendida la idea de que la meta última puede ser alcanzada indirecta o reflejamente, viviendo bien las cosas concretas que hay que hacer, que de por sí no se encaminan derechamente a la alegría. Un hombre que se propusiera directamente ser feliz o tener honor sería un pobre hombre porque, tal como indicaba Gustav Radbruch, el niño que al aprender a escribir quiere tener una letra personal, antes conseguirá tenerla fea que no personal.

VII. LOS CRITERIOS DE LA JUSTICIA

Desde luego, el ser humano actúa por fines o bienes, pero la adecuación entre estos fines y la razón que se determina a seguirlos no es tan sencilla como expusieron los utilitaristas del siglo XVIII. Porque lo que es bueno o malo se constituye en tal por dos cosas: una, por la condición de aquello que es propuesto; la otra, la condición de aquel a quien se propone, por lo que lo bueno o conveniente es ante todo una relación entre dos términos.¹⁹³ Y como los gustos de cada cual son distintos, no todos reciben del mismo modo una cosa como conveniente o disconveniente; por lo que es posible que es lo que es mejor se manifieste como más débil.¹⁹⁴

1. *Movimiento natural y movimiento violento*

Sucede que Tomás de Aquino rechaza la posibilidad de un ‘deber ser’ en general: no contrapone el deber ser al ser. Existen demasiados bienes concretos reclamando ser realizados como para necesitar de este tipo de argumentaciones.¹⁹⁵ Al contrario, el movimiento es solamente el acto que

“Opera Omnia”, Romae, 1570, tomus sextus, L. II, Dist. 38, q. 1, a. 2. ¿Cómo conocer los que son nuestros apetitos? Atendiendo a lo que las cosas dicen de sí mismas, del último fin, de la felicidad. Véase *Com. Ethic.*, § 139.

¹⁹³ “Quod autem aliquid videatur bonum, et conveniens, ex duabus contigit; scilicet, ex conditione ejus, quod proponitur, et ejus, cui proponitur: conveniens enim secundum relationem dicitur: unde ex utroque extremorum dependet”. *Suma teológica*, I-II, q. 9, art. 1.

¹⁹⁴ “Et inde est, quod gustus diversimode dispositus, non eodem modo accipit aliquid, et ut non conveniens... nihil prohibet, id quod est simpliciter, et secundum se praestantius, quod aliquid esse debilius”. *Ibidem*, I-II, q. 9, art. 1.

¹⁹⁵ Bastit explica que “Dans l’invite qu’elle adresse [se refiere a la ley natural], il y a certes une obligation, mais une obligation à ce qui est un bien. C’est l’attraction de ce bien lui-même qui est source de la loi”. *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Paris, PUF, 1990, p. 59.

proviene de la fuerza del ser que ya existe,¹⁹⁶ pero que clama por llegar a ser plenamente lo que ya es de algún modo. Reserva normalmente el término ‘movimiento’ para referirse a aquellos seres que actúan “Según su acto de existir, de acuerdo con lo que es potencia específica suya”,¹⁹⁷ ya que el movimiento es el acto peculiar de la potencia del que existe.¹⁹⁸ Porque la naturaleza de cada cosa no tiende a alcanzar un único o uniforme bien racional sumo o máximo, sino solamente al bien en que consiste la perfección propia de cada cosa,¹⁹⁹ ya que eso es su máxima racionalidad.

La forma es, antes que nada, el origen de la actuación o movimiento,²⁰⁰ pero la tendencia o tensión que genera este llegar a ser no se puede explicar al modo como explicamos en la lógica que las conclusiones se derivan desde los principios. Porque (y esto es decisivo para entender la propuesta tomista) “No se dice que es moral cualquier virtud, sino solamente aquella ‘virtud’ que reside en la fuerza apetitiva”.²⁰¹ Los seres han de moverse según les dicta su *propia* apetición; de lo contrario serían violentados, y el movimiento natural es el que se sigue desde la apetición propia, no desde alguna norma externa a ese ser. Explica que ha de haber una determinada relación entre el sujeto que tiende a algo y aquello a lo que tiende,²⁰² de modo que el hombre no tiene por qué tender a cualquier cosa buena, sino solamente a aquello que es suyo, porque él entiende que “Es bueno solamente aquello que procede del sujeto que obra, no lo que proceda de otro”.²⁰³ Estamos ante el problema de las ‘medidas ya medidas’: el ser humano solamente se deja medir por unas medidas que ya estén ellas previamente medidas²⁰⁴ de acuerdo con la situación, con lo que es el hombre, etcétera, de forma que se

¹⁹⁶ “Nam motus est actus potentiae existentis”. *Com. Eth.*, § 132.

¹⁹⁷ *Sum. Gent., cit.*, § 90. Añade que “Aristoteles enim proprie accepit motum secundum quod est actus existentis in potentia secundum quod huiusmodi”.

¹⁹⁸ *Ibidem, cit.*, § 132.

¹⁹⁹ “Natura autem non attingit ad communem boni rationem, sed ad hoc bonum quod est sua perfectio”. *Ibidem, cit.*, § 998.

²⁰⁰ “Forma enim est agendi principium”. *Ibidem*, § 1871.

²⁰¹ Está explicando qué significa *mos* en griego, y añade que “Et ideo non omnis virtus dicitur morali, sed solum illa, quae est in vi appetitiva”. *Suma teológica*, I-II, q. 58, art. 1.

²⁰² “Ad primum ergo dicendum, quod dispositio ordinem quaedam importat... Unde non dicitur aliquis disponit per qualitatem, nisi in ordine ad aliquid”. *Ibidem*, I-II, q. 49, art. 1.

²⁰³ “De ratione boni est, quod aliquid ab ipso effluat; non tamen quod ipsum ab alio procedat”. *Ibidem*, I-II, q. 1, art. 4.

²⁰⁴ Este es un tema recurrente en la enseñanza del de Aquino. En *ibidem*, I-II, q. 90, art. 3, explica que “Lex est in aliquo non solum sicut in regulante, sed etiam participative sicut in regulato. Et hoc modo uniuscuiusque sibi est lex in quantum participat ordinem alicuius regulantis”. Michel Bastit repara en este hecho en *Naissance de la loi moderne...*, *cit.*, pp. 53 y 83.

inclina por sí mismo a hacer algo,²⁰⁵ y entonces no hablamos de operación humana sin más, sino de operación propia.²⁰⁶

No podemos perder de vista las ideas tomistas sobre lo natural y lo libre: lo natural es lo propio del ser humano y de cada ser humano según cada necesidad o causa concreta. A las notas de natural y libre hay que añadir una tercera: al ser el hombre un ser inteligente, se mueve tras fines: una conducta que no conduzca al fin que la persona considera suyo es absurda. Hemos visto que un movimiento que le sea impuesto al hombre desde fuera de él mismo es siempre un movimiento violento. Por ‘movimiento’ hay que entender la forma específica de moverse de cada ser, de sus actos de existir. La libertad consiste ante todo en que un ser sea el principio de su propio movimiento,²⁰⁷ cosa que únicamente se consigue cuando cada ser vivo va detrás de lo que ya es suyo. Desde este punto de vista, las nociones de natural, voluntario, interior o finalista son sinónimas en el caso del hombre. La ley natural no sería un mandato externo a las naturalezas de las cosas, sino el fin natural de cada una de ellas.²⁰⁸ Dios no es tanto el legislador coactivo externo que impone direcciones a los comportamientos, como el fin al que las cosas han de tender naturalmente, esto es, espontáneamente. Si Dios impusiera sin más la ley natural mediante un precepto, esta ley no sería natural al hombre, de forma que el hombre la cumpliera espontánea o libremente (connaturalmente), sino que tendría una necesidad exterior (*ab agente*), y no se trataría de una necesidad natural, sino de una ‘necesidad por la coacción’.²⁰⁹ Planteadas así las cosas, el pecado no es tanto un quebrantamiento de una orden o mandato, como un daño que alguien se hace a sí mismo por no querer tender hacia el propio fin.

El desconocimiento de esta distinción entre el movimiento natural y el forzado o violento tuvo una gran importancia en el transcurso histórico de las explicaciones sobre la ley y el derecho. Porque los teólogos, más aficionados a hablar de leyes que no del derecho, tendieron a considerar

²⁰⁵ Después aludir otra vez a que la ley existe “*Alio modo, ducit in regulato et mensurato*”, añade que “*Et sic lex est in omnibus quae inclinatur in aliquid ex aliqua lege*”. *Suma teológica*, I-II, q. 90, art. 1.

²⁰⁶ “*Quaelibet res creata consequitur suam ultimam perfectionem per operationem propriam*”. *Sum. Gent.*, § 2394.

²⁰⁷ *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 4.

²⁰⁸ “*Ostensum est enim quod Deus per suam providentiam ordinat in divinam bonitatem sicut in finem*”. *Sum. Gent.*, § 2724.

²⁰⁹ “*Ex agente autem hoc alicui convenit; sicut cum aliquis cogitur ab aliquo agente, ita quod non possit contrarium agere. Et haec vocatur necessitas coactionis*”. *Suma teológica*, I, q. 82, art. 1.

las leyes como una realidad imperativa, y todo lo imperativo tiende a ser entendido como un acto de la voluntad.

2. *Las personas y el derecho*

El hombre individual interviene en este juego de la consideración de las cosas a veces consideradas *in se et per se*, y a veces contempladas ‘desde algún punto de vista’ (*secundum quid, secundum modos*) porque, entre otras cosas, la determinación del tipo de consideración que hay que seguir aquí y ahora era obra de la inteligencia y de la voluntad personales. Es decir, aparece una nueva instancia que no es la *cosa*: junto al factor que podemos llamar ante todo *real*, aparece un elemento personal. Efectivamente, si tuviéramos en cuenta únicamente los datos reales, esta explicación presentaría algunos ribetes misteriosos, porque parece que el derecho ha de suponer siempre un orden previo que aparecerá ante el que quiera hacer justicia como algo ya dado, de forma que la persona justa da al otro lo que ya es de ese otro de acuerdo con el orden que existe. Entonces la buena voluntad tendría relevancia, pero solamente para dar efectivamente a los demás lo que ya es de ellos, no para determinar qué es lo que se les debe. De hecho, la definición de Ulpiano de la justicia (“Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”) destacaba la buena voluntad personal del que quiere dar a los demás lo que ya es de ellos, sin que tal voluntad intervenga en la determinación de ‘lo suyo’.

Estas dificultades hacen que frecuentemente solo existe la voluntad de dar a alguien lo que es suyo, sin que sepamos bien qué es lo que se le debe. En tal caso la buena voluntad no solamente mueve a la voluntad individual para dar a otro lo que le corresponde, sino que ella misma ha de determinar qué es lo que hay que darle. Por esta razón, san Anselmo definía a la justicia como “La rectitud de la voluntad observada por sí misma”, realizando la función de la buena voluntad personal en la constitución o determinación misma de aquello que es debido. Pero si es justo el hombre que da a cada uno lo que ya es de ese otro (como si ese *suum* estuviera ya medido objetivamente), ¿cómo mantener que la buena voluntad es la que constituye también objetivamente la justicia de un comportamiento? Existen muchos justos medios, explica Tomás, y no es nada fácil encontrar tal medio.²¹⁰

²¹⁰ “Invenire medium est difficile, maxime considerandum simples circumstantias in singularibus operabilium. Quia non est facile determinandum qualiter sit faciendum et respectu quorum et in quibus rebus et quantum tempus sit irascendum”. *Com. Eth.* § 379.

Ante todo está la distinción entre *medium rationis* y *medium rei*. Pero explicando simplemente que el cálculo del derecho es algo más objetivo que el cálculo del justo medio de la moral, no resuelve el problema enteramente. Porque ni el *medium rei* es tan objetivo ni el *medium rationis* es tan subjetivo. Sucede que la virtud de la justicia y la virtud de la prudencia son virtudes personales, y nunca perderán la nota de personalidad que sigue a todo lo que decide hacer un ser humano, ya que la persona justa juzga rectamente de la finalidad de la virtud de la justicia, porque tal como cada uno es, así es el fin para él.²¹¹ Porque, además, lo que haga un ser humano será valioso en la medida en que lo haga como una cosa suya (*per operationem propriam*),²¹² porque cada ser creado, cuando tiende hacia 'su' perfección, entonces tiende a parecerse a Dios,²¹³ ya que el verdadero movimiento es aquel que desarrolla cada ser como propio suyo.²¹⁴ De hecho, Tomás explica que el virtuoso es la regla de los actos humanos, porque a través de él algunas cosas se vuelven "De valor y deleitables" (*pretiosa et delectabilia*).²¹⁵ Por otra parte, la vida moral no puede ser forzada, ni mediante imposiciones ni mediante consejos: fue mucha la tinta que Tomás dedicó a mostrar las limitaciones de los consejos, porque él entiende que ante todo hay que obrar con libertad de espíritu (*animi libertas*), ya que si no es así las personas tienden a consentir, adular o disimular lo que no deben.²¹⁶

Este hecho lo observamos con más claridad en el párrafo 1267 de los *Comentarios a la ética*, cuando corrige a Aristóteles, que había explicado que la justicia procede del mismo modo que el médico, que no busca la salud en abstracto, sino la salud de este enfermo. Pero no es correcto proceder "Buscando solamente la salud" (*propter sanitatem, sed non sanitati*), explica Tomás, porque incluso el arte de la medicina tiende más a producir obras sanas que no a buscar la salud,²¹⁷ con lo que indica que si el médico olvida el carácter intransitivo o personal de su actuación tendrá entre las manos simples *fac-tibilia*, no obras propiamente humanas, de forma que será un buen médico,

²¹¹ "Virtuosus recte iudicat de fine virtutis, quia "qualis uniusquisque est, talis finis videtur ei", ut dicitur in 3 Ethic". *Suma teológica*, I-II, q. 58, art. 5.

²¹² "Qualibet res creata consequitur suam ultimam perfectionem per operationem propriam". *Sum. Gent.*, § 2394.

²¹³ "Unumquodque autem tendens in suam perfectionem, tendet in divinam similitudinem". *Ibidem*, § 2022.

²¹⁴ "Cum autem unicuique mobili respondeat proprium motivum". *Ibidem*, § 1948.

²¹⁵ *Com. Eth.* § 2075.

²¹⁶ "Ad perfectionem virtutis maxime requiritur animi libertas: hoc enim sublata, de facili homines alienis peccatis communicant, vel expresse consentiendo, aut per adulationem laudando, vel saltem dissimulando". *Sum. Gent.*, § 3054.

²¹⁷ *Com. Eth.* § 1290.

pero quizá un mal hombre. No perdamos de vista que el virtuoso quiere para sí bienes ‘en’ la virtud,²¹⁸ y por esto la delectación que acompaña a la virtud consiste en el bien que está en la operación,²¹⁹ no tanto en realidades posteriores a esa misma actuación. El fin humano es asunto muy personal, y Tomás recalca que “El acto de la virtud es más importante que la virtud misma”.²²⁰ De este modo, la felicidad que pretendemos obtener a través de la vida política es cosa distinta de tal vida, “Como si tuviera una quasi-otra existencia aparte de esa misma vida”.²²¹

Si el acto de la virtud es más importante que la virtud misma (una regla que él introduce a propósito de cómo ha de entenderse el *Bonum commune reipublicae*), lo que pueda ser llamado virtuoso queda en cierto modo relativizado. De hecho, Tomás explica que cada persona tiene su propio bien, ya que el virtuoso tiende ante todo a vivir según él mismo,²²² y si un hombre practica la virtud, conviene (*oportet*) que quiera aquello que es bueno para él, ya que cada uno quiere los bienes buenos para él mismo (*sibi ipsi bona*).²²³ Si el bien no fuera propio del que obra, no existiría virtud,²²⁴ y es más valioso tratar de conformar la propia voluntad con la voluntad de Dios no tanto en aquello que es querido como en la forma de tender hacia ello, esto es, en la forma de querer: *velle quantum ad rationem voliti*.²²⁵

Si una persona no hace cosas que son objetivamente buenas, porque se equivoca de hecho, ¿no puede suceder que trabaje tras bienes aparentes o vanos? Tomás lleva a veces hasta consecuencias extremas la tesis de la superioridad de la buena voluntad sobre el acto virtuoso mismo, ya que mantiene que si un hombre labora con buena voluntad (virtuosamente) tras bienes aparentes, “Para él son lo mismo los bienes aparentes y verdaderos”,²²⁶ y la

²¹⁸ *Ibidem*, § 1804.

²¹⁹ “Delectatio vera et perfecta consistit in bono quod est in operatione”. *Ibidem*, § 1486.

²²⁰ “Unde operatio secundum virtutem est perfectior quam ipsa virtus”. *Ibidem*, § 152.

²²¹ “Quasi alteram existentiam ab ipsa”. *Ibidem*, § 2101.

²²² “Virtuosus maxime vult vivere seipsum”. *Ibidem*, § 1806.

²²³ “Si enim homo est virtuosus, oportet quod velit id quod est sibi bonum, quia unusquisque vult sibi ipsi bona”. *Idem*.

²²⁴ “Bonum autem est virtuoso suum esse, quod scilicet sit virtuosus”. *Idem*.

²²⁵ “Ad primum vero... dicendum, quod magis vult quod Deus vult, qui conformat voluntatem suam voluntati divinae quantum ad rationem voliti, quam qui conformat ad ipsam rem volitam: quia voluntas principaliter fertur in finem, quam in id quod est ad finem”. *Suma teológica*, I-II, q. 19, art. 10. Francisco Zumel explicaba expresamente esta exigencia: “Potest enim maior negari si fiat comparatio in se volita, et non in modo volendi; quia plus est id quod de effectu vult, qui vult genus earum. Et ratio est, quia prior vult effectus quatenus ad propriam rationem ipsius; quia quantum ad ea continetur formaliter in causa”. *In Primam Secundae...*, cit., I-II, q. 71, art. 4, en la p. 118.

²²⁶ “Eadem enim sunt apud ipsum vera et apparentia bona”. *Com. Eth.* § 1804.

razón de ello es que ese hombre quiere para sí los ‘bienes de la virtud’ (*bona virtutis*), que son verdaderos bienes para el hombre, y de este modo su voluntad no es vana, ya que él realmente se enriquece. Lógicamente, la maldad es normalmente una cualidad personal.²²⁷

La explicación tomista oscila entre los dos polos de la cuestión: es virtuoso el que hace cosas que objetivamente son virtuosas, y las obras llegan a ser virtuosas porque las hace un hombre que actúa (*agere*) virtuosamente. O, planteado en otros términos, dado que en el conocimiento práctico “Concurren la razón y el apetito”, se requiere que la *ratio* sea verdadera y que el apetito sea recto; pero si la razón es verdadera por ser guiada por el apetito y éste es recto por ser enderezado por la razón, se pregunta Tomás si este planteamiento no nos lleva a un círculo vicioso.²²⁸ Por lo general mantiene que “La razón recta se comporta respecto al apetito recto como un motivo y regla extrínseca”,²²⁹ pero esto no contesta la pregunta. Es una interrogación que él se lanza a sí mismo, y que no responde rotundamente. Por un lado mantiene que la virtud y el virtuoso son la medida de todo hombre; pues en cada género de cosas se tiene como medida lo que es perfecto en ese género y, dado que la virtud es propia de la perfección del hombre, y el hombre virtuoso es perfecto en su especie, desde él hemos de entender la medida en todo el género humano.²³⁰ Es, pues, la virtud personal la que hace bueno el acto.²³¹ Reitera profusamente que las virtudes son las que vuelven recto el apetito.²³² Pero, por otra parte, al responder expresamente a la *quaedam circulatio* que detecta en su argumentación explica que el virtuoso tiende siempre a obrar aquello que es conveniente a la razón, y así resulta que siempre quiere el bien ‘según él mismo’.²³³

Se encontraba en situación embarazosa, porque la *circulatio* que él denuncia en su argumentación se encuentra operante en su filosofía práctica. Por lo general, ante este tipo de dificultades, él suele reiterar que “No hay que buscar la misma certeza en todas las cosas” (*Quod non est eadem certitudo quaerenda in omnibus*), como estableció el filósofo en el primer libro de la ética,

²²⁷ “Malum igitur morale non consideratur ex materia vel forma effectus, sed solum consequitur ex agente”. *Sum. Gent.*, § 1944.

²²⁸ *Com. Eth.* § 1131. El tema ya está introducido desde el § 1129.

²²⁹ “Quia ratio recta se habet ad appetitum rectum, sicut motivum et regula extrinseca”. *Ibidem*, § 327.

²³⁰ *Ibidem*, § 1803.

²³¹ “Respondeo dicendum quod virtus proprie ordinatur ad actum, quem reddit bonus”. *Suma teológica*, II-II, q. 51, art. 2.

²³² Véase, por ejemplo, *ibidem*, II-II, q. 47, art. 13 ad 2.

²³³ *Com. Eth.* § 1805.

sino que en las cosas contingentes —como son las cosas humanas— basta la certeza de que algo es bueno por lo general.²³⁴ En el párrafo 2132 de los *Comentarios a la ética* emprende una explicación de alcance más amplio, e indica que el criterio último para calificar una conducta como buena o mala surge “Tanto de las obras y del modo de vivir como de la razón” (*Ex operibus et modus vivendi, quam etiam de ratione*); porque el factor dominante en los *operabilia* son las obras y el *modus vivendi*, sobre los que no cabe conocimiento teórico (*cognitio*), ‘sino actuar’ (*sed opus*); y lo que podamos decir sobre estos temas ha de ser filtrado “Por comparación con las obras y la vida de los que saben” (*Per comparationem ad opera et vitam sapientium*).²³⁵ Jacobo de Butrigario (un canonista conocido en el siglo XVI) expuso el tema más de acuerdo con la terminología de los juristas: “Tu dic, quod est considerandum jus prout est virtus, et jus prout est ars; jus prout est virtus, omnia habebat in se, et simul erat justitia, et jus, sed non erat in praeceptis redactum; sed jus, quod est ars, in praeceptis redactum non fuit ab initio, ut fuit justitia”.²³⁶

La ética es el saber que trata de las cosas que son necesarias para la vida humana,²³⁷ para conseguir aquello que es honesto, útil o agradable.²³⁸ De lo que expone Tomás parece deducirse que todo aquello que es *delectabile*, útil u honesto según medidas humanas, ‘es bueno’ para el hombre. Era lógico que, en este contexto, Vitoria señalara que los pecados son más graves cuanto son más nocivos.²³⁹ Del conjunto de estas explicaciones parecen claras dos notas: que la teoría jurídica tomista está surcada por un fuerte nervio que atiende a los efectos de las conductas que, sin desconocer el momento del *honestum*, busca todo tipo de bienes o utilidades para la vida humana, porque normalmente el *honestum* viene constituido por esos mismos bienes. La otra, que el acento sobre lo que constituye a algo en bueno parece recaer en última instancia en el carácter delectable (*delectabile*) de un

²³⁴ “Ad tertium dicendum quod ‘non est eadem certitudo quaerenda in omnibus’ ut in I Ethic. dicitur. Unde in rebus contingentibus, sicut sunt naturalia, et res humanae, sufficit certitudo ut aliquid sit verum ut in pluribus”. *Suma teológica*, I-II, q. 96, art. 1.

²³⁵ “Ex operibus et modus vivendi, quam etiam de ratione; quia dominans, idest quod est principale circa operabilia, consistit in his, scilicet operibus et modo vivendi. Non enim circa talia principaliter cognitio, sed opus... Et ideo oportet considerare per comparationem ad opera et vita sapientium”. *Com. Eth.* § 2132.

²³⁶ *In Primam, et Secundam Veteris Digesti Partem*, Roma, 1564, tomus primus, “De justitia et jure”, lex prima.

²³⁷ “Moralis autem philosophia habet considerationem circa omnia quae sunt necessaria vitae humanae”. *Com. Eth.* § 1539.

²³⁸ Al *honestum* se opone el *malum*, al *utile* el *nocivum*, y a lo *delectabile* lo *tristis*. *Ibidem*, § 273.

²³⁹ *Comentarios de la Secunda Secundae, cit.*, 1934, II-II, q. 57, art. 8, § 3.

objeto o conducta.²⁴⁰ La ética tomista se llama eudemonista porque trata de mostrar los caminos para llegar a la alegría. Al tomar como punto de mira al ser humano concreto que ha de regirse desde sí mismo, una vez conocidos los primeros principios prácticos, los razonamientos y deducciones lógicas normalmente no eran suficientes, y Tomás escribía que en la moral hay que proceder no solamente mediante conclusiones y principios, sino también según aquellas cosas que se dicen de aquello que estudiamos; esto es, del último fin, de la felicidad.²⁴¹ Porque si las normas generales son importantes para saber lo que es adecuado, también las circunstancias concretas tienen voz y voto.

VIII. SERES HUMANOS Y PERSONAS

Un tema permanece algo escondido bajo estas consideraciones, el de considerar cómo el de Aquino entendió y usó las nociones de ‘persona’. Boecio la había definido, de acuerdo con la tradición patristica, como “Un ser individual de naturaleza racional”, que se caracteriza ante todo por la incomunicabilidad. Más adelante tendremos ocasión de ver cómo trataron esta noción Scoto y sus remotos discípulos, a los que podemos llamar los integrantes de la Escuela de los Nominales. Este tema salta ahora ante la atención del investigador, porque los Nominales usaron muy profusamente el término de persona, y Tomás de Aquino y sus discípulos apenas recurrieron a él; de hecho, basta ojear durante algunos minutos un libro de algún escolástico poco conocido para saber si es nominal o si es tomista.

Tomás describe lo que es una persona recordando que la persona designa ante todo algo individual; pero la nota de la individualidad no agota la personalidad, porque lo individual se encuentra de un modo especial y ‘más perfecto’²⁴² en las sustancias racionales, que tienen dominio sobre sus

²⁴⁰ Tomás escribe que “His quae sunt simpliciter delectabilia, quae scilicet sunt convenientia naturae humanae...”. *Com. Eth.* § 1489. Baltasar Navarrete ampliaba esta explicación indicando que “Dicimus ergo quod ratio boni consistit in hoc quod aliquid sit appetibili. Haec est expressa mens Divi Thomae, qui adducit Aristotelem primo Ethicorum dicentes, bonum est quod omnia appetunt, et subdit Divus Thomas: Manifestum est autem quod unumquodque est appetibile secundum quod est perfectivum: tantum est autem perfectum in quantum est actu”. *In Divi Thomae et ejus schola Defensionem, cit.*, p. 127-dorso. Pero esta explicación no parece ajustarse a la idea directiva de Tomás.

²⁴¹ “Non solum per conclusiones et principia, ex quibus ratiocinantis sumo procedit sed etiam ex his quae dicuntur de ipso, idest, de ultimo fine, de felicitate”. *Com. Eth.* § 139.

²⁴² Explica que este término significa “Substantiam completam, in natura intellectuali subsistente”, in *Sententiarum, cit.*, l. I, dist. 23, q. 2.

actos y actúan *per se*.²⁴³ Recordemos que la esencia de la libertad reside, según Aquino, en ser el principio del propio movimiento, y quien actúa *per se*, poseyendo en sí el dominio sobre sus actos, ha de actuar necesariamente de una forma más ‘perfecta’ que el resto de las cosas.

Nos explica la historia de este término,²⁴⁴ e insiste especialmente en el proceso histórico por el que este término se cargó de dignidad.²⁴⁵ La persona es una cosa que subsiste en una naturaleza determinada,²⁴⁶ más concretamente, que subsiste en alguna naturaleza intelectual.²⁴⁷ Toda persona tiene un carácter absoluto, es decir, ha de diferenciarse de las otras personas ‘por principios esenciales’,²⁴⁸ porque es radicalmente individual ya que no se puede reconducir a la naturaleza o esencia de algo,²⁴⁹ porque una naturaleza, esencia o forma se refiere a una pluralidad de individuos, y el concepto de persona designa precisamente lo radicalmente individual.

Su sola voz conlleva dignidad,²⁵⁰ y es lo más perfecto que existe: *id quod perfectissimum*.²⁵¹ Por este motivo, la operación personal es distinta del resto de las operaciones.²⁵² Pero rompe el tono previsible de hablar sobre las

²⁴³ “Sed adhuc quodam specialiori et perfectiori modi invenitur particulare et individuum in substantiis rationalibus, quae habent dominium sui actus, et non solum aguntur, sic ut alia, sed per se agunt”. *Suma teológica*, I, q. 29, art. 1.

²⁴⁴ “Ulterius, hoc nomen persona, significat substantiam particularem, prout subijcitur proprietati, quae sonat dignitatem: et similiter prosopon apud Graecos: et ideo persona non est nisi in natura intellectuali: et secundum Boetium sumptum et nomen personae a personando, eo quod in tragediis, et comoediis recitatores sibi ponebant quaedam larvam ad representandam illam cujus gestam narrabant decantando. Et inde est, quod tractum est in usu, ut quodlibet individuum hominis, de quo potest talis narratio fieri, persona dicatur”. *In IV Sent., cit.*, l. I, dist. 23, q. 1.

²⁴⁵ “Quia enim in comoediis et tragediis representabantur aliqui hominis famosi, impositum est hoc nomen personam ad significandum aliquos dignitatem habentes. Unde consueverunt dicit personae in ecclesiis, quae habebant aliquam dignitatem. Propter quod quidam definiunt personam, dicentes quod persona est hypostasis proprietate distincta ad dignitatem pertinente. Et quia magnae dignitatis est in rationali naturae subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona”. *Suma teológica*, I, q. 29, a. 3.

²⁴⁶ *Ibidem*, I, q. 29, a. 4.

²⁴⁷ “Subsistens in natura aliqua intellectuali”. *Ibidem*, I, q. 39, a. 3.

²⁴⁸ Era una precisión necesaria porque la teología mantiene que en Dios han de ser lo mismo la *essentia* y el *subpositum*. Pero “In creaturis non potest esse distinctio suppositorum per relaciones, sed oportet quod sit per essentialia principia: quod relaciones non sunt subsistentes in creaturas”. *Ibidem*, I, q. 29, a. 4.

²⁴⁹ “Ad quartum dicendum quod forma significata per hoc nomen persona, non est essentia vel natura, sed personalitas”. *Ibidem*, I, q. 39, art. 3.

²⁵⁰ *In IV Sent.*, l. I, dist. 26, q. 1, a. 2.

²⁵¹ “Respondeo dicendum quod persona significa id quod est perfectissimum in tota natura, scil. subsistens in rationali natura”. *Suma teológica*, I, q. 29, a. 3.

²⁵² *Ibidem*, dist. 27, q. 1, a. 1.

personas, al modo de los Nominales, y explica que el término de persona pertenece en su máximo grado a Dios.²⁵³ Desde luego, la nota de personalidad no es convertible sin más en la individualidad que ella comporta.²⁵⁴ Recordemos la doctrina aristotélico-tomista sobre el alma del hombre: el ser humano no es una realidad que apareció en el mundo ya acabada, creada directamente por Dios con su memoria, inteligencia, voluntad, sus cinco sentidos, etcétera. Es un ser que depende genéticamente de su entorno, ya que el hombre ha surgido desde él: no dispone sobre el mundo, como avasallándolo, sino que es una parte del mundo. Luego cada persona es un ser constitutivamente abierto a su entorno, que es simultáneamente natural y sobrenatural, ya que el de Aquino no admite la teoría de la *pura natura humana* que afirma la existencia de dos fines últimos en el hombre: el hombre posee un único fin último en su vida, que tanto mira a las cosas como a Dios.

Ciertamente, todo hombre es una persona²⁵⁵ y como tal es irreductible a cualquier otro ser. Pero esta irreductibilidad en la propia subsistencia no le aísla ni de las otras personas ni de su entorno. Aquino parece entender que quienes afirman la personalidad del ser humano con énfasis más bien insisten en su rasgo negativo; es decir, en su incomunicabilidad, siendo así que el ser humano es una realidad ante todo abierta al conocimiento de lo que existe. Se trata de un tema difícil, porque la personalidad se constituye ante todo por la incomunicabilidad, pero el hombre está constitutivamente abierto a su entorno y a las otras personas. Es patente que quien afirme excluyentemente al ser humano lo aislará de lo que es 'otro' y este modo de proceder, aunque se ajuste impecablemente a la lógica de algunos rasgos de la personalidad, es una traición al destino y a la vocación humana. Él nos propone seguir el ejemplo que muestra la Trinidad, que forma una 'comunidad', aunque los investigadores se expresan de modos distintos; algunos han mantenido que es una 'comunidad de negación' (*communitas negationis*), y por esto sitúan el núcleo de la definición de persona en lo incomunicable; pero hay que decir que el nombre de persona no es un nombre de negación, sino un nombre de cosa, *nomen rei*.²⁵⁶

²⁵³ *Ibidem*, dist. 23, q. 1.

²⁵⁴ *Suma teológica*, I, q. 29, a. 1.

²⁵⁵ "Et ideo iudicium de nomine non debet esse secundum hoc, a quo imponitur, sed secundum id, ad quod significandum instituitur. Unde quamvis nomen personae sit impositum a dicta representatione, tamen et imponitur ad significandum substantiam completam, in natura intellectuali subsistente". *In IV Sent.*, l. I, dist. 23, q. 2.

²⁵⁶ "Qualis autem sit communitas investigantes diversimode locuti sunt. Quidam enim dixerunt quod est communitas negationis; propter hoc quod in definitione personae ponitur incommunicabile... Sed utrumque horum excluditur per hoc, quod hoc nomen persona non est nomen negationem neque intentionis, sed est nomen rei". *Suma teológica*, I, q. 29, art. 4.

Vemos que el hombre oscila entre sus dos rasgos tan fundamentales como inconciliables: su comunicabilidad y su capacidad para la apertura: es un ser que está sometido a leyes, pero que al mismo tiempo tiene como ley inviolable su conciencia propia. Tomás se encontraba navegando entre dos peligros: uno, el de la acentuación de la propia ‘perseidad’ o *perseitas* de acuerdo con la comunicabilidad que es propia de cada persona, y el otro, el de hacer del hombre un ser tan abierto que corriera peligro de perder su propia identidad individual. Para conjurar ambos peligros declara que “Persona significa el hombre larvado”.²⁵⁷ Sí, efectivamente, la persona de un profesor de universidad no se suele manifestar directa y abiertamente: él se ‘disuelve’ hasta cierto punto en sus personas jurídicas, tales como ser marido, padre, profesional, amigo o ciudadano. De ahí la enorme dignidad de estas ‘condiciones personales’ o *condiciones personarum*, según la terminología común en la ciencia jurídica del siglo XIII. Desde el punto de vista tomista, que solo reconoce un solo fin último en el ser humano, estas condiciones no se sobreponen sobre una persona ya existente, al modo como el jinete pone la silla sobre el caballo, de forma que se pueda decir que primero existe la persona y solo después aparecerán, como añadidos externos a las personas sus condiciones de padre o profesional. Pero la persona no queda diluida en sus determinaciones sociales: ya que no se puede definir a la personalidad por la nota normal de la singularidad, hay que estar de acuerdo con Aristóteles y con Boecio cuando designan a la persona como la sustancia primera, *substantia prima*.²⁵⁸ La persona quedaría diseñada como una forma de ser que es superior incluso a la más elevada forma de ser, como es la sustancia. La diferencia entre ella y su mundo circundante es radical.

IX. EL RECONOCIMIENTO DE LAS PERSONAS

Las explicaciones tomistas oscilan entre la afirmación del carácter personal del hombre y la insuficiencia de esta comprobación para explicar los criterios de la justicia. Si se afirma radicalmente la índole personal del ser humano llegaremos a la actitud de Juan Duns, que mantenía que la ley natural, en cuanto que natural, no obliga a nada, y que las personas nos relacionamos bien con los criterios que proporciona el amor de Dios, bien a

²⁵⁷ “Persona autem significat hominem larvatum, sicut dictum est”. *Ibidem*, dist. 23, q. 1.

²⁵⁸ “Ad primum ergo dicendum quod, licet hoc singulare vel illud definiri non possit, tamen id quo pertinet ad communem rationem singularitatis, definiri potest: et sic Philosophus definit substantiam primam. Et hoc modo definit Boetius personam”. *Suma teológica*, I, q. 29, art. 1.

través de pactos con las otras personas, ya que todos somos iguales. Pero recurrir al amor de Dios puede ser útil en el monasterio o en el convento, pero no en la ciudad; y recurrir a los pactos para explicar la fuerza de obligar de las leyes es entrar descaradamente por el camino de las ficciones.

Extrañamente, Tomás de Aquino, a pesar de ser fraile dominico, conectaba bien con el estilo de los juristas y abandonaba el ‘desprecio del mundo’ (*contemptus mundi*) a la hora de explicar los puntos de referencia de la justicia de las mediaciones humanas. Para Duns, cada hombre era ante todo una persona, el portador de una cualidad de valor absoluto e inmedible: pero si nos introducimos por las llanuras de los absolutos, la ciencia jurídica no tiene nada que hacer, porque nadie puede calcular entre los márgenes inexistentes de dos o más entidades absolutas.²⁵⁹ Aquino, consciente de este problema y amante de lo que hay en el mundo (aunque él hubiera renunciado a la vida mundana), entendió que las determinaciones sociales son en buena medida un constitutivo del ser-ahí del hombre en la sociedad, ya que el ser humano, tanto en el plano moral como jurídico, obedece a realidades que le conforman a él mismo como ser racional, de modo que nadie puede reconocerse como siendo ‘él’ al margen de sus objetivaciones sociales.

El lector puede hacer la prueba por sí mismo: si el investigador prescinde de sus condiciones de marido, padre, profesional, amigo, vecino, ciudadano, ¿qué queda de él? Solamente permanece una vaga sensación de un yo que no puede reconocerse ni siquiera personalmente; en un plano más pragmático, si alguien prescinde de estas determinaciones suyas, aunque solo sea momentáneamente, y se piensa como ser ‘personal’ que no debe nada a los otros *institucionalmente*, se quedará sin criterios para sus actuaciones cotidianas: el derecho, y con él la identidad personal, se han volatilizado. Sobre este punto ha dejado observaciones interesantes A. MacIntyre. Las cosas —que reflejan este *medio* del que hablamos— constituyen el puente que nos une a los demás. Podría parecer que las relaciones directas con los demás, como son las del amor o la amistad, ocupan una importancia mayor en las relaciones humanas; pero la afirmación del amor como la relación humana superior a cualquier otra requiere necesariamente vivir estas otras relaciones institucionalizadas socialmente: no

²⁵⁹ John Austin, que personificaba esta actitud en Kant, escribía que “But, if the parties were lead by their ears, and not by the principle of utility; if they appealed to unmeaning abstractions or the senseless fictions; if they mouthed of *the rights of man*, or the *sacred rights of sovereigns*, or *unalienable liberties*, or *eternal and immutable justice*... A sacred or unalienable right is truly and indeed *invaluable*: For, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be measured”. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5a. ed., Londres, John Murray, 1911, p. 119. Las cursivas son de Austin.

se puede decir que un hombre es un buen hombre si no realiza adecuadamente su trabajo.²⁶⁰

Alguien puede ensimismarse sobre sí mismo, o bien puede dejarse llevar por las profundidades insondables de las otras personas, pero estos son malos caminos para el derecho, que es bastante más dependiente de las objetivaciones sociales existentes. Además, parece que el ensimismamiento subjetivista destruye a la persona, y que por esto es necesario distinguir entre persona e individuo, ya que no es lo mismo la subjetividad que la personalidad. Esta última se entiende encastrada en realidades diversas (recordemos las distintas *conditiones* nuestras y las exigencias *reales* que surgen desde las ‘cosas’), que a veces son irreductibles unas a otras, pero que siempre forman parte de la persona; pues la cualidad personal no consiste únicamente en la afirmación directa de una subjetividad, sino que recibe en buena medida lo que ella es desde lo que son las cosas que componen su cotidianidad: *Ratio non es mensura rerum, sed potius e converso*,²⁶¹ que implica que esa racionalidad sobre la que descansa la conciencia de nuestro yo no es la instancia que mide o juzga a las cosas, sino al revés: la razón es medida por las cosas.²⁶² El hombre se sabe ser pensante, pero no sabe qué es pensar; sólo conoce las cosas que está pensando: conoce el ‘qué’ de su pensamiento, pero no su ‘cómo’.²⁶³ Al pensar las cosas, el hombre puede extraer, desde las operaciones comunes a sus pensamientos, pocas y breves reglas lógicas, pero no puede aspirar a mucho más. Si no admitimos el conocimiento de las cosas que miden a los actos que afirman la propia personalidad, el ser humano aparecerá, artificialmente, como una realidad inconmensurable, como una cualidad o *qualitas* que por definición no tiene medida.²⁶⁴ Para reconocer los

²⁶⁰ Este hecho lo observamos con más claridad en el párrafo 1267 de los *Comentarios a la Ética*, cuando corrige a Aristóteles, quien había explicado que la justicia procede del mismo modo que el médico, que no busca la salud en abstracto, sino la salud de este enfermo. Pero no es correcto proceder ‘buscando solamente la salud’ (*propter sanitatem, sed non sanitati*), explica Tomás, porque incluso el arte de la medicina tiende más a producir obras sanas que no a buscar la salud.

²⁶¹ Tomás de Aquino, *In IV Sent.*, l. II, dist. 24, q. 2, y *Suma teológica*, I, q. 79, art. 13.

²⁶² *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

²⁶³ La tesis más básica de Tomás de Aquino sobre este tema está expuesta en *In Aristotelis libros Peri Hermeneias et Posteriorum Analyticorum*, § 38, en donde explica que nuestras potencias son desproporcionadas para lo que han de conocer. En particular, sobre la razón, véase *Sum. Gent.*, § 2310. Por eso, la razón, que es una simple forma lógica (*Suma teológica*, I. II, q. 50, art. 4), conoce solo el *quia*, no el *quid* del conocimiento. Véase § 15. Es lógico que concluya que, cuando razonamos demostrando, conocemos las demostraciones. pero sin comprenderlas. Véase *Sum. Gent.* § 2323. Otras declaraciones interesantes en *Sum. Gent.*, §§ 2189 y 2235.

²⁶⁴ El de Aquino explica que la *qualitas* es indefinible (*In IV Sent.*, l. I, dist. 2, q. 1), y que no es posible calcular su medio. Véase *Suma teológica*, I-II, q. 49, art. 1.

puntos de referencia de la justicia no hace falta una metafísica que exponga esencias eternas: basta reconocer, al menos, una ontología de lo contingente que nos lleve a entender, por ejemplo, que la esclavitud estuvo objetivamente justificada en el siglo IX, pero que hoy no es mantenible.

El ser humano es una síntesis; desde el punto de vista ahora seguido, constituye una unidad sintética de su subjetividad con sus vertientes religiosas, morales y jurídicas. El olvido de este carácter sintético nos lleva a intuir que la negación de las realidades lleva a la persona tanto a su exaltación como a su aniquilamiento: ambas posibilidades son las consecuencias de la falta de puntos de referencia ontológicos que guíen las operaciones del propio yo. Si la persona es entendida siempre como realidad absoluta, al *enfrentarse* con el mundo externo a ella solamente puede reconocer otros absolutos; en tal caso, al tratarse de una cuestión última no caben matizaciones. O afirmamos un mundo en el que estamos rodeados de amigos, esto es, de nuestras condiciones de marido, padre o profesional, o hay que afirmar que el mundo “está ahí”, y que es lo que opone resistencia al esfuerzo humano. En el primer caso hay colaboración del ser humano con ‘su’ entorno, que le pertenece a él; en el segundo supuesto solo cabe enemistad con una sociedad insuficientemente socializada y con una naturaleza escasamente tecnificada.

Si no se atiende al criterio del *cum alio*, una subjetividad sin determinaciones únicamente se comprende a sí misma como una identificación y afirmación solipsista del propio yo. No hace falta recurrir a argumentaciones moralizantes para superar esta visión de los individuos: sabemos que las cosas propiamente sociales nos son tan necesarias como nuestra piel. No es la personalidad ya comprometida la que ha de justificarse frente al deseo de infinitud: es este deseo el que ha de comparecer ante el tribunal del derecho. No necesitamos órdenes o mandatos especiales para reconocer nuestras determinaciones personales y saber el deber de seguirlas. Una vez más comprobamos la precedencia de las realidades (no imperativas) en la filosofía práctica, porque no en vano Tomás de Aquino indicaba que la ética no usa el tiempo verbal imperativo (*fac hoc!*), sino el tiempo de presente: “Esto está para que tú lo hagas”: *hoc est tibi faciendum*. Tenemos fines, tantos como cosas hay que llevar a cabo, y no hacen falta órdenes para que un hombre haga lo que necesita hacer para desplegar su humanidad llevándola a su relativa plenitud.

El ser humano se constituye como hombre —y no solamente como marido o profesional— *asumiendo* sus condiciones; esto es, necesita amar sus determinaciones como profesional o padre reconociéndolas de idéntica forma en las otras personas. Indiqué que considerar al hombre radicalmente

como individuo implica que la subjetividad como tal, entendida como el punto sistemático de la filosofía práctica, solo nos lleva al ensimismamiento ya mencionado, como una autoidentidad simplemente formal en la que la persona no puede ni reconocerse a sí misma como individuo porque carece del contraste ‘con otro’. Para Tomás de Aquino, la persona y su conciencia moral se forman gracias al *Cum alio scientia*,²⁶⁵ es decir, al “saber con otro”. Algunos escolásticos entendieron que Tomás definía así a la conciencia moral, pero los latinos no distinguían entre conciencia y consciencia, y este “saber con otro” parece abarcar ambas realidades.

Una mente simplista encontraría pronto la solución al problema del respeto mutuo en la convivencia afirmando que el hombre tiene una naturaleza constitutivamente relacional que desborda los moldes de la simple coexistencia; de hecho, algunos autores hablan de “ser con los otros”, pero esta tesis, sin ser falsa, es excesivamente insuficiente, porque nos relacionamos *directamente* con los otros únicamente en algunas relaciones que no suelen estar reguladas por el derecho; las exigencias de relacionarnos directa o personalmente con los otros solo juegan alguna función en el derecho, a veces decisiva y a veces irrelevante, pero no exigibles siempre y universalmente; pues el juez ha de indagar en unos momentos si ha habido buena fe, pero en otros casos la buena o mala fe no juegan ninguna función. No perdamos de vista que estamos estudiando algunas facetas del derecho, no los deberes propios de la caridad.

Somos seres que vivimos según relaciones, y esta índole relacional —sabiendo que en la sociedad política nos relacionamos simultáneamente con ‘cosas’ y con personas— no tiene por qué justificarse ante la visión de quien se sitúa ante el campo infinito de lo posible y no quiere renunciar a ninguna posibilidad. ¿Y la figura del contrato como recurso que permitiría simultáneamente respetar el carácter personal del hombre y afirmar su vinculación al derecho? Ya indiqué que el contractualismo supone entrar descaradamente por caminos demasiado imaginarios. Además, está la vertiente ontológica de lo que hacemos, que hace que las conductas ordenadas, permitidas o prohibidas por el derecho son realmente distintas, y de ahí la insistencia de Tomás en el criterio del *medium rei*. El contractualismo jurídico-político no da razón de esta diversidad. La génesis real de cualquier razonamiento práctico solo puede ser teleológica, con tantos fines como determina la heterogeneidad de los principios que intervienen en nuestras deliberaciones. Desde el punto de vista de sus contenidos, no existe ‘el’ ordenamiento jurídico na-

²⁶⁵ *In IV Sent.*, l. II, dist. 24, q. 2, art. 4. *Suma teológica*, I, q. 79, art. 13. *Quaestiones disputatae*, Edizione Studio Domenicano, q. 17.

cional: existen multitud de instituciones jurídicas que pueden ser agrupadas superficialmente atendiendo a su cauce procesal y coercitivo común para el caso del incumplimiento de alguna de sus reglas.

El fundamento más inmediato para exigir la realización de esta vertiente pública de los seres humanos no es la simple igualdad biológica ni la igualdad en las fuerzas físicas, u otra supuesta igualdad entre los hombres. Si tenemos presente el criterio tomista del *Cum alio scientia*, parece que es más bien el carácter excéntrico que toda persona asume ante sí misma y ante los demás; pues la mujer casada tiene que desdoblarse, siempre en tensión entre los dos polos representados por su subjetividad y su condición de esposa y madre; y el ciudadano ha de desdoblarse entre sus condiciones de propietario y de contribuyente. Las concreciones, al determinarnos, nos hacen activos y rompen el círculo que formaría esa autoidentidad únicamente formal del sujeto que únicamente se conoce a sí mismo y que considera a los demás como “unos otros” a los que no tienen por qué alcanzar las mismas competencias que él vive. Recordemos lo ya expuesto sobre las ‘cosas’ como puntos de encuentro entre los hombres. No únicamente entre hombres diversos, sino en el interior de cada persona consigo misma: de ahí el *Cum alio scientia* como condición imprescindible para formar la propia identidad.

Todos los seres humanos exigen su reconocimiento; a veces exigen su reconocimiento para sí mismos directamente como personas. Pero también es normal que el trabajador pida su reconocimiento al filo de sus exigencias más concretas como trabajador en el tipo de trabajo que desarrolla, o que el padre exija respeto y ayuda para sus competencias como padre: estas situaciones operan a modo de espejos en los que el sujeto se reconoce a sí mismo como persona humana. En este sentido, el ciudadano sabe que lo es porque reconoce a los otros como ciudadanos, o como padres, o como seres que han de ser respetados, sea negativamente (sería el momento de la simple abstención), sea positivamente, es decir, cooperando con los demás en lo que en definitiva es común. La personalidad posee así un cierto carácter reflejo: sabemos que somos personas porque reconocemos a los otros como personas. El fundamento de la igualdad solamente es posible aludiendo a ese desdoblamiento tantas veces mencionado; un ser humano no dispone de ningún derecho para tratar a otro como si ese otro fuera distinto a él mismo. Si alguien cae en la actitud de exigir para él derechos que él deniega a los demás, esto indica ante todo que ese hombre está vulnerando la dignidad que él porta, porque todo hombre conlleva en sí la dignidad de toda la humanidad.²⁶⁶

²⁶⁶ Éste es fundamento de la culpabilidad del delincuente, saber que está desconociendo una universalidad de la que él no puede disponer libremente; pues al exigirle, como condi-

En última instancia, el derecho a exigirme a reconocer a los otros como sujetos del derecho, y el igual derecho a que me reconozcan a mí como tal, constituye la base principal del carácter personal del hombre, que conlleva tanto la incomunicabilidad como la sociabilidad. Desde su incomunicabilidad, la persona muestra la dignidad de quien ha de realizar un plan de vida personal, más allá de utilidades o intereses concretos; pues no expresan lo mismo el “me interesa” que el *me intereso*. Éste es un punto en el que siempre tropezarán los psicologismos utilitaristas. En este contexto, es obvio que la prepotencia proviene desde el que se ha reintroducido de tal manera en sí mismo, que su vida ha degenerado en un solipsismo existencial. El rechazo del prepotente no puede ser explicado mediante juegos lógicos (como pretendió en cierto modo Rousseau), ni mediante la buena conciencia que frecuentemente es confundida con la conciencia moral; este rechazo ha de provenir ante todo de la no aceptación de una persona que no sabe reconocerse a sí misma como persona, y que por este hecho se ha colocado en una situación hostil con los demás. Pues la personalidad, fragmentada por las relaciones concretas, es el universal que es realmente de todos; éste es el motivo por el que un hombre vicioso y envilecido puede recriminar una conducta concreta a otro hombre que goza en general de una mejor salud moral.

Contra Juan Duns y la escuela de los Nominales, hay que afirmar que no existe en primer lugar un yo que se afirme él a sí mismo, y que posteriormente reconozca a los demás gracias a su buena voluntad o a su capacidad para vivir la caridad. El de Aquino no aceptó este planteamiento de las relaciones entre las personas que, sin embargo, parece ser el que mejor se acomoda al sentido común; pero hay que temer que ese sentido común en el que apoyó Scoto ante todo mostraba su propia incapacidad comparada con la capacidad de percepción tomista.

1. *Derecho y moral: medium rationis y medium rei*

El gran criterio diferenciador que usa Tomás entre la moral y el derecho es el que propuso sucintamente Aristóteles en el libro V de la moral a Nicómaco. Siguiendo las indicaciones muy someras de Aristóteles, Tomás

ción para su imputación penal, que sea capaz de distinguir el bien del mal, no se le pide tanto que sea consciente de haber causado un daño a otra persona, o de haber transgredido una ley, como saber que ha violado una exigencia necesariamente universal que él *debe* portar en sí. Sin esta personalidad o autoconciencia radical del deber, no puede exigírsele a una persona que respete los derechos que él no reconoce en sí mismo.

indicó que lo justo constituye, desde el punto de vista de su medición o cálculo, un *medium rei* (un ‘medio de la cosa’), porque aquello que hay que dar a otro ha de ser calculado al filo de la cosa o relación que nos une con esa otra persona.²⁶⁷ Por ejemplo, el profesor ha de explicar con la claridad necesaria para que le entiendan sus alumnos: esta exigencia constituye un ‘medio de la cosa’ de la docencia, y es un derecho que tienen los alumnos al margen de las disposiciones subjetivas del profesor, de forma tal que si un profesor que no sabe explicar alega su buena voluntad, esta disculpa no sirve: esa persona no debe continuar ejerciendo la enseñanza. Domingo Báñez llegaba a decir, interpretando a Tomás, que “Advierte que lo que hay que hacer, si hablamos con propiedad, no se refiere al bien del que obra, sino al bien de la cosa hecha”,²⁶⁸ una exageración que posiblemente no habría gustado al de Aquino. En cambio, en las virtudes que no son la justicia, el cálculo de lo que hay que darse a sí mismo o a los demás no ha de ser hecho desde una cosa externa al sujeto que actúa (como es la docencia), sino desde el mismo sujeto mismo y desde sus necesidades personales, y a este ‘medio’ lo llamó *medium rationis*, para diferenciarlo del *medium rei* por el que se mide la relación de justicia o jurídica.²⁶⁹

Las diferencias entre ambos ‘medios’ las entenderemos mejor con un ejemplo: lo que sería demasiado comer para Flacus, es poco o está bien para Crasus. En cambio, las competencias (derechos y deberes) del profesor

²⁶⁷ Aun Johannes Althusius, por ejemplo, escribía que “Constitutio juris est, qua illud ex negotii natura et qualitate, secundum rectam rationem, exigente utilitate et necessitate humana, concipitur et formatur”. *Dicaeologiae libri tres. Totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes*, Francofurti ad Moenum, 1649, l. I, cap. XIII, § 4.

²⁶⁸ “Adverte, quod facere, si proprie et formaliter loquitur, non refertur ad bonum facientis, sed ad bonum rei factae”. *De justitia et jure disputationes*, Salamanticae, 1594, q. 58, art. 4, p. 37-A.

²⁶⁹ Explica que “Et in talibus oportet, quod sit aliqua virtus directiva operationum secundum seipsas; sicut sunt emptio et venditio, et hujusmodi operationes, in quibus attenditur ratio debiti, vel indebiti ad alterum: et propter hoc justitia, et partes ejus proprie sunt circa operationes, sicut circa propriam materiam. In quibusdam vero operationibus bonum, et malum attenditur solum secundum commensurationem ad operantem”. *Suma teológica*, I-II, q. 60, art. 2. En el artículo siguiente añade que “In operationibus exterioribus ordo rationis instituitur... non secundum proportionum ad affectionem hominis, sed secundum ipsam convenientiam rei in seipsa; secundum quam convenientiam accipitur ratio debiti, ex qua constituitur ratio justitiae... Unde omnes hujusmodi virtutes, quae sunt circa operationes, habent aliquo modo rationem justitiae... justitia proprie dicta est una specialis virtus quod attendit perfectam rationem debiti, quod secundum aequivalentiam potest restitui”.

La justicia es, por tanto, una actividad de objeto muy limitado: “Et ideo, cum justitia ordinatur ad alterum, non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa exteriores acciones et res secundum quandam rationem objecti specialem, prout scilicet secundum eas unus homo alteri coordinatur”. *Ibidem*, art. 8.

y de los alumnos no se determinan por lo que necesiten personalmente al margen de las exigencias objetivas de la docencia: los alumnos pueden exigir al profesor que explique cosas interesantes de acuerdo con la asignatura, que lo haga con claridad y precisión, etcétera. El profesor puede exigir a los alumnos que asistan a clase (si ese es el caso), que guarden silencio, etcétera. Como el profesor y sus alumnos se relacionan por medio de la docencia-discencia, unos y otros pueden exigirse jurídicamente conductas determinadas por el vínculo que los une, pero no pueden exigirse conductas externas a ese vínculo, como sería hacerse favores personales.²⁷⁰ Esta es quizá la razón última por la que el derecho tiende tanto a cosificar las conductas humanas: el derecho civil (otra cosa es el derecho penal) no considera tanto personas como cosas y sus exigencias, y mide lo que es debido atendiendo a la relación que vincula al deudor y al acreedor: no personaliza en la misma medida que la moral o el derecho penal.²⁷¹

La afirmación de la capacidad humana para determinar de algún modo el medio objetivo suponía confiar en las posibilidades de la razón. Tomás, al tener formación aristotélica, era moderadamente racionalista,²⁷² y en esto coincidía con los juristas del *ius commune*. En cambio, Juan Duns Scoto, a pesar de afirmar la posibilidad del estudio ‘formaliter’ de la realidad, negó que pudiera existir tal tipo de ‘medio’.²⁷³

²⁷⁰ Tomás escribía: “Sed quia operationes exteriores non habent speciem ab interioribus passionibus, sed magis a rebus exterioribus, sicut ex objectis”. *Ibidem*, art. 9.

²⁷¹ Precisamente porque el derecho penal personaliza mucho el extraño medio en que consiste la pena, la jurisprudencia romanista excluyó de hecho de sus enseñanzas a esta rama del derecho, y uno de los pocos libros bajomedievales conocidos que trata de cuestiones penales es el *Speculum juris* de Guglielmus Durandus, no trata sustantivamente de los delitos, sino únicamente de las garantías procesales. Obviamente, las *leges civiles* (sinónimas de derecho civil) poco tuvieron que ver con el derecho penal hasta el siglo XVIII-XIX. Los libros que trataban cuestiones penales solían recibir el título de “Prácticas criminales”, alejadas del adjetivo de jurídicas.

²⁷² En diversas ocasiones él pone de manifiesto tanto las dificultades para medir tal ‘medio de la cosa’ como las que hay para distinguir entre el ‘medium rei’ y el ‘medium passionis’. En *Com. Eth.*, § 401, por ejemplo, escribe: “Cum ergo justum sit aequale eodem modo et ex parte rerum, et ex parte personarum...”.

²⁷³ Escribía: “Ista autem aequalitas secundum rectam rationem non consistit in indivisibili, sicut dixit quidem doctor [se refiere al de Aquino], motus ex hoc, quia justitia habet tantum medium rei, sed caetera virtutes medium rationis. Hoc enim falsum est. Immo in isto medio, quod justitia commutativa respicit, est magna latitudo, et intra illam latitudinem non attingendo indivisibilem punctum rei, et rei. Quia quod hoc quasi impossibile est communitatem attingere”. In *Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum Quaestiones subtilissimae*. Antwerpiae, 1620, l. IV, dist. XV, q. 2, § 15. Frente a este cálculo, él propone hacer las leyes consensuadamente. Véase *loc. cit.*, § 10.

2. *La razón participada y la razón essentialiter*

¿Cómo funciona la razón práctica? El de Aquino nos advierte que este tema “Non cadit sub discursu neque aliqua narratione”, esto es, no es explicable; el de Aquino sabe que la verdad práctica humana no tiene carácter proposicional; pero afronta la tarea de explicarla en la medida de lo posible. Volvamos sobre el camino ya indicado: tal vertiente de la razón tiene dos sectores; uno dominado por los principios ético-jurídicos más elementales que los conocemos directamente a través del *intellectus*, que componen los “Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”, y otro sector dominado por la aceptación o no de las consecuencias previsibles de los actos.

La razón humana posee una doble funcionalidad: por un lado es una razón ‘participada’ (que compone el *intellectus*) que conoce algunas reglas morales elementales. Por otro lado, es activa, porque ella ha de calcular razonando lo que conviene al hombre en la historia, sometido a necesidades cambiantes. Llamó a esta vertiente de la razón *ratio essentialiter*. Dada esta dependencia del hombre desde su entorno, la vertiente de la razón que Tomás llama *ratio essentialiter* ha de proceder “Según la naturaleza de las cosas, desde lo parecido a lo parecido” (*Secundum naturam rerum, de similibus ad similia*) para que el hombre persiga bienes propiamente humanos, esto es, sin alejarse de lo que él ya es.

Sucede que la naturaleza tiende ante todo a regir a cada cosa en sí o desde sí misma (*ad regendum unamquamque in seipsa*),²⁷⁴ y en la dialéctica demostrativa que juzga sobre el hombre hay que proceder desde los principios propios de cada cosa,²⁷⁵ esto es, desde las exigencias propiamente humanas, que pueden partir directamente desde la persona humana (como es el caso del derecho al conocimiento o a la dignidad)²⁷⁶ o desde el análisis de lo exigido por cada situación, como sucede con la no devolución del depósito de armas a la persona que se ha vuelto loca. No perdamos de vista su intuición inicial, a saber: que la naturaleza solamente prepara algunos principios que son conocidos por la *ratio participata*; más allá de tal *ratio*, lo que el hombre ha de conocer normativamente lo adquiere mediante el trabajo de la razón (*ratio essentialiter*) que, superando el simple conocimiento contemplativo, trabaja

²⁷⁴ *Suma teológica*, II-II, q. 50, art. 4.

²⁷⁵ “In speculativis dialectica, quae est inquisitiva, procedit ex communibus; demonstrativa autem, quae est iudicativa, procedit ex propriis”. *Ibidem*, q. 51, art. 4.

²⁷⁶ Escribe sobre la dignidad humana que “Omnis enim nobilitas uniuscuiusque rei est sibi secundum suum esse. Nulla enim nobilitas esse homini ex sua sapientia nisi per eam saepius esse”. *Sum. Gent.*, § 260.

activamente (*essentialiter*) mediante argumentos extraídos demandan en cada momento desde las cosas, esto es, desde las necesidades concretas.

Los principios proporcionados por el *intellectus* tienen tres fuentes: la naturaleza racional del hombre, la naturaleza sensitiva,²⁷⁷ y la experiencia. Una interpretación muy racionalista del pensamiento del Aquinate nos llevaría a considerar solo a la evidencia racional como el *intellectus*; pero quizá esta lógica tan estricta desvirtuaría demasiado el pensamiento tomista. La naturaleza racional del hombre es la que ordena, por ejemplo, que no se mienta. La naturaleza física o sensitiva del hombre era también otra fuente de principios, esto es, de derechos y obligaciones, pues como los seres humanos necesitan comer todos los días, tienen derecho a buscarse la comida todos los días tomándola de donde la haya. Este principio dio origen al *jus necessitatis* medieval, de gran importancia doctrinal y quizá también práctica: como hasta el siglo XIX Europa pasaba hambres con frecuencia, el *jus necessitatis* permitía tomar con justicia lo que se necesitaba.²⁷⁸ Era un verdadero derecho, y como entendían que el que usa del derecho no actúa injustamente, nadie quedaba obligado a restituir cuando llegara a mejor estado económico. Si el hombre fuera una ‘esencia racional’, como nos llamaban los discípulos de Kant, no existirían este tipo de principios; pero la filosofía griega y medieval era, al menos en este punto, más adherida a la realidad que no la moderna. La experiencia era otra fuente de principios morales básicos, y de ahí la prohibición de que el abogado actuara ante un juez que es pariente suyo.

Además de los principios, la vida práctica humana se dirigía por la consideración de las consecuencias personales y sociales de nuestras acciones. La actitud ética que atiende a las consecuencias de los actos para calificarlos de buenos o malos se llama hoy consecuencialismo. Actualmente, el consecuencialismo ético está desprestigiado, porque la tendencia moderna a tener en cuenta solamente una sola vertiente de la actuación moral ha hecho que la ética se entienda como de principios exclusivamente, o solamente como de ponderación de las consecuencias. No era este el estilo de Tomás de Aquino, que tenía en cuenta al mismo tiempo los principios y las conse-

²⁷⁷ Los ataques de Tomás de Aquino contra Platón son constantes, porque Platón había supuesto que el hombre *vivaba* en el cuerpo como el marinero en el barco. Tomás, por el contrario, mantiene que “Definitio autem in rebus naturalibus non significat formam tantum, sed formam et materiam... Cum igitur sentire est quedam operatio, sit quedam operatio hominis, licet non propria, manifestum est quod homo non est anima tantum, sed aliquid compositum ex anima, et corpore”. *Suma teológica*, I, q. 75, art. 4.

²⁷⁸ Entonces actuaba la regla que expresaba “Necessitas non subditur legi”. Tomás de Aquino, *Ibidem*, I-II, q. 96, art. 6.

cuencias de los actos, porque si solamente consideraba los principios, caería en una tiranía de los principios, y entonces podía hacerse realidad el dicho latino que expresaba “Fiat justitia et percat mundus”, lo que es sinónimo de injusticia. Además, los principios son múltiples, y con frecuencia colisionan, porque los hombres nos debatimos frecuentemente entre lealtades opuestas. Pues el estudiante debe salir con los amigos y divertirse, y también debe estudiar, y no siempre sabe con certeza cuándo aplicar un principio u otro. En tales casos, ante la incertidumbre,²⁷⁹ debemos atender a las consecuencias previsibles de nuestros actos. No le sirve tampoco el puro consecuencialismo, porque tampoco sin principios carecemos de criterios para medir la bondad o maldad de las consecuencias de nuestros actos.

El derecho así obtenido, aplicando simultáneamente principios y cálculo de las consecuencias, se dividía en dos grandes sectores: el derecho que necesariamente había de ser así, porque si no el hombre perdería demasiado de su humanidad que componía en principio el derecho natural. En cambio, el derecho obtenido preferentemente desde el cálculo de las consecuencias (buscando la *utilitas* social), que era vinculante porque así lo disponía la ciudad, el rey o la Iglesia, era derecho positivo o *jus arbitrium*; esto es, ‘no natural’, que se descomponía en derecho de gentes y derecho civil: si algunas instituciones que buscaban la *utilitas* eran comunes a muchas *gentes* o naciones, ellas formaban parte del derecho de gentes; si eran propias solamente de una comunidad política determinada, formaban el *jus civile*.

En cualquier caso, ya se tratara de derecho natural, ya de derecho positivo, las normas jurídicas habían de responder o hacer frente a alguna necesidad, pues juristas y teólogos entendían que la necesidad era el primer criterio de la justicia. Precisamente por esto llamamos ahora a esta jurisprudencia ‘realista’, pues hacía falta alguna cosa objetiva (*res*) para que la aplicación de la norma, regla, o principio, estuviera justificado. Esa cosa, es decir, esa necesidad, introducía la objetividad o fundamentación suficiente, pues aunque el derecho positivo fuera llamado *jus arbitrium* y los medievales hablaran bastante del arbitrio, esto no quería decir falta de fundamentos, sino lo contrario: discrecionalidad o razonabilidad, que existía cuando había fundamento suficiente para imponer la regla,²⁸⁰ aunque el caso no fuera

²⁷⁹ Tomás explicaba que “Virtus humana est perfectio rerum modum hominis qui non potest per certitudinem comprehendere veritatem rerum simplici intuitu; et praecipue in agibilibus, que sunt contingentia”. *Suma teológica*, II-II, q. 51, art. 1.

²⁸⁰ Figgis indica a este respecto que “I do not of course mean that all hold the same ethical theory, but the institutions and all rights must be able to show some practical utility if their existence is to be maintained”. *Studies of Political Thought. From Gerson to Grotius*, Cambridge University Press, 1956, p. 13.

importante, o aunque el problema admitiera varias soluciones distintas. A veces la necesidad o causa de la regla era la fuerza directa del principio mismo, ya que una mentira será siempre una mentira, una conducta que, salvo casos especialísimos, será necesariamente condenable.

X. LEY GENERAL Y DERECHOS CONCRETOS

Tomás trata de las leyes en la I-II de la *Suma teológica*, y distingue tres tipos de leyes: la ley eterna, la ley natural y las leyes humano-positivas. La ley eterna es Dios mismo, esto es, “La razón de gobierno existente en el supremo gobernante”,²⁸¹ pues como cristiano él entiende que Dios gobierna el universo ‘de algún modo’. Pero, a diferencia de los modernos, no entiende de la ley (tampoco a la ley eterna) como una orden o mandato imperativo externo a los mismos que han de acatarla, sino como una fuerza o razón de los actos hacia su propio fin,²⁸² pues la ley no es algo exterior a aquello que se ha de hacer ni a quien ha de hacerlo. De hecho, para poder hablar de amor en sentido estricto se requiere que alguien o algo se dirija hacia lo que es ‘su’ bien.²⁸³

Podríamos pensar que existiría una jerarquía entre estos tres tipos de leyes, de modo que la ley natural habría de derivarse desde la ley eterna, y las leyes humano-positivas habrían de ser concordantes con la ley natural. Esto es tan cierto como falso. Tomás reconoce una pluralidad de leyes, pero no al modo moderno y contemporáneo, que quiere encontrar jerarquías y pirámides normativas que formarían estratos legales. Si aplicamos nuestros esquemas, propios de la Edad Contemporánea, veríamos una Constitución (la ley eterna), unas leyes fundamentales (la ley natural) y las normas ordinarias (las leyes positivas humanas). Nosotros hacemos esto porque, por nuestra formación moderna, no reconocemos la pluralidad de las realidades, y hemos unificado hasta el concepto de ley, de modo que la Constitución, las leyes fundamentales y la legislación ordinaria únicamente se diferenciarían en su importancia jerárquica. Esto no es así en Tomás de Aquino. Él contempla más bien una pluralidad de estratos del ser, cada uno con su estatuto

²⁸¹ “Cum ergo lex aeterna sit ratio gubernationis in supremo gobernante...”. *Suma teológica*, I-II, q. 93, art. 1.

²⁸² “Respondeo dicendum quod lex importat rationem quandam directivam actuum ad finem”. *Ibidem*. Este tema lo ha tratado ya extensamente en la *prima pars* de la *Suma teológica*, y ha dejado claro que el movimiento ‘natural’ es aquel que mueve a cada cosa desde sí misma.

²⁸³ “Ad veritatem amoris requiritur quod bonum alicuius vult prout est ejus”. *Sum. Gent.*, § 757.

ontológico propio, unidos por un fin común. Pero las formas de tender hacia ese fin (sus leyes) son distintas, en sus contenidos y modos. Bastit indica que

Podemos pensar que hay algo común entre estas leyes, pero este elemento común no tiene más realidad que la de ser un producto de la razón, *ratio*; porque esto no es independiente de las cosas, aún cuando exprese una parte esencial de ellas, y tal elemento es imperfecto para expresar lo que las cosas son. No solamente es imperfecto, sino que conserva en sí mismo una cierta marca de la pluralidad de las cosas en las que se realiza; porque no se trata de la aplicación de una forma única a materias distintas, sino que en las cosas mismas en las que él se realiza, lo hace de modos diversos, conservando una estructura análoga.²⁸⁴

Tomás explica que “Los asuntos humanos se diversifican infinitamente”, y esta diversificación incesante es el factor que hace imprescindible el ejercicio de la prudencia, que no trabaja con determinaciones artificiales y exactas propias del arte (los *factibilia*), sino con manifestaciones humanas, llamadas *agibilia* en el lenguaje escolástico. En el campo del *facere* es posible establecer procedimentalmente reglas lógicas, yendo desde lo más general a lo más concreto; en cambio, en la configuración de las cosas que hemos de obrar (*agere*) interviene el *intellectus*, que es esa dimensión de la razón que desborda frecuentemente las aplicaciones silogísticas. ¿Cómo proceder entonces? Podríamos decir que aquellos académicos, Tomás entre ellos, se encontraban ante un conjunto de vehementes exigencias prácticas que tropezaban con un muro de imposibilidades teóricas. Como veremos más adelante, contaba ante todo la buena voluntad personal, esa “Rectitudo voluntatis propter se servata” que proponía San Anselmo.²⁸⁵ De la mano de esta rectitud de la voluntad, el juzgador enjuiciaba el caso seleccionando los principios que mejor se acomodaban, según su criterio, a ese problema. No existe rigor lógico en las determinaciones humanas, pues la decisión práctica no es siempre entre lo bueno y lo malo, sino frecuentemente entre lo mejor y lo peor.²⁸⁶ Por decirlo con una terminología más actual, no existía una jerarquía de valores rígida, sino que los principios bajaban y subían en la escalera de la importancia según las circunstancias. No eran las normas las que se imponían en su sublimidad, sino que estas mendigaban —por así decir— ser

²⁸⁴ *Naissance de la loi moderne...*, cit., p. 77.

²⁸⁵ “Magister. Voluntas ergo justa est, quae sui rectitudinem servat propter ipsam rectitudinem. Discipulus. Aut ista, aut nulla voluntas justa est. Magister. Justitia igitur est rectitudo voluntatis propter se servata”. *Opera, tomus tertius*, Coloniae, 1573, *Dialogus de veritate*, p. 85.

²⁸⁶ Tomás escribe que “Ad prudentiam pertinet praeferre maius bonum minus bono”. *Suma teológica*, II-II, q. 53, art. 5.

tenidas en cuenta en cada caso. Francisco de Vitoria insistió especialmente en esta vertiente del pensamiento jurídico medieval-romanista, porque el siglo XVI estaba siendo invadido por la doctrina de las naturalezas de las cosas que reclamaba el absolutismo del criterio *ex objecto*. Quizá la declaración más abarcante y precisa de Vitoria es la que nos ofrece en otra polémica suya con Cayetano: si alguno está obligado a restituir cuando esto no puede hacerlo sin infamia. Cayetano mantenía que no, y Vitoria le corrige: “Pero yo digo que no condenar a éstos siempre es falso, y condenarlos siempre es falso también”.²⁸⁷

En el pensamiento romanista que empapa la obra del de Aquino, lo que pudiéramos llamar las cosas en sí mismas tienen frecuentemente una naturaleza relacional, un ‘modo’ de ser. Los juristas, y Tomás con ellos, relacionan principios y consecuencias previsibles que resultarían de la aplicación de tales principios, y tenían presente que “Los principios han de ser los adecuados a las conclusiones que es preciso alcanzar”.²⁸⁸ Lo que el jurista o el moralista consideraba era un abanico de fuentes de principios (una heterogeneidad de los principios),²⁸⁹ ya que si unas veces atendía a la naturaleza en sí misma de una conducta, otras veces ponderaba los bienes y males que se seguían desde ella, y elegía la regla que en su opinión acarrearía menos males, porque si todo lo malo posee su vertiente buena,²⁹⁰ lo bueno también presenta una dimensión mala, pues parece entender que toda decisión práctica es vitalmente contradictoria.²⁹¹ Combinaron las naturalezas de las cosas, los instintos (apetitos) que naturalmente experimenta el hombre, lo que consideraron por uno u otro motivo bienes humanos. Las virtudes morales parten desde los apetitos y tratan de regularlos desde ellos mismos, según

²⁸⁷ “Sed ego dico quod universaliter non condemnare istos falsum est; et universaliter condemnare illos, etiam falsum est”. *Comentarios...*, *cit.*, II-II, q. 57, art. 6 § 22.

²⁸⁸ “Prudentia est circa contingentia operabilia. In his autem non potest homo dirigi per ea quae sunt simpliciter et ex necessitate vera, sed ex his quae in pluribus accidunt: oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere”. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 1.

²⁸⁹ Accursio, en la glosa “a” a Digesto, 1, 1, 1 establecía que “Jus naturale quattuor modis dici. Primo lex mosaica, Secundo obligationes qui ex instintu naturali, Tertio, jus gentium. Quattuor, jus pretorium”.

²⁹⁰ En la I-II, q. 91, art. 4 de la *Suma teológica* se plantea si la prostitución debe ser tolerada civilmente. Entiende que sí, porque como expuso San Agustín, la ley no puede prohibir todas las cosas malas porque entonces “Etiam multa bona tollerentur”.

²⁹¹ En el § 1323 de los *Com. Eth.* Explica que el “Syllogismus factus inducit dubitationem”. Porque cuando razonamos en temas prácticos la mente de la audiencia “manet ligatam” ya que no puede permanecer en lo que concluye la razón, porque la “conclusio ei non placuit”, pero tampoco puede “procedere ad contrarium quid non habet in sua potestate solutionem argumentationis”.

sus exigencias atemperadas por la razón. En la *quaestio* quizá más relevante de la filosofía jurídica tomista, la 47 de la II-II de la *Suma teológica*, Tomás formuló el punto central de toda ella: “El fin de las virtudes morales es el bien humano”.²⁹²

Los tratadistas del derecho consideraron que la ley era siempre general; esto es, igual para todos los casos que pudieran acogerse a ella, y que, por contra, el *jus* o derecho era aquello concreto que había que discernir individualmente en cada situación o problema. De forma que permaneciendo inalteradas las leyes, la solución que el juzgador aportara, que podía llegar a ser al margen de la ley (*praeter legem*), no afectaba a la estabilidad de las leyes, porque en estos casos no se juzgaba a la ley misma, sino al caso concreto.²⁹³ Porque entonces los doctores entendían que la ley general era solamente “Una cierta causa del derecho” —*aliqualis causa juris*—, y el *aliqualis* (que es una partícula indeterminativa) con que comenzaba esta descripción de la función de la ley introducía una indeterminación de tal alcance que el salto entre la orientación genérica de la prescripción legal y la solución concreta (*solutio*) propia del *jus*,²⁹⁴ provocaba una cierta latitud de lo dispuesto en la ley misma. Obviamente, era la edad de oro del derecho jurisprudencial. La razón última nos la explicitó Domingo de Soto repitiendo un brocardo aristotélico: “*Jus generale nomen est, lex autem Juris species*”: el derecho es el nombre más general, y la ley es solamente una manifestación del derecho.²⁹⁵ La realidad primera y básica era el derecho, y las leyes eran solamente relevantes en función del derecho concreto.

La indagación jurídica tomista es ante todo una averiguación del derecho, no un estudio sobre las leyes. Indicaba que, de acuerdo con Tomás, el peso de la indagación jurídica recae sobre la *ratio* (la razón de ser) que ha de ir buscando o tanteando aquello que es justo una vez que ha partido desde aquellos principios generales. Esta indagación ha de ser también inductiva, porque “La naturaleza procede desde las cosas simples a las com-

²⁹² “*Finis virtutum moralium est bonum humanum*”. *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 6.

²⁹³ Al tratar del *jus necessitatis* indica que “*Ad primum dicendum quod ille qui in casi necessitatis agit praeter verba legis, non iudicat de ipsa lege: sed iudicat de casu singulari*”. *Ibidem*, I-II, q. 96, art. 6.

²⁹⁴ Tomás escribía “*Ad secundum dicendum quod sicut eorum quae per artem exterius fiunt quaedam ratio in mente artificis praexistit, quae dicitur regula artis; ita etiam illius operis justus, quod ratio determinat, quaedam ratio praexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et si hoc in scriptum redigatur, vocatur lex, secundum Isidorum, ‘constitutio scripta’. Et ideo lex non est ipsum jus, proprie loquendo, sed aliqualis ratio juris*”. *Ibidem*, II-II, q. 57, art. 1 ad 2.

²⁹⁵ *De justitia et jure libri decem*, Madrid, reproducción del IEP de la edición de 1556, liber I, q. 1, art. 1.

puestas, *de simplicibus ad composita*”,²⁹⁶ y así es también el discurso de la razón humana.²⁹⁷

Obviamente, Tomás no propuso un punto universal de referencia al que pudiéramos referir de un modo u otro todas sus argumentaciones, y desde el que todas ellas pudieran ser más o menos calculables o previsibles, de modo que su filosofía jurídica se pudiera exponer —como suele ser el gusto de los historiadores— en unas líneas o páginas, mostrando el punto de partida de sus consideraciones y los nervios fundamentales de su desarrollo posterior. Al contrario, sus explicaciones no se mueven en un único plano, ni mucho menos componen una figura única: no pueden ser estudiadas desde un solo punto de vista porque no componen una *teoría*.²⁹⁸ Estamos ante una doctrina compleja que procede al mismo tiempo desde lo concreto a lo general (esto es, desde el problema a la norma) y desde lo general a lo particular. La solución del caso particular, aunque se aparte de lo dispuesto en la norma general, no deroga tal norma. Y los factores que inciden en la *solutio*, seleccionando las normas aplicables, pueden estar tomados del sentido moral más común, de las conveniencias de las personas o de la comunidad, de lo que reclaman las inclinaciones racionales o sensitivas del ser humano. Estamos ante problemas de naturaleza extremadamente sensorial, más bien táctil.²⁹⁹

La concreción introduce un elemento nuevo en el silogismo jurídico que rompe normalmente lo que pudiéramos llamar un orden lógico. Ciertamente, existe una regla que reza “*Interpretatio cessat in claris*”, pero el experimentado sabe que la determinación de lo que es claro conlleva frecuentemente un proceso valorativo previo que se resiste a ser explicado según pasos lógicos. La asimilación que hacía posible proceder *De similibus ad similia* descansaba en la simple analogía, y esta se expresaba normalmente a

²⁹⁶ *Com. Pol.* § 3.

²⁹⁷ *Idem*.

²⁹⁸ Las teorías nacen en los siglos XVI y XVII, y tratan de imponer una forma proposicional o constructo que explique a una realidad desde un solo ángulo que se supone que es el más acertado por algún motivo. Es propio de estos constructos tratar de reducir la complejidad sustituyendo la lógica de las cosas por la lógica de los símbolos. Imponen un solo símbolo (el *princípium unicum* de la Modernidad o de hoy, que suele consistir en la igualdad), y los autores de las teorías entienden que la mayor fuerza comprensiva del símbolo les permite abarcar toda la disciplina o, en nuestro caso, toda una teoría de la justicia. Para abundar en este tema, véase mi estudio *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, ya cit.

²⁹⁹ Porque cuando Tomás escribe que “*Omnes autem alii sensus fundantur supra tactum*” (*Suma teológica*, I, q. 96, art. 5) parece que no solo se refiere al fundamento último de la veracidad de los sentidos humanos, sino también a la rectitud de aquello que puede fundarse en el sentido común que surge del juego entre los datos de los sentidos y las exigencias racionales.

través del *consonare*. Las cosas iguales o análogas tienden a amarse o buscarse, porque la analogía es siempre apetitiva.³⁰⁰

XI. EL ‘BIEN COMÚN’

En los temas propiamente jurídicos, en los que existen intereses individuales contrapuestos, es necesario discriminar el interés que será elevado a calidad de derecho, a diferencia de otros intereses, que permanecerán en el plano de las simples pretensiones sin títulos especiales para su exigencia jurídica. Uno de los grandes criterios para distinguir lo que debe ser protegido por el derecho es el de la utilidad común filtrada por el *honestum*, que recibió el nombre de *bonum commune*.³⁰¹ El derecho está facultado en estos casos para aplicar este criterio aparentemente externo a las personalidades individuales, porque ha de elegir entre dos intereses igualmente personales, y tendrá preferencia aquel que mejor se adecue a la conveniencia social. Este bien común no es solamente un bien de mayor cantidad o más extenso que el bien personal, sino que posee una naturaleza distinta de éste.³⁰² ¿Por qué hemos de filtrar los intereses personales por el criterio del bien social? “Algunos establecieron —escribe Tomás— que la prudencia no se extiende al bien común, sino solamente al bien propio... Pero esto repugna a la caridad”.³⁰³ En la medida en que el bien común supera los intereses particulares, es una exigencia más divina que humana que requiere en el hombre de un esfuerzo especial.³⁰⁴ Por lo demás, el bien común consiste fundamentalmente en mantener la justicia y la paz social,³⁰⁵ sabiendo que el fin del individuo no es el fin de la especie.³⁰⁶

³⁰⁰ “Vis enim imaginativa, est apprehensiva similitudinum corporalium, etiam rebus absentibus, quarum sunt similitudines. Ad secundum dicendum, quod sentire proprie dictum, ad apprehensivam potentiam pertinet: sed secundum similitudinem cujusdam experientiae, pertinet ad appetitivam”. *Ibidem*, I-II, q. 15, art. 1.

³⁰¹ “Ita nihil firmiter constat per rationem practicam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune”. *Ibidem*, q. 90, art. 3.

³⁰² “Ad secundum dicendum quod bonum commune civitatis et bonum singulare unius personae non differunt solum secundum multum et paucum, sed secundum formalem differentiam”. *Ibidem*, II-II, q. 58, art. 7.

³⁰³ “Quidam possuerunt quod prudentia non se extendit ad bonum commune, sed solum ad bonum proprium... Sed haec existimatio repugnat charitati”. *Ibidem*, II-II, q. 47, art. 10.

³⁰⁴ “Sed si quod bonum imminet homini volendum, quod excedet proportionem volentis, sive quantum ad totam speciem humanam (sicut bonum divinum, quod trascendit limites humanae naturae), sive quantum ad individuum (sicut bonum proximum), ibi voluntas indiget virtutem”. *Ibidem*, q. 56, art. 1.

³⁰⁵ “Ut communem bonum justitiae et pacis conservet”. *Ibidem*, q. 96, art. 3.

³⁰⁶ Tomás explica esto en la *Sum. Gent.* § 2089.

El pensamiento medieval acerca de la justicia estuvo dominado por las exigencias de las necesidades sociales, que fueron vistas como unas necesidades superiores a las simplemente individuales, no porque lo social poseyera de por sí mayor calidad que lo individual, sino porque el individuo debe calcular lo conveniente para él y para todos desde las necesidades de la sociedad. Las necesidades sociales jugaron una función muy importante en la jurisprudencia romana y bajomedieval, que tendía a pensar que el derecho natural también es aquel conjunto de instituciones que está compuesto por las respuestas del hombre a las necesidades de la convivencia, y que por tanto el verdadero derecho natural era lo que los romanos llamaban el *jus gentium*, ya que este tipo del derecho es el derecho natural propio del hombre, que es ser racional que argumenta *ex necessitatibus*.

XII. EL CAMBIO DE LA LEY NATURAL

Él se refiere frecuentemente a la ley natural como la ley del hombre o de la naturaleza del hombre, y si el hombre cambia, entonces ha de cambiar su ley. La intuición que capta que la racionalidad o justicia de la ley le llega a la ley misma desde la conveniencia o consonancia de su *applicatio ad opus* la expresó en los muchos textos en los que indica que la racionalidad le llega a la norma por su adecuación al fin: “El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres. Algo es necesario en la medida en que se encamina al fin, y tal necesidad es lo mismo que la utilidad”.³⁰⁷ De modo que si las leyes de los hombres pueden cambiar a causa de la razón humana, también cambian *ex parte hominum*.³⁰⁸ En efecto, la naturaleza humana cambia, porque así nos lo indica la experiencia: “Aquello que es natural teniendo una naturaleza inmutable debe ser así siempre y en todas partes. Pero la naturaleza del hombre es mutable y, por tanto, lo que es natural al hombre es mutable”.³⁰⁹ Cambian los hombres, porque “La medida debe ser permanente cuanto es posible. Pero en las cosas mutables no puede permanecer algo absolutamente inmutable. Y por ello la ley humana no puede ser completamente inmutable”.³¹⁰

³⁰⁷ “Finis autem humanae legis est utilitas hominum. Est etiam aliquid necessarium propter finem: et talis necessitas idem est quod utilitas”. *Suma teológica*, I-II, q. 95, art. 3 ad 4.

³⁰⁸ *Ibidem*, I-II, q. 97, art. 1.

³⁰⁹ “Ad primun dicendum quod illud quod est naturale habenti naturam immutabilem, oportet quod sit semper et ubique tale. Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo quod naturale est homini est mutabilis”. *Ibidem*, II-II, q. 57, art. 2 ad 1. A este respecto, son textos también interesantes los expuestos en *Suma teológica*, I-II, q. 97, art. 1 y 4.

³¹⁰ “Mensura debet esse permanens quantum est possibile. Sed in rebus mutabilibus non potest esse aliquid omnino immutabiliter permanens. Et ideo lex humana non potest esse omnino immutabile”. *Ibidem*, I-II, q. 97, art. 1.

Y si Aristóteles dice que las cosas naturales son inmóviles, esto no es así siempre, sino a veces. Desde luego, es así en la naturaleza de las cosas divinas, si por tales entendemos las substancias separadas y los cuerpos celestes, a los que los antiguos llamaban dioses. Pero entre nosotros, los hombres, que somos seres corruptibles, algo que sea según la naturaleza es mutable, sea por sí mismo, sea por accidente... Y, en consecuencia, todas las cosas que son justas entre nosotros, cambian de alguna manera, a pesar de que algunas son justas naturalmente.³¹¹

Porque sucede que la naturaleza no es simple ni perfectamente buena.³¹² Además, la razón humana es mutable e imperfecta, y por ello su ley es igualmente mudable.³¹³ No se refiere ahora a la naturaleza o a la razón corrompida, sino simplemente a la razón que usamos todos los días.³¹⁴

Consecuentemente, la ley natural puede cambiar por más o por menos, porque una institución nueva comienza a ser de ley natural, o porque una institución que ya lo era deja de serlo.³¹⁵ Pero añade inmediatamente que nunca cambian los primeros principios de esta ley.³¹⁶ Tomás no extiende mucho su estudio sobre la inmutabilidad de los primeros principios: hay que comprender que tal inmutabilidad resultaba tan evidente en el siglo XIII, que la tarea era más bien la opuesta: demostrar cómo y bajo qué condiciones pueden variar algunos de estos principios.

³¹¹ “Et dicit quod id quod dictum est quod naturalia sint immobilia non ita se habet universaliter, sed in aliquo est verum; quia natura rerum divinarum nequaquam aliter se habet, puta substantiarum separatum et coelestium corporum, quod antiqui deos vocabant; sed apud nos homines, qui sumus inter res corruptibiles, est aliquid secundum naturam, et tamen quicquid et in nobis est mutabile vel per se vel per accidens... Et scilicet omnia quae sunt apud nos justa aequaliter moventur, nihilominus tamen quaedam eorum sunt naturaliter justa”. *Com. Ethic.*, § 1026.

³¹² “Et hoc dicit accidere propter quandam malitiam, idest defectus naturae, quae non semper potest in eadem dispositione consistere. Sicut enim mali hominis est quod de facile transmutetur et non habeat mentem fixam in uno, ita est de natura quae indiget transmutatione, quia non semper sit simplex neque perfecte bona”. *Ibidem*, § 1536.

³¹³ “Sed ratio humana mutabilis est et imperfecta. Et ideo eius lex mutabilis est”. *Suma teológica*, I-II, q. 97, art. 1.

³¹⁴ Considera la posibilidad de una razón corrompida por los vicios en *ibidem*, I-II, q. 94, art. 4.

³¹⁵ “Respondeo dicendum quod lex naturalis potest intellegi mutari dupliciter. Uno modo, per hoc quod aliquid ei addatur. Et sic nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam utilia, tam per legem divinam, quam per leges humanae. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum abstractionis, ut scilicet aliquid desinit esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem”. *Ibidem*, I-II, q. 94, art. 5. Lo mismo indica en los *Com. Eth.* § 1029.

³¹⁶ *Ibidem*. De forma más completa, en *Com. Eth.*, § 1029.

No deja de ser algo confuso el contenido de la ley natural que queda sujeto a mutación.³¹⁷ Guillermo de Auxerre estaba explicando por aquellos años que la ley natural se componía de preceptos ‘de primera necesidad, ‘de segunda necesidad’, etcétera, de forma que las normas de primera necesidad eran absolutamente inmutables, las de segunda necesidad muy difícilmente mudables, las de tercera necesidad mutables con dificultad, etcétera.³¹⁸ Pero Tomás no acepta esta explicación de Auxerre, porque él entiende que si la ley natural se compone de diversos géneros de preceptos, se seguiría que existen varias leyes naturales.³¹⁹ Los tomistas del siglo XVI proporcionaron explicaciones que pueden resultar chocantes para la mentalidad actual, pero que representan la interpretación más fiable del pensamiento tomista. Concretamente, Pedro de Aragón habla de las mutaciones de la ley natural, como todos los tomistas; pero, a diferencia de Domingo Báñez, que se limita con decir que la ley natural puede cambiar en algunos casos,³²⁰ Aragón explicita en mayor medida qué designaba entonces la expresión “Primeros principios de la razón práctica”. Él escribe que la ley natural no puede cambiar en cuanto a los ‘primeros principios’, pero sí en cuanto a los ‘segundos principios’.³²¹ Se refiere a los principios menos importantes de entre los primeros principios de la razón práctica.

Mayor luz arroja su tratamiento sobre la naturaleza del derecho de gentes: aún en el siglo XVI proseguía la disputa acerca de si este derecho componía derecho natural o si era simplemente derecho positivo. Tanto Báñez como Aragón explican que, según Santo Tomás, se trata de un derecho positivo.³²² Pedro de Aragón se enfrenta a Domingo de Soto, que

³¹⁷ Sigue muy estrechamente el tono indeterminado de Aristóteles cuando el griego toca este problema. Al llegar al punto culminante del comentario a la *Moral a Nicómaco*, Tomás escribe, al glosar las palabras *hoc autem*, que “Et dicit quod id quod dictum est quod naturalia sint immobilia, non ita se habet universaliter, sed in aliquo est verum: quia natura rerum divinarum nequaquam aliter se habet, puta substantiarum separatarum et coelestium corporum, quae antiqui Deos vocabant; sed apud nos homines, qui sumus inter res corruptibiles, est aliquid quidem secundum naturam, et tamen quicquid est nobis mutabile vel per se vel per accidens. Nihilominus tamen est in nobis aliquid naturale sicut habere duos pedes, et aliquid non naturale sicut habere tunicam”. *Op. cit.* § 1026.

³¹⁸ Pizzorni, R., *Il diritto naturale dalle origine a S. Tommaso d'Aquino*, Roma, Città Nuova, 1978, pp. 202 y 203.

³¹⁹ “Lex enim continetur in genere praecepti. Si igitur essent multa praecepta legis naturalis, sequeretur quod etiam essent multae leges naturales”. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2.

³²⁰ *De justitia et jure decisiones*, Salamanticae, 1594, p. 12-D.

³²¹ “Lex naturalis quantum ad prima praecepta proprie mutari non potest; bene tamen quo ad secunda”. *In Secunda Secundae Divi Thomae Doctoris Angelici Commentaria*, Salamanticae, 1590, p. 9.

³²² *Ibidem*, p. 7. Báñez, *De justitia et jure decisiones*, *cit.*, p. 18-A.

había mantenido que solo los primeros principios de la razón práctica que los hombres conocemos sin necesidad de raciocinio, que son como innatos en nuestras mentes, como es el caso “Hacer el bien y evitar el mal”, “No hacer a otro lo que no quieres para ti”, etcétera, componen derecho natural.³²³ Por el contrario, las conclusiones que han sido deducidas desde estos primeros principios componen el derecho de gentes.³²⁴ Esto es falso, explica Aragón, porque de admitir esta explicación habríamos de admitir que el Decálogo compone simple derecho de gentes, y que por tanto podría ser derogado por cualquier república perfecta,³²⁵ lo que manifiestamente es absurdo.

¿Cambia o no cambia la ley natural que conocemos mediante la *ratio participata*? Tomás ha excluido hasta la solución más conciliadora de Auxerre. Sus discípulos se movieron igualmente en este conjunto de declaraciones, no siempre claras. Soto, por ejemplo, explicaba muy aristotélicamente que “La medida debe ser inmutable sólo en cuanto esto lo soporta la materia [que es medida]: pero la medida de las cosas mutables no aguanta una perpetuidad más sólida”.³²⁶ Pero Soto sigue la solución usual de distinguir entre ley natural y derecho natural, una distinción que aparece insistentemente en los textos tomistas. Este autor explicaba que “No existe ningún derecho eterno, aunque exista una ley eterna”.³²⁷ Explica por ello que las leyes y principios generales son como la Regla de Lesbos, que se ajustaban automáticamente a las medidas de aquello que había que juzgar.³²⁸ Pero si cambia sustantiva y permanentemente el contenido de lo decidido, habría que concluir que cambia la ley que hace posible ese derecho o decisión. Aunque esta conclusión no puede ser apodíctica, porque en los casos singulares no juzgamos las leyes, sino los problemas. Y, además, como explicó Francisco de Vitoria, consentir esto universalmente es falso, y es falso igualmente negarlo siempre.

³²³ “Soto, lib. 1 de justitia et jure, q. 5. art. 4 hac ratione distinguit inter jus naturale et jus gentium. Dicit enim, quod prima principia practica, quae homines sine discursu cognoscunt, quia a natura sunt indita mentibus nostris, ut, bona sunt agenda et mala fugienda, quod tibi non vis, alteri ne feceris, etc. proprie constituunt jus naturale”. *In secunda secundae...*, cit., p. 11.

³²⁴ “Conclusiones vero inde deductae pertinent ad jus gentium”. *Idem*.

³²⁵ “Quia, ut statim dicimus, quae sunt de jure gentium a perfecta republica abrogari potest”. *Idem*.

³²⁶ “Mensura debet esse immutabilis quatenus fert natura materiae: mensura autem mutabilium rerum solidiorem non suffert perpetuitatem”. *De justitiae et jure...*, cit., l. I, q. 7, art. 1, p. 75.

³²⁷ “Nullum est jus hoc modo aeternum: licet sit lex aeterna”. *Ibidem*, l. I, q. 2, art. 1.

³²⁸ *Ibidem*, l. I, q. 6, art. 3, p. 44.

El contexto doctrinal del problema

La posible derogación, o dispensa, de la ley natural, había interesado a los teólogos y a los juristas de la Edad Media. A los juristas, porque ellos comprobaban cómo el Digesto y la Instituta declaraban, por ejemplo, que la esclavitud era una institución *contra naturam*, pero justificada jurídicamente por su utilidad. Los teólogos habían discutido sobre la posibilidad de la dispensa o derogación de la ley natural, movidos por la conducta irregular que Yahvé muestra en el Antiguo Testamento: ordena a los judíos que roben (que los roben, no simplemente que los retiren) los bienes de los egipcios, al profeta Oseas que mantenga relaciones con una prostituta, la conducta de algunas heroínas del pueblo hebreo deja que desear desde el punto de vista de las normas sobre la castidad, Moisés permitió el repudio, etcétera. La pregunta de sabor platónico se impuso una y otra vez: ¿las normas son buenas porque Dios las quiere, o Dios las quiere porque son buenas? Y si se trata de este segundo supuesto, ¿puede Dios cambiar la ley natural según su discreción? Como para el pensamiento jurídico medieval la ley era ante todo cuestión racional, quedaba en el aire la cuestión de si la racionalidad específicamente humana era suficiente para cambiar también la ley natural que era parte integrante de sí misma. El caso de Tomás era más complejo que el de los teólogos de esta época, porque él no solamente tropezaba con las ‘dispensas’ divinas de la ley natural que vienen expuestas en las Sagradas Escrituras, sino con la derogación de esta ley por el derecho de origen humano que vienen recogidas en el *Corpus Juris Romanorum*.

La doctrina jurídica bajomedieval se había mostrado confusa a la hora de explicar esta derogación. No se trataba, desde luego, de una derogación en el sentido actual de esta palabra, que implica que una norma ha quedado definitivamente sin vigor. El término *derogatio*, como ya vimos, tenía en esta doctrina un sentido distinto, pues el derecho natural derogado revive si se dan ciertas circunstancias, como son el *usus innoxius* (el uso de una cosa que no causa daño a esa cosa, cuando lo ejerce quien no es su propietario) o el estado de extrema necesidad: en este último caso revive la *communis omnium possessio*, y cada cual puede tomar lo que necesite. En este contexto de falta de precisión conceptual (muy posiblemente una falta de precisión querida y buscada porque bastantes de estos juristas poseían formación dialéctica suficiente como para haber perfilado más sus categorías)³²⁹ se desarrolló esta discusión doctrinal, desde el siglo XII al XVII, una discusión entonces sin

³²⁹ N. Horn muestra cómo Baldo de Ubaldis enfrentaba la lógica usual o formal (la de los *artistae seu philosophi*) a la lógica de los juristas. Véase *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus Philosophus, cit.*, p. 138.

apenas relevancia práctica: cada jurista emitía sus opiniones cuando había de glosar o comentar un pasaje del Corpus Juris que aludiera al *jus naturale*, y no se preocupaba gran cosa de su coherencia ni con sus restantes comentarios a otros textos romanos que trataban de este orden normativo, ni con las opiniones de los otros doctores. El primer jurista de nuestra cultura que se tomó en serio la categoría del derecho natural, a la que hizo un eje sistemático de sus argumentaciones, fue Fernando Vázquez de Menchaca;³³⁰ pero esto no sucedió sino hasta 1560, cuando la ciencia jurídica romanista estaba siendo atacada (y Fernando Vázquez socavó sus cimientos) por el nuevo pensamiento que exigieron los humanistas, que barbotó en el siglo XVI y que apareció triunfante con Samuel Pufendorf tras el puente aún titubeante de Hugo Grocio. Hasta Fernando Vázquez, el *jus naturale* fue un *Caput mortuum*, como lo llamaba Ernst Reibstein, que vegetó no en las sombras de la teología moral (como pretendía este autor), sino ante todo en los comentarios al derecho romano. En este marco de poca trascendencia práctica, los juristas hablaron con facilidad de la derogabilidad del *jus naturale*.

Estamos ante una doble consideración del derecho natural, tanto en Accursio como en los demás juristas, ya que este orden normativo unas veces encontró su fuente constitutiva en la natura y otras veces en la *ratio*. Cuando acentúan el carácter ‘natural’ o sensitivo del *jus naturale* (entonces podríamos hablar del derecho natural *ut natura*), se refieren normalmente a la libertad originaria del hombre que surge del apetito natural a ella. En cambio, cuando elevan la *ratio* al primer plano del derecho natural (entonces podríamos hablar del derecho natural *ut ratio*), este aparece como un orden de justicia inmutable. En este último caso las exigencias históricas de la razón chocan con los contenidos que atribuían al *jus naturale*, y quedaban sin explicación

Passerin d’Entrèves explica que “Muchos de entre los más autorizados estudiosos han sugerido que todas las definiciones generales contenidas en el texto del Digesto habrían de ser consideradas como dudosas, y ello cuando no se trate, realmente, del resultado de una interpolación directa por obra de los compiladores bizantinos... Toda la culpa recaería, pues, sobre los compiladores bizantinos... Tales explicaciones y sugerencias no carecen de entidad, al provenir, como provienen, de las fuentes más autorizadas. Pero no llegan a explicar un hecho que afecta al lector del Digesto en un momento en que olvida la disputa sobre el elemento clásico y postclásico que entraron en su composición. Si hay tantas contradicciones entre los textos, sin duda los compiladores bizantinos tenían que ser conscientes de ellas. Y puesto que tenían autoridad para resolverlas, ¿por qué no lo hicieron? ¿Cómo puede explicarse que reunieran un número de textos contradictorios, con el deliberado propósito de anteponer a su compilación una sección referente a los más altos problemas del derecho?”. *La doctrina del derecho natural*, trad. de M. Hurtado, Madrid, Aguilar, 1972, pp. 30 y 31. El problema venía de antiguo.

³³⁰ Aún así, Fernando Vázquez utilizó varias nociones muy diversas del derecho natural, no reconducibles unas a otras.

las contradicciones que aparecen en sus doctrinas, tales como la justificación jurídica de la esclavitud frente a las exigencias de la *omnium una libertas*. Pedro de Bellapertica no participaba de esta solución, porque distinguía todo aquello que naturalmente podemos hacer (*fas*) de lo que constituye propiamente derecho o *jus*. Reproduce el ejemplo que propuso Isidoro de Sevilla: transitar por un campo ajeno, ¿constituye una simple manifestación del *fas* o es un verdadero *jus*? Isidoro parece inclinarse por la primera opción, a lo que opone Bellapertica que una cosa es la *naturalis facultas* de poder hacer algo y otra cosa es el *jus* que podría existir a realizar tal acción, porque *facultas* se deriva del *fas*, y el *jus* es una realidad distinta del *fas*. Por ello, Bellapertica escribe que “La libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas expresamente y, por este motivo, el obrar con plena libertad corresponde al *fas*, no al *jus*”.³³¹

Tomás no quiso distinguir claramente la ‘ley divina’ (si seguimos la terminología del francés) del derecho natural. Al parecer, él entiende que tanto uno como otro existen en la razón del hombre, y que ambos son dimensiones o sectores del derecho natural, porque el ser humano los encuentra en sí mismo, a diferencia de lo que sucede con el derecho divino-positivo. Podríamos aventurar (y esta podría ser una hipótesis de trabajo verosímil) que Tomás no era amigo de exclusiones que nacen de coherencias y contundencias, porque él gusta considerar elementos heterogéneos que, juntos, forman una *universitas*. Así, por ejemplo, mantiene que pertenecen al derecho natural aquellas cosas que se ordenan absolutamente la una a la otra, como sucede con el varón respecto a la hembra, pero no hizo de este criterio el único cauce para conocer lo que es derecho natural. Como tampoco erigió a la *utilitas* o a la *participatio* del ser humano en el intelecto divino en criterios únicos y excluyentes.³³² Hacer esto hubiera supuesto entrar por el camino

³³¹ *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Sacratissimi Principis, Comentarium longe acutissimum*, Lugduni, 1586, pp. 120 y 121.

³³² Bastit nos indica que “Il nous semble au contraire qu’à un lecteur attentif du traité de la loi se révèle un ordre plus ultime qui ne consiste pas en des degrés de perfection, mais en celui d’actes d’être dont chacun est à l’autre fin et cause de sa perfection... Cela signifie que les lois ne se présentent pas seulement comme une participation de plus en plus imparfaite de la loi éternelle, mais comme l’expression de l’ordre propre à chacun niveau de la réalité ayant sa fin immanente causée analogiquement par un autre niveau de la réalité. Les lois ne son plus alors à considérer dans l’ordre descendant à partir de la loi éternelle, mais comme dans un ordre en tension vers la loi d’un être réellement parfait. Cet ordre —dans la mesure même où il se fonde sur le mouvement de l’être— retrouve et assume tout le devenir. Loin d’apparaître como l’indice d’une dégradation de plus en plus accentué, il devient la signe de cette tension fondamentale vers la perfection”. *Naissance de la loi moderne...*, cit., 49.

de los *moderni*, quienes querían un *principium unicum* para deducir desde él todo el derecho natural. Aunque sí es cierto que la *utilitas* constituye al *honestum*, del mismo modo que este constituye a aquella, de forma que cada uno existe para el otro.³³³

Sucedía que el proceder práctico medieval era ante todo ‘tópico’ por más que nos resistamos a usar esta palabra por su excesivo desgaste doctrinal: la actitud tópica implicaba considerar una pluralidad de puntos de referencia para la decisión práctica, de modo que leyes, las inclinaciones naturales, las conveniencias sociales y las evidencias racionales concurrían conjuntamente en la formación del juicio. Fue lógico que Helmut Coing equiparara la función de las *leges* alegadas por los juristas del *jus commune* con los *topoi* aristotélicos.³³⁴ Quien sí explicó claramente la diferencia entre estas dos vertientes del derecho natural fue François Conan, a mediados del siglo XVI. Este jurista francés, cuyos *Commentariorum Juris Civilis libri X* constituyen uno de los tratados de derecho civil más logrados de este tiempo, explicaba que

Me enseñó este pasaje de Aristóteles que yo no podía explicarme a mí mismo qué es el derecho natural si no supusiera una doble naturaleza en este derecho, una de equidad y otra de utilidad. Aquella constituye derecho natural en sentido verdadero y propio, prescrito por la razón natural, y es eterno. Pero hay un segundo [derecho natural] que trata de la utilidad... que, si no me equivoco, se llama derecho de gentes. Que no ha sido constituido tanto por la naturaleza como por el juicio de los hombres; y sin embargo es una parte del derecho natural.³³⁵

Aunque su pensamiento sobre este tema queda también expresado cuando escribe que “Esta cuestión siempre me ha parecido oscura y difícil”.³³⁶

³³³ “Nam utile et honestum non sunt species boni et aequo divisae; sed se habent sicut propter se, et propter alterum”. *Suma teológica*, I-II, q. 8, art. 3.

³³⁴ “Trois formes historiques d’interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l’*exégèse*”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, quatrième série, 48 (1970), pp. 537 y 538.

³³⁵ “Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in jure naturali posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Jus illius dicitur *jus naturale* vere et proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit, estque aeternum. Alterum et secundum jus est quod in utilitate versatur, quod genus dominia, regna, bella ... quod, ni fallor, non inscite jus gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen juris naturalis pars est”. *Commentariorum Juris Civilis libri X*, Basileae, 1562, l. I, cap. 6, § 4.

³³⁶ “Quae quanquam semper visa et difficilis et obscura”. *Ibidem*, l. I, cap. 6, § 6.

XIII. ¿UNA FILOSOFÍA SOLAMENTE PARA AQUELLA ÉPOCA?

Esta era una filosofía del ‘sentido común’. Nos explica John H. Randall que

El mejor saber de la Edad Media no es sino sentido común organizado y glorificado, hecho que tendemos a olvidar, así como olvidamos que nuestro temple espiritual, científico y naturalista, es tremenda hazaña, nada natural en la especie humana y sumamente superficial en los mejores de nosotros. La ciencia escolástica es un desarrollo fácil y natural de hábitos de pensamiento comunes y universales: de las ideas del campesino más analfabeto hasta las cumbres de la Filosofía de Santo Tomás hay un trecho más corto que del inteligente constructor de un aparato de radio a la física matemática que lo hace posible.³³⁷

Randall se refiere al sentido común porque (aparte del uso expreso de esta expresión en aquellas filosofías) es evidente a todos que las distinciones entre “razón teórica-razón práctica”, *ratio-intellectus*, “razón-voluntad”, por mucho que tengan de artificioso (como lo tienen todas las distinciones conceptuales), no eran doctrinas cuyo conocimiento estuviera reservado a un grupo selecto de elegidos. Cualquier persona que se analice a sí misma puede entender y descubrir por sí la existencia y operatividad de estas categorías.

Este sentido común determinaba que esta filosofía estuviera fundada, al menos en sus aspectos más básicos, sobre la evidencia. La palabra ‘evidencia’ designa el conocimiento más inmediato y directo, que es tan básico, que no dispone de elementos aún más elementales por los que pudiera ser estudiado. Porque es evidente que existo y que existen los demás, que existe mi casa y mi calle, y es evidente (aunque esto ya requiere de más observación y reflexión) que existe un conocimiento preferentemente teórico y otro ante todo más práctico. De forma que si alguien dice que no existe la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz en Jerez de la Frontera, solamente podemos mostrarle la Facultad, porque lo que es evidente se puede mostrar, pero no demostrar. En el campo del conocimiento práctico (moral y jurídico) sucede lo mismo: si un grupo de empresarios se pone de acuerdo para explotar a inmigrantes sin documentos, podemos decir que eso es una canallada, una falta de civismo, una falta de humanidad, de solidaridad, etcétera, pero carece de sentido tratar de argumentarlo. Cuando llegamos al

³³⁷ *La formación del pensamiento moderno, cit.*, pp. 35 y 36.

fondo del vaso de la filosofía práctica (aquellos “Primeros principios comunes e indemostrables”), simplemente los vemos o no.

¿Podemos seguir hablando hoy de la validez de este ‘sentido común’? La mecánica clásica arrojó un velo de misterio sobre nuestros conocimientos, e hizo esto apoyada en unos presupuestos científicos. Pero estos presupuestos materialistas fueron arrojados de su trono por la mecánica cuántica, y Planck en la física y Gödel en las matemáticas, hicieron ver que la realidad que estudia el físico es notablemente más complicada e incomprensible que la versión que propusieron Newton o Laplace. El investigador ha de confesar que no tiene ni la más remota idea de la posición de su cuerpo en el espacio y en el tiempo y sabe, además, que esto mismo le sucede a cualquier físico. Pero el investigador sabe que no debe derrochar los medios puestos a su disposición y que debe explicar a sus alumnos con claridad.

CAPÍTULO TERCERO

LA ESCOLÁSTICA BAJOMEDIEVAL

La obra de Tomás de Aquino tuvo una importancia singular, pero Tomás no es representativo de lo que enseñaron en los *studia humanitatis* de este tiempo. Porque el de Aquino fue aristotélico y conocía el *jus commune*, y los otros escolásticos ni por lo general fueron aristotélicos ni se interesaron por la ciencia del derecho tal como era estudiada en las Escuelas. Hubo mucha distancia entre las Escuelas de artes y las que enseñaban derecho, y este alejamiento se reflejó en el desconocimiento que los más humanistas (*humaniores*) tuvieron del derecho común. Los de humanidades mantenían que el contacto con la poesía y la retórica los volvía delicados, y la ocupación con la dialéctica y la teología los hacía *subtiles*. Los juristas, por el contrario, eran vistos como *rustici*, *perosos*, *rudes*, *ab omnibus humanioribus abhorrentes*,³³⁸ brutos e incultos, en una palabra.³³⁹ Los humanistas que escribieron entre 1480 y 1530 descargaron todos los insultos imaginables contra los juristas, en los que personificaban una tradición que, según ellos, era despreciable.

Los estudiantes de derecho sí estudiaron frecuentemente lógica, retórica y dialéctica, y algunos, como Odofredo y Baldo, demuestran conocer bien la filosofía y la teología. Pero los escolares de las Bellas Letras no se interesaron por estudios tan extensos y complejos como los de las *facultates jurisprudentiae*. Y aquí radicó buena parte del problema, porque ni Abelardo ni Juan Duns, ni los maestros de París del siglo XV, tenían mentalidad ni conocimientos jurídicos, por más que se interesaran por la ley natural, en tanto que parte de sus estudios teológicos. Retengamos la idea de que la mayoría de los escolares que no fueron juristas estudiaron la ley natural sin tener contacto con las Escuelas de derecho.

³³⁸ Budeus, *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*, París, 1543, p. 7.

³³⁹ Pedro de Bellapertica indicaba que “Et sic supponit quod omnes qui veniunt ad istam scientiam sunt rudes: hoc est contra artistas qui veniunt de parisiis et faciunt se subtiles. Quiddam dixit mihi anno praeterito quod ista scientia reddiderat ipsum rudem. Dico ista scientia non facit aliquem rudem: si ante subtilis fuit”. *Petri de Bellaperticae...*, *cit.*, p. 52.

I. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL DERECHO

La ley entendida como orden o mandato es cosa ajena a la mentalidad jurídica medieval, que veía en las *leges civiles* (normalmente identificadas con el derecho romano y con los comentarios hechos sobre este derecho por los juristas del *jus commune*) una obra racional (*opus rationis*), no el resultado de una orden o mandato. Tengamos presente que entonces distinguían entre la esfera política y la jurídica, y si aquella consistía ante todo en órdenes de la autoridad según criterios de oportunidad o conveniencia, esta última desbordaba la simple oportunidad o prudencia. Por ello, la palabra ley, que poseía un prestigio singular, se reservaba para el derecho, y los mandatos de la autoridad eran designados como pragmáticas, ordenanzas, usos, etcétera. Por el contrario, cuando usaban la expresión leyes o *leges civiles*, se solían referir al *Corpus Juris* y a los comentarios de los juristas, Accursio, Bártolo y Baldo, especialmente. Para ellos, el súbdito del derecho (otra cosa era el súbdito del poder político) no obedecía órdenes, sino que seguía reglas, principios, etcétera. Porque aquella mentalidad entendía que bajo las relaciones humanas subyacía un orden inteligible que las hacía posibles, y era tarea del jurista averiguar tal *ordo rationis* en cada caso, al que llamaban *aequitas*.³⁴⁰ Obviamente, no distinguían entre lo que es y lo que debe ser, porque el derecho es lo que es o lo que hay en la misma trama de la vida humana.

Las normas que debían ser obedecidas simplemente por estar mandadas por el superior (supuesta su utilidad, o su justicia) eran llamadas con nombres distintos al de leyes, y los medievales entendían que derivaban su fuerza de obligar bien desde el pacto que les había dado origen (buena parte de la legislación política medieval procedía de pactos entre el rey y las Cortes), bien desde la supremacía del poder que las dictaba. Los escolares insistieron en el pacto originario y los reyes, faltos por lo general de doctrina suficiente que sustentara sus actuaciones, insistían en su majestad y poder, en sus derechos adquiridos por herencia, etcétera. A sus disposiciones se las solía conocer como *jus arbitrium*, expresión sinónima de *jus positivum*. En cambio, las *leges civiles* o *Jus civile* no fundamentaban su capacidad de obligar en ningún pacto o supremacía personal: no se obedecían por razones personales, sino por su racionalidad.

Los filósofos y teólogos enturbiaron notablemente estos planteamientos. Ellos no se preocuparon (al menos durante los primeros siglos de la Escolástica bajomedieval) por el *jus* o derecho, que era el tema de los juristas. Ellos

³⁴⁰ En mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media* hago una síntesis de lo que los glosadores entendían por *aequitas*.

trataron las leyes y el *dominium*, pues consta por las Escrituras que Dios dio leyes y órdenes a los hebreos, y que concedió dominios a personas concretas, como Abraham. El punto de partida de los teólogos no solía consistir en el análisis jurídico de las relaciones del problema en cuestión. Si leemos el Digesto, vemos que cada jurista analiza el problema que se le propone, y distingue de quién era propiedad el esclavo, quién cometió la imprudencia, si había causa suficiente para exigir alguna responsabilidad o para suponer que alguien era acreedor a algo. Estos análisis faltan en los teólogos. Ellos se movían con nociones extremadamente abstractas sobre los *dominia* y las *leges*, y les resultaba ajeno el estilo de proceder jurisprudencial. No veían la justicia tanto como una cualidad de las acciones (las ‘cosas’), como el ajustamiento de la propia conducta a una orden dictada por una voluntad superior.

Especialmente los teólogos que hicieron profesión de fe nominalista no concedieron atención a este estudio de las relaciones *reales*, pues para ellos las palabras fideicomiso, arrendamiento o compraventa eran solamente eso, palabras que usaban las gentes del mundo que buscaban su enriquecimiento, y que debían ser despreciables para un cristiano. Estos términos habían sido fabricados por los juristas. La mayoría de los teólogos entendieron que antes de estas categorías creadas por la ciencia del derecho existían el dominio original (el que Dios había concedido a todos los seres en el acto de la creación), los dominios que Dios había concedido a personas concretas (pensemos otra vez en Abraham), el dominio evangélico, etcétera. El dominio natural (lo más parecido a la *lex naturalis*) era un dominio de aparición tardía, por detrás en importancia de estos otros dominios, y no apenas poseía carácter normativo, pues ellos entendían que las aguas tienen derecho a correr, los caballos, a pastar, o los astros a iluminar; si las aguas fluyen y el Sol da vueltas en torno a la Tierra, en principio estos son simples hechos, adiáforos, desde los que nadie puede extraer una pretensión justificada en justicia. Lo que hoy llamamos visión de la naturaleza propia de la visión moderna del mundo ya estaba presente en las Escuelas desde al menos el siglo XIV.

Para estos teólogos, la ley no era tanto la causa del *dominium*, como era la misma ley la causada por los dominios, cuyos titulares eran las *personas*. Dios poseía el dominio máximo, y era, por tanto, justamente, el máximo legislador. Cada ser humano poseía un dominio sobre sí mismo, sobre su persona, sus acciones y su cuerpo, y una obligación moral y jurídica solo podía nacer —en principio— cuando él prestaba voluntariamente su consentimiento. Ciertamente, los aristotélicos entendían que Dios nos gobierna mediante causas segundas, y que al darnos la sociabilidad determinó que obedezcamos a los príncipes en la sociedad eclesiástica y política; pero hubo

pocos aristotélicos durante este periodo, y la pretensión de que un hombre pudiera crear un *deber* para la conciencia de otro pareció a muchos soberbia satánica. Buena parte de los profesores de las Escuelas bajomedievales tendieron, de diversas formas, a entroncar con la doctrina romana de la *naturalis obligatio*, que entendía no solamente que todo el que presta su consentimiento —también el esclavo— se crea una obligación, al margen de lo que establezcan las leyes civiles, sino que la única obligación legítima es la que proviene del propio consentimiento.

Había una fuente de *legitimidad*, que era anterior a las doctrinas de los juristas. Esta extraña palabra —legitimidad— no tiene sus orígenes aún bien estudiados. La encuentro en autores nominales del siglo XV, como Gabriel Biel, para designar lo que procede desde el dominio original, que es anterior a las leyes políticas y a las *leges civiles*. Porque todo hombre posee un dominio sobre sí mismo y sobre sus actos que es antes de las leyes creadas por los hombres: precisamente es este dominio primero el que permite que un hombre renuncie al mundo, a sus leyes y al derecho en general, que era lo que querían hacer los hijos de San Francisco. El término “legítimo” o “legitimidad” (que en el lenguaje jurídico romano significaba lo adecuado a la ley) pasó a los teólogos españoles de finales del siglo XVI, como Luis de Molina, que lo usó en el mismo sentido que Biel, a saber: para establecer un derecho primero y originario de cada individuo sobre su persona y sobre sus actos, un derecho que era anterior a cualquier orden jurídico de origen humano. Al plantear así esta noción, la libertad de cada persona dejó de ser entendida como una facultad (esto es, una posibilidad de hacer concedida por las leyes) y pasó a ser entendida como una cualidad personal, *qualitas personalis*, que pertenece a cada individuo al margen y anteriormente de cualquier ley. En cierto modo, Luis de Molina y Francisco Suárez vinieron a entenderla como la manifestación más próxima y tangible de la ley natural, que quedó en ellos en cierto modo confundida con la libertad individual.

Estas tendencias a derivar las leyes desde los dominios primeros hicieron que saltaran al primer plano de las consideraciones jurídicas las libertades individuales. Tengamos presente que la doctrina de la *naturalis obligatio* es romana, y que fue acogida con naturalidad por el *jus commune*: también los juristas medievales hablaron extensamente de la libertad originaria o natural de cada hombre en el *status naturae*, y entendieron que todo hombre, considerado naturalmente, “Es libre atendido el derecho natural”: una regla del derecho común que repitió incansablemente Fernando Vázquez de Menchaca a mediados del siglo XVI. En este punto confluyeron el pensamiento teológico y el jurídico, sin más diferencias que los teólogos de la escuela de Nominales hablaron del dominio original concedido por Dios a todos los

seres en el acto de la Creación, y los juristas se remitieron a la libertad propia del *jus naturale* porque en el ‘inicio de las cosas’, es decir, en el ‘estado de naturaleza’, ningún hombre estaba sometido a otro. Pero mientras que el espíritu del derecho romano se volcó también en el estudio de las relaciones, causas y títulos que mostraban las situaciones cuando eran estudiadas por la ‘razón natural’ (una expresión muy de la ciencia del *jus commune*), los teólogos no atendieron tanto a las causas jurídicas y volvieron sus miradas directamente al acto creador de Dios.³⁴¹

En un momento determinado, a caballo entre los siglos XVI y XVII, la vertiente del derecho constituida por los dominios y libertades, representada entonces igualmente por los juristas y por los teólogos —aunque desde puntos de referencia distintos— se agigantó y devoró al resto del espíritu de la ciencia del derecho romanista. Nos interesa reparar ahora en que esta mentalidad estuvo viva y operativa a lo largo de toda la Baja Edad Media. Juristas y teólogos tendieron (es cuestión de matizar) a pensar que la única sujeción legítima es la que procede del consentimiento propio, y que así como las leyes divinas derivan desde el dominio que Dios posee sobre todo lo creado por Él, las leyes humanas no pueden derivar sino desde los dominios de cada persona sobre sí misma, que accede voluntariamente a prestar su consentimiento para el gobierno de la ciudad o el reino; un consentimiento que Juan Duns, por ejemplo, suponía ya siempre incluido en el hecho de la comunidad.

Aunque el espíritu medieval, y especialmente el romanista, fuera refractario a considerar las leyes jurídicas en términos de órdenes o mandatos, lo cierto es que la insistencia en el dominio de Dios sobre lo creado y de cada hombre sobre sí mismo llevó hacia la formación colectiva de una mentalidad que entendía que el derecho había de consistir —como en su sustancia última— en un ordenamiento voluntario dispuesto por los propios interesados. Si el lector quiere ver corporeizada esta mentalidad ya en un jurista especialmente destacado del siglo XIII, lo más recomendable es la lectura del *Proemium* que Pedro de Bellapertica insertó en sus *Comentarios a la Instituta*. Según Bellapertica (que debía reproducir ideas extendidas) no solo el dominio civil había de fundamentarse necesariamente en el consentimiento de los súbditos, sino también el poder eclesiástico, y era necesario suponer que así como todos los ciudadanos prestaban su consentimiento a las órdenes

³⁴¹ Los teólogos comenzaron a estudiar el derecho, institución a institución, de una forma propiamente jurídica, a partir del movimiento que conocemos como Segunda Escolástica o Escolástica Tardía Española. Desde este punto de vista, el momento culminante lo marcó quizá Luis de Molina, quien publicó un tratado extenso, *De justitia et jure* hacia 1590.

de sus príncipes, todos los cristianos daban igualmente su consentimiento a las disposiciones eclesiásticas, y que únicamente por este motivo unas y otras disposiciones tenían fuerza propiamente normativa; esto es, para generar el deber en conciencia de ser obedecidas.

Este nervio normativista y voluntarista del espíritu medieval es tema todavía poco esclarecido. Brian Tierney ha llamado la atención sobre diversos derechos subjetivos que aparecen ya en las obras de canonistas de primera hora.³⁴² Es realmente llamativo un contraste entre los canonistas y los civilistas de todo este periodo: los canonistas insisten en figuras (*jus ad, potestas, facultas, dominium*) que les permiten introducir derechos subjetivos, mientras que los civilistas las desconocen, al menos expresamente. Sería interesante una profundización en los motivos últimos de la mentalidad constitucionalista de la Iglesia medieval, que tuvo su última expresión en el Concilio de Constanza. Ahora, a falta de estudios suficientes que guíen la investigación, comenzaremos algo más tarde en la historia, en las polémicas que suscitaron los reflejos jurídicos de las pretensiones de los franciscanos.

II. VIDA SECULAR Y ESTILO DE LOS RELIGIOSOS

Tomás de Aquino introdujo a Aristóteles en las Escuelas, y contribuyó a que los juristas tardíos entendieran el itinerario metódico que ellos mismos seguían, una tarea a la que se aplicaron especialmente los escolásticos españoles del siglo XVI, que conocemos como los Salmanticenses. Porque la jurisprudencia del *jus commune*, glosando y comentando el texto romano según casos prácticos, fue poco dada a reflexiones de naturaleza abstracta. La prohibición contenida de hecho en la regla “*Omnis definitio est in jure periculosa*” también era válida para las reflexiones generales. Con las excepciones de Pedro de Bellapertica y Baldo de Ubaldis, apenas hubo reflexión sobre el derecho hecha por los juristas hasta entrado el siglo XVI. Pero el ambiente en las Escuelas no era aristotélico, y sí bastante inclinado a consideraciones filosóficas. Aristóteles había penetrado en la cultura occidental a través de comentarios árabes que desembocaban en el panteísmo, y los escolares asociaban a Aristóteles con algún tipo de panteísmo. Esto implicaba que Tomás, al repescar a Aristóteles para una cultura cristiana, se introducía de hecho por un camino peligroso. Fue lógico que poco después de su muerte la Inquisición de París fijara en las puertas de La Sorbona unos escritos en los que condenaba parte de las tesis de su metafísica. Estas con-

³⁴² *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, Scholar Press, 1997.

denas eclesiásticas, que se repitieron más tarde en Oxford, debieron de pasar bastante en la mala fortuna histórica de su doctrina. Además, el estudio del *jus commune* (que competía con el del *jus canonicum*)³⁴³ no acabó de estar bien considerado por la Iglesia durante la Baja Edad Media, y de hecho el papa Honorio III había prohibido su estudio a los eclesiásticos.³⁴⁴

El racionalismo propio de la ciencia del derecho no estaba bien visto, como tampoco un teólogo tan racionalista como Tomás de Aquino. En aquella época corporativa y colectivamente cristiana, el criterio último (incluso en las Escuelas, quizá más vital que no jurídico) era la fe: todo el saber era considerado desde ella. Es preciso matizar esta tesis: antes cuestioné la opinión de Ernst Cassirer sobre la filosofía medieval que formaba, según él, un edificio armonioso de conceptos regido por la teología. Indiqué que no observo ningún edificio levantado armoniosamente: la idea del ‘sistema’ es moderna, y las exigencias de la fe no solían informar sustantiva o materialmente los contenidos concretos de las argumentaciones filosóficas.

Hubo un cierto paralelismo entre el juego político del poder secular y el poder religioso, y las explicaciones filosóficas y las argumentaciones teológicas. Aunque el alto clero desarrollaba a veces funciones políticas, esta actuación no se basaba en argumentos canónicos, sino que era cuestión de hecho: si los aristócratas se empeñaban en conseguir cargos eclesiásticos altos para sus hijos, fue lógico que la condición aristocrática de los que desempeñaban estos cargos revirtiera sobre la sociedad civil bajo ropajes distintos, especialmente cuando, por sus vinculaciones familiares, el rey les había concedido ‘privilegios’ civiles; pero lo normal era que ni canónica ni

³⁴³ Pregunté hace años al profesor Hervada sobre los criterios que se seguían en el Antiguo Régimen para determinar el tribunal que debía sustanciar el caso y el derecho que había de aplicarse, si el civil o el canónico. Hervada me contestó que la pretensión de los eclesiásticos era que fuera llevado ante un tribunal canónico todo pleito en el que interviniera un eclesiástico, y que como había tantos en aquellas épocas, al final la cuestión solía resolverse en un tira y alloja sin criterios claros.

³⁴⁴ Etienne Gilson expone el pensamiento de Roger Bacon sobre el estudio del derecho romano, y escribe que “Nada iguala su animosidad contra el derecho civil... Puesto que un príncipe laico rechazaría las leyes de otro príncipe laico, con más razón todo clérigo debe rechazar las leyes de los laicos... el derecho es un arte práctico de uso laico, no es una ciencia que convenga a filósofos ni a clérigos. El derecho vulgar es para la Filosofía como la arquitectura para la Geometría o como el arte de la orfebrería para la química, y lo mismo pasa con todas las artes de los laicos. Así, el derecho de los laicos es como [mecánica] con respecto al derecho civil de los filósofos y de los clérigos. En efecto, estos laicos aplican su derecho mecánicamente, sin saber por qué... Cuando los clérigos se rebajan a tales estudios se convierten también en animales y bestias sin alma. Desde el punto de vista de la Sabiduría, es una degradación sin nombre”. “La República Cristiana”, *Las metamorfosis de la ciudad de Dios*, trad. de A. García Sánchez, Madrid, 1965, pp. 118-120.

teológicamente pudieran alegar directamente títulos para el gobierno civil. Los teólogos solamente reclamaban la ‘potestad indirecta’ sobre los temas que afectaban al dogma religioso o a la moral: igual que hoy. Algo parecido sucedió entre los mundos de la teología y la filosofía: la teología condenaba las proposiciones filosóficas que se oponían, o podían oponerse, a la fe y a la moral cristiana. Este estado de cosas fue algo crispado a lo largo de la Baja Edad Media, porque las filosofías de Abelardo o de Dinand llevaban hacia el panteísmo, y los teólogos al servicio de la Inquisición examinaban con lupa las doctrinas nuevas. Pero este hecho no determinó la admisión de una sola filosofía: durante la edad de oro de aquel tiempo se sucedieron las filosofías de Tomás de Aquino, Juan Duns Scoto y Guillermo de Ockham, las tres inconciliables entre sí, y la Iglesia no tomó partido por ninguna de ellas. Ockham fue condenado, pero no por su filosofía, sino porque se opuso violentamente al Papa Juan XXII al tomar partido por el emperador Luis de Baviera. Solamente bajo el pontificado de León XIII, a comienzos del siglo XX, este Papa recomendó la filosofía y la teología de Tomás de Aquino, e incluso dotó un fondo para hacer una edición crítica de las obras del de Aquino. Aunque daría que hablar si León XIII —que recomendaba el estudio de la obra tomista según los comentarios de Cayetano y Suárez— entendió la propuesta filosófica y teológica de Tomás.³⁴⁵

Los escolares bajomedievales estaban cansados de las sutilezas filosóficas que llevaban a largas argumentaciones racionales; y la fe cristiana no tiene buenas relaciones con las construcciones racionalistas: Cristo no propuso una filosofía axiomática o un método inductivo, sino sencillez y rectitud del corazón. La mentalidad usual entendía que las complicaciones retóricas y dialécticas estaban sirviendo en buena medida para embarullar la vida cristiana bajo pretexto de explicar la fe y la moral, que introducía conceptos, modos de ser o giros retóricos donde debería haber ante todo virtudes. Los cristianos sinceros despreciaban los juegos sofisticados de los lógicos, dialécticos y retóricos cuando eran aplicados a la vida cristiana: y Juan Duns era un sincero cristiano.

En un ambiente social más bien sensual, y con cierto exceso de racionalismo en las Escuelas, los discípulos de san Francisco quisieron introducir lo que ellos consideraban las exigencias estrictas de la vida cristiana. Y así como despreciaban las propiedades y el dinero (porque Cristo fue pobre voluntariamente), también tenían en poco el discurso racional, porque Cristo

³⁴⁵ León XIII mantuvo que era doctrina tradicional católica que el derecho de propiedad individual se fundamentaba en el derecho natural. Le corrigió L. de Sousberghé en “Propriété de droit naturel, thèse neoscholastique et tradition scholastique”, *Nouvelle Revue Théologique*, 82 (Louvain, 1950), pp. 580-607.

fue sencillo deliberadamente. El influjo de los franciscanos fue grande, y se hizo notar especialmente en los siglos XIV y XV. Este estilo de vida requería de una expresión, que el derecho canónico ha usado fluidamente durante muchos siglos: la del *contentus* (o *contemptus*) *mundi*, el desprecio del mundo. Como el religioso mira directamente a Dios despreciando las cosas en las que se afanan los que viven en el mundo, el talante religioso tiende, en las humanidades, a desdeñar el valor de la razón, a negar el valor de las realidades humanas y a situar el bien del hombre en la ascética y en la mística, es decir, en todo aquello que le una directamente con Dios. Valoraban en poco las cosas de las que se ocupa el derecho (el dinero y las propiedades, fundamentalmente), y lógicamente, tenían en poco al derecho mismo, que tendía a ser considerado un *ars iniquitatis*, como refleja el viejo dicho alemán: “Juristen, bösen Christen!”.

III. JUAN DUNS SCOTO (1266-1308) Y GUILLERMO DE OCKHAM (1280-1349)

Atender a Dios despreciando al mundo era una actitud que para Duns se traducía ante todo en un doble talante: poco aprecio por las posibilidades de la razón humana (con la consiguiente desvalorización de la ciencia del derecho) y minusvaloración del poder político y de sus leyes. Siempre se ha dicho que los franciscanos hacían voto de pobreza también en lo intelectual. La ciencia del derecho del *jus commune* y el racionalismo tomista eran entonces los enemigos inmediatos a combatir, porque Scoto no admitía que la razón humana tuviera fuerza suficiente como para penetrar las relaciones entre las personas; consecuentemente, negaba la posibilidad de calcular un *medium rei* objetivo,³⁴⁶ y con él, la ciencia del derecho. Pero antes de proseguir por este camino hemos de hacer una alusión a cómo Duns Scoto entiende las relaciones entre el hombre y el conocimiento de su entorno.

1. Protheoria *del conocimiento*

Sabemos que según Aristóteles y Tomás de Aquino el ser humano es un resultado de sus necesidades, continuamente moldeadas y presentadas

³⁴⁶ Escribía “Ista autem aequalitas secundum rectam rationem non consistit in indivisibili, sicut dicit quidam doctor (se refiere a Tomás de Aquino), motus ex hoc, quia justitia habet tantum medium rei, sed caetera virtutes medium rationis. Hoc enim falsum est. Immo in isto medio, quod justitia commutativa respicit, est magna latitudo, et intra illam latitudinem non attingendo indivisibilem punctum rei, et rei, quia quoad hoc quasi impossibile est communitatem attingere”. *In Primum, cit.*, l. IV, dist. XV, q. 2, § 15.

al hombre de acuerdo con la naturaleza de su entorno. Porque las potencias humanas, sean las intelectuales (entendimiento y voluntad), sean las sensitivas (los cinco sentidos), existen porque han de percibir objetos (ideas, y sensaciones) que son anteriores y causadores, en definitiva, de estas potencias. Esto es, la razón, la voluntad o la vista no existen *per se*, sino que la necesidad de entender ideas (razón), la necesidad de tender al bien y evitar lo malo (voluntad), o la necesidad de ver las figuras determina la existencia y funcionamiento de estas facultades. Ni Aristóteles ni Tomás de Aquino entienden al ser humano como un conjunto de potencias y facultades que se encuentran ‘en’ el mundo para hacer su voluntad de acuerdo con las informaciones que le suministran su razón y sus sentidos. Existen el ser humano y las cosas que han de ser conocidas, y se entabla entre ambos una relación recíproca desde la que surge el conocimiento. El conocimiento humano no posee entidad por sí mismo, sino que es ante todo una relación (*relatio*) entre el hombre y lo que él conoce. Lo que es el hombre cuenta para el conocimiento; pero cuentan igualmente las cosas que son conocidas, y de ahí la insistencia de Tomás en que no podemos conocer de una cosa más que lo que ella se deja conocer, y que no podemos obtener la misma certeza en todos los tipos de conocimientos.³⁴⁷ Porque cada conocimiento, al tratar de objetos diversos, es necesariamente distinto.

En la filosofía escolástica, de la que participan igualmente Tomás de Aquino y Juan Duns, existían dos nociones claves que explicaban distintas formas de ser: las de sustancia y relación. La sustancia es lo que existe por sí mismo, como sucede con los hombres o con los árboles. La relación es lo que no existe por sí mismo, como el conocimiento, a medias propiedad del hombre, y a medias propiedad de las cosas. Las potencias cognoscitivas no eran sustancias o realidades absolutas, sino entidades creadas en la relación continuada del hombre con el mundo, de forma que ante todo (es cuestión de matices) eran relaciones. Scoto conoce bien este planteamiento, pero no lo acepta:³⁴⁸ no admite que las potencias humanas dependan de sus actos, y que los actos del conocimiento dependan de las series de objetos que conocen, de modo que haya tantos tipos de conocimientos como tipos de cosas hay que conocer. De forma un tanto programática, escribe que “Non enim quia differt intellectio a volitione, propterea differt intellectus a voluntate, sed magis e converso”, lo que viene a decir que la existencia de la razón y de la voluntad no depende de que el hombre conozca y quiera, sino todo

³⁴⁷ Véase, entre otros muchos lugares, *Suma teológica*, I-II, q. 96, art. 1.

³⁴⁸ “Potentia essentialiter ordinatur ad actum; ergo ejus ratio sumitur ex actu; ergo ejus diversitas est ex diversitate actuum; ergo et ex diversitate objectorum, propter quam et actus inter se diversi sunt”. *Johannis Duns Scoti...*, *cit.*, I, q. 77, art. 3.

lo contrario, que el hombre conoce y quiere porque ya dispone de razón y voluntad.³⁴⁹ ¿Por qué Scoto concibe al hombre como un ser completo y acabado, independiente de su medio? En última instancia, quizá porque como integrante de los mendicantes (que aparecen en la literatura de los siglos XIV y XV como un grupo social distinto de los demás) quiere sostener contra viento y marea que los mendicantes son libres, y que no tienen por qué aceptar el derecho canónico usual.

De modo consecuente, explica Duns que nada se determina a ser o existir por algo que sea posterior o externo a eso mismo que existe.³⁵⁰ En Tomás de Aquino las potencias cognoscitivas del hombre se determinan a ser porque los objetos las reclaman, pero Duns explica que una *potentia* (que la concibe a modo de una realidad absoluta) no puede determinarse a ser por algo posterior o extrínseco a ella misma, como son los objetos que esa potencia conoce o crea. Esto es, en la génesis del conocimiento, Duns establece primero la existencia de las potencias o facultades que conocen, y después, la del conocimiento de los objetos que son conocidos. Así cumple con las reglas de la gramática, y por eso decimos que la vista ve o que el oído oye. Es la traslación, a la teoría del conocimiento, del esquema latino de sujeto-verbo-complemento directo, que es lógicamente impecable. Por eso, primero existe la razón (sujeto), y esa razón conoce (verbo) las percepciones (complemento directo). Pero Tomás no había sido tan lógico, y no había partido desde el sujeto ya constituido (el hombre), que conoce o actúa posteriormente, una vez que ya existe como tal.

Porque Aristóteles o Aquino habían entendido que la primera de las causas no es la causa eficiente (el sujeto que actúa), sino la causa final, que es la que pone en movimiento al sujeto. Esto es, el ser humano se determina obrar por ‘cosas’ que se presentan como finalidades que ha de conseguir. Las potencias humanas solo son una respuesta natural a esas necesidades, que son igualmente naturales, y así mantienen la interdependencia del hombre con su entorno. Pero Scoto no parte desde las finalidades del hombre, sino desde el hombre mismo, y únicamente considera lo que en la terminología escolástica llamaban causas eficientes. Explica que las finalidades solo mueven al hombre metafóricamente.³⁵¹ Frente a la delicada síntesis aristotélico-tomista, que no oponía el hombre al mundo, sino que entendía al hombre como una

³⁴⁹ *Idem.*

³⁵⁰ “Contra, nihil determinatur ad speciem per illud, quod posterius, vel extrinsecus est. Actus autem est posterior potentia, objectum vero extrinsecum; ergo per ea potentia non distinguuntur secundum speciem”. *Idem.*

³⁵¹ “Nos dicimus, si actus secundum rationem sunt potentiis priores, prout induunt rationem finis, is respectus est ens rationis tantum. Finis enim non movet, nisi metaphorice

‘parte’ del mundo, no anterior a él, Duns establece que “La causa es naturalmente anterior a lo causado, y el principio anterior a lo principiado, y no puede ser de otra forma”.³⁵² Con estas declaraciones pone los cimientos de la filosofía moderna, que cada vez más tiende a considerar al hombre como una potencia activa y libre, que se determina a sí misma a obrar.

Duns quiere realidades absolutas, esto es, un hombre que conoce considerado absolutamente, y unas cosas que son conocidas consideradas de forma igualmente absoluta, al modo como la realidad objetiva de la flecha se opone a la realidad objetiva de la diana.³⁵³ Pensando mediante estas categorías absolutas, la causa es necesariamente anterior al efecto, de modo que el efecto puede ser referido a la causa, pero no al revés. Lo que no puede suceder —de acuerdo con esta consideración absoluta o formal de la realidad— es que el efecto preexista a la causa,³⁵⁴ porque entonces habría que decir que el intelecto existe porque existe un ‘preintelecto’, y esto parece ridículo porque ninguna realidad o principio (*principium*) se constituye en tal por un acto o un objeto.³⁵⁵ Frente a la teoría de la relación como constitutiva de la capacidad cognoscitiva, él ordena separar tajantemente esa potencia de sus actos,³⁵⁶ porque entiende que es indigno del hombre que sus potencias dependan de actos u objetos. En efecto, la potencia es la realidad misma que conoce.³⁵⁷ No duda en recurrir a la ironía, y explica que, de acuerdo con Tomás de Aquino, si el conocimiento fuera una simple relación (*relatio*) entre el sujeto cognoscente y los objetos conocidos, resultaría que el pasto no sería superior, ni cosa distinta, del caballo que come.³⁵⁸

agens ad operandum; nam aliam causalitatem illi tribuere, est transferre ipsum ad genus causae efficientis”. *Idem*.

³⁵² “Sic enim haec est vera: causa naturaliter est prior causato, et principium principiato, et non aliter”. *Idem*.

³⁵³ “Ad absolutum enim in causa sequitur absolutum in effectu, et exinde exurgit respectus effectus ad causa, et converso”. *Idem*.

³⁵⁴ “Causa autem ut causa, prior est natura suo effectu, neque is ullam praexigit relationem in causa, quae sit ratio producendi ipsum”. *Idem*.

³⁵⁵ “Ergo nullo praecintellecto respectu, aut ordini principii productivi, vel operativi ad operationem, sequitur operatio ex illo, si caetera adsint: non ergo principium ullum intrinsece constituitur per respectum ad actum, et ad objectum”. *Idem*.

³⁵⁶ “Non relatio tantum: quia non est perfectior termino producto, nec aequae perfecta ... Relationem, quam importat hoc nomen potentia, simul esse natura cum relatione principiatu actu, actu; et potentia, potentia”. *Idem*.

³⁵⁷ “Propterea quum quaeritur de potentia, ut est prius naturaliter principiato, necesse est, ut hoc denominativum potentia accipiatur pro subieto quod denominat”. *Idem*.

³⁵⁸ “Non relatio tantum: quia non est perfectior termino producto, nec aequae perfecta: nec est principium assimilandi sibi pastum: Sed forma absoluta tantum est sic ratio assimilandi”. *Idem*.

Este planteamiento tuvo una importancia decisiva para la ética posterior. Porque Scoto independizó al hombre de su entorno, y por tanto lo *enfrentó* con él. La cosmovisión aristotélica contemplaba naturalezas diversas conviviendo en un mismo cosmos, de modo que la naturaleza consistía ante todo en la fuerza interna por la que cada ser tiende a su plenitud.³⁵⁹ Pero Juan Duns entendió al ser humano como una *potentia absoluta* dotada de plenos poderes para actuar. Entonces brota un problema nuevo: ¿cuáles son los criterios por los que el hombre debe obrar? Porque la teoría aristotélicotomista, al hacer depender las potencias del hombre desde lo que hay que hacer (causas finales), entendía que la justicia es ante todo (seguimos con los matices) una ‘cualidad de las cosas’, desde las que surgían las medidas para la conducta humana. Pero Scoto atacó las bases de este planteamiento, con lo que eliminó la posibilidad de que el ser humano ‘encajara’ él en lo que hay o existe naturalmente: Duns ve una separación insalvable entre la naturaleza, que para él es lo dado, y el hombre, que produce cosas mediante el arte³⁶⁰ y se hace virtuoso mediante sus obras basadas en la buena voluntad. Él fue el autor que popularizó la oposición entra naturaleza y actividad humana. La voluntad en que consiste todo hombre, según Duns, solamente podrá ser movida por otra voluntad superior, por lo que la justicia y el derecho devendrán realidades imperativas y estrictamente racionales. De modo consecuente, niega la relevancia ante la ética de la vertiente sensitiva del ser humano, porque las inclinaciones que el hombre tiene en común con los animales no se refieren a lo que el hombre es en sí mismo: *Ad propriam hominis formam*.³⁶¹ La tarea que quedaba —que la consumó Juan de Gerson en el siglo siguiente— era la de mostrar cuáles eran las potencias absolutas del ser humano.

2. *La justicia y la ley natural*

La filosofía tomista admitía aún la posibilidad de las formas o ideas como realidades objetivas e independientes hasta cierto punto de las personas que las conocen y usan. Así, el profesor conoce la idea objetiva de la

³⁵⁹ En Tomás de Aquino, véase, entre otros lugares, *Suma teológica*, I-II, q. 10, art. 1, o I-II, q. 12, art. 3.

³⁶⁰ En el *Johannis Duns Scoti...*, *cit.*, I, q. 1, escribe: “Prout natura distinguitur contra artem...”.

³⁶¹ “Ad tertio dicendum, illud propter quod laudatur homo in operando, non est statuendum in eo, quod est sibi commune cum brutis... Verumtamen hae inclinationes sensitivi appetitus non spectat ad propriam hominis formam, qua secundum essentiam differt a brutis”. *Ibidem*, I-II, q. 94, art. 3.

docencia universitaria, y por esta objetividad él no puede disponer a su antojo de ella: nunca podrá el profesor exigir a sus alumnos conductas que no vengan exigidas por esa docencia. Desde la independencia de esta realidad surge un *medium rei* que no queda confundido con los intereses particulares de alumnos o profesores. Pero si Scoto niega la capacidad humana para penetrar en estas objetividades prácticas, ¿cómo saber lo que corresponde a cada cual? Duns recurre a las voluntades, y afirma que las leyes humanas brotan desde el consenso de cada uno, que supone incluido en el “Hecho de la comunidad”.³⁶²

Si salimos del ámbito de las leyes políticas porque queremos profundizar en la ética, hay que mirar a Dios, tal como Él se nos ha revelado históricamente. La persona humana ya no calcula o mide, sino que obedece a leyes que descienden de Dios a ella.³⁶³ ¿No tiene ningún valor la razón de los hombres? La única regla racional que Duns admite es el principio de no contradicción y reitera que pertenecen a la ley natural aquellos principios prácticos que son “Evidentes por sí mismos” (*Nota ex terminis*), a los que la razón se inclina necesariamente a obedecer.³⁶⁴ Es decir, es evidente por sí mismo, pues si no incurriríamos en algún tipo de contradicción, que el todo es mayor que la parte o que el padre es anterior al hijo: estas verdades son *nota ex terminis*, es decir, verdades por sí mismas. Además, está la ley inesquivable del Amor de Dios, y también pertenecen a la ley natural todas las conductas que se refieren directamente a Dios, y las que *consonan* con tal principio, aunque no sean evidentes por sí mismas.³⁶⁵

Así como la santidad procede de Dios, las realidades sobrenaturales (como sucede con la del deber en conciencia, que mienta la vinculación de cada individuo a una conciencia que le trasciende) solamente pueden provenir de Dios. Únicamente Dios es autor del deber, no los hombres, y ninguna ley humana positiva puede pretender arrogarse la cualidad divina de generar un deber: ya indiqué que el deber de obedecer estas leyes únicamente

³⁶² Se ha planteado el entonces espinoso problema de la licitud de la *usucaipio*: “Istud etiam apparet probabile per hoc, quod si quilibet posse suum dominium transferre in alium, tota communitas posset cuiuslibet de communitate transferre dominium in quamlibet (quia in facto communitatis suppono includi consensum cuiuslibet) ergo illa communitas habens justum consensum”. In *Primum... cit.*, l. IV, *distinctio* XV, q. 2, § 10.

³⁶³ “Lex naturae est lex descendens ex primis principiis”. *Ibidem*, l. III, *distinctio* 37, q. 1, § 2.

³⁶⁴ “Talia sunt quaedam principia practica, nota ex terminis, quae sunt quaedam seminaria, ad quorum veritatem inclinatur naturaliter intellectus ex terminis”. *Ibidem*. Véanse las matizaciones de Dufour, A., en *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, París, PUF, 1972, pp. 31-33.

³⁶⁵ Véase *loc. cit.*, § 8.

se puede justificar por el consentimiento de todos. Con este talante, que lo transmitió Fernando Vázquez de Menchaca (el primer jurista no escolástico que introdujo estas tesis de los Nominales en el interior de la reflexión jurídica), Scoto se apartaba notablemente de la explicación tomista sobre las relaciones entre Dios y los hombres. Porque Tomás consideraba que los hombres, al vivir vida social, ponen en práctica el mandato divino o natural de ser sociables, y los gobernantes operan a modo de causas segundas, de forma que sus decretos crean un verdadero deber para los súbditos. Esta capacidad creadora del hombre, que le hace participar en la re-creación continua de la obra de la creación, se manifiesta también en la ciencia del derecho, porque si la razón es don divino, la racionalidad es también y de algún modo causa segunda en la creación. Pero nada de esto tiene sentido para Duns Scoto, no porque él discrepe de alguna tesis básica de Tomás de Aquino, sino porque su entero talante es completamente distinto al de Aquino, en cuyas pretensiones un franciscano solo veía soberbia y arrogancia del hombre.

A. *El cambio de la ley natural*

En la inteligente refundición de las obras de Scoto que hizo Jerónimo de Montefortino tardíamente encontramos agrupadas las cuestiones referentes a la ley natural, del mismo modo que en la *Suma teológica* de Tomás de Aquino. Vimos que el de Aquino considera unas veces a esta ley de forma deductiva, y en otras ocasiones de forma inductiva, sin que ningún momento de éstos prevalezca enteramente sobre el otro. Para Duns Scoto, este tipo de matizaciones no tiene valor, porque él entiende que la ley pertenece a la a la voluntad, de forma que cada ley consiste en un mandato del superior, fundamentado en su voluntad racional, por el que quiere obligar a sus súbditos a obedecer.³⁶⁶ “Si suponemos esto, es manifiesto que la ley natural tiene fuerza vinculante porque implica necesariamente un acto de la voluntad divina, mediante la cual se fundó la naturaleza”.³⁶⁷ Una cuestión que se nos plantea es que si la ley natural es el mandato de la voluntad de Dios por el que creó la naturaleza, ¿es posible distinguir entre ley natural y ley eterna?

³⁶⁶ “Respondeo supponendo legis rationem ad voluntatem pertinere, adeo ut solius voluntatis imperantis sit praevia rationes leges ferre, atque subjectos ad illas observandas obligare”. *Johannis Duns Scoti...*, cit., I-II, q. 94, art. 1.

³⁶⁷ “Hoc inquam supposito, manifestum est, legem naturalem vis legis adstringentis, et ligantis habentem, necessario implicare actum voluntatis divinae, a qua condita est natura”. *Idem*.

Parece que no, porque el hombre depende íntegramente de la voluntad de Dios,³⁶⁸ de modo que la ley natural es solamente una ley derivada de la ley eterna, que es una participación de la luz increada e ínsita en la naturaleza racional, que indica las conductas que son adecuadas o no con tal naturaleza.³⁶⁹

Scoto solamente tiene en cuenta la ‘naturaleza racional’ del hombre, porque entiende que las inclinaciones comunes a hombres y animales no pertenecen a la esencia específica del ser humano: son simples datos ‘naturales’. La ley natural será, pues, un juicio que hay que hacer sobre la conveniencia o inconveniencia con la naturaleza racional, que es vinculante porque incluye un acto de imperio de la voluntad divina.³⁷⁰ Pero una vez que considera al hombre ‘racionalmente’, al margen de sus inclinaciones sensitivas, ¿cómo reconocer lo que reclama la naturaleza racional? Me remito a lo ya expuesto: la ley natural se compone de tres partes. Ante todo, están los principios que son evidentes por sí mismos, como son los de apetecer y amar lo bueno y huir de lo malo.³⁷¹ Aquí se encierra el precepto de amar a Dios sobre todas las cosas y al prójimo como nosotros deseamos ser amados, en lo que consiste toda ley.³⁷² En segundo lugar están aquellas conclusiones que se deducen evidentemente y de forma necesaria desde aquellos primeros principios,³⁷³ por lo que si el bien debe ser amado, y Dios es el máximo bien, es necesario que Dios sea amado. En tercer lugar están aquellos principios que ni son necesarios por sus términos ni constituyen tampoco conclusiones derivadas necesariamente desde ellos, sino que simplemente *consonan* con aquellos principios o estas conclusiones porque son verdaderamente prácticos, como es el caso del matrimonio, que consona con la ley natural, aunque

³⁶⁸ “Intellectus quippe Dei est mensura totius naturae, ut aliter se habere non possit, nisi ut accipit a sua mensura dante ei esse primum intelligibile, et possibile. Quemadmodum igitur iudicium divini intellectus voluntatis arbitrium praecedens constituit legem aeternam immutabilem”. *Idem*.

³⁶⁹ “Ha quatenus lex ista intelligitur derivata atque insita creatura rationali, praecise indicare potest, utrum quae fiunt sicut consentanea, vel disconvenientia naturae illi, quae est participatio lucis increatae”. *Idem*.

³⁷⁰ “Judicans de convenientia et disconvenientia operabilium ad naturam rationalem. Ut vero ligat, obstringitque ad illa servanda, quae recta ratio distat, includit actum voluntatis”. *Idem*.

³⁷¹ “Respondeo, materiam omnem circa quam lex naturalis versatur recte ad tria capita reduci. Primo enim et strictissime ad hanc legem pertinet prima principia practica ex ipsorum apprehensione terminorum omnibus nota... bonum esse appetendum atque amandum, malum et disconveniens fugiendum ac declinandum”. *Idem*.

³⁷² “Quare si in his principiis notis, quae sunt dilectio Dei super omnia, et proximi, sicut nos diligere cupimus, stat universa lex”. *Idem*.

³⁷³ “Proxime his succedunt conclusiones evidenter, ac necessario de principiis primis illatae, ac propterea secundum gradum tenet... sed veritate in eas a principiis derivata”. *Idem*.

no se puede deducir desde ella mediante una deducción necesaria; lo mismo sucede con la prohibición de los robos, adulterios y mentiras, como en general, con los preceptos de la segunda tabla del Decálogo.³⁷⁴

Los mandatos y prohibiciones de la segunda tabla (que son los que se refieren al trato de unos hombres con otros) no tienen una ‘bondad necesaria’, pues no se dirigen sin más hacia el fin último del hombre, ni las cosas que prohíben expresan una malicia que aparte necesariamente de este fin.³⁷⁵ Lógicamente, estos preceptos son dispensables, pues no existe en ellos una conexión inmutable e invariable, de forma que les repugne cualquier cambio.³⁷⁶ No es preciso que los cambie Dios: el legislador humano tiene potestad suficiente para modificarlos, pues, cambiadas las circunstancias, se pueden disponer las cosas de otro modo, y esto fue lo que sucedió con la *divisio rerum* que puso fin a la “Común posesión de todas las cosas”.³⁷⁷

Realmente, ¿la ley natural es derogable con tanta facilidad? Duns afirma unas veces esto, y otras veces lo contrario. En la I-II, q. 94, art. 5, dedicada a “Si la ley natural puede ser cambiada”, afirma su mutabilidad sobre el ejemplo de la apropiación privada de las cosas que puso fin a la *communis omnium possessio*. Pero en la cuestión anterior se ha planteado si estos últimos preceptos, que conocemos, pero que no sabemos demostrar (pues no se concluyen directamente desde las reglas más elementales), podría haber alguna variación, de forma que fuera lícito tener varias esposas o divorciarse de la mujer estéril, pues debemos multiplicarnos.³⁷⁸ Pero esto no es así, pues Cristo, en el capítulo 7 de San Mateo, nos dijo: “Todo lo que vosotros que-

³⁷⁴ “Tertio denique succedunt ea, quae nec principia sunt operabilium ex terminis nota, nec conclusiones evidenter et necessario illatae ex illis, sed sunt vero practica. Consona principiis, et conclusionibus legis naturae, adeo ut statim sit omnibus notum ejusmodi esse tali legi consentanea, hic ex illa non necessario sequantur; et ejusmodi est matrimonium... consonum admodum est legi naturali, etsi per necessariam deductionem id nequeat concludi. Item furtum non esse faciendum, uxoris alterius non fore illudendarum, mendaciis non esse utendum, et alia id genus, quibus constare secunda tabula legis divinae”. *Idem*.

³⁷⁵ “Et revera in praeeptis, quae scribuntur in secunda Tabula, non est bonitas necessaria ad bonitatem ultimi finis convertens; nec in his quae prohibentur est malitia necessario avertens a fine ultimo”. *Ibidem*, art. 5.

³⁷⁶ “Horum enim non est ita invariabilis et immutabilis connexio, ut ipsi repugnat quaecumque mutatio; imo quia ejusmodi sunt pleraque praeepta secundae tabulae, propterea dispensare super eis legislator possit”. *Idem*.

³⁷⁷ “Amplius etiam jure positivo humano derogari potest legi naturali, sic ut quod recta ratio olim dictabat fieri oportere, de ejusdem rectae rationis dictamine, spectata circumstantiarum variatione, aliter disponetur”. *Idem*.

³⁷⁸ “Verumtamen, quod ad ea, quae eatenus dicuntur spectare ad legem naturae, quantum principiis primis operabilium; et conclusionibus in eis inclusis sunt consona, dispar est ratio... Quare multitudinem uxorum alii probant veluti magis quid consonum naturae

réis que os hagan los hombres, hacédselo vosotros a ellos”, y esto es lo que hay que concluir sobre la licitud de tener una o varias esposas, aunque ello no se siga necesariamente de las luces conocidas naturalmente.³⁷⁹

B. *El imperativismo legal*

Cabe cuestionar si la ley es una realidad de la razón o de la voluntad. Tomás de Aquino había mantenido que la ley es una realidad ante todo racional, esto es, dictada por la razón, cuyo cumplimiento ordena la misma razón. Pero Duns tiene otro parecer, pues él entiende que “La ley designa más un acto de la voluntad, supuesta la consulta de la razón práctica instruida por la prudencia. Porque se dice ley *a ligando*. El que tiene la legítima autoridad puede obligar a otros a obedecer sus mandatos justos, y les puede ordenar, y los otros han de obedecer... Y el imperio es un acto de la voluntad, previo el examen de la materia, y no de la razón”.³⁸⁰ Lo que implica que pueden dictar leyes, y han de obedecerles, aquellos que ostenten la legítima autoridad.³⁸¹ Parece no conceder gran importancia a la vertiente racional de la ley, pues, aunque explica que el superior solo puede dictar leyes justas, recalca que dar las leyes no es acto de la razón especulativa, sino de la razón práctica, en el que no se trata de declarar si algo es o no cierto, sino de mover a hacer; la ley no pertenece a la virtud intelectual, sino a la apetitiva.³⁸² Hay que tener en cuenta, además, que la razón no impera, sino que solamente juzga acerca de la verdad, o propone a la voluntad que haga algo.³⁸³

institutis, fatagentis multiplicare genus humanum; alii vero putant ad publicum commodum pertinere, uxorem sterilem dimittere, ac foecundam superinducere”. *Idem*.

³⁷⁹ “Allegat Gratianus: “Omnia quaecumque vultis ut faciant vobis hominibus, et vos facite illis”, Matthei 7. *Idem* dicendum de una vel pluribus uxoribus habendis. Etsi enim non necessario sequatur ex notis lumine naturae”. *Idem*.

³⁸⁰ “Nobis videtur, legem potius esse actus voluntatis, supposita ostensione practicae rationis, prudentia instructae. Declaratio. Lex a ligando dicta est. Ille tantum obstringere potest per legitimam auctoritatem alios ad parendum suis mandatis justis, qui potest eis imperare et praecipere illis qui tenentur sibi obedire... Atque imperium est actus voluntatis, praevia objecti ostensione, et non rationis”. *Ibidem*, q. 90.

³⁸¹ “Ergo pariter et voluntatis leges ferre, eisque ligare subjectos legitimae auctoritatis”. *Idem*.

³⁸² “Deinde, virtus intellectualis dicit verum esse, vel verum non esse, seu practica seu speculativa sit. Lex autem dicit agere, operare ad praescriptum ipsius non autem inclinatur ad dictandum esse operandum. Lex igitur non pertinet ad virtutem intellectivam, sed magis ad appetitivam”. *Idem*.

³⁸³ “Lex ... esse non potest aliud, quam voluntatem ejus, qui praesidet Reipublicae, debite tamen promulgatam. Ratio autem non imperat, sed judicat, vel proponit voluntati faciendam”. *Idem*.

Pero si la ley natural es un dictamen de la recta razón que muestra la conveniencia o disconveniencia de una conducta con la naturaleza racional, la ley natural no será una verdadera ley, pues le faltará el acto de imperio que procede específicamente de la voluntad. Entonces podremos hablar solamente de un mal filosófico o natural, pero no de un mal teológico, de forma que el hombre que actuara contra la naturaleza racional cometería un acto *contra naturam*, pero no un acto demeritorio u ofensa a Dios.³⁸⁴ Situándose él mismo ante esta dificultad, explica que la luz intelectual no es propiamente una ley porque, aunque indica qué conviene hacer, no lo ordena. Sucede que las leyes generales que tratan de las cosas que hay que hacer (*operabilia*) están ‘prefijadas’ en la voluntad divina, y no en el intelecto de Dios, y van precedidas de un acto de la voluntad divina.³⁸⁵

Supuesta la no injusticia de las leyes, Juan Duns resuelve el problema central de ellas en la jurisdicción o potestad suficiente para dictarlas. Éste es un extremo que reitera. En la I-II, q. 90, art. 2, por ejemplo, nos indica que la ley no puede ser estable si le falta autoridad. Pues, porque decimos ley porque obliga (*lex a ligando*), no cualquier sentencia de un hombre prudentísimo obliga a la comunidad, ya que esta autoridad pública no reside en cualquier persona.³⁸⁶ Por este motivo no se puede hablar de una ‘regla intrínseca’ a lo que es el hombre: todo se resuelve en la existencia de potestad pública o política en la persona que la dicta.³⁸⁷ Dos siglos más tarde, Diego de Covarrubias propuso entender la vida jurídica y política bajo estos mismos términos y, dado el prestigio universal de que gozó este jurista, él popularizó esta visión patrimonialista del derecho: pues el derecho consiste en el dominio de cada persona sobre sí misma (*dominium particularium*), en el de las corporaciones (*dominium universitatum*) o en el poder político: *dominium politicum*.

³⁸⁴ “Quare non intellecto voluntatis imperio adstringentis alios ad servandam legem, quaecumque raepraesentarentur contra iudicium rationis, esse reputanda mala, non moralia, vel theologica, sed mala naturae et philosophica... Homo faciens contrarium, contra naturam, committi malum, sed non esse tale malum reputandum demeritorium, aut offensa Dei”. *Ibidem*, art. 2.

³⁸⁵ “Lex ergo naturae vel inditum lumen intellectus non es propria lex, quia etsi indicet quae oportet facere, non tamen imperat... Accedit, quod leges aliquae generales de operabilibus dictantes, praefixae sunt a voluntate divina, et non ab intellectu, ut praecedat actum voluntatis divinae, quia in illis legibus non invenitur necessitas ex terminis”. *Idem*.

³⁸⁶ “Ad hoc satis esse non potest ad legis stabilitatem, si desit auctoritas. Nam cum lex dicitur a ligando, non quaecumque sententia vel prudentissimi viri obstringit communitatem... Cum igitur publica haec auctoritas non resideat in quacumque persona”. *Idem*.

³⁸⁷ “At ejusmodi lex seu regula intrinseca, non est factiva legis ullius, nisi praeterea sibi accedat publica, et politica potestas, secundum quam queat leges pro aliis statuere, et servandas indicem”. *Idem*.

Juan Duns Scoto situó con precisión el conjunto de categorías que estalló en los finales de la Segunda Escolástica Española, especialmente con Francisco Suárez. Él distinguió en Dios (a propósito de la ley natural) una *lex indicans* y una *lex praecipiens*. Resolvió el problema del deber de obedecer las leyes positivas humanas en una cuestión de legitimidad pública o política, y en la *prima pars* de esta obra, q., art. 1, distanció el plano natural del sobrenatural, porque cuando se plantea el tema del conocimiento de Dios, repara en que la razón se inclina naturalmente a conocer cosas que no pueden ser conocidas naturalmente.³⁸⁸ Él no contempla tanto un ser salido de las manos de Dios que vuelve a Dios, como un ser natural en cuya vida hay que distinguir claramente el elemento natural del sobrenatural.³⁸⁹ De la mano de esta distinción entre la vertiente natural y sobrenatural, comprende que haya quienes no tienen fe, porque la verdad revelada no inclina con fuerza naturalmente suficiente al intelecto para asentir a la fe sobrenatural.³⁹⁰ Sin perjuicio de la verdad que pueda expresar, su talante, en su conjunto, conduce a la teoría de la *pura natura hominis*, tal como se manifiesta en los últimos escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII.³⁹¹

3. Guillermo de Ockham y la polémica sobre la pobreza cristiana

Scoto concedió poca importancia a la razón humana, y este irracionalismo suyo realzó el valor de las personalidades o voluntades individuales. Tesis que se acomodaban bien a las exigencias de la orden franciscana, más

³⁸⁸ “Quod autem non sit inconveniens, potentiam esse naturaliter inclinatam ad aliquod objectum, et nequeat illud naturaliter cognoscere”. *Idem*.

³⁸⁹ “Et cum instatur; Id, per quod potentia proportionatur, aut est naturale, aut supernaturale”. *Johannis Duns Scoti,...*, cit., I, q. 1, art. 1.

³⁹⁰ “Quia veritas ista revelata non est sufficienter inclinativa intellectus, ad assentiendum sibi”. *Ibidem*, I, q. 1, art. 1.

³⁹¹ Ha estado extendida la idea de que la ruptura entre el plano natural y el sobrenatural tuvo origen protestante. En este sentido, Hervada escribe que “La ruptura de la concepción medieval se debió —al menos en parte— a la influencia protestante. Uno de los rasgos del pensamiento protestante era la escisión entre lo natural y lo sobrenatural (la teoría de los dos reinos)... La vida social, de acuerdo con el pensamiento protestante, no tiene sus principios básicos en factores sobrenaturales sino en factores terrenos (que responden, eso sí, a la voluntad divina), aunque su conocimiento, dada la corrupción de la razón, se obtenga principalmente por la Revelación”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 253.

La ruptura entre la cotidianidad humana y el orden sobrenatural es muy anterior a Lutero, Calvino o Zwinglio. Tomás de Aquino rebatía frecuentemente, como tema que él consideraba especialmente importante, la teoría de la *pura natura humana*, lo que nos indica lo extendida que estaba esta forma de pensar antes del siglo XIII. Fueron Luis de Molina y Francisco Suárez los que la proyectaron a la Edad Moderna.

preocupada por el ‘Escándalo de la Cruz’ que no por pretendidas racionalidades. Este es el contexto en el que pueden ser entendidas algunas tesis de Guillermo de Ockham, quien no nos dejó un sistema filosófico o teológico acabado, sino más bien un estilo ante la vida.

El derecho real de propiedad había sido mal considerado tradicionalmente, pues, tal como explican los juristas romanos, él fue el origen de las guerras y de las esclavitudes. La doctrina cristiana glosaba esta mentalidad: las propiedades han sido necesarias después del pecado, y son consecuencia del pecado, no porque ellas en sí mismas sean pecaminosas, sino porque no existirían si no hubiera codicia. En el estado de inocencia habría reinado la *communis omnium possessio*, y las propiedades privadas habrían sido introducidas solamente después del pecado original. De hecho, el mismo Cristo declaraba que no tenía donde reclinar la cabeza, y los apóstoles ‘abandonaron todo’ para seguir a Cristo. La orden franciscana insistía en la pobreza voluntaria vivida por amor a Cristo, y esta era una de sus aportaciones más específicas a la diversidad de espíritus dentro de la Iglesia.

Pero los franciscanos necesitaban inmuebles en los que vivir: sus votos no les eximían de las necesidades humanas. Ante su repulsa a ser propietarios de sus inmuebles, el Papa Nicolás III resolvió momentáneamente el problema arbitrando que los inmuebles eran propiedad del Papado y los franciscanos solamente disponían de un ‘uso de hecho’ (*usus facti*) sobre ellos.³⁹² Esta situación, en la que la Santa Sede aparecía como propietaria, y los franciscanos como simples usuarios, molestaba al resto de la Iglesia, que aparecía más próxima al mal que no la pretendida pureza franciscana. Los ánimos se soliviantaron en el primer tercio del siglo XIV, porque un ermitaño predicó en Narbona que “Ni Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada ni en común ni en particular”,³⁹³ y el inquisidor local, un dominico, lo encerró en la cárcel. La noticia llegó a Perusa, en donde se celebraba un congreso de la orden franciscana: cundió la indignación por lo sucedido en Narbona, y el congreso envió cartas a toda la Cristiandad reafirmando la enseñanza del terciario. Debía intervenir Roma.

El Papa Juan XXII publicó diversas constituciones, en las que, entre otros temas, tocaba el de las implicaciones morales del derecho de propiedad. Entre otras cosas, el Papa argumentaba que los franciscanos también usaban propiedades, porque se hacían propietarios de todo aquello que consumían: un argumento irrefutable. Los franciscanos no podían oponer a esto un discurso jurídico, y buscaron más hacer prevalecer su estilo de vida

³⁹² Folgado, A., *La evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*, San Lorenzo del Escorial, Pax Juris, 1960, pp. 96-112.

³⁹³ *Idem*.

por otras vías. Concretamente, el emperador aprovechó la desunión creada en la Iglesia para atacar al Papa, y se atrajo para su bando a buena parte de los franciscanos, entre ellos a Ockham. Guillermo se encontraba en París esperando las aprobaciones eclesiásticas para unos escritos suyos: vivió personalmente la polémica y tomó partido por el emperador Luis de Baviera.

Ockham tampoco fue un pensador sistemático, ni siquiera ordenado. En el verano de 1333 compuso su obra más conocida, el *Opus nonaginta dierum*, que es un escrito precipitado (como señala su título) y bastante confuso, porque en él encontramos representadas todas las nociones de la ley y del derecho natural, según las necesidades argumentativas de cada capítulo. Como no podía argumentar adecuadamente contra los juristas pontificios, porque toda la época, estudiosa del derecho común, distinguía bienes muebles e inmuebles, consumibles y no consumibles,³⁹⁴ etcétera, él atacó la posibilidad misma de entender así las cosas, y vino a argumentar en definitiva que estas palabras no respondían a verdaderas realidades, porque lo único realmente existente era la vida santa y sacrificada de los franciscanos, refrendada por el *ius poli*,³⁹⁵ no los conceptos universales pretendidamente expresados con las expresiones que hablan de bienes consumibles, etcétera. A esta tendencia a reducir los conceptos y formas a simples palabras o nombres se le dio el nombre de nominalismo, aunque Ockham no propuso cabalmente una filosofía nominalista: el primer sistema nominalista fue el de Thomas Hobbes. El menosprecio por los conceptos fue acompañado de una mayor valoración de las personas; esto es, de las voluntades individuales. Pues la escolástica entendía que el hombre posee ante todo dos potencias, la razón y la voluntad, y Ockham vino a entender (siguiendo las trazas de Duns Scoto) que el detrimento de la primera era suplido por el realce de la segunda. Lo único realmente bueno en el hombre es su voluntad pura, y fue lógico que Scoto solamente aceptara la definición de justicia que proporcionó san Anselmo de Canterbury (rectitud de la voluntad mantenida por sí misma), *rectitudo voluntatis propter se servata*.³⁹⁶

La doctrina de Guillermo de Ockham debió de influir en el transcurso de la historia de las ideas, al menos indirectamente. Lo ignoraron por lo general los españoles que integraron la Segunda Escolástica a lo largo del siglo XVI. Entre los juristas, solamente encuentro algunas citas de él en las *Controversias ilustres* de Fernando Vázquez (1560), pero sin precisar obra ni otros

³⁹⁴ Uno de los argumentos decisivos del papado consistía en mantener que cuando un franciscano consume un bien, hace suyo eso que ha consumido, y se vuelve propietario de ello.

³⁹⁵ Bastit, Michel, *Naissance de la loi moderne...*, cit., pp. 250-257.

³⁹⁶ *In Primum...*, cit., l. IV, dist. XLVI, q. 1, § 2.

datos: debía haber quedado la idea confusa que él había mantenido de que Dios puede ordenarnos todo lo que Él quiera, porque la voluntad divina no está sometida a ningún orden del ser. El voluntarismo divino fue asociado a Vázquez, no a Ockham, y más adelante, en el siglo XVII, cuando tras la obras de Samuel Pufendorf se desató la polémica sobre el intelectualismo o voluntarismo divino,³⁹⁷ el mismo Pufendorf se remitió a Fernando Vázquez para fundamentar su voluntarismo,³⁹⁸ y Zentgrav llamaba *vasquiani* a los seguidores voluntaristas de Pufendorf.³⁹⁹ Ockham estuvo ausente de las obras jurídicas y del *jus naturale et gentium* de los siglos XVII y XVIII, y parece que fue *revivido* en el siglo XIX alemán con fines apologeticos de algunas corrientes evangélicas.

Pero su doctrina influyó, porque Ockham distinguió varios tipos de dominios o derechos. Jacobo Almain nos transmite que Ockham entendió el dominio civil (*dominium civile*) de una doble forma; una, amplia, y según esta acepción, este dominio es “La potestad radical y primaria humana para vindicar una cosa y para defenderla en un juicio humano”.⁴⁰⁰ Explica Almain que la llama principal, primaria o radical para distinguirla de la potestad que se ejerce mediante procurador.⁴⁰¹ Así queda demostrado que los frailes mendicantes no tienen el dominio primario y radical de las cosas que se consumen por el uso, sino que la potestad primaria radica en el sumo pontífice, y los mendicantes solamente disponen de una propiedad delegada.⁴⁰² El mismo Almain (que participaba más de la mentalidad de Scoto y Ockham, que no de la de Tomás de Aquino), con su insistencia en el derecho radical, primario, etcétera, hace del hombre un dios pequeño, que se asemeja a Dios, entre otras cosas, por la radicalidad de sus derechos y de su autolegislación,

³⁹⁷ Pufendorf y sus adversarios polemizaron ante todo sobre si la ley natural es obra contingente de la voluntad de Dios, o si responde a un orden eterno del ser. Les preocupaba menos aludir expresamente al realismo o nominalismo filosófico.

³⁹⁸ Véanse sus *De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt am Main, 1759, l. II, cap. 3, § 4, en donde se remite expresamente a Fernando Vázquez para sostener esta tesis.

³⁹⁹ *Origines juris naturalis secundum disciplinam Christianorum*, Argentorati, 1681, controversia I.

⁴⁰⁰ “Ockham aliquo modo differt ab iis, ponens distinctionem dominii civilis. Nam secundum eum dominium civile capitur dupliciter. Uno modo large: et sic nihil aliud est nisi potestas radicalis ac primaria humana vindicandi rem, et defendendi in iudicio humano”. *A decimoquarta distinctione quaestiones Scoti profinentis... lectura*, Parisiis, 1526, p. 53-dorso.

⁴⁰¹ “Dicitur radicalis sive primaria sive principalis, quod idem est, ad differentiam potestatis quam habet procurator”. *Idem*.

⁴⁰² “Per hanc particulam patet quod mendicantes non habent dominium primarium et radicale in rebus usu consumptibilibus: sed potestas illa primaria residet in summo pontifice, vel apud eos qui dederunt: et ipsi mendicantes habent solum delegatam”. *Idem*.

ya que para él el titular de los derechos es “El que tiene por su propia autoridad la sustancia y el ser de la cosa en su dominio”.⁴⁰³

Scoto y Ockham (aquel mucho más conocido y citado que éste) contribuyeron a extender por las Escuelas una mentalidad, tan difusa como inconcreta, que entendía que la razón no puede fundamentar su discurso en las ideas o conceptos universales, porque si esto fuera así, Dios también quedaría sometido a lo universalmente necesario, y esto era casi una blasfemia. Esta repulsa de las ideas conducía a un voluntarismo divino, que consistía en mantener que el hombre debe atenerse a la voluntad expresamente manifestada por Dios, y en el caso del poder político, a la voluntad del superior en la república, sabiendo que el gobernador político solo tiene poder porque así lo han decidido los ciudadanos voluntariamente. Al no tener acceso a un orden de cosas o *relationes* que pudieran ser analizadas racionalmente, cada persona ha de atenerse a las expresiones de las voluntades.⁴⁰⁴

El escolar que seguía las doctrinas aristotélicas había vivido en un mundo amable, porque estaba rodeado de conocidos: vivía entre ideas o conceptos que tenían el mismo valor para todos y que eran conocidos por todos. En el derecho, estas ideas se expresaban parcialmente a través de las ‘personas jurídicas’ —una expresión que nada tiene que ver con el significado actual de este término, pues los romanistas llamaban *personae* u *officia* a las expectativas socialmente fijadas que se derivaban de cada situación social, ya que todos saben (más o menos) lo que se puede exigir universalmente a un profesor, a un arriero, a un maestro de coro—. ⁴⁰⁵ No entraremos ahora en la cuestión de si algunas de estas personas jurídicas cosificaban inhumanamente a algunas personas, como denunciaba Francisco de Vitoria. Desde luego, el que la sociedad estuviera dividida entre nobles y pecheros, hombres libres y esclavos, pobres y rústicos, atentaba contra la dignidad humana. Lo cierto es que, más allá de estas personas jurídicas o *conditiones personarum*, el hombre de la *jurisprudencia* romanista se encontraba acompañado y relativamente seguro con el acompañamiento de los conceptos de las cosas: sabía lo que le podían exigir y lo que él podía pretender, todo ello según razón, no por simple convención o ‘constitución humana’.⁴⁰⁶

⁴⁰³ “Sed autoritate illiusqui habet substantiam et esse rei in suo dominio”. *Quaestiones disputatae*, *cit.*, pp. 50 y 50-dorso.

⁴⁰⁴ Sobre la irreductibilidad de la voluntad así entendida a la *natura*, véase Dufour, *Le mariage...*, *cit.*, p. 28.

⁴⁰⁵ Véase mi estudio “Persona y ‘officium’: derechos y competencias”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXIII (1996), pp. 3-59.

⁴⁰⁶ Sobre la importancia de la negación de la doctrina de la *analogia entis* en esta concepción de la ética, véase Dufour, *Le mariage...*, *cit.*, p. 22.

Pero al perderse de vista las cosas (esas personas y *officia* estereotipados en que se expresaban los derechos y deberes de los padres de familia, de los militares o de los pregoneros) el individuo se encontró solo entre voluntades,⁴⁰⁷ esto es, no encontró más guía para su actuación jurídica que la imposición de una voluntad, fuera la suya propia expresada en un contrato, fuera la de la sociedad política. Como expresa Bastit, “Las leyes quedaron separadas de las cosas”.⁴⁰⁸ Seguir la propia voluntad casi siempre es amable, pero el derecho supone una coordinación real entre voluntades distintas, y si faltan criterios *reales* para tal coordinación destaca más la fuerza de las voluntades que se imponen que no su justicia. Porque el peligro para una voluntad, cuando tal voluntad ha de concurrir en un campo en el que hay otras voluntades más fuertes que ella, reside en que la libertad se torna necesidad, pero no necesidad o deber desde las cosas, sino necesidad desde la imposición. Entonces la voluntad pierde su carácter de potencia racional y puede convertirse en el instrumento de la prepotencia.

IV. GERSON (1363-1429) Y CONRADO (1460-1502) O LA ESCOLÁSTICA MODERNA EN EL SIGLO XV

Era preciso articular un conjunto de ideas que trasladaran este voluntarismo a la reflexión sobre el derecho, porque hasta ahora el voluntarismo se había referido ante todo a Dios, y ya en el siglo XIII existían bastantes *moderni* (con los que polemizaba Pedro de Bellapertica) que mantenían que los hombres somos iguales sin más (*simpliciter*), lo que no es cierto, mantenía Bellapertica, porque unos son casados y otros solteros, etcétera. El autor que propuso unas tesis filosóficas que permitían hacer realidad doctrinalmente este individualismo descarnado, con el consiguiente voluntarismo, fue Scoto.

Scoto había distinguido tres formas de considerar las mismas realidades: la real, la modal y la formal. Ya aludimos a las consideraciones real y modal de las cosas. Duns presenta a la tercera de ellas —la ‘formal’— como aquella que ha de existir antes de que intervenga algún hecho o conocimiento humano: de ahora en adelante los filósofos tendieron a pensar que la consideración propiamente filosófica era la formal, que estudia a las cosas

⁴⁰⁷ Las innovaciones escotistas fueron francamente complejas, y desde luego no quedan suficientemente explicadas ni aludidas en estas reflexiones. Si el lector quiere conocerlas en su extensión, tiene el estudio de Michel Bastit, *Les principes des choses en ontologie médiévale (Thomas d’Aquin, Scot, Ockham)*, Bordeaux, Bière, 1997.

⁴⁰⁸ *Naissance de la loi moderne...*, cit., p. 185.

“En sí y por sí, al margen de las circunstancias”, de modo que la consideración estrictamente formal es lo que diferencia al filósofo cuando trata de una cosa, de aquellos otros científicos que también estudian esa misma cosa. Este modo de acercarse a la realidad fue expresado por las expresiones “Per se et sua natura”, “absolute”, “in se et per se”, “intrinsicamente”, y otras similares, con las que los nuevos filósofos daban a entender que ellos estudiaban las cosas en sí mismas, no como las consideraban el arquitecto, el ingeniero o el carnicero. Era preciso estudiar al ser humano formalmente; esto es, en sí mismo, prescindiendo de las circunstancias. Este estudio lo había iniciado Duns Scoto, pero fueron fundamentalmente Juan de Gerson y Conrado de Summenhart los que lo popularizaron a finales de la Baja Edad Media.

Juan de Gerson, Gran Canciller de La Sorbona, escribió dos tratados cortos pero de gran influencia a lo largo de los siglos XV y XVI, y también en la Edad Moderna. Uno, en el que se muestra como un místico, el *De vita spirituali animae*, y otro más ambicioso, el *Tractatus de potestate ecclesiastica, et de origine juris et legum*. Él considera a las realidades que estudia ‘formalmente’, y nos indica, por ejemplo, que la “Potestad eclesiástica, considerada en sí misma y absolutamente, es invariable”.⁴⁰⁹ El estudio de las cosas *in se et per se* (según requería el conocimiento formal de ellas), comenzó a llenar los libros de sustancias eternas e inmutables.

Desde este modo de proceder, el derecho natural solo puede ser aquel sector normativo de la vida humana que se muestra ‘por evidencia natural’, e inmediatamente, a continuación de esta tesis, Gerson añade (sin dar explicaciones) que “El dominio es la potestad adecuada para hacerse con las cosas, en la propia facultad o uso lícito, según los derechos y leyes racionalmente establecidos”.⁴¹⁰ El lector puede extrañarse de que aluda al *dominium* al tratar del derecho natural: sucedía que las nociones de *jus*, *dominium* y *potestas* fueron indisolublemente unidas en sus enseñanzas, porque “La ley es la regla que se conforma al dictamen de la recta razón y a la justicia primera de Dios”,⁴¹¹ y el derecho o *jus* es la ‘facultad próxima’ (*facultas propinqua*), o la facultad que se sigue inmediatamente desde aquella justicia primera.⁴¹² En este nuevo juego del *jus* y de la *lex* (que ya nada tiene que ver con el jurisprudencial, o con el tomista), el derecho aparece como un conjunto de

⁴⁰⁹ “Potestas ecclesiastica, si consideratur in se et absolute, ipsa est invariabilis”, *Tractatus de potestate ecclesiastica, et de origine juris et legum*, edición de Antwerpiae, Ex Tipis S.J., 1707, vol. II, p. 234.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 252.

⁴¹¹ “Lex est regula conformitatem habens ad dictamen rectae rationis et prima justitiae conveniunt in Deo”. *Ibidem*, p. 250.

⁴¹² *Idem*.

facultades de las personas que se fundamentaba en último término en la *prima justitia* de Dios, y el término ‘facultad’ denotaba en aquel contexto lo mismo que libertad, *facilitas* o *licentia*. Existen facultades porque las leyes de Dios crean esas facultades para las personas: pero, de facto, destacaban más las libertades personales, que no los derechos y deberes establecidos en las leyes que las creaban. No perdamos de vista el contexto polémico y bastante confuso en el que se gestaron estas nociones.

El hombre recibe las leyes de Dios, porque son mandatos divinos, y las obedece porque el ser humano dispone de una *potentia obedientialis*, igual que las restantes criaturas.⁴¹³ La ley es así una realidad descendente desde Dios, y el derecho viene compuesto por las facultades de actuar que compete a cada persona según aquellas leyes. Porque para entrar en el plano de lo propiamente normativo era necesario recurrir directa y expresamente a Dios, ya que Gerson sigue la teoría de la *pura natura hominis*, rechazada reiteradamente por Tomás de Aquino,⁴¹⁴ que mantiene que lo humano en cuanto humano, o lo natural en cuanto natural, no tienen relevancia sobrenatural; esto es, capacidad o poder para crear un deber estricto.⁴¹⁵ Consecuentemente, la ley es ante todo un mandato de la voluntad, y no tienen valor las consideraciones que hacen los juristas,⁴¹⁶ que no proceden de la voluntad cualificada políticamente. Es decir, la ley natural, en cuanto que natural, no obliga a nada al hombre. La naturaleza deja de aparecer como un conjunto de ‘causas segundas’ y desaparecen definitivamente del panorama escolar las *rationes seminales* de origen estoico, a las que tanto debía un buen sector de la teología cristiana. En esta escuela parece estar diluida la mentalidad, de sabor moderno, que tiende a concebir a la naturaleza como la instancia que ofrece resistencia al esfuerzo del hombre, aunque puede ser ‘útil’ si se la conoce. Las distinciones de los glosadores y los comentaristas acerca de la *natura naturans* y la *natura naturata*, con la que trataban de impedir cualquier panteísmo que pudiera derivarse desde los textos romanos que mencionan a la naturaleza como fuente de derechos, dejaron de tener sentido.

⁴¹³ *Idem*.

⁴¹⁴ Se ocupó de este tema esporádicamente en todas sus obras. Véase *Suma teológica*, I, q. 93, art. 3. In *IV Sen...*, l. I, dist. 37, q. 1, o l. II, dist. 34, q. 1. In *librum de causis expositio*, Turín, Marietti, 1972, § 386. *Quaestiones...*, *cit.*, q. 14, art. 10.

⁴¹⁵ “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 finem supernaturalem”. *Liber de vita spiritali animae*, edición citada, vol. III, p. 38.

⁴¹⁶ “Sed positas interpretari, non tantum doctrinaliter ut jurisperiti possunt, sed authoritative et judicialiter”. *De contractibus licitis atque illicitis*, Venecia, 1580, vol. IV, p. 171.

Como Scoto y sus seguidores diferenciaron el plano natural, sin relevancia propiamente sobrenatural, y el estrictamente sobrenatural, que descien- de directamente desde Dios, hubiera supuesto casi una blasfemia considerar que Dios actúa a través de los hombres porque éstos fueran causas segundas en la Creación. Ellos mantuvieron la mentalidad que entiende que el ser humano se mueve en dos mundos distintos, ‘natural’ uno, sobrenatural el otro: una forma de entender la vida muy adecuada al ideal monástico. Fue- ron Luis de Molina y Francisco Suárez, a finales del siglo XVI, los teólogos que popularizaron esta doctrina, entendiendo que la naturaleza del hombre está perfecta en sí misma, sin que necesite como tal naturaleza humana, del apoyo o de la compenetración divina. Las citas continuas de las obras de Gerson y de Conrado en Molina y Suárez muestran una tradición inin- terrumpida durante más de dos siglos, que estalló finalmente —en plena polémica secularizadora— con la obra de Samuel Pufendorf, quien no hizo sino seguir coherentemente las tesis de estos teólogos católicos, aunque sin citarlos nunca en forma expresa.

Conrado, tan conocido y citado por los teólogos españoles del siglo XVI, también se remonta a la *prima justitia* para definir el derecho,⁴¹⁷ y del mismo modo que Gerson, aunque más directamente, introduce la categoría de la *facultas* en la definición del *jus*: “El derecho es la potestad o la facultad que conviene a cada cual según el dictamen de la justicia primera”. El de- recho puede ser entendido como ley, como cuando decimos que los precep- tos de Dios constituyen el derecho divino, o los del emperador el derecho imperial.⁴¹⁸ Pero ya desde la *quaestio* primera del tratado sobre los contratos explica (prácticamente haciendo un juego con las palabras) que el derecho entendido como ley es lo mismo que la *potestas*, como cuando decimos que el padre tiene una potestad sobre sus hijos o el rey sobre sus súbditos.⁴¹⁹ En su segundo sentido, el derecho es lo mismo que el dominio, de modo que todo lo que se predica universalmente del dominio debe ser dicho del *jus*.⁴²⁰ Esto es así porque esta definición del derecho que la equipara con el dominio le

⁴¹⁷ “Descriptio domini sint a magistris bene ac magistraliter positam, quibus dicit Jus est potestas, vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae”. *De contractibus...*, *cit.*, *Compendium*, p. 1.

⁴¹⁸ “Jus capit dupliciter. Uno modo prout est, quod lex, quo modo accipitur, cum dicimus precepta Dei esse jus divinum, et constitutiones Imperatorum esse Jus civile, vel imperiale”. *De contractibus...*, *cit.*, *tractatus I, quaestio 1*.

⁴¹⁹ “Et hoc modo accipitur jus et idem est quod potestas, quo modo accipitur, cum dici- mus patrem habere jus in filium, regem in subditos”. *Idem*.

⁴²⁰ *Idem*.

conviene al *jus formalmente*.⁴²¹ Conrado otorga al *jus* un toque como personalista, porque destaca con especial empeño, reiteradamente, que el derecho, dominio, facultad o *jus* no puede ser sino algo de alguien, de forma que tal facultad no se distingue de la persona de su detentador.⁴²² Y para reafirmar el estatus ontológico de estas facultades indica que la potencia o ‘potestad del alma’ en que consiste el derecho es una realidad elictiva⁴²³ (es decir, que tiene su sede en la voluntad), de modo que esta potencia del alma es una realidad absoluta, en modo alguno una simple relación.⁴²⁴

El derecho o *jus* denota ante todo una facultad o permiso, tal como estableció Juan de Gerson, de forma que manifiesta antes que otra cosa un poder hacer alguna cosa o en alguna cosa.⁴²⁵ Pero como esta potestad, que consiste en poder hacer, puede consistir indistintamente tanto en un comportamiento lícito como ilícito, es mejor usar el término *facultas*, que únicamente designa permisiones lícitas; esto es, conformes con la recta razón o la ‘justicia primera’.⁴²⁶ Resulta así una categoría de *potestas* o *facultas* que debe ser equiparada al *dominium*, ya sea implícita o explícitamente.⁴²⁷ En ningún momento argumenta por qué el *jus* debe ser diseñado sobre los patrones del

⁴²¹ “Secundo probatur: quia diffinitio juris secundo modo capti convenit formaliter dominio”. *Idem*. Como puede comprobar el lector, reproduzco la grafía de la época.

⁴²² “Primo: quia aliquem esse alicujus rei est formaliter cum habere jus in illa res, vel in illam rem. Igitur dominium est jus: tenet consequentia a conjugatis”. *Idem*.

⁴²³ En la terminología escolástica llamaban elictivos a los actos que procedían desde la voluntad. Aún tardíamente, N. J. Gundling explicaba que “Diese Actiones sint entweder elictivae, quae a voluntate eliciuntur...”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De Officio hominis et civis*, Hamburg, 1744, l. I, cap. 1, § 2.

⁴²⁴ “Potentia, seu potestas animae capitur dupliciter. Uno modo materialiter seu fundamentaliter pro realitate animae elictivae, quomodo potentia animae est res absoluta, et non relatio: quoniam relatio non est entitas elictiva”. *Idem*. Aunque considerando el problema *formalmente*, añade él, cabe decir que el *jus* es un hábito del alma hacia la cosa fundado en la realidad anterior, con lo que el derecho y el dominio son *relationes*. *Cfr. De contractibus, loc. cit.*

⁴²⁵ “Dicendum, ut placuit Joannes a Gersona, quod convenientius ponitur a facultas (prout a fas derivatur) pro genere, quam potestas... Nam hominem habere facultatem in aliqua re, est cum habere potestatem agendi aliquid in illam rem, vel in illa re... facultas enim, ut a fas derivatur, connotat licere”. *Idem*.

⁴²⁶ “Potestatem autem habere in aliquam rem denotat posse agere aliquid in illa re: sed sive licite sive illicite... quomodo dicimus latro possit occidere... Haec tamen causa praeferendi illum terminum facultas, non cogit omnimode: quia etiamsi potestas ponitur loco generis: satis restringentur pro ultimam clausulam dicit, conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis, vel primae justitiae”. *Idem*.

⁴²⁷ “Quarta conclusio. Omnes clausulas positae in descriptione domini sunt etiam positae in descriptione juris: et hoc vel expresse, vel impliciter”. *Idem*.

dominium. Notemos cómo las nociones de ley imperativa y de *facultas personalis* fueron unidas desde los inicios de este imperativismo que, paradójicamente, insistía más en las facultades personales que no en las leyes generales.

Conrado habla de un dominio natural o derecho natural que corresponde a todo ser por el hecho de existir: “Consta que el derecho que tienen los animales y los pájaros que nacen en la tierra, no es sino dominio natural”.⁴²⁸ Este dominio original o natural existe bien por ley natural, como es el caso de la potestad del padre sobre el hijo, o bien como lo que es propio de los *entia naturalia*, como sucede con los animales, o con el poder de los ángeles o los demonios.⁴²⁹ Este dominio natural consiste ante todo en manifestaciones de la voluntad libre sobre los propios actos o sobre la propia persona,⁴³⁰ porque la libertad es una especie del derecho, y así el hombre libre tiene derecho sobre sí mismo para hacer lo que quiera. Por eso la Instituta define el derecho como “Naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi per vi aut jure prohibeatur”.⁴³¹ Pero notemos que la Instituta no define aquí el *jus*, sino la libertad. Conrado anticipa en siglo y medio las tesis básicas de Luis de Molina, al que Dufour no duda en llamar el ‘apologeta de la libertad humana’.⁴³²

El de Summenhart perfiló las ideas confusas que ya encontramos bullendo en los siglos anteriores, y estableció con entera naturalidad que derecho y libertad natural (en el sentido de permisión individual) son la misma cosa.⁴³³ Se remonta una vez más al ejemplo propuesto por Isidoro de Sevilla, “Tran-

⁴²⁸ “Consta autem, quod jus, quod bestiae et volucres habent in terra nascentia, non est nisi naturale dominium”, *op. cit.*, p. 6, *quaestio* II.

⁴²⁹ *Idem*.

⁴³⁰ “Voluntas, in eo, quod libera, habet naturale dominium super actus suos et aliarum potentiarum”, *op. cit.*, p. 22.

⁴³¹ *Op. cit.*, p. 4.

⁴³² “Dans cette perspective rénovatrice du Droit naturel, ouvert tant à l'historicité qu'à l'especificité du Droit en un monde changeant, les premiers jalons d'une doctrine de l'autonomie de l'ordre moral par rapport à la volonté divine seront posées de manière significative par le grand apologete de la liberté humaine, célèbre dans l'histoire de la théologie par son doctrine sur la Grâce fustigée par Pascal, mais dont l'oeuvre juridique présente en fait un intérêt autrement capital pour l'histoire de la science du droit: Luis Molina”. *Le mariage...*, *cit.*, pp. 54 y 55.

⁴³³ Así interpreta también Miguel Bartolomé Salón la doctrina de Conrado, y escribe que “Conradus sequutus Gersonem docet in suo lib. De contract. Trac. 1, q. 1 jus bifarium sumi, primo pro lege, quae justa praescribuntur, quomodo dicimus Jus civile, Jus canonicum: secundo pro potestate faciendi, vel gubernandi, quomodo dicitur rex habere jus in subditos, pater in filios”. *Controversiae de justitiae et jure atque de contractibus et Commercii humanis, licitis atque illicitis, in duos tomos distributae*, Venetiis, 1608, p. 106.

sitar por un campo de propiedad ajena”, y concluye que Isidoro quiso definir el *jus naturale*.⁴³⁴ Una interpretación del pensamiento de San Isidoro que parece correcta según las fuentes.

⁴³⁴ “Unde Isidorum intelligendo per fas *jus naturale*, et per jus intelligendo positivum jus: ait sic. Transire per alienum agrum fas est: quia est licitum: fas enim est, quod licitum est: sed non est jus, scilicet positivum, immo vetitum est jure positivo”. *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

Bellapertica citaba a Isidoro según los textos más conocidos en su época, sin tener contacto directo con las fuentes; pues Isidoro no escribió “Per agrum alienum ire”, sino sólo “Per alienum ire”. La primera edición española de la obra de Isidoro de Sevilla, realizada en el siglo XVI y costada personalmente por Felipe II, indica en una nota a pie, que el añadido del *agrum* provino de Graciano.

CAPÍTULO CUARTO

LOS JURISTAS REFLEXIONARON SOBRE SU TRABAJO

La ley *Ex hoc jure* (con su contexto) había enseñado a toda una cultura que el poder político, las propiedades, las guerras, etcétera, existen porque tienen una razón para existir basada en la utilidad común. El cardenal Bolognnetus, François Conan, Joachim Hopper, Gregorius Tholosanus, llevaron hasta sus últimas consecuencias, en la segunda mitad del siglo XVI —en el canto del cisne de la *jurisprudencia* romanista—, la doctrina medieval de la causa: si una institución tiene una causa para existir está justificada, y si no la tiene no puede estar justificada jurídicamente.⁴³⁵ El mismo derecho natural se nutre de la utilidad (*Utilitas, id est jus gentium quod per hominum necessitatibus est inductum*),⁴³⁶ y no existe diferencia entre el derecho de gentes y el derecho natural, al menos con un sector de éste, como explicó Conan, entre otros. Argumentaron así, con la rotundidad de Conan o Bellapertica, porque veían aproximarse la doctrina que hacía descansar el derecho y la justicia en *qualitates morales* de los individuos, y para un jurista cuya tarea consiste en medir, es difícil manejar las rígidas magnitudes inconmensurables en que consisten las cualidades morales de las personas. Grocio, siguiendo la terminología de Francisco Suárez,⁴³⁷ habló de la *Qualitas moralis personae competens* para definir a la libertad individual,⁴³⁸ y Samuel Pufendorf dejó claro que la *persona* es un ser portador de una cualidad de libertad “Al modo espacial, que tiende a difundirse en la

⁴³⁵ La consideración de la ‘causa’ era unitaria. Bellapertica escribe que “Dicunt quidam esse reperire duplicem naturalem: una est generalis, alia est specialis. Truffae sunt. Dico una sola naturalis est, contra tunc non ageretur”. *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, p. 85.

⁴³⁶ Accursio escribía: “Necessitas, id est jus gentium, quod per hominum necessitatem est inductum...”. *Corpus Juris Justiniani...*, *cit.*, glosa “h” a “Ergo omne jus”, l. I, tít. IV, p. 44 de esta edición.

⁴³⁷ Suárez escribía que “Quod licet proprietates physicae manentes a natura, soleant esse immutabiles naturaliter; nihilominus hae proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu iura...”. *Tractatus de legibus...*, *cit.*, 1612, l. III, cap. 3, § 6.

⁴³⁸ En opinión de Beuchot, el creador de la figura de la ‘qualitas moralis’ fue Juan de Gerson. Véase *Derechos humanos*, *cit.*, p. 33. Explica Beuchot que “El que propiamente extrae la noción del derecho subjetivo activo es Juan de Gerson pero, a diferencia de Ockham, él

mayor medida posible” (*Ad analogiam spatii... quae est velut maxime sui diffusiva*), a la que John Locke añadió, treinta años más tarde, la de ser propietario en sentido absoluto, sin limitación en la cantidad de propiedades. Los últimos grandes teóricos de la *utilitas* del género humano como motor y fuente de la mayor parte del derecho natural fueron Hermann Conring, Ulrich Huber, Hugo de Roy, Johannes Althusius o, ya en el siglo XVIII, Giambattista Vico o Johann Eisenhart. Pero sus explicaciones quedaron ahogadas en la polvareda que habían originado las enseñanzas de Pufendorf, normalmente provocadoras, y las explicaciones metafísicas y teológicas que provenían de los enemigos protestantes de Pufendorf, que fueron aceptadas muy poco críticamente por los católicos del siglo XVIII que, como Ignatius Schwarz, Juan Francisco Finetti o Anselmo Desing, se opusieron a las pretensiones secularizadoras del *jus naturale* moderno que arrancó de Pufendorf.⁴³⁹ En el siglo XVIII el talante prudencial, atento a la *utilitas* colectiva, fue sustituido en la teoría sobre el derecho natural por el estilo metafísico. Fue inútil que Desing (el más lúcido de estos autores) clamara que “Esta reducción es metafísica, no práctica ni jurisprudencial”.⁴⁴⁰ Fue igualmente inútil que Vico destacara la importancia de la *utilitas* en la constitución histórica del ser humano, cuestionando la posibilidad de considerar una naturaleza humana dada de una vez por todas. La suerte estaba echada durante dos siglos, y la Edad Contemporánea se abrió con jusnaturalismos que querían derivar el deber ser desde el ser, lo normativo desde un supuesto orden inmutable de las cosas.

La objetividad de la causa introducía a veces la necesidad del cambio de la ley natural. Ésta no era enteramente mutable: una *quaestio* que era propuesta frecuentemente en las escuelas bajomedievales, como ejercicio escolar dialéctico, era la de si la *civitas*, para evitar su destrucción, podía entregar al inocente causante de la guerra. Las respuestas fueron siempre concordes: nunca se puede entregar a un inocente. Y es que sucedía que, en

sistiene que al dominio pertenece por entero la libertad, la cual es una facultad irrestricta, dada por Dios al hombre”.

⁴³⁹ Véase el estudio de Cabrera, Leticia, *Modernidad y neoescolástica: Anselm Desing*, Universidad de Cádiz, 2002.

⁴⁴⁰ “Quod si etiam constare hoc posset, nihil interest Juris naturae, devenire ad primum; sed haec forte Metaphysici aut Logici posset esse cura. Jus naturae practicum est, in qua nemo desiderat prima omnium principia, ceteris omissis, adhiberi”. *Juris Naturae larva detracta*. Monachii, 1753, cap. IV, *thema* VIII, § 2. En el cap. V, *thema* XII, § 1, escribe que “Jus autem omne in actionibus situm est, quae omnes sunt contingentes et particulares. Et si reducantur, reductio est metaphysica non practica nec jurisprudentialis. Jurisprudentia enim est, regulas, quas etiam habet, generales applicare ad agendum in particulari; non vero peculiare reducere ad universale. Hoc posterius facile est, et possunt illud maxime otiosi: illud prius difficile, et non possunt nisi experti”.

sus doctrinas, los primeros principios de la conciencia o razón práctica estaban actuantes omnipresentemente, tanto al inicio del razonamiento como en cualquiera otra de sus etapas. Indiqué que el mejor estudio que hizo la Edad Moderna sobre este tema fue el de Johann Eisenhart, “De usu principiorum moralium in jure civili condendo et interpretando”. La pretensión de Eisenhart era mostrar cómo las estrategias teleológicas de los *moderni*,⁴⁴¹ tales como Hobbes, Pufendorf, Locke, Gundling o Schmauß, que decían prescindir de la conciencia en nombre de un desarrollo lógico o matemático desde un *principium unicum*, era inanes en la realidad. La praxis lleva a modificar algunos principios, no todos, pero esto es así porque existía un ‘super-principio’ que ordena constantemente: “obra racionalmente”.⁴⁴² Y junto a este *Oberprinzip* estaban operantes todos aquellos otros principios que dan a la categoría de la praxis su razón de ser: porque la actuación práctica (adjetivo que deriva de praxis) no consideraba —al modo técnico o poético— un fin último que debiera ser alcanzado incondicionalmente, sino que tenía igualmente presentes los principios primeros que constituían la bondad sin más, y al margen de los cuales no hubiera tenido sentido la alteración de la ley natural. Los medievales eran muy conscientes de la falta de sentido práctico de decir “no mates para...” o “no mientas para...”. Solamente cuando la praxis devino teleología estratégica⁴⁴³ (lo que sucedió por primera vez con Thomas Hobbes de forma acabada) fue necesario recordar esta verdad.

El derecho natural era la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas* y era, al mismo tiempo, “Aquello que siempre es bueno y equitativo”. El poder político, con sus inevitables relaciones de dominio, se opone a la igual libertad de todos, por lo que ‘es contrario’ al derecho natural, y lo mismo sucedía con otras instituciones tenidas entonces por irracionales, como los testamentos (porque nadie puede disponer de sus bienes una vez muerto) o inmorales, como la *praescriptio*, la *usucapio*, o la tolerancia de la prostitución,

⁴⁴¹ Sobre esta teleología, véase Dufour, *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, París, PUF, 1991, p. 123.

⁴⁴² A esta realidad parece referirse Tomás de Aquino cuando escribe que “Est tamen attendendum quod quia rationes rerum mutabilium sunt immutabiles, sic quicquid est nobis naturale quasi pertinens ad ipsam hominis rationem, nullo modo mutatur, puta hominem esse animal. Quae autem consequuntur naturam, puta dispositiones, actiones et motus mutantur tum in paucioribus. Et similiter etiam illa quae pertinent ad ipsam justitiae rationem nullo modo possunt mutari, puta non esse furandum, quod est injustum facere”. *Com. Eth...*, cit., § 1029.

⁴⁴³ Esta terminología puede desconcertar al lector. Pero piense que la Modernidad (ya la refiramos a Hobbes, Locke o Schmauß), propuso *constructos* teleológicos en los que las conductas eran calificadas moralmente según tendieran o no a un fin último. Componían —según la terminología algo tremenda de los sociólogos actuales— ‘estrategias teleológicas’.

pero que, sin embargo, son útiles a todos.⁴⁴⁴ En consecuencia, “Lo que siempre es bueno y equitativo y amigo del género humano” tenía que ser recordado o modificado a fin de hacer posible la vida humana; sabemos que se trataba de una derogación parcial del derecho natural que ha sido operada por el derecho de gentes, ese orden normativo que, más ajustado a las necesidades reales de la convivencia humana, justifica la tolerancia jurídica de la prostitución o el fraude tolerable en los contratos, según explicaba nuestro máximo escolástico, Francisco Suárez.⁴⁴⁵

Estas explicaciones quedaron mejor aclaradas en el siglo XVI, que es el primer momento en la historia en el que los juristas reflexionan expresamente sobre los fundamentos del derecho y de la ciencia jurídica. Los juristas siguen entendiendo que el derecho natural y la justicia constituyen una participación del hombre en el conjunto de la naturaleza, de modo que la actividad verdaderamente racional es aquella que hace que el hombre no pierda su lugar en la creación: el ser humano es un momento de lo creado. Esta forma de entender las relaciones del hombre con el mundo —relaciones desde las que se deben extraer las normas de su comportamiento— hizo que el sector romanista de los juristas no se adscribiera a la corriente *racionalista* en el derecho que se insinúa ya en el siglo XVI. El hombre es una criatura más y, dado que el derecho natural es también *Quod natura omnia animantia docuit*, estos juristas atienden más a las realidades específicamente humanas, aunque sean comunes con los animales, que no a postulados y razonamientos pretendidamente fundamentadores de la ética. Juan Bolognnetus, Diego de Covarrubias, Miguel de Ulzurum o Andrés de Exea, entre otros, en el siglo XVI, mantuvieron que la actividad humana era medida por la realidad, y no al revés.

⁴⁴⁴ Véase mi artículo “Los escolásticos sobre la prostitución”, *Anuario de Derechos Humanos* (Universidad Complutense), 7, t. I (2005), pp. 217-263.

⁴⁴⁵ “Pero quiero añadir que entre el derecho de gentes y el derecho natural hay una diferencia, y es que el derecho natural no sólo manda las cosas buenas, sino que además prohíbe las malas, de tal manera que no permite ninguna de ellas; en cambio, el derecho de gentes puede permitir algunas cosas malas, como observó Juan de Matienzo. Esto parece tener lugar sobre todo en el derecho de gentes que en realidad es civil, pero que se llama derecho de gentes por la semejanza y coincidencia entre los pueblos. Según esto, de la misma manera que en el derecho civil se permiten algunos males, así también pueden permitirse en el derecho de gentes, ya que la misma tolerancia puede ser tan necesaria dada la fragilidad y la naturaleza de los hombres y de las cosas que casi todos los pueblos coinciden en admitirla: tal parece ser la tolerancia de las mujeres públicas y del engaño en los contratos con tal de que no sea excesivo, y de otras cosas semejantes”. *Tractatus... cit.*, trad. de J. R. Eguillor, libro II, capítulo XX, artículo XX, § 3.

I. EXPLICACIONES RENACENTISTAS SOBRE LA NOCIÓN DEL DERECHO NATURAL

Juan Bolognettus, al que no hay que confundir con su hermano Alberto, el autor del *De lege, jure et aequitate disputationes*, quizá el primer tratado de filosofía del derecho que ha existido, entiende que la definición de Ulpiano según la cual el derecho natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, es correcta y, si hay discusiones sobre ella, “Tales confusiones se deben a la ignorancia de los doctores”.⁴⁴⁶ En realidad, “El derecho natural, en su sustancia, es común a todos los animales”, pero sucede que “Posteriormente, las formas de usarlo y de conservarse los individuos y de perpetuarse los géneros son diversas”. Esto es así “Porque los peces se conservan en el agua de un modo, de otro modo las plantas y las piedras, y de forma distinta los hombres, quienes, con su razón, y con el uso de su intelecto, conservan los individuos y perpetúan el género”.⁴⁴⁷ Y como el modo de participar cada ser en esta ley natural es distinto, porque los irracionales siguen necesariamente sus inclinaciones, pero los hombres disponen de razón, Juan Bolognettus declaraba que existe un “Derecho natural de los hombres que se fundamenta en un precepto de la naturaleza que no es común a todos los animales, y que se llama con más propiedad derecho natural de los hombres”.⁴⁴⁸

Diego de Covarrubias sigue la doctrina de Juan de Torquemada, al que se remite expresamente, y entiende que materialmente (*materialiter*) todas las inclinaciones naturales comunes a hombres y animales constituyen derecho natural, pero formalmente (*formaliter*, esto es, “en cuanto a la razón del derecho”) solo se puede hablar de derecho natural en los hombres.⁴⁴⁹ Miguel de Ulzurum, uno de los llamados a colaborar en el primer volumen del *Tractatus universi Juris*, entiende que “Aunque la ley natural en la que participan las criaturas irracionales, puede ser llamada con propiedad ley”,⁴⁵⁰ el derecho natural no se manifiesta del mismo modo en los animales y en

⁴⁴⁶ *In eam Pandectarum Partem...*, cit., ley 1a., D, de acq. pos., § 280, p. 210 de esta edición.

⁴⁴⁷ “Jus naturale in sua substantia sit commune omnibus animantibus... postea modos eo utendi, et conservandi individua, et perpetuandi genera dicitur esse diversas... alio modo se conservant pisces in aqua, alio modo aves in aere, alio modo plantae et lapides, et alio modo homines, qui cum ratione, et discursu intellectus conservant individua et perpetuant genera”. *Idem*.

⁴⁴⁸ *Idem*.

⁴⁴⁹ *Relectio in Regulam Peccatum*, Salamanca, 1578, § 4.

⁴⁵⁰ “Illa lex naturalis, quae participat irrationali creaturae proprie dicitur lex”. “Tractatus regimini mundi”, *Tractatus universi Juris*, Venecia, 1584, vol. I, pars I, *quaestio* 3, § 22.

los hombres,⁴⁵¹ sino que tal derecho, “Dado que los animales son distintos, inclina a aquellos que son diversos a [operaciones] diversas”.⁴⁵² Andrés de Exea dice explicar este tema “De un modo más filosófico”.⁴⁵³ El derecho natural, según Exea, se proyecta sobre *omnia animalia* a través de las potencias sensitivas, y por este hecho pertenecen al derecho natural la unión del marido con la mujer, rechazar la violencia con la violencia, etcétera. Pero el hombre posee una ley natural más amplia que la de los animales, gracias a la razón, ya que mediante ésta, los hombres somos capaces de comprender que hay que obedecer a los padres o devolver el bien con el bien,⁴⁵⁴ cosas que no pueden comprender los otros seres naturales.

Lo que el derecho natural demanda del hombre se reconoce también a través de sus apetitos y tendencias naturales, analizando las necesidades humanas de forma inductiva. El derecho natural no es una construcción racional, al modo moderno, para el que el hombre es solo una ‘esencia racional (*vernünftiges Wesen*), que ha de seguir las leyes de la racionalidad pura. De todos modos, la discusión, ya secular en el siglo XVI, entre los partidarios de entender el derecho natural como aquello *Quod natura omnia animalia docuit*, y los que querían ‘racionalizar’ este derecho, llevó a un cierto endurecimiento un tanto unilateral de las actitudes.

II. EL DERECHO NATURAL COMO UNA REALIDAD RACIONAL

Hablo de unilateralidad y de rigidez en los planteamientos, porque Alberto Bolognnetus, entre otros muchos, reducía exclusivamente el derecho natural a los *prima principia* de la razón práctica.⁴⁵⁵ La *ratio* que considera A.

⁴⁵¹ “Jus naturale non consistere uniformiter in omnibus animantibus rationalibus et irrationalibus”. *Tractatus...*, *cit.*, pars II, q. 3, § 7.

⁴⁵² “Sicut diversa animalia [sunt], inclinat diversos ad diversa”. *Tractatus...*, *cit.*, pars I, q. 3, § 7.

⁴⁵³ “Et licet circa obligationes illius Juris diversi modo sentiat: ego tamen philosophalius distinguet”. *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 121.

⁴⁵⁴ *Idem*.

⁴⁵⁵ “De lege, jure et aequitate disputationes”, *Tractatus universi Juris*, *cit.*, vol. I, cap. 3, § 11. Explicaba más extensamente su doctrina cuando escribía que “At nos in presentia dum speculativas cum practica comparamus, hanc similitudinem consideramus in eo tantum, quod proxime dictum est. Quemadmodum enim speculativus intellectus, unde scientiae illae procedunt, habet communes quasdam notiones, ut totum esse majus sua parte, si ab aequalibus aequalia demus, aequalia remanere, Paria uno tertio inter se quoque paria esse: sic etiam intellectus practicus, unde oritur nostra Juris scientia, communis quasdam nobis suggerit principia, aequae itidem indemonstrabilia, quae proxime commemoramus”. *Op. cit.*, capitulus V, § 5.

Bolognettus es aún una *ratio* tradicional, una razón que es tal y tiene fuerza normativa por ser una participación del hombre en la razón divina, y los animales no participan, evidentemente, en la razón de Dios.⁴⁵⁶ Los *theoremata practici intellectus* (como él llama a estos primeros principios) han sido manifestados a los hombres por Dios naturalmente, por lo que constituyen una realidad más divina que humana.⁴⁵⁷ Recordemos que esta razón tradicional entiende que el derecho natural está constituido únicamente por unos *prima principia* evidentes a todos los hombres, como el que ordena cumplir lo pactado o el que condena el enriquecimiento injusto.

Este tipo de razonamientos que ejemplifico en Alberto Bolognettus destacan, ciertamente, la razón última de la exigibilidad de los principios del derecho natural en el marco de aquella filosofía, a saber: su origen divino. Pero esta clase de argumentos que mencionan únicamente los *prima principia* de la razón práctica como el contenido exclusivo del derecho natural presentan a este derecho como una actividad o realidad exclusivamente racional; esto es, únicamente cognoscible ‘en’ la razón, y aunque esto no es falso, no por ello deja de ser verdad que el hombre apenas conoce unos pocos principios, más bien vacíos por formales, si atiende únicamente al contenido de su razón; debe volver su mirada, si es que pretende comprenderse a sí mismo, hacia todas las vertientes o facetas de él mismo, en lo que se da en llamar su ‘naturaleza’, en la que muchas tendencias las posee en común con los animales, y no se descubren en la razón, aunque esta las conozca y las reconozca regulándolas. Este problema lo entendió Tomás de Aquino de forma más completa, pero el siglo XVI, momento de gestación del racionalismo moderno, solo toleraba, incluso en los ámbitos académicos romanistas, explicaciones simplemente *racionales*, como la de Alberto Bolognettus.

De acuerdo con este racionalismo incipiente, en la segunda mitad del siglo XVI la doctrina del derecho natural sufre, de la mano de los juristas romanistas, un proceso de concretización: entonces es cuando triunfa la tesis (ya proclamada en el siglo XIII por Pedro de Bellapertica) según la cual las instituciones creadas por los hombres ante las necesidades en la historia constituyen derecho natural.⁴⁵⁸ Aún Pedro de Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda y dos de los civilistas españoles más importantes del siglo XVI,

⁴⁵⁶ Albertus Bolognettus escribía que “Non nisi solis hominibus inesse rationem dicere possumus ... facit haec participatio, ut non tantum eadem illa regantur divina ratione, sed ut inde propriam rationem moventem assumant divinae quidam persimilem, sed essentia tamen ab ipsa distinctam”. *De lege...*, cit., cap. V, § 10.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, cap. VII, §§ 1 y 3.

⁴⁵⁸ Sobre este tema, véase el estudio de Megías, J.J., *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994.

Antonio Gómez y Gregorio López, conciben al derecho natural simplemente como un conjunto de principios ético-jurídicos fundamentales.⁴⁵⁹ Sin embargo, Martín de Azpilcueta y Diego de Covarrubias ya representan una actitud parcialmente distinta. Azpilcueta mantiene que “El derecho natural es aquello que resulta evidente al hombre o lo que se deduce de ello de una manera evidente”.⁴⁶⁰ Covarrubias, que, como jurista del *jus commune* que es, recoge fragmentos de tesis romanas y medievales contradictorias,⁴⁶¹ explica que el derecho natural abarca tanto “Los principios conocidos por los hombres mediante la luz natural [de la razón], como las conclusiones que se deducen necesariamente de estos principios”:⁴⁶² una tendencia que llegará a su cima con Francisco Suárez, en los primeros años del siglo XVII.

Estos autores entienden que la fuerza vinculante de los *prima principia* que se encuentran naturalmente en la razón procede del hecho de que la razón humana es, al mismo tiempo, una *lex divina*, como explica Fortún García,⁴⁶³ una *lex* que forma parte de la ley eterna de Dios.⁴⁶⁴ Alberto Bolognietus, igualmente, declara que el derecho natural no es una excogitación de la razón humana, esto es, una obra del hombre.⁴⁶⁵ Citando a Tomás de Aquino, escribe que “La ley natural no es otra cosa que una impresión de la razón divina, con cuya sola comunicación todas las cosas asumen aquella fuerza innata gracias a la cual siempre apetecen aquello que es bueno según su naturaleza y se dirigen hacia sus fines propios”.⁴⁶⁶ Es una realidad que, aunque

⁴⁵⁹ Belluga, *Speculum principis*, Bruselas, 1655, pp. 210 y 493; Sepúlveda, *Demócrates primero o Diálogo sobre la compatibilidad entre la milicia y la religión cristiana*, trad. de A. Losada. Madrid, CSIC, 1963, p. 165; Gómez, *Variae Resolutiones Juris civilis communis et regii omnis tribus distinctae*, Madrid, 1768, vol. I, cap. 9, § 27 y vol. I, cap. 10, § 11; López, *Glosa al Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1848, glosa núm. 1 a partida 3, título 18, ley 31.

⁴⁶⁰ “Jus naturale est quod per se notum homini, aut ex per se notis infertur”. *Opera*, edición de Lyon de 1595, vol. I, p. 490.

⁴⁶¹ A lo largo de los cinco primeros párrafos del epígrafe 11 de la *Relectio in Regulam Peccatum*, este autor hace referencias frecuentes a supuestos estadios históricos que ha pasado la humanidad. En conjunto, resulta una doctrina que parece una mixtura de las ideas medievales de Bártolo y Baldo con teorías poco precisas acerca de la condición del hombre antes y después del pecado de Adán.

⁴⁶² “Ut principia lumine naturali a hominibus cognita, et conclusiones, quae ab eisdem principiis necessario deducuntur”. *Relectio in Regulam Peccatum*, *cit.*, epígrafe 11, § 4.

⁴⁶³ “De ultimo fine Juris canonici et civilis”, *Tractatus Universi Juris*, *cit.*, vol. I, § 467.

⁴⁶⁴ *De ultimo fine...*, *cit.*, § 126.

⁴⁶⁵ “Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingenii excogitatum neque fictum aliquod esse populorum, sed aeternum quoddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia”. *De lege...*, *cit.*, cap. 3, § 3.

⁴⁶⁶ “Lex vero naturalis nihil aliud est, ut divus Thomas declarat, quam divini numinis impressio, cujus solius communicatione res omnes innatam illam vim assumunt, qua bonum

humana porque reside en el hombre, es de origen y naturaleza divinas, ya que la ley natural no puede ser distinta de la ley eterna de Dios.⁴⁶⁷ Lo mismo mantiene Miguel de Ulzurrun, aunque este autor acentúa fuertemente el carácter imperfecto y corrompido de la razón humana,⁴⁶⁸ y esta corrupción que ha experimentado nuestra razón hace que esta deba ser llamada “Más una corrupción que no una razón”.⁴⁶⁹ En consecuencia, Ulzurrun se ve forzado a acentuar el carácter divino de la ley natural, de forma que esta deja de ser en cierto modo una realidad humana y se confunde, más bien, con la ley eterna divina.⁴⁷⁰ Como realidad suprahumana que es, no está apenas al alcance de los hombres, y estos deben aceptar los *prima principia* que constituyen el derecho natural —escribe Ulzurrun polémicamente— sin la pretensión de conocer su necesidad racional⁴⁷¹. Por tanto, el derecho natural es algo bueno y santo exclusivamente porque procede *Ex rationabile Dei voluntate*, y “Nadie, excepto Dios mismo, puede indagar en la razón y en la voluntad divina, o lo que es lo mismo, en la ley divina”.⁴⁷²

III. EL DERECHO NATURAL Y LAS TENDENCIAS NATURALES DEL HOMBRE

La *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*, expresiones máximas de la libertad e igualdad de los hombres, siguen presentes, en tanto que parte esencial del núcleo del derecho natural, también en los juristas del siglo XVI.⁴⁷³ Fernando Vázquez de Menchaca escribía que “Yo entiendo que

semper aliquod suapte natura appetunt, atque ad proprios fines diriguntur”. *Ibidem*, cap. 3, § 8.

⁴⁶⁷ “Lex naturalis non prorsus dici possit essentia ab aeterna lege diversam, ac separatam habere; immo enim pars ipsius est, ab illa sola pendet, et promanat, ab illa denique vim, et robur omne suum assumit”. *Idem*.

⁴⁶⁸ “Ratio humana non potest participari dictamen rationis divinae, quae est lex naturalis, sed suo modo et imperfecte”. *Tractatus...*, *cit.*, pars I, *quaestio* 4, § 37.

⁴⁶⁹ “Potius corruptio quam ratio”, *Ibidem*, *quaestio* 3, § 21.

⁴⁷⁰ *Idem*.

⁴⁷¹ *Ibidem*, *quaestio* 3, § 4.

⁴⁷² “Nullus potest investigare ratione divina, ita nec ejus voluntate, sive legem divinam, nisi ipse Deus”, idea que completa añadiendo que “Sicut enim in speculativa ratione ex principiis indemonstrabilibus naturaliter cognitis produciuntur conclusiones diversarum scientiarum... ita etiam ex praeceptis legis naturalis, quasi ex quibusdam principiis communis et indemonstrabilibus”. *Ibidem*, *quaestio* 4, § 20.

⁴⁷³ J. W. Gough resume estos influjos en los propios del aristotelismo que irrumpió a partir del siglo XIII, y a la influencia de la *lex regia*. Véase *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, Oxford, 1963, p. 37.

han existido tres épocas. En la primera, al comienzo del mundo, no existían gobernantes, ni jueces, ni magistrados, ni leyes escritas. En la segunda, existieron gobernantes, pero aún sin leyes escritas. Finalmente, aparecieron las leyes escritas y las costumbres y usos de cada región”.⁴⁷⁴ La primera etapa, supuestamente histórica, en la que no existían jueces, ni poder político, ni leyes escritas, es llamada por lo general *aetas aurea*.⁴⁷⁵ Diversos autores coinciden en describirla como un estado idílico⁴⁷⁶ en el que no existía la propiedad privada ni el matrimonio,⁴⁷⁷ y en el que todos los hombres eran igualmente libres.⁴⁷⁸

En efecto, los juristas medievales siguieron la declaración de Florentino contenida en Digesto 1, 1, 4, 1: *Servitus est constitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur*. En consecuencia, cuando los hombres vivían ‘según la naturaleza’, es decir, rigiéndose solamente por la equidad

⁴⁷⁴ “Dico ergo tria fuisse tempora, primum a primordio mundi quando nec erat principes nec iudices aut magistratus, nec leges scriptae; alterum quo esse coeperunt principes non dum tamen erant leges scriptae; ultimum quo et leges scriptae vel etiam mores et consuetudines regionum particulares coeperunt”. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 70, § 5.

⁴⁷⁵ “Et talis aetas vocabatur aetas aurea”. Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 119. “Nam quum primum humanum genus proditum fuit, vigit aetas illa aurea tam a Philosophis et Sanctis laudata”. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 32. Acerca de cómo la Modernidad entendió la igualdad en el *status nature*, véase Wernher, H. L., *De aequalitate hominum in statu naturali*, Lipsiae, 1708. Para una visión más de conjunto, véase mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII”, ya cit.

⁴⁷⁶ Fernando Vázquez escribía: “Qua aetate ineunte homines inter se tam innocenter vitam degebant, quam equi inter se aut tauri inter se... Sic ergo et in specie nostra, quandiu durabat aetas illa felix aurea, tandiu homines inter se quum essent innocentissimi nullo principatu aut Jurisdictione inter se egebat aut utabantur, quia eo opus non erat quo tempore improbi sane non erant aut rarissimi erant, is principatus eave Jurisdictio necessaria minime erat; sic quae eo tempore bella nulla fuisse, quinimo nec belligerandi occasionem ullam fuisse testatur eleganter Boetius...”. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 32. Lo mismo viene a decir Francisco Conan: “Primi homines, rudes illi et agrestes... Nulla tum furta, nulla caedes”. *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 4, § 4. En el mismo sentido Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 119.

⁴⁷⁷ Sobre la propiedad privada, véase Exea, *Liber pactorum...*, cit., pp. 119 y 120; Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 6, §§ 8 y 10; Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 4, § 2; Covarrubias, *Relectio in Caput. Alma Mater, sub titulo de sententia excommunicanda, ad modum breves commentarii*. Salamanca, 1577, 3a. parte, al comienzo, § 5. Respecto de matrimonio, véase Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 317.

⁴⁷⁸ En consecuencia, no existían entonces las *servitutes*. Véase Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 82, § 1, entre otros muchos lugares; Covarrubias, *Relectio in Regulam Peccatum...*, cit., § 11, § 3; Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 5, §§ 6-8; Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 118. Un estudio monográfico, más tardío, fue el de Alethinus Libertus (Peter Ahlwardt), *Vernünftige Gedancken von der natürlichen Freyheit so wohl überhaupt, als auch in sofern selbige Gott und den Menschen zugeeignet werden müsse*, Leipzig, 1740.

natural, la esclavitud era desconocida. Pero no extrajeron consecuencias prácticas decisivas desde esta doctrina. Algunos autores del siglo XVI se limitan también con afirmar que la esclavitud no existió en ‘aquella primera edad’, sin aducir ningún motivo especial (así procede Andrés de Exea) o porque los hombres no tenían afán de poder (*nulla regnandi libido erat*), como declara Francisco Conan.⁴⁷⁹ Sin embargo, Fernando Vázquez de Menchaca extrajo por primera vez en la historia desde este *prius* que hasta entonces había sido entendido de forma meramente temporal, una regla fundamental del derecho natural: todos los hombres son igualmente libres, y la única sumisión legítima que puede existir es la que se origina en el propio consentimiento.⁴⁸⁰ En consecuencia, la única obligación sancionada por el derecho natural es aquella que se origina por la propia voluntad.⁴⁸¹ Erigió a la *naturalis obligatio* en el prototipo de todo deber en el derecho.

En esta Edad de Oro, en la que no existía aún ningún derecho de origen humano, los hombres se habrían regido por el *jus naturale*.⁴⁸² Este derecho no se limita, en los autores a que ahora aludimos, a los principios ético-jurídicos más elementales cognoscibles en la *recta ratio*, sino que se dilata mucho más ampliamente. Así, Albertus Bolognnetus, al examinar las diversas acepciones del derecho natural que utilizaban los *jurisconsulti*, distingue entre “Los primeros principios indemostrables de lo justo y de lo injusto”, por una parte, y “Todo lo que era obligatorio al comienzo”, por otro lado.⁴⁸³ Esta *aetas aurea* hubo de tener un final, porque la sociedad actual, llamada generalmente sociedad civil, es muy distinta de aquella. Expresándonos en el lenguaje de la época, ¿por qué dejó el hombre de regirse por el derecho

⁴⁷⁹ Exea, *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 119; Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, *cit.*, liber I, cap. 4, § 4.

⁴⁸⁰ Sobre el poder político, véase *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 20, § 25; cap. 47, § 5. Del mismo autor, *De Successionibus et ultimis voluntatibus libri IX in tres tomos divisus*, Lyon, 1599, 2, 1, *praefatio*, § 15; 2, 1, *praefatio*, § 44; 2, 3, 30, 86, entre otros lugares.

⁴⁸¹ *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 10, § 18. Para un enmarque histórico, véase mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, *cit.*, pp. 38-49.

⁴⁸² Decius, Felipe, *In titulum, D, de regulis Juris*, Venetiis, 1590, p. 418: “Nam quoddam est Juris gentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, naturali ratione inductum, absque aliqua constitutione hominum”. Exea, *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 119: “Et talis aetas vocabatur aetas aurea, de qua aetate vigeabant sola illa principia naturaliter ab omnibus... Idea quicquid illa aetate servavatur, nos appellamus *jus naturale*”. Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, *cit.*, liber I, cap. 4, § 4: “Jure naturale videntur uti primi homines”. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 10, § 22: “Primo tempore vigeabat solum jus naturae quod gentium primaevum appellamus”. Dos estudios más tardíos que tratan monográficamente este tema son los Linsius, P., *De Statu naturali et legali*, Jenae 1614, y el de Jenichen, G. Fr., *Dissertatio de statu civium naturale*, Lipsiae, 1721.

⁴⁸³ *De lege...*, *cit.*, cap. 20.

natural y creó el derecho de gentes, que legitima cosas tan odiosas a la razón natural como la esclavitud o la propiedad privada, que es la causa de las guerras? Al contestar a esta pregunta, las respuestas de cada jurista son muy vacilantes, y contradictorias normalmente. Conan proporciona dos soluciones, no muy congruentes entre sí. La primera era la usual entonces, y consiste en afirmar que los hombres se corrompieron, por lo que al derecho natural sucedió una “Edad peor, que llamaron de hierro” (*peor aetas, quam vocaverunt ferream*), que se distingue de la anterior, fundamentalmente, en la creación de la sociedad política o civil con el fin de evitar injusticias.⁴⁸⁴ Pero, por otra parte, afirma que la creación de la sociedad civil fue el resultado de la ampliación de los lazos que unen a los hombres entre sí: “La primera sociedad que hubo fue el mismo matrimonio; la segunda, la de los padres con los hijos”,⁴⁸⁵ y mientras mantuvieron esta unión, los hombres, que “No habían deseado los lazos de afinidad o vecindad” vivían dispersos por los campos y selvas.⁴⁸⁶ Durante este tiempo se rigieron únicamente por el derecho natural: “El derecho natural es propio del hombre solitario”, y tal derecho solo alcanza a regir esta forma primitiva de organización social: *Nec ultra processit jus naturale*.⁴⁸⁷ Posterior y progresivamente, mediante las familias, amistades, vecindades y el comercio, que viene a concebirlos a modo de escalones a través de los que se ha constituido la sociedad, fue preciso promulgar leyes y administrar justicia.⁴⁸⁸

La primera solución apuntada por Conan, es decir, suponer que una corrupción inicial del hombre hizo necesaria la creación de la sociedad civil, fue la seguida masivamente por los juristas que no hacían profesión de fe aristotélica.⁴⁸⁹ Como la sociedad civil conlleva necesariamente la existencia de unos gobernantes, era preciso, ante todo, legitimar jurídicamente la figu-

⁴⁸⁴ *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 5, §§ 6-7. Un estudio tardío fue el de Menzius, Friedrich, *De prima imperii inter homines origine*, Altdorf, 1673.

⁴⁸⁵ *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 5, § 1.

⁴⁸⁶ “Nullum adhuc cognatorum aut vicinorum praesidium sibi quaesiverant... in montibus et sylvis dissipati”. *Ibidem*, liber I, cap. 4, § 4.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, liber I, cap. 5, § 1.

⁴⁸⁸ *Idem*. Estudios más amplios sobre este tema fueron los de Hertius, J. N., *De modis constituendi civitates*, Giessae, 1695; Krumholz, C. Fr. (o Krumbholtz), *Dissertatio de civitatum origine*. Jenae, 1711; Seidel, Chr. Fr., *De civitatum origine et summae maiestatis constitutione*, Lugduni Batavorum, 1718; Schmidt, Joachim E., *Exercitatio politico-historica de civitatis origine, civitatumque systemata*, Jenae, 1745.

⁴⁸⁹ Bajo la influencia de la *Suma teológica* de Tomás de Aquino, introducida por Francisco de Vitoria como texto fundamental de sus enseñanzas, el siglo XVI vio aparecer, por primera vez en la historia de Europa, un grupo numeroso de teóricos del derecho que seguían a Tomás. Parte de ellos son los teólogos que integran la Segunda Escolástica Española. Otros son juristas, españoles normalmente.

ra misma del poder político, en abstracto. No puede ser fundamentado en el derecho natural, pues según este derecho todos los hombres son igualmente libres, y las relaciones de jerarquización y subordinación que implica la vida política eran ‘desconocidas’ por él. Fernando Vázquez de Menchaca, reparando en esta última faceta, llega a mantener que toda organización política, en sí misma considerada, es opuesta y contraria al derecho natural. Esta forma de pensar estaba extendida en el siglo XVI de la mano de las teorías romanistas que hemos estudiado, y supuso una ruptura con las ideas aristotélicas acerca del origen y naturaleza de la comunidad política, que eran las aceptadas y seguidas por los teólogos españoles de esta época que integran el grupo conocido comúnmente como Segunda Escolástica Española.⁴⁹⁰ Sin llegar a una actitud tan extremada como la de Vázquez, otros juristas mantienen que el derecho que *introdujo* a la sociedad organizada políticamente es el derecho de gentes, que solía ser llamado también “derecho de gentes secundario”, para diferenciarlo del derecho de gentes primario o derecho natural.⁴⁹¹

Tenemos, pues, una inteligencia del derecho natural que lo concibe como un orden general de libertad que ha desaparecido cuando irrumpió el derecho de gentes, que introdujo el comercio, la construcción de edificios, la propiedad, que acaba con la posesión común de todas las tierras, las guerras, la esclavitud, el poder político, etcétera. Este *jus gentium*, tal como expuse a propósito de la ciencia jurídica medieval, representaba la instancia específicamente discursiva de la razón humana cuando esta tiene que superar las dificultades que plantea la convivencia. De hecho, Instituta 1, 2, 2 explica que el derecho de gentes ha sido creado o descubierto *Usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt*. Es, pues, o constituye, el conjunto de soluciones equitativas y razonables que los hombres han institucionalizado para resolver las cuestiones que plantea la vida en común.

⁴⁹⁰ “Denique hanc artificialem defensionem, quae per modum principatus aut Jurisdictionis contigit, non solum non esse de jure naturali aut gentium primaevum, sed potius naturali et gentium primaevo adversari vel illinc intueri licet, quod illis iuribus inspectis omnes homines plenissima libertate utabantur, potiebantur, gaudebant, fruebantur. Nec dubium est quin principatus et Jurisdictio hic omnimodae libertate aliquantulum adversetur, non secus quam quaedam servitus, quam iuri naturae adversari”. *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 41, § 37.

⁴⁹¹ Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, *cit.*, liber I, cap. 5, § 2. Según este jurista, el derecho de gentes se diferencia del derecho natural, entre otras cosas, porque el derecho de gentes es el derecho del “Homo in societate implicatus”. *Cfr. idem*. Exea escribe: “Et ex hoc jure gentium secundario fuerunt inventi magistratus... unde obligationes, quae de jure gentium non exercebantur in invitum, coeperunt exerceri invitum, non quidem per viam actionis, sed per officium superioris manu regia, sine aliqua iudiciali solemnitate; quia tunc nec actiones erant inventae, nec iudicia”. *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 125.

El resultado de este discurso de la razón humana, provocado *Usu exigente et humanis necessitatibus*, ¿fue considerado en el siglo XVI como un sector del derecho natural? Ya indiqué que si pretendemos responder contundentemente a esta pregunta entramos en el caos, porque las confusiones y contradicciones que encontramos en su momento entre los juristas bajomedievales continúan también durante este siglo. En plena contradicción con lo indicado pocas páginas antes, Pedro de Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda y Gregorio López identificaron el derecho de gentes con el derecho natural. El pensamiento de Covarrubias es más complejo.⁴⁹² Otros juristas, tales como Felipe Decius, Andrés de Exea, Mariano Socinus y Juan Bolognettus, mantienen que, fuera de los *prima principia* de la razón práctica, solo existe un derecho de gentes secundario, que es un derecho de origen humano.⁴⁹³ Luciano Pereña, al estudiar esta época, mantiene que la mayor parte de los juristas españoles del siglo XVI entendieron al derecho de gentes como derecho humano o positivo.⁴⁹⁴

La mayor parte de los juristas no estuvieron en todo momento a la altura que demandaban las circunstancias: sus argumentaciones aparecían ya entonces obsoletas. En estos años del siglo XVI, algún autor español, como Fernando Vázquez de Menchaca, y varios juristas alemanes —baste pensar en Hemming, Winckler y, más matizadamente, dada su talla singular, en Johannes Oldendorp— estaban hablando por primera vez en la historia del *jus naturale* como una virtualidad jurídica de aplicación inmediata a los problemas jurídicos cotidianos. En consecuencia, era exigible un esfuerzo universitario que explicara los fundamentos, alcance y límites del novedoso derecho natural, y los motivos por los que recurrían al *jus naturale* en lugar del viejo *jus civile*. Pero este esfuerzo, como veremos más adelante, fue desarrollado por una minoría de juristas: Francisco Conan, Gregorius

⁴⁹² Belluga, *Speculum...*, cit., p. 210; Sepúlveda, *Del reino y de los deberes del rey*, cit., § 19; López, glosa 1 a partida 3, título 18, ley 31; Covarrubias, en la *Relectio in Regulam Peccatum*, § 3, parece seguir una opinión de Santo Tomás, según la cual el derecho de gentes se diferencia del derecho natural *simpliciter* en que este considera a las cosas *absolute*, y el derecho de gentes con referencia a algún hecho determinado, es decir, *secundum quid*. Sin embargo, L. Pereña afirma que tal derecho, en la obra de Covarrubias, tiene una naturaleza positivo-humana, y que se fundamenta únicamente en el consentimiento de los hombres. Cfr. “La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español del siglo XVI”, *Acta Salmanticensis*, I, § 2 (1954), p. 161.

⁴⁹³ Decius, *In titulum, D., de regulis Juris*, cit., p. 418; Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 125; Bolognettus, J., *In primam Codicis partem*, cit., p. 72; Socinus, *Commentaria super nonnullis infortiati titulis*, Venetiis, 1593, p. 64.

⁴⁹⁴ Pereña, *La génesis suareciana del “jus gentium”*, incluido como estudio preliminar en la edición crítica del *De legibus*, IV, de Francisco Suárez, CSIC “Corpus Hispanorum de Pace”, pp. XIX-XXXV. Aquí examina las teorías de unos cincuenta juristas españoles de la época.

Tholosanus o Hugo de Roy constituyeron excepciones a lo que fue la tónica común. La mayor parte de los juristas romanistas siguieron repitiendo algo anacrónicamente el esquema derecho natural —derecho de gentes que deroga al derecho natural—. Baste pensar en David Mevius, aún en 1686.⁴⁹⁵ Ulricus Huber, el gran campeón casi en solitario de la democracia, en tanto que régimen político que —según él— mejor se adecua a la dignidad humana, seguía explicando, en el último tercio del siglo XVII, al derecho natural como los principios que se conocen sin raciocinio, y al *jus gentium* como aquellas instituciones que fueron introducidas “Porque las exigían el uso y las necesidades”.⁴⁹⁶

Se podría decir que los juristas romanistas no supieron explotar adecuadamente las virtualidades del derecho de gentes; es decir, esa instancia al mismo tiempo práctica y pragmática, creadora de la mayor parte de las instituciones jurídicas fundamentales, y se limitaron a repetir una doctrina que ya entonces aparecía anticuada. Por contra, toda la época, transida del espíritu crítico propio del Renacimiento, demandaba originalidad.

Esta corriente propiamente jurisprudencial (entonces, y a lo largo de la Edad moderna los jurisprudentes eran los investigadores del derecho romano y del *jus commune*), no cayó sin combatir. Las derogaciones del derecho natural, con su sorprendente mutabilidad y adaptabilidad, es quizá el tema que hoy más llama la atención. Dilthey no duda en decir que Giambattista Vico ha sido el primero en la historia que mantuvo la posibilidad de una ley o derecho natural variable, pero esta afirmación de Dilthey solamente se sostiene en la ignorancia tradicional que los filósofos han disfrutado sobre la historia del pensamiento jurídico. El esquema de derecho natural —derecho de gentes— derecho civil, con las modificaciones que cada uno de estos ordenamientos aportaba al anterior, estuvo vigente en las universidades desde los inicios del *jus commune* hasta casi el siglo XIX, fundamentalmente en las universidades de las zonas católicas. Vico no era más que el continuador tardío de una cadena de pensamiento que encontró sus primeras explicaciones en términos abstractos en el siglo XVI, con los Bolognettus, Hopper, Connan, Oldendorp, y en el siglo siguiente con Conring, Hugo de Roy y —entre otros— Johannes Althusius. La *Dicaeologia* de este último filósofo del derecho constituye, para el autor de estas líneas, el compendio más extenso y claro de las categorías principales del derecho común.

⁴⁹⁵ *Nucleus Juris naturalis et gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1686, *inspectio* II, § 1.

⁴⁹⁶ *De jure civitatis libri III*, liber I, cap. IV, § 1. Utilizo la edición tardía de Francofurti-Lipsiae de 1752.

CAPÍTULO QUINTO

LA CRISIS DEL DERECHO COMÚN

Los últimos decenios del siglo XVI, y todo el siglo XVII, constituyen el momento en el que se rompe la imagen, hasta entonces unitaria, que el hombre occidental poseía de sí mismo, y la cultura se fragmentó en sectores que dependieron fundamentalmente del dominio religioso. Aparece una cultura específicamente protestante,⁴⁹⁷ que no se limita a los modos de vestir y de comportarse, sino que exige una ciencia jurídica que sea distinta de la tradicional. En general, todo el pasado cristiano, dado que había sido católico, debía ser superado. Los reformadores entendieron que el siglo XVII ha sido el momento escogido por la Providencia divina para arrojar sobre el mundo la luz de la razón.⁴⁹⁸ Veamos algunos jalones de la crisis de la ciencia jurídica tradicional y de su sustitución por la nueva forma de argumentar.

I. LAS QUEJAS DE LOS HUMANISTAS Y LA CRISIS DEL DERECHO

Los juristas de los siglos XI-XV, glosadores o comentadores, tropezaron, a la hora de escribir, con la carestía del pergamino o del papel sobre el que escribían. Desde los primeros tiempos de la jurisprudencia medieval los juristas desarrollaron un estilo literario propio, que consistió en un latín sencillo y no siempre correcto, expuesto en abreviaturas taquigráficas. Si el lector actual no dispone de un diccionario de estas abreviaturas, lo escrito por estos juristas le resulta ininteligible. En cualquier caso, resulta chocante para un latinista. Los humanistas de los siglos XV y XVI hicieron del idioma la ocupación científica fundamental. No solo aprendieron griego —desconocido por lo general por los juristas— y hebreo, sino que estudiaron a fondo la literatura romana a fin de dominar el latín, cosa que, desde luego, lograron. Lógicamente, los juristas de los siglos XI-XV aparecieron ante

⁴⁹⁷ Véase el estudio de Álvarez Caperochipi, J. A., *Reforma protestante y Estado moderno*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 19-69.

⁴⁹⁸ Véase mi estudio *La modernidad jurídica y los católicos*, cit., pp. 397 y ss.

ellos como unos bárbaros, cuyo éxito solo fue explicable (según estos humanistas) por el entorno pretendidamente semisalvaje en el que habían vivido y trabajado. El idioma fue, quizá, el factor fundamental de cisura entre la Baja Edad Media y la Edad Moderna, al menos, en su primer momento.⁴⁹⁹ Era preciso volver la mirada hacia la antigüedad romana.

Si estos *grammatici* estudiaron a fondo la Antigüedad clásica fue porque entendieron que la Antigüedad había representado una etapa de absoluta superioridad cultural y, en consecuencia, moral. Lógicamente, en lo que se refiere al derecho, su empeño estuvo dirigido a rehabilitar y conocer mejor el derecho romano. Esto requiere una breve explicación. El jurista medieval había visto en el Corpus Juris un ‘regalo de Dios’ —por usar una expresión de aquella época— que, en muy buena medida, encarnaba la *ratio scripta*; solía ser consciente de que él no era capaz de superar lo contenido en el Digesto y en la Instituta y, dirigió su esfuerzo a aplicar lo contenido en estos libros a la realidad en la que él vivía. En la aplicación del texto romano, cada jurista aportaba algo nuevo que acrecentaba lo contenido en el Corpus Juris. Con el transcurso del tiempo, los comentarios de los juristas medievales adquirieron un volumen mayor que el del propio derecho romano y, como es natural, en las universidades se estudiaban los añadidos de Accursius, Azo, Odofredo o Bártolo, que se fundamentaban, más o menos próximamente, en el texto estrictamente romano. Los humanistas, en su acentuado desprecio por lo medieval, se escandalizaron no solo del *stile pedestre* de los juristas, como denunciaba Petrarca, sino del hecho de que el derecho romano había sido sustituido por una ciencia jurídica bárbara. “Non possum sine dolore magno —escribía Maffeo Veggio— dicere eo deventum esse ut plus fidei adhibeatur Cynus vel Bartholo quam Scaevola aut Papiniani aut Juris consultorum”. Lorenzo Valla, siempre en insultos contra los medievales, recomendó un mejor conocimiento de las lenguas clásicas a fin de conocer en su pureza el derecho de Roma, y él mismo comenzó la investigación filológica e histórica del derecho romano.⁵⁰⁰ De este modo, desapareció del horizonte universitario de los *cultiores* la jurisprudencia anterior, y todo el esfuerzo se volcó en conocer directamente los textos romanos.

Muchos juristas en los que prevaleció más la faceta de historiadores o filólogos comenzaron a depurar la compilación de Justiniano sobre la base normalmente del manuscrito de Florencia. Los primeros juristas que de-

⁴⁹⁹ Véase mi estudio “«Mos italicus», «mos gallicus» y el humanismo racionalista”, *Jus Commune* (1977), pp. 121 y ss. Una obra clásica sobre este tema sigue siendo la de Chiappelli, L., “La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI”, *Archivio Giuridico*, XXVI (1881), pp. 295-322.

⁵⁰⁰ Sobre estos extremos, véase mi estudio “«Mos italicus...»”, *cit.*, p. 121.

mostraron conocer a fondo la lengua y la historia de Roma fueron Alciatus y Zazius,⁵⁰¹ y, una vez iniciado, el estudio filológico-histórico del derecho romano, ganó adeptos rápidamente. Entre 1520 y 1550 aparecen las obras de Luis Charondas, Francisco Duarenus, Eguinus Barus, Bernabé Brissotius, Juan Corasius, Antonio Govea, Cristóbal Hegendorf, Antonio Agustín y, fundamentalmente, Jacobo Cuyas. Todos estos autores, y otros que disfrutaron de menos relevancia, se propusieron redescubrir y restaurar el derecho romano, al que suponían corrompido, no solo por los medievales, sino también por la obra de los compiladores justinianos bajo las órdenes de Triboniano. Estos juristas, que integran el movimiento conocido como *Mos gallicus*, en razón de que fue la Escuela francesa de Bourges donde Alciato comenzó sus clases, desarrollaron una actividad que, fundamentalmente, era teórica. Esto es, quisieron conocer a fondo el derecho de Roma, comunidad política que había desaparecido, al menos en Occidente, hacía entonces mil años, y no pretendieron, a diferencia de los juristas medievales, aplicarlo a la realidad de su momento. Aunque maticemos distinguiendo varias corrientes entre estos autores, unos preferentemente teóricos, y otros más prácticos,⁵⁰² lo cierto es que el espíritu general y dominante entre los seguidores del *mos gallicus* estuvo dirigido a conocer el derecho privado y público de Roma. El problema que se planteó, estando así las cosas, lo podemos resumir preguntándonos si el conocimiento del derecho romano fue suficiente para renovar la jurisprudencia.

A los medievales no se les había planteado este problema: ellos habían identificado el derecho con los textos, y la validez jurídica de éstos no ofrecía dudas, porque todos ellos quedaban bajo el principio de autoridad: autoridad del jurista romano o medieval, autoridad de Justiniano o, lo que quizá era más decisivo, la autoridad del texto en sí mismo.⁵⁰³ Pero el principio de autoridad, así entendido, perdió su validez en los ámbitos humanistas, y el Corpus Juris romano pasó a ser considerado como el producto de una cultura ya desaparecida, sin especial vigencia para ellos. Los humanistas, sin proponérselo, habían *historificado* el derecho romano. Si se trataba de renovar la jurisprudencia medieval, reputada bárbara, y si el estudio de los humanistas solo logró conocer mejor el derecho de Roma, ¿con qué renovar la jurisprudencia, qué había de enseñarse en las escuelas de derecho? Toda la época, ante este problema, anduvo desorientada y dividida.

⁵⁰¹ *Ibidem*, pp. 124 y ss.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 131.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 132.

II. UNA NUEVA RAZÓN PRÁCTICA: EL DERECHO OBTENIDO DESDE LA FILOSOFÍA

El rechazo al derecho existente que hicieron los humanistas fue acompañado por el deseo vehemente de sustituir los resultados de la ciencia del derecho tradicional por un nuevo ordenamiento jurídico, una nueva idea del derecho, como la llaman los estudiosos alemanes. Lo que podríamos llamar imprecisamente el mito de la simplicidad del derecho jugó una función importante en este proceso innovador. Efectivamente, cualquier profesional del derecho sabe que, junto al código civil, y para poder entenderlo, existe una masa ingente de comentarios; de esta forma, junto a un libro corto, breve, y que, para un inexperto en el trabajo jurídico puede parecer claro y suficiente, existen metros cúbicos de papel que intentan aplicar los artículos del código a la realidad. Exactamente lo mismo sucedía en el siglo XV. Cualquier profesional del derecho necesitaba disponer de las obras de una veintena de juristas importantes que habían glosado o comentado el derecho romano, de modo que la búsqueda de la norma o del principio aplicable exigía conocer muchos miles de páginas. El problema era algo más agudo entonces, porque al ser el *jus commune* un derecho casuístico y jurisprudencial, sobre un mismo caso podían alegarse las opiniones discrepantes de varios doctores, y se producía —más o menos como hoy— falta de seguridad jurídica. Naturalmente, el estudio del derecho en las escuelas requería dominar el contenido de muchos libros, por lo que los estudios jurídicos eran difíciles, fatigosos, y llevaban tiempo.⁵⁰⁴

Los humanistas entendieron que esta prolijidad jurídica existente entonces, que se mostraba a través de la maraña casuística de los libros de derecho, era el resultado de una falta de calidad moral. Sus ataques no fueron dirigidos únicamente contra el mal latín o al insuficiente conocimiento del estricto derecho romano por parte de los juristas, sino que, además, entendieron que las complicaciones propias de cualquier proceso o razonamiento

⁵⁰⁴ Antonio Gómez escribía sobre este extremo, a mediados del siglo XVI: “Tanta est enim librorum, qui in ea scripta sunt moles et vastitas, ut vix triplex hominum actas eos percurrendo (ne dicam legendo, atque cogitando) possit sufficere”. *Proemium* de las *Variae Resolutiones Juris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, cit. Petrus Ramus, el personaje que más se distinguió en la primera mitad del siglo XVI en el afán de ‘ordenar’ el derecho, escribía: “Qui sudores, qui labores interpretum, et quaestiones istas in dialectica (ut Porphyrius ipse sentit) inutiles, et alienas exponunt? et Aristotelis interpretes secundarii interpretes nova interpretatione sic interpretantes, ut ipsi tertiarios interpretes nova interpretatione sic interpretantes, ut ipsi tertiarios interpretes requirant? o vanitate interpretum: siccine bonae inveniuntur illuditur?”. *Aristotelicae Animadversiones*, París, 1543, pp. 12 y 13.

jurídico se debían a que el derecho estaba mal elaborado de raíz. Algunos humanistas que conocían el derecho, porque eran juristas, como fue el caso de Johann Oldendorp, atribuyeron el caos jurisprudencial al hecho de que los juristas no habían seguido un método en la creación o descubrimiento del derecho.⁵⁰⁵ En general, los ideales pedagógicos humanistas exigían un método de estudio atrayente y sencillo, que proporcionara un conocimiento claro, armónico, bien organizado en su totalidad, de forma que proporcionara una visión panorámica del derecho.⁵⁰⁶ Por este motivo, bastantes juristas elaboraron una serie de escritos programáticos en los que propugnaron la reelaboración metodológica de toda la jurisprudencia, a fin de obtener unos compendios completos del derecho. Elen, Duarenus, Catiúncula, Wesembeck, Corasius, entre otros, se distinguieron en esta tarea. Años antes, Pedro Andrés Gammarus había publicado, en 1514, su *De modo disputandi ac ratiocinandi in jure libri III*, que es un programa de lógica para juristas. Poco después, los *Loci argumentorum legales* de Nicolás Everardus y la muy difundida *Topica tractata per exempla legum* (conocida por lo general como *Topica legalia*), de Claudio Catiúncula, ordenaron los tópicos (*loci*) a fin de ayudar al jurista a proceder ordenadamente. El “*Quod sit unica doctrina instituendi methodus*”⁵⁰⁷ del polémico Petrus Ramus, ya nos muestra por su solo título la confianza que los *culti* del siglo XVI habían depositado en el método en tanto que instancia decisiva cuyo seguimiento correcto conduciría infaliblemente a las soluciones correctas. En mi opinión, las dos obras que muestran mejor el afán de crear el derecho según un *ars*, de modo que el *jus civile* aparece en ellas del mismo modo que en un código civil contemporáneo, fueron la *Jurisprudentiae liber unus* de Sebastián Derrer y las *Partitiones Juris civilis elementariae* de François Hotmann, cuyo tono sentencioso y lacónico, siguiendo el esquema de personas-cosas-acciones, es igual al de un código actual. Podríamos decir, más o menos convencionalmente, que el “*Seduardus seu de vera Jurisprudentia, ad Regem, libri XII*”, de Joaquín Hopper, publicado a finales de siglo, alcanza la máxima perfección razonable en la tarea de

⁵⁰⁵ “*Audis? quanam sit tanta causa tantarum tenebrarum, quas non leges ipsae, sed homines offundunt nobis. Primum quia non recte docuerunt ab aliquot annis, partim vana ambitione gloriae, partim ignorantia seducti. Tum id, quod in una, ac simplici cognitione erat, in infinita torserunt, ut nulla homini aetas sufficiat nunc lectioni, vel solius Baldi, aut Jasonis... quod non adhiberunt methodum, sed omnia confuse tractarunt*”. *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium Juris et aequitatis*, edición de Vindebonae 1758 (la primera edición es de 1539), titulus I, § III.

⁵⁰⁶ Sobre este tema véase mi estudio “«Mos italicus»”..., *cit.*, pp. 150 y ss.

⁵⁰⁷ *Quod sit unica doctrina instituendi methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue Galeno. Animadversiones P. Rami ad Carolum Lotharigen, Cardinalem*, París, 1557.

ordenar los *loci* o tópicos, a fin de que el jurista procediera ordenadamente. Pero estas obras fueron hechas bien por juristas profesionales, bien por concedores del *jus commune*, y estas personas, por conocer la vida jurídica, forzosamente hubieron de proponer estudios excesivamente complicados y prolijos para los *grammatici* que guiaban la cultura a comienzos de la Edad Moderna. Además, estos autores no innovaron gran cosa: se limitaron a ordenar el derecho ya existente, bien el derecho romano solamente, o bien este derecho con los añadidos propios del derecho común.⁵⁰⁸

Pero los humanistas no querían solamente una simple ordenación externa del derecho ya existente; pretendían un nuevo ordenamiento jurídico que, como exigía, por ejemplo, Luis Vives, tuviera como fuente a la filosofía.⁵⁰⁹ Según atestigua Christian Thomasius casi dos siglos más tarde, Vives proponía la creación de un derecho nuevo que debía surgir desde la sola equidad.⁵¹⁰ François Hotmann, después de indicar que el derecho romano no posee especial equidad ni justicia,⁵¹¹ propuso la creación de un derecho en el que no debemos atender a quién es griego o romano, pretor o cónsul; esto es, prescindiendo completamente de las autoridades y atendiendo únicamente a la justicia y a la equidad, de modo que construyamos un derecho que valga igual para todos los pueblos del universo.⁵¹² El remedio de los remedios, según Hotmann, es ejercitarse en la filosofía moral.⁵¹³ Jacobo Lernasner, en 1542, ya proponía, con toda naturalidad, que la jurisprudencia fuera derivada o creada desde la filosofía,⁵¹⁴ lo que nos muestra, entre

⁵⁰⁸ El tema de la ‘ordenación’ de los institutos jurídicos en el siglo XVI es complejo. Una primera aproximación a él se puede encontrar en “«Mos italicus»”, *cit.*, pp. 152-168.

⁵⁰⁹ *Aedes legum*, Madrid, 1947, pp. 685 y 686.

⁵¹⁰ *De Jurisprudentiae corpore, anima, cadavere, sceleto, spectro*, Halae, 1733, pp. 141-145.

⁵¹¹ “Nam cum varietatem, et confusionem tot Legum Romanorum videret, cumque imprimis animadverteret, his civile (ut supra monuimus) nihil aliud esse, quam jus particulare, ad tuendam Civitatis Romanae praerogativam, non habita naturalis aequitatis ratione...”, *Antitribonianus*, edición de Pisa, 1771, cap. XVI.

⁵¹² “Quorum primo accurate demonstrat, ad condendum Jus civile requiri, ut neque Graecus quis sit, ceu Romanus, neque Praetorem, neque Consulem respiciamus, sed justitiam, et aequitatem tanquam finem nobis proponamus, utque bonis rationibus usi, Leges cunctis toto mundo nationibus accommodatas, et aptas effingamus”. *Idem*.

⁵¹³ “Compositis igitur duobus tribusve his voluminis, oporteret iuvenes, cum in bonis litteris, scientiisque, atque inprimis in Philosophia morali, ad annum usque vicesimum primum, aut secundum sese exercuissent, in scholam aliquam ad unum, aut duos annos mitti, ubi eximius aliquis Jurisconsultus de Legum aequitate disputaret, ac dissereret”. *Idem*.

⁵¹⁴ “Porro produit Jureconsulto, si philosophiam (quae in ethicem, politicam, et oeconomice dividitur) per aetatem attigerit: quum nostra Jurisprudentia ex illis philosophiae fontibus sit derivata”. *Oratio de dignitate utilitateque Juris civilis, verum ejus usum, contra misonomos, ostendens*, Coloniae, 1542, p. 17.

otras cosas, lo extendidas que ya estaban estas ideas. Por lo general, estos autores siguen una mentalidad que expuso con nitidez Guillermo Budaeus en sus *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*.⁵¹⁵ La lectura de las *Annotationes* produce la impresión de que el derecho debe ser creado por los filósofos, o por personas que posean una formación filosófica y enciclopédica. Efectivamente, al examinar la definición del derecho de Celso, Budaeus afirma que “El derecho es el arte de lo bueno y equitativo, y de todas las cosas que se siguen de ello”. Entre estas ‘cosas que se siguen’, este autor incluye todos los saberes de su tiempo.⁵¹⁶ El encargado de aglutinar esa *coniunctionem rerum et communicationem* que se encuentra entre todas las disciplinas, es el filósofo.⁵¹⁷ El derecho es, pues, una labor filosófica, que es preciso realizar teniendo a la vista el conjunto de la realidad. La formación enciclopédica que ha de poseer el filósofo-jurista asegurará que él elabore una ciencia del derecho que, por contemplar toda la realidad, sirva lo mismo para un europeo que para un turco. Comienza ahora, de este modo, la doctrina del derecho racional o universal, que, por deducirse desde la naturaleza misma y no desde los prejuicios de los pretores o de los juristas, será derecho natural que obligará a cualquier hombre. Notemos que si en la primera etapa del movimiento humanista rechazaron al *jus commune* en nombre del derecho romano, pocos años más tarde ya rechazaban también al derecho romano en nombre de un derecho filosófico o racional.

Podemos observar que entre los *desiderata* humanistas del siglo XVI, unos pasan, ya que quedaron agotados en el estudio histórico y filológico del derecho romano. Otros, en cambio, como ha sido la pretensión de la simplicidad en el derecho, han permanecido hasta hace poco. Así, Simón Nicolás Henri Linguet seguía escribiendo, aun en 1768, que “Yo querría hacer ver que en todas las cosas la perfección consiste en la simplicidad. Me había propuesto mostrar que toda administración complicada es absurda y provoca la infelicidad”,⁵¹⁸ y Hufeland, ya casi en la Edad Contemporánea, nos explica que Kant entendía que “Es un viejo deseo aunque quién sabe cuándo se hará realidad que en lugar de la multiplicidad infinita de las *le-*

⁵¹⁵ Cito por la edición de París de 1543. La primera edición es de 1508.

⁵¹⁶ “Hanc illa est encyclopaedia, de qua Fabius libro primo, ut efficiatur, inquit, orbis illa doctrinae, quam Graeci encyclopediam vocant. Inde illud Itruvii libro primo, cum autem animadverterit omnes disciplinas inter se coniunctionem rerum et communicationem habere, fieri posse facile credent”. *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*, París, 1543, pp. 5 y 6.

⁵¹⁷ *Idem*.

⁵¹⁸ “Je songeais à faire voir qu’en tout genre la perfection consiste dans la simplicité. Je me proposais de prouver que toute administration compliquée est absurde et malheureuse”. *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société*, Londres, 1768, tome premier, p. 2.

ges civiles, busquemos sus principios, y éste es el secreto para simplificar la legislación”.⁵¹⁹

III. LA NUEVA IDEA DEL DERECHO: EL RACIONALISMO HUMANISTA Y EL NACIMIENTO DE LA *JURIS NATURALIS DISCIPLINA*

La confluencia de estos factores determinó una situación crítica en las universidades a lo largo del siglo XVI. Efectivamente, el hombre renacentista tiene la conciencia de que el *Corpus Juris* es el derecho propio de Roma, y no encuentra razones convincentes para que deba seguir siendo considerado derecho vigente. Para él, por lo general, el interés fundamental que despierta el derecho romano es el histórico-anticuario. El problema se agravaba, porque las glosas y comentarios medievales estaban hechos sobre el derecho de Roma y, en consecuencia, fundamentaban su valor jurídico en el valor de aquel derecho, por lo que quedaron, del mismo modo, sin vigencia jurídica. En esta circunstancia, ¿qué se había de enseñar en las cátedras de derecho, y qué derecho se podía alegar ante los tribunales?

Andrés Alciato, que por varias razones se le puede considerar el iniciador de la corriente humanista renovadora de la ciencia jurídica,⁵²⁰ no pretendió simplemente hacer historia del derecho romano, a diferencia de otros integrantes del *Mos gallicus*, sino que más bien se propuso remozar la jurisprudencia con un espíritu renacentista. Por esto, sigue considerando al derecho romano como un derecho vigente, y en modo alguno aceptó las recomendaciones de los *grammatici* italianos que, como Lorenzo Valla, propugnaban un estudio de él puramente histórico.⁵²¹ Empezó, ciertamente, investigaciones filológicas e históricas, pero no se propuso crear un saber puramente teórico; al contrario, consideró a la historia como un medio eficaz de obtener experiencias que debían servir al jurista como reglas

⁵¹⁹ Kant escribía que “Es ist ein alter Wunsch, der, wer, weiss wie spät, vielleicht einmal in Erfüllung gehen wird dass man doch einmal, statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze, ihre Principien aufsuchen möge; dann darin kann allein das Geheimnis bestehen, die Gesetzgebung, wie man sagt, zu simplifiziren”. *Cit.* por Gottlieb Hufeland, en *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig, 1785, p. 8. El texto está tomado de la *Crítica de la razón pura* de Kant, A 301.

⁵²⁰ Forster, a mediados del siglo XVI, escribía de Alciato: “Hic omnium primus jurisprudentiam nimis disputationibus et barbaro discendique involutam, pristino nitore restituere, et ad veros fontes conatus est”. “De Historia Juris Civilis Romani libri tres”, *Tractatus Universi Juris*, *cit.*, vol. I, p. 58. Véase sobre este tema, a Mesnard, P., “Alciato y el nacimiento del Humanismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, 53 (1950), pp. 123-129.

⁵²¹ “«Mos italicus»”, *cit.*, p. 136.

orientadoras de su labor: “Bene beateque vivendi exemplis, historiae lectione admoneamur”.⁵²² De esta forma, los estudios históricos, filosóficos e históricos eran solamente instrumentos de los que debía servirse el jurista para alcanzar los fines propios de la jurisprudencia. Por esto, Alciato, igual que el suizo Zazius, tuvo siempre presente la distinción entre elaboración propiamente jurisprudencial y conocimiento histórico en la ciencia jurídica. Como jurista que era, y no simplemente un historiador, apreciaba las aportaciones de la jurisprudencia medieval, y mantuvo que es preferible tener en cuenta a Accursio, al que llama ‘columna del derecho’ o a Bártolo (‘maestro del arte jurídico’), que no a Lorenzo Valla. Alciato consideraba imprescindibles las obras de los medievales para entender el derecho romano, porque, faltando estas, muchos textos romanos eran un misterio, incluso para un experto.⁵²³

Por estos mismos años, Jerónimo Cagnolus procedió de forma similar a la de los iniciadores de la corriente humanista. Las obras de Cagnolus presentan externamente la estructura tradicional: un comentario al texto romano constituido por un conjunto de casos prácticos. Pero, en Cagnolus, los contenidos materiales del razonamiento jurídico se han enriquecido: además de las *leges* y de las autoridades tradicionales, incluye, también como autoridades, a los clásicos griegos y latinos, tanto literatos como filósofos, cuyas opiniones tienen la misma autoridad en el momento de resolver un problema como un texto del derecho romano o un juicio de un jurista importante. Esta era una forma nueva de proceder en el derecho, que tuvo, en este momento de crisis, y para la posteridad, una importancia insospechada. Al incluir las humanidades en el derecho, renovando con aquellas el contenido de este, Cagnolus y otros juristas hicieron posible una nueva dirección metódica, distinta de la jurisprudencia tradicional y del *mos gallicus*, que fue seguida en el siglo XVI por algunos autores.⁵²⁴ Su rasgo fundamental, frente a las actitudes metódicas ya existentes, fue el de proporcionar al cultivador de la *jurisprudencia* una libertad mayor en la elección de los elementos que componen el razonamiento jurídico, y, consecuentemente, una ampliación de la frontera de los problemas que le incumbe resolver. A partir de ahora

⁵²² “Encomium Historiae”, *Le lettere di A. A. gjureconsulto*, Firenze, edición de Barni, 1953, p. 222. *Cit.* por Piano Mortari en “Pensiero di Alciato sulla giurisprudenza”, *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 33 (1967), p. 213. La primera teorización expresa que he encontrado que trata acerca del valor del uso de la historia en las disciplinas prácticas es la de Christian Samuel Martini, *De vi seu efficacia exemplorum*, Lipsiae, 1686.

⁵²³ Mesnard, P., *Alciato y el nacimiento del humanismo jurídico*, *cit.*, *per totum*.

⁵²⁴ Dufour califica a este método como ‘tacticismo’. Véase *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, *cit.*, p. 52.

será frecuente la indagación acerca de los últimos fundamentos de los diversos institutos jurídicos, para lo que será preciso aludir al derecho natural, y los juristas reclamarán progresivamente como propia la ocupación con temas filosófico-jurídicos. La etapa en la que el derecho era identificado exclusivamente con el derecho romano y las glosas y comentarios que se habían hecho sobre él, ha quedado definitivamente superada por un sector de los juristas. Esta nueva orientación del pensamiento jurídico que no rompe bruscamente con la tradición se deslizará paulatinamente hacia una nueva forma de razonar, en la que lo fundamental será el despliegue más o menos libre de las ideas de cada autor.

Si nos preguntamos la razón por la que la historia y la literatura clásicas fueron consideradas fuentes del derecho, podemos considerar que el ataque de los seguidores del *Mos gallicus* contra la vigencia del derecho romano encontró cierto eco entre los juristas del derecho común del siglo XVI. Esto explica que Fernando Vázquez de Menchaca, por ejemplo, se remita continuamente al Corpus Juris para fundamentar sus opiniones, y que, al mismo tiempo, niegue expresamente la validez del derecho romano.⁵²⁵ Por una parte influyeron las nuevas tendencias, que consideraban el derecho romano como el producto de una cultura ya desaparecida, y de otro lado, el peso de la tradición y la necesidad de un apoyo racional para la argumentación eran demasiado fuertes como para desprenderse definitivamente del derecho de Roma. Así pues, la autoridad de los textos romanos se había debilitado extraordinariamente en tanto que fuente fundamental del derecho, y algunos juristas del siglo XVI, que fueron especialmente conscientes del vacío que se había producido, echaron mano de otros elementos que fundamentaran la argumentación jurídica. En este sentido, apunta Piano Mortari que los humanistas antiguos no proporcionaban tanto modelos literarios dignos de ser imitados como ejemplos de sabiduría moral. Por ello, está continuamente presente la idea fundamental de una conexión indisoluble entre la formación cultural y la formación moral del jurista mediante los *Studia humanitatis*. Pero lo más que se puede afirmar, declara este mismo autor, es que los nuevos ideales éticos y culturales se alimentaban de las obras jurídicas, filosóficas y literarias de la antigüedad griega y romana de una forma que aún nos resulta desconocida.⁵²⁶ Ignoramos, en efecto, los motivos por los que la

⁵²⁵ En las *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 45, § 3, afirma que “Exulavit enim caequa sententia, qui existimabant jus Romanorum omnium gentium commune esse debere, quasi Romanorum Imperator dominus esset totius mundi”.

⁵²⁶ “Considerazioni sugli scritti programmatici dei Juristi del secolo XVI”, *Studia Humanitatis Historiae et Juris XXI* (1955), pp. 285-287. Orestano, en *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Turín, 1961, p. 170, confiesa que nada cierto se sabe acerca de los motivos por

jurisprudencia del siglo XVI volvió los ojos hacia la Antigüedad. Pero ya hemos observado la forma concreta como la cultura clásica se incorporó al pensamiento jurídico europeo; en esta época inmediatamente postrenacentista, ante la coyuntura de tener que crear un nuevo derecho que sustituyera al derecho romano y a sus glosas y comentarios, lo más lógico y fácil fue recurrir a la cultura clásica romana y griega. Aquellos juristas estaban en una situación en la que la razón, aplicada al derecho, se desplegó apoyándose en la historia, la literatura, la filosofía y en diversas teorías sobre el derecho natural y el derecho de gentes, a fin de construir un nuevo ordenamiento jurídico que sustituyera al *Corpus Juris* de Justiniano, ya sin tanta autoridad. El enriquecimiento de los elementos que constituyen la nueva argumentación fue debido, fundamentalmente, a la falta de fe en la vigencia y validez jurídicas del derecho romano.

Jerónimo Cagnolus no fue el único que procedió de esta forma. Un grupo de juristas que no se interesaron por las investigaciones históricas o filológicas comenzaron a aplicar la sabiduría antigua y las filosofías antigua y escolástica al derecho, convirtiéndolas en fuentes directas de él. Andrés de Exea fue uno de los primeros en seguir este nuevo camino; además de fundamentar sus opiniones en las de los juristas medievales más conocidos, cita abundantemente a Platón, Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, etcétera; tiene en cuenta diversas obras de Alciato y Zazius, y recurre al griego cuando le parece conveniente. Pero Exea se distingue de Cagnolo y de los demás que le han precedido, porque al inicio de su *Liber pactorum* hace unas largas digresiones acerca del derecho natural y del derecho de gentes: de esta forma desprendió la teoría sobre el derecho natural de los textos romanos en donde los juristas lo tenían recluido hasta entonces y le dio una vida propia.⁵²⁷ A partir de ahora, la ocupación con el derecho natural por parte de los juristas será un hecho cada vez más frecuente.

Este modo de proceder encontró seguidores en Francia desde los primeros tiempos en que irrumpe la corriente humanista. François Conan aún la erudición sobre el derecho romano con la historia, la filosofía y la literatura griega y latinas, utilizándolas de la forma indicada. En su obra principal, los

los que los humanistas volvieron los ojos hacia la filosofía. Randall sintetiza el proceso con su claridad habitual: “¿Qué hallaron estos afanosos eruditos en la literatura de Grecia y Roma que expresara tan asimilablemente los sentimientos que sentían nacer a su alrededor? Hallaron el árido campo de la crítica textual, las herramientas de la gramática, la débil luz de la pasión erudita; hallaron los períodos de Cicerón y las reglas de Quintiliano... Y, sin embargo, no era esto lo que buscaban ni oro puro lo que encontraron. Descubrieron una gran autoridad para romper con el espíritu medieval, y del conflicto de autoridades resultó eventualmente la libertad”. *La formación del pensamiento moderno, cit.*, p. 126.

⁵²⁷ *Liber pactorum unus, cit.*, primer capítulo.

Commentariorum Juris Civilis libri X se puede observar este modo de proceder, aunque la erudición sobre los clásicos se le agota en los primeros capítulos. Duarenus, sucesor de Alciato en la cátedra de Bourges, también emplea las humanidades en la *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*. Sus argumentos, además del derecho romano, están tomados de la filosofía e historia griegas y latinas. François Hotmann, siguiendo fielmente el programa que él expuso en el *Antitribonianus*, rara vez fundamenta sus opiniones en el derecho romano, pero recurre continuamente en el *Quaestionum illustrium liber* a todas las fuentes de la sabiduría antigua. Andrés Tiraquellus tampoco duda en recurrir a los clásicos griegos y latinos.⁵²⁸ Fuera de Francia, esta dirección metódica alcanzó también un fuerte éxito. Juan Pedro de Ancharanus, desligado aparentemente del principio de autoridad, ni siquiera cita el derecho romano; se deja guiar de vez en cuando por los clásicos griegos y latinos. En los Países Bajos, dos juristas de gran importancia, Gabriel Mudaeus y Mateo Wesembeck, también proceden así.⁵²⁹

En España arraigó esta dirección del humanismo jurídico. El portugués Arias Pinellus conoce bien las obras de los seguidores de la Escuela de Bourges, y se ayuda de los clásicos latinos y griegos para resolver problemas concretos; además, este jurista manifiesta una cierta tendencia a tratar cuestiones muy teóricas, y la teorización sobre las instituciones jurídicas fundamentales es un rasgo más de estos autores humanistas del siglo XVI.⁵³⁰ Marín de Azpilcueta recurre igualmente a la literatura clásica a fin de mostrar la *naturalidad* o racionalidad de sus opiniones.⁵³¹ Un interés peculiar para nuestro propósito manifiestan Fortún García y Miguel de Ulzurum. Las obras de estos dos autores presentan una doble peculiaridad. En primer lugar, versan sobre temas que son tratados según un criterio filosófico, por lo que las remisiones al derecho natural son frecuentes; en segundo lugar, apoyan frecuentemente sus argumentaciones en la filosofía de Santo Tomás, del mismo modo que estaban haciendo los teólogos integrantes de la Segunda Escolástica, y esto era algo completamente nuevo entre los juristas laicos.

La obra de Fernando Vázquez de Menchaca ha despertado un interés especial, porque ha sido considerada, con razón, como el iniciador de la Escuela del derecho natural moderno.⁵³² Este jurista vallisoletano sigue el méto-

⁵²⁸ «Mos italicus»..., *cit.*, pp. 144 y ss.

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 144 y 145.

⁵³⁰ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁵³¹ Véanse las numerosas obras recogidas en la *Opera omnia* de Lyon de 1595.

⁵³² Reibstein, Ernst, *Die Anfänge des neuen Natur- und Völkerrechts. Studien zu den "Controversiae illustres" des Fernandus Vasquius (1559)*, Berna, 1949; Carpintero, F., *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, ya citado.

do que he llamado “Racionalismo humanista”, que consiste en argumentar alegando puntos del *Corpus Juris*, de los juristas medievales, de los clásicos latinos (Vázquez no parece conocer el Griego), y de los filósofos y teólogos más relevantes entonces, tales como Duns Scoto, Juan de Gerson o Domingo de Soto. Jurista del derecho común, Vázquez examina frecuentemente temas puramente teóricos, y a este fin recurre con frecuencia a diversas teorías jusnaturalistas, que toma de la jurisprudencia medieval. Las contradicciones a que aludía anteriormente al tratar de las nociones medievales del derecho natural, incompatibles, pero presentes en la obra de un mismo jurista, se reproducen en Vázquez, pero esto no parece importarle. Él parte normalmente desde la figura del individuo aislado, independiente y autónomo en el estado de naturaleza, y —esto es lo realmente importante— hace del individuo así entendido el elemento sistemático de todo posible razonamiento jurídico. En él se hizo realidad la idea de Popper: “The proper study of mankind is man”.⁵³³ Sin embargo, se mostró poco sensible ante las exigencias de sistema y orden, y su obra es todavía casuística. Este último dato debió de resultar de una importancia decisiva en el éxito incompleto que obtuvo su obra.

Este modo nuevo de razonar penetró ampliamente toda la jurisprudencia europea hasta el siglo XVIII.⁵³⁴ Se trata de una forma de argumentar que constituyó, de hecho, la forma externa bajo la que echó a andar la *Juris Naturalis Disciplina*. Pues lo que comienza a llamarse derecho natural, ya en el siglo XVI, no es sino el conjunto de estas obras, cuyas argumentaciones se fundamentaban en la Antigüedad griega y, especialmente, latina. El derecho natural moderno consistió, especialmente en sus inicios con Vázquez y Grocio, en una forma de escribir, en un género literario jurídico, que arrancaba sus digresiones desde el individuo aislado en el *status naturae*, y que proseguía las argumentaciones también de la mano de la literatura latina clásica, sin distinguir entre los filósofos, como Séneca, los literatos como Ovidio, los historiadores como Plutarco o los comediógrafos como Plauto. El lector no debe esperar, al menos hasta la segunda mitad del siglo XVII, obras que argumenten recurriendo expresa y sistemáticamente a una idea sobre el derecho natural. A partir de las *Controversias ilustres* de Fernando Vázquez, se vinculó de facto al *jus naturale* nuevo con un fuerte individualismo ético-jurídico, que fue hecho posible mediante el empleo sistemático de las figuras del estado de naturaleza y del contrato social, en el marco de un pensamiento que por partir desde el individuo aislado e independiente no reconoce más obligaciones justas que aquellas que surjan del propio consentimiento.

⁵³³ Cassirer, E., *La filosofía de la Ilustración...*, cit., p. 19.

⁵³⁴ Véase, por ejemplo, a Rachel, Samuel, *Institutiones Jurisprudentiae libri quattuor*, Francofurti, 1681, y Hertius, Johann Nicolaeus, *Elementa prudentiae civilis*, Francofurti, 1703.

Las explicaciones posteriores eran desarrolladas a través de argumentos de oportunidad, utilidad, conveniencia o lógica, que fundamentaban en citas de los clásicos. El estado de naturaleza hizo posible concebir imaginativamente a unos hombres aislados, independientes unos de otros que, a causa precisamente de este aislamiento mutuo, son entendidos como autónomos; por este motivo, no pueden existir más obligaciones jurídicas que aquellas que cada sujeto se dicte a sí mismo, o aquellas en las que cada individuo convenga con otros, mediante un contrato o pacto. Vázquez no innovaba gran cosa, porque toda la Baja Edad Media, siguiendo las ideas romanas que derivaban desde la “*Omnium una libertas*”, tuvo presente la doctrina de la *Naturalis obligatio*, que solo podía surgir desde el propio consentimiento. Era tan fuerte esta vivencia (unida a la doctrina romana que entendía a las leyes como una *Communis reipublicae sponsio*), que Pedro de Bellapertica ya había mantenido en el siglo XIII que las leyes positivas, civiles y pontificias, únicamente obligaban porque se suponían surgidas del consentimiento de todos.⁵³⁵ Pero la novedad de Fernando Vázquez residió en que prescindió de las limitaciones que el derecho de gentes imponía a la libertad natural de los hombres, y proclamó como dato normativo y omnipresente la doctrina jurídica de la *Naturalis obligatio*. De esta forma, el derecho romano se revolvió contra sí mismo, y una de sus vertientes fundamentales acabó acaparando cualquier explicación de la génesis de todas las obligaciones jurídicas.

Era lógico que para renovar la teoría política y los contenidos de la ciencia jurídica, los hombres de los siglos XVI y XVII eligieran el cauce del *jus naturale*. Su mismo rótulo *jus naturale*, frente a la *jurisprudencia* tradicional, era revolucionario, como revolucionario era también el uso omnipresente de la figura del *status naturae*. En realidad se manifestaron como ciencias opuestas, y Hervada hace notar que el nuevo derecho natural “Adquirió esa fuerza expansiva hasta constituirse en ciencia autónoma también respecto de la ciencia jurídica”.⁵³⁶ Por esto, a partir de 1560, cuando aparecen publicadas las *Controversias ilustres* de Vázquez, el *jus naturale* finalmente triunfante irá unido indisolublemente al tópico del estado de naturaleza, en el marco de esta nueva forma de argumentar. Grocio y Pufendorf usaron este estilo literario que les facilitaba las cosas, y solamente desaparece con los tratados del *Jus naturale et gentium* de la Ilustración. Entonces estos cañamazos del razonamiento nuevo se vieron sustituidos por el discurso clásico, impersonal,

⁵³⁵ Pedro de Bellapertica entendía que tanto el estatus jurídico del papado como de los gobernantes seculares tenía su fundamento en el *jus civile*. Véase, por ejemplo, *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, p. 85. En consecuencia, es necesario suponer el consenso popular en ambos tipos de legislaciones, *op. cit.*, pp. 87-98.

⁵³⁶ *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 254.

propio del que expone verdades que él cree evidentes, y cuya sola presencia fuerza el asentimiento

Diversos autores habían lanzado incitaciones para que, en el lugar de la vieja ciencia del derecho, compuesta por *opiniones probabiles*, apareciera un saber sobre el derecho, que, prescindiendo de las opiniones, fuera exacto, preciso, como la geometría o las matemáticas. El primer autor que conozco que hizo una propuesta así fue Raimundo de Sabunde (*Hispanus Barcinonensis*), que mantuvo en 1425 que “En esta ciencia se puede argüir con argumentos infalibles, a los que nadie puede contradecir porque se fundamentan y prueban por la naturaleza del hombre y de todas las criaturas”.⁵³⁷ Pero después se sucede una época, larga y turbulenta en lo que hace a este tema, en la que según autores del siglo XVIII, algunos juristas iniciaron la *Juris naturalis disciplina*. Hollmann opinaba (a finales del siglo XVIII) que Hemming y Winckler fueron sus iniciadores,⁵³⁸ y Johann Oldendorp, en 1539, ya se atrevió a llamar al *titulus secundus* de su *Eisagoge De Jure naturali*. Pero el primer autor que he encontrado que utiliza el tópico, o el pretexto, del derecho natural para resolver cuestiones jurídicas concretas fue Andrés de Exea, en su *Liber factorum*. Estos antecedentes hicieron posibles las *Controversias illustres* de Fernando Vázquez. El interés de este último jurista por el derecho natural hizo que escribiera un tratado titulado *De vero jure naturali* —quizá el

⁵³⁷ Martini escribía en el Praefatio a la *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium juris et aequitatis* de Johann Oldendorp, Vindebonae, 1758 (la obra de Oldendorp es de 1539) que “Raimundus a Sabunde, Hispanus Barcinonensis, in artibus et medicinae doctor, in ejus Theologia naturali Anno MCCCCXXV.: Haec scientia arguit per argumenta infallibilia, quibus nullus potest contradicere, quoniam per omnes Creaturas, et per natura ipsius hominis, et per ipsumet hominem omnia probat, et per illam quae homo certissime cognoscit de se ipso”.

Era lógico. Raimundo de Sabunde realizó extraordinariamente las capacidades y el valor del hombre. En su *Theologia naturalis sive Liber Creaturarum*, Lugduni, 1541, pp. 4 y 4-D, mantuvo “Quia nulla res magis vicine magis propinqua et magis intranea vel intrinseca et propria alteri est quam ipsemet sibi... Et ideo ipsemet homo ex sua propria natura esse medicum argumentum et testimonium ad probandum omnia de homine: scil. quae pertinet ad salutem hominis vel ad demonstrationem ejus: vel ad bonum vel ad malum ejus”.

⁵³⁸ El ya mencionado Martini escribía que “Posteriorem inveni nullam, quin potius adeo exoluisse videtur libelli istius non usus modo, sed etiam cognitio, ut paucis abhinc annis Cel. Hollmanus in praelectionibus Jurisprudentiae naturalis dixisse seratur auditoribus suis “Ignorare a maxima eruditorum parte eum qui systema Juris naturalis primus scribendum susceperit, adesse etenim aliquem Hemmingio atque Winklero priores... Quandoquidem Cel. Hollmanus in primis Lineis Jurisprudentiae naturalis paulo post, nimirum anno MD-CCL Gottingae publici Juris factis, hunc ipsum tradit etsi ab omnibus Juris naturalis ejusque Historiae scriptoribus hactenus neglectum, non systema quidem, sed prima hujus scientiae fundamenta posuisse”. A Hemming y Winckler hay que añadir, naturalmente, a Oldendorp, cuya obra prologa Martini. *Cfr.* Oldendorp, J., *Eisagoge...*, *cit.*, *Lectori benevolo* de C. A. Martini.

primer libro monográfico que ha existido sobre el derecho natural— según consta por su testamento. Pero le sorprendió la muerte, y el manuscrito no fue impreso.

De todos modos, este proceso desde la ciencia del derecho romanista a la nueva ciencia política basada en alguna idea del derecho natural, fue complejo. Hervada indica acertadamente que “Lo cierto es que, tal como históricamente se produjo este hecho, a él contribuyeron factores de índole doctrinal que le dieron su configuración típica. El asunto es complejo y la historiografía está lejos de haber dado, al respecto, su última palabra”.⁵³⁹

⁵³⁹ *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 251.

CAPÍTULO SEXTO

APORTACIONES ESPAÑOLAS

Entre los católicos, el *De vera Jurisprudencia* de Joaquín Hopper, publicada en 1590, y más conocida como el *Seduardus* (se trata de un diálogo en el que el protagonista es un personaje con este nombre) pretende ser una obra de derecho natural. Aunque Hermann Conring —uno de los juristas más importantes del siglo XVII— mantuvo cuarenta años más tarde que Hopper fue el primer ‘filósofo del derecho’ que había existido,⁵⁴⁰ las obras de las del tipo de Hopper, aún demasiado influidas por la jurisprudencia romanista-prudencial, no estaban destinadas al éxito. Su época demandaba, tras el ropaje humanístico, una visión individualista —basada en los estados de naturaleza— del derecho y de la política. La primera de estas obras escrita por un jurista laico, que apareció en el siglo XVII muy titubeantemente, tras el precedente de Vázquez de Menchaca, fue el *De jure belli ac pacis*, de Hugo Grocio. Nadie se volvió a acordar de las obras de Hemming, Winckler, etcétera, hasta que no fueron rescatadas por la historiografía del pensamiento jurídico, en el siglo XVIII de forma algo vergonzante, y más completamente tras el *Johannes Althusius* de Otto von Gierke, cuando comenzó por vez primera a explorarse la historia del pensamiento jurídico con rigor universitario.

I. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA (1512-1569)

Fernando Vázquez constituye una figura singular en la historia del pensamiento jurídico, porque él fue el primero que aunó la nueva forma de razonar que he llamado “Racionalismo humanista” con el tratamiento autónomo y sustantivo del derecho natural. Indiqué que hasta que publica sus

⁵⁴⁰ Conring escribía que “Princeps (quod equidem sciam) imo unus, utilissimum hunc civilis Philosophiae locumás erio et data opera aggressus est V. C. Joachinus Hopperus, magno, omnique doctrina veterum philosophorum pariter ac Jurisconsultorum, ut et pietate morumque insigni gravitate, plane imbuto animo”. Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera jurisprudencia*, Helmstadii, 1653, p. 146.

Controversias ilustres, el único jurista que había extraído la idea del derecho natural del conjunto de comentarios al Corpus Juris y le había otorgado una función propia había sido Andrés de Exea; el simple hecho de que el nombre de Exea no figure todavía hoy en ninguna historia del derecho natural nos muestra hasta qué punto es desconocido este proceso histórico.

Vázquez se inscribe en la línea de aquellos juristas españoles que, como Diego de Covarrubias, Antonio Gómez, Francisco de Vitoria o Domingo de Soto, hubieron de ocuparse de cuestiones básicas de la convivencia nacional e internacional, porque así lo requerían las necesidades morales de la Corona de Castilla. Mientras los juristas europeos siguieron estudiando el derecho romano y sus comentarios según el modo tradicional (*Mos italicus*) o según las nuevas tendencias de la época (*Mos gallicus*), la política nacional e internacional de España estaba situando cuestiones éticas para los que era insuficiente la doctrina existente. Para responder a estas cuestiones, Vázquez redactó las *Controversias ilustres*, un libro en el que él mismo indica al comienzo que quiere abordar “Los asuntos más importantes del género humano”.

La vida y obra de Vázquez de Menchaca tienen bastante de paradójico. Ocupó cargos importantes en el Consejo de Castilla, pero no logró ser catedrático en la Universidad de Salamanca. Fue designado por Felipe II para acudir al Concilio de Trento, pues se había planteado una cuestión que hería el orgullo nacional: los padres conciliares habían determinado que los doctores españoles hablarían después de los franceses e italianos. Según narra él mismo en el prefacio de las *Controversias ilustres*, hizo un discurso extremadamente brioso en el que amenazó a los padres conciliares, y con el que logró que cada doctor interviniera según la antigüedad en la colación de su grado. Sin embargo, cayó en desgracia por motivo desconocido, y fue cesado en el Consejo de Castilla, aunque el Rey Prudente le mantuvo el sueldo. Nombrado canónico doctoral de la Catedral de Sevilla, redactó un libro que trataba del derecho natural, el *De vero jure naturali*. No llegó a la imprenta, porque murió el 12 de agosto de 1569, y su hermano Rodrigo (a quien encomienda el manuscrito, según consta por su testamento) no hizo —al parecer— las gestiones necesarias.

Fernando Vázquez hizo en las *Controversias ilustres* un alarde de cultura clásica realmente notable. Conoce bien a los juristas del *ius commune*, y a los canonistas más importantes, a los que cita continuamente. Conoce las obras de Juan de Gerson, Conrado de Summenhart, Gabriel Biel y Jacobo Almain, y cita de vez en cuando a Domingo de Soto, a quien siempre añade algún adjetivo (el ‘docto’ Soto) y sobre quien ironiza por tratar cuestio-

nes jurídicas siendo teólogo. Los materiales de construcción de su doctrina jusnaturalista fueron el derecho romano y las glosas y comentarios del *ius commune*, y su aportación reside en que mientras que los demás juristas tocaron los problemas del derecho natural solamente en la medida en que lo requerían los comentarios al Corpus Juris y sin concederle especial relevancia práctica, Vázquez extrajo las diversas nociones del *ius naturale* desde estos comentarios y les dio vida propia. Con ellas construyó una teoría simultáneamente jurídica y política.

1. Libertas est de jure naturali

Del mismo modo que los juristas anteriores, tampoco Fernando Vázquez maneja una noción unívoca del derecho natural. Pero concede gran importancia a la que lo entiende como consistente en la libertad natural que todos los hombres poseían en el *status naturae*. De acuerdo con ella, parte desde el individuo aislado en tal estado, y mantiene que el poder político ha sido una invención humana más, aunque especialmente importante: “De este modo, cuando por primera vez hubieran empezado a corromperse los hombres en alguna región, es de creer que entonces en ella se establecería la dignidad de príncipe y la administración de justicia”.⁵⁴¹ Esto parece ser evidente, porque “Atendido el derecho natural, todos los hombres nacían libres y no estaban sometidos al dominio y jurisdicción de otro”.⁵⁴² En esta edad de oro (así la presenta Vázquez) “Para reprimir a los hombres perversos, por otra parte muy escasos, no era necesaria ni se había instituido aún esta defensa artificial que se practica por modo de jurisdicción”.⁵⁴³ Hoy tenemos ya instituida tal *jurisdicción*, pero Vázquez la presenta en tono profundamente negativo:

Cuando en el día de hoy, en uso de la defensa artificial que se ejerce por vía de autoridad y jurisdicción, después de dilaciones y pleitos tan trabajosos, molestos, interminables y costosos, sucede que hubiera sido casi siempre más acertado... no haber reclamado tal auxilio o defensa artificial que el haberla recibido o conseguido, pues con razón parece haberla comprado [el hombre] por un precio más que excesivo.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ *Controversiarum illustrum...*, *cit.*, cap. 82, § 3.

⁵⁴² *Ibidem*, cap. 82, § 1.

⁵⁴³ *Ibidem*, cap. 41, § 33.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, cap. 41, § 36.

Quizá el motivo último que le mueve a opinar así es el que expresa en el cap. 5, parágrafo 28: el estar bajo el dominio de un señor no es un bien, sino la más desagradable de todas las cosas.⁵⁴⁵ El poder político resulta ser una realidad opuesta al derecho natural:

Atendidos aquellos derechos que los hombres usaban, eran dueños y señores y gozaban de absoluta libertad, y no cabe duda que la supremacía y la jurisdicción se opongan algún tanto a esta completa libertad, que es evidente ser contraria al derecho natural... luego así como las guerras y las diversas especies de esclavitud tuvieron su origen en el derecho de gentes secundario, así también de la misma fuente proceden los reinos y los restantes principados y jurisdicciones, que no son menos opuestos y contrarios al derecho natural y de gentes primitivo que las mismas guerras y esclavitudes.⁵⁴⁶

La tesis aristotélica que mantiene la adecuación del poder político al derecho natural no encaja en sus explicaciones. En aquel momento quizá tenía más importancia la doctrina del origen divino de los reyes, porque los ingleses la estaban usando en sus guerras civiles. Él despacha estas teorías escribiendo que “Podemos defender que los reyes proceden del mismo Dios y Señor Supremo, en cuanto que en todas las cosas y actos humanos concurre y aún precede el mismo Dios impulsando y dirigiendo a las criaturas, como si todas las cosas creadas sólo se movieran en todos sus actos por el influjo divino”.⁵⁴⁷ Esto le lleva a concluir que la existencia de la ‘suprema potestad’ es de derecho divino en la medida en que aquel derecho concurre como causa universal con todas las cosas.⁵⁴⁸ Así, la autoridad política, “Del mismo modo que las guerras, las esclavitudes y todas las demás restantes cosas introducidas por el derecho de gentes secundario, se considera que procede del mismo Dios como causa que es de todo”.⁵⁴⁹ El derecho divino queda así reducido a la voluntad permisiva de Dios,⁵⁵⁰ porque esta voluntad se extiende a todas las cosas que la naturaleza ofrece espontáneamente: “Porque aquel dicho ‘Por mí reinan los reyes’ no tiene otra significación que si dijera que por disposición de Dios los ríos se deslizan, brotan las fuentes, crecen los trigos, echan hojas los árboles, el sol ilumina, etc.”.⁵⁵¹

⁵⁴⁵ *Ibidem*, cap. 5, § 28.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, cap. 41, § 37.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, praefatio, §§ 113 y 114.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, praefatio, § 125, cap. 47, § 5.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, cap. 41, § 39.

⁵⁵⁰ Véase mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, *cit.*, p. 131.

⁵⁵¹ *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 29, § 4.

2. La naturaleza del poder político

El poder político se legitima por un hecho humano, y el principio que rige la doctrina de Vázquez es el que indica que “Principatus politicus ex solo populi consensu”. Una tesis que también la estaban usando los aristotélicos, como Vitoria y Soto. Vázquez sigue la mentalidad más corriente en las Escuelas bajomedievales, en las que se explicaba que *ab initio* todos los hombres eran igualmente libres, pero que posteriormente decidieron constituirse en sociedad o *cœtus* mediante un *pactum societatis*. En un momento más tardío los hombres ya congregados decidieron traspasar su poder a un jefe político mediante el ‘*pactum subjectionis*’. Pero estas doctrinas medievales no extrajeron desde el supuesto *prius* temporal de la libertad individual en el estado de naturaleza una teoría política basada en tal libertad. Vázquez sí lo hizo.

En todo el texto del libro primero y comienzos del segundo seguiré el siguiente orden: propondré en primer lugar, como base, un principio fundamental del que extraeremos más de doscientas conclusiones, todas ellas de extraordinaria utilidad e importancia. Este principio o ley fundamental es el siguiente: todo poder legítimo de príncipes, reyes, emperadores o de cualquier otro régimen ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido única y exclusivamente para utilidad de los ciudadanos y no de los que gobiernan, según es doctrina común y generalmente admitida por filósofos, legisladores, santos y doctores.⁵⁵²

Hasta aquí no ha sentado ningún principio político nuevo: ya Aristóteles había establecido que la tiranía se produce cuando el gobernante trabaja en su propio provecho, no en el de la comunidad, y así había sido repetido desde el siglo XIII. La novedad de Vázquez está en que este poder creado mediante un pacto no puede tener por finalidad sino la utilidad de los ciudadanos, y “Es útil lo que nos agrada” (*Utile, id quod libet*).⁵⁵³ Los hombres designan a uno de ellos para que los gobierne, y el gobernante dispone de un contrato de mandato concluido con los demás ciudadanos. Desde esta base, Vázquez extrae tres consecuencias: a) el príncipe no puede exceder los límites del mandato, ni aún en sentido favorable para los ciudadanos; b) el mandato está ordenado exclusivamente a la utilidad de los súbditos; c) el mandato es revocable *ad nutum*.⁵⁵⁴

⁵⁵² *Ibidem*, cap. 1, § 10.

⁵⁵³ *Ibidem*, cap. 17, § 3. Véase *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, *cit.*, pp. 182 y ss.

⁵⁵⁴ Véase mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, *cit.*, p. 170.

Que el príncipe carece de poder para traspasar el mandato

Es evidente por nuestra proposición principal y por los fundamentos en que se apoya... Hemos, pues, de decir que así como el árbitro se halla revestido de jurisdicción nacida de la concesión y encargo de los litigantes, si los mismos contendientes no quieren someterse a sus disposiciones no puede castigarlos sino dentro de los límites y medida que los mismos litigantes le otorgaron y, hasta donde se extienda la pena a que ellos voluntariamente se sometieron. Del mismo modo, tampoco el príncipe, a quien el pueblo se confió y que de ninguna otra fuente ha recibido la menor potestad o jurisdicción, puede castigar o imponer penas más allá de los límites y medida del poder de jurisdicción que el pueblo le ha confiado.⁵⁵⁵

Por lo general, él deja reducido el poder político a un poder jurisdiccional, de forma que su función es la de hacer justicia entre los ciudadanos.⁵⁵⁶ Pero la gran novedad de Vázquez reside en que él fue el primero que tomó en serio el parágrafo *Sed naturalia* de la Instituta, en el que se indica que los “*Jura naturalia* siempre permanecen firmes e inmutables”. El motivo que le movió a redactar las *Controversias ilustres* fue (según expresa él en el prólogo) defender estos derechos naturales del hombre, que él considera que están exterminados en toda la tierra.⁵⁵⁷ El parágrafo *Sed naturalia* fue entendido ahora de una forma ante todo individualista. Esta sujeción no debe entenderse al modo escolástico, en el que se distinguía entre la *vis coactiva* y la *vis directiva* de las leyes, de modo que el gobernante quedaba obligado a esta última, pero no a aquella. Vázquez declara que la sujeción del príncipe a las leyes

La has de entender, en primer término, en cuanto a las palabras... En segundo lugar, has de entender que el príncipe está sujeto también en cuanto al efecto y sustancia de la obligación legal, ya que esta sustancia o fundamento de la obligación legal es el consentimiento verdadero o presunto que el príncipe ha otorgado a la ley... En tercer lugar, has de entender que está sujeto también a la pena... y por lo que hace a la ejecución se efectuaría por él mismo o por sus oficiales.⁵⁵⁸

⁵⁵⁵ *Controversiarum illustrium...*, cit., , cap. 29, § 2.

⁵⁵⁶ Véase mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, cit., pp. 136 y ss.

⁵⁵⁷ “Non possumus non dolore vehementer quod naturalia jura quae a veridicis ac prudentissimis jure consultis quasi immutabilia tradita fuerant, quacque foelicitatem mortalibus prae se ferebant, exulare cogantur ab orbe fere universo exterminata”, *Controversiarum illustrium...*, cit., praefatio, § 3.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, cap. 45, §§ 7 y 8.

En el ejercicio de este poder jurisdiccional, el titular del poder está sometido a las leyes nacionales como un ciudadano más. Ésta era una común opinión del siglo XVI español, porque la mantenían todos los juristas relevantes, con excepción de Antonio Gómez.⁵⁵⁹ Proporciona muchos argumentos a favor de esta vinculación del príncipe a sus propias leyes, y hay dos especialmente relevantes.

Existe una... razón no menos nueva que insigne, porque del mismo modo nos obligan las leyes que los mismos contratos, ya que la ley no es otra cosa que un cierto contrato y mutua promesa de los ciudadanos entre sí... y éste es el verdadero sentido de la ley primera del Digesto, donde se dice: ‘Común convención de la república’, esto es, común y mutua promesa de los ciudadanos entre sí... Luego así como el príncipe no sólo queda obligado por sus contratos, sino también sometido a ellos... así también queda obligado por este contrato público, es decir, por la ley o por la legislación.⁵⁶⁰

El otro reza: “La violación de las leyes dadas por el príncipe debe considerarse como un acto perjudicial contra la república, a la que no tiene derecho por ser contra la comisión y cargo conferido por el pueblo”.⁵⁶¹ Si el gobernante traspasa los límites de su mandato, se convierte en un ciudadano más, decae el deber de obediencia hacia él, y es lícito resistirle con la fuerza. “Si el príncipe de la república a que pertenezco se lanza a matarme o herirme, siendo yo inocente... por el mismo hecho y por el propio derecho deja de ser príncipe. Por tanto, si para mi propia defensa le hubiera dado muerte, no tanto parecerá que he matado al príncipe cuanto a un hombre ya particular”.⁵⁶²

II. LA ESCOLÁSTICA TARDÍA ESPAÑOLA

La Corona de Castilla hubo de esperar a finales del siglo XV para sumarse al concierto universitario europeo. Entonces irrumpió con fuerza la corriente de teólogos que hoy conocemos como Segunda Escolástica, cuyas obras fueron rápidamente conocidas en toda Europa. Además, el siglo XVI español poseyó otra vertiente de la reflexión jurídica, que aún hoy es poco conocida: los juristas laicos que no fueron teólogos y que gozaron de fuerte prestigio internacional; tal fue el caso de Diego de Covarrubias (el Bártolo

⁵⁵⁹ Véase mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, cit., p. 160.

⁵⁶⁰ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 15, § 4.

⁵⁶¹ *Idem*.

⁵⁶² *Ibidem*, cap. 18, § 10.

Hispano), Martín de Azpilcueta, Gregorio López, Alfonso de Castro, Antonio Gómez o el mismo Fernando Vázquez de Menchaca, casi todo ellos activos a mediados del siglo. No aludo a ellos por motivos patrióticos, que lleven a suponer que sus obras fueron más importantes que las de sus colegas belgas, franceses o italianos, sino porque la posición internacional de la Corona de Castilla y Aragón durante este tiempo los llevó a tener que interesarse por las cuestiones más básicas del derecho, cosa que no sucedió con la jurisprudencia europea, que bien se dedicó al estudio tradicional del derecho privado, o bien se volcó en los estudios históricos y filológicos sobre el Corpus Juris; en cualquier caso, ocupaciones más bien eruditas, como de gabinete de sabio despreocupado de la marcha de los negocios que no encontraran asiento en el derecho romano.

Francisco de Vitoria vivió sus mocedades en París, en tiempos de estudio. Pero al volver a Salamanca trajo como libro de texto no las *Sentencias* de Pedro Lombardo, sino la *Suma teológica* de Tomás de Aquino. Así, por primera vez en la historia, las obras del de Aquino fueron estudiadas y explicadas en una Escuela importante. Hasta el momento solo habían recibido atención extensa por Pedro de Crockaert y Cayetano, porque los siglos XIV y XV fueron campo casi exclusivo de Juan Duns Scoto y sus seguidores. Vitoria dio origen a una corriente que usualmente llamamos Segunda Escolástica, porque, una vez decadente la escolástica en casi toda Europa, él dio nuevos impulsos al estudio de la realidad según las filosofías escolásticas, y las doctrinas de este movimiento tardío tuvieron seria influencia en la formación del pensamiento jurídico moderno. Esta escolástica estuvo compuesta por teólogos, normalmente pertenecientes a órdenes religiosos: el clero secular apenas participó en ella. La primera generación de teólogos escolásticos fue la de Vitoria, Báñez y Soto, que llega hasta mediados del siglo XVI. La segunda generación estuvo integrada por personajes diversos, fundamentalmente frailes agustinos y dominicos, como Bartolomé de Medina, Báñez, Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón. Melchor Cano fue el autor del tratado sobre los *Lugares teológicos*, una obra delicada, propia del barroco español. Y la tercera y última generación fue propiedad de los jesuitas: Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco Suárez, el “Doctor Eximio”. Podemos considerar que en buena medida se agotó con Suárez, tras el añadido de Juan (Cardenal) de Lugo, que fue el primer autor que declaró que la propiedad privada constituía un derecho natural del individuo. Tras de Suárez publican algunos autores que, como Escobar o Lessius, son excesivamente manieristas y decadentes; por el contrario, Juan de Lugo no tuvo empachos en llevar algunas tesis individualistas de Molina y Suárez hasta sus últimas consecuencias. Publicaron tratados *De justitia*

et jure (entre otros tipos de obras), y conforme avanza el siglo XVI, estos estudios tienden a titularse *De legibus*, un título más acorde con los nuevos tiempos que corrían, porque destacaba Figgis que estos escolásticos hicieron una amalgama de derecho divino, civil y eclesiástico en un único sistema, y aunque distinguieron distintos tipos del derecho (eterno, natural, positivo) desconocieron las distinciones entre ellos, que son fundamentales.⁵⁶³

Aunque las citas de estos escolásticos abarrotan las páginas de los tratados de derecho natural de la primera mitad del siglo XVII, lo cierto es que la campaña de desprestigio que comenzó contra ellos Thomas Hobbes (que llamaba a su cultura *Kingdom of darkness*, hacia 1645) los hizo olvidar, y ha habido que esperar hasta el siglo XX para que sean redescubiertos por la historiografía. Realmente, conocemos todavía poco de ellos, porque buena parte de los historiadores los han expuesto como formando parte de una cadena que arranca de Tomás de Aquino, por lo que deberían ser considerados tomistas. Esto no acaba de ser exacto, porque aunque bastantes de sus obras consisten en comentarios a la *Suma teológica* del de Aquino, las ideas que las animaron internamente estaban con frecuencia bastante alejadas del pensamiento tomista. Sí formaron un bloque unitario en su doctrina política porque siguen el espíritu que se desarrolló en las Escuelas tras la recepción del aristotelismo, en la afirmación del pueblo como titular último del poder político, en la tesis que mantiene que el gobernante está obligado a obedecer todas las leyes del reino, también las leyes políticas, como insistía especialmente Bartolomé de las Casas. Defendieron los derechos de los indios americanos contra las pretensiones de Carlos V, y en la polémica sobre los ‘justos títulos’ de los castellanos para ocupar América destacaron la libertad personal y política como un derecho especialmente importante.

Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, como en general los dominicos, fueron más o menos fieles al espíritu tomista.⁵⁶⁴ Pero el avance del siglo XVI fue avance en doctrinas que mantenían que la bondad o maldad de las

⁵⁶³ “The Spanish mind completes the amalgamation of laws divine, civil and ecclesiastical into a single system. It contemplates the universe as subject to the reign of jurisprudence. Suarez’s treatise is not only of laws, but of God legislator. He knows many kinds of laws, eternal, natural, positive, but no distinction between them that is really fundamental”. *Studies of Political Thought...*, p. 165.

⁵⁶⁴ Winter explicaba que “Während die Dominikaner in ihren Lehren noch stark die mittelalterliche Ungeschiedenheit des beiden Sphären [se refiere a la teología y a la sociología] verkörpern und daher Problemstellungen der weltliche Sociologie mit ihren Bereich zu ziehen geneigt sind, haben sich die Jesuiten, die nicht mehr in Mittelalter wurzeln, in konsequenter Form als ihre Vorläufer hin entwickelt zu modernen Differenzierung von Theologie und Sociologie”. *Die Sozialmetaphysik der Scholastik, cit.*, p. 59.

conductas surge *ex objecto*, esto es, que las acciones son buenas o malas en sí mismas al margen de las circunstancias: una tesis ajena a la enseñanza tomista, que solamente tomaba el criterio *ex objecto* como uno más entre otros. Gabriel Vázquez de Belmonte pasó a la historia por este objetivismo extremo, que incluso afirmaba que el deber ser nacía desde el ser, de modo que desde la maldad de una conducta brotaba sin más su imposición o prohibición. Era el triunfo del criterio *formaliter*, que pretendía estudiar las cosas en sí y por sí mismas, que lo reconocemos igual en Vázquez de Belmonte que en Herbert de Cherbury y, poco después, en Luis de Molina, Francisco Suárez y Hugo Grocio. Es el mismo criterio que seguía Luis de Molina, quizá el más jurista de este grupo de teólogos, como destacaba Hervada.

El primero de estos teólogos, Gabriel Vázquez de Belmonte, rompió expresamente con la doctrina ética de Tomás de Aquino. El de Aquino había realzado especialmente la buena voluntad personal en la constitución del acto virtuoso, de modo que la forma de actuar es la que vuelve bueno el acto, pues no se trataba tanto de producir obras objetivamente buenas cuanto de actuar virtuosamente; esto es, de obrar como obraría un hombre que quisiera actuar bien. Pero Tomás añadía a esta doctrina la de la rectitud objetiva de las acciones, porque un necio que actuara con buena voluntad objetivamente hará disparates. La doctrina tomista oscilaba así entre dos polos: el personal y el real, y si era importante uno no lo era menos el otro. A su vez, su explicación sobre la *ratio boni vel mali* de nuestras actuaciones no era rotunda ni mucho menos sencilla: en su doctrina está diluida la tesis que entiende que la *ratio boni* consiste, en la última de las instancias, en el carácter de *delectabile* de aquello que podemos realizar: por esto, el hombre pecador no es tanto una mala persona como un necio, un *stultus*. Esta doctrina, al estar transida por factores distintos, y ocasionalmente opuestos, presentaba una explicación compleja de la actuación humana, ya que no era reductible a un único dato, y no se dejaba enseñar con facilidad. Gabriel Vázquez se rebeló ante esta complejidad, ya que él se propuso mostrar con claridad cuál era la relación entre la voluntad que es movida a actuar y los bienes que mueven a la voluntad en su actuación.

Vázquez cita frecuentemente a Cayetano, Capreolo, Durando, Scoto, etcétera. Menos a Conrado, el Ferrariensis, Bonaventura o Gregorius. A los *thomistae* de su época ni los menciona, excepto a Domingo de Soto. Todos estos quedan incluidos en las categorías de los *scholastici* o *thomistae*, que él considera autores lejanos. Cita con mucha frecuencia a Tomás de Aquino, porque los estatutos de entonces de la Compañía de Jesús imponían a sus miembros el deber de seguir la filosofía y la teología tomista.

Comienza explicando que actuamos por una finalidad, que es la causa eficiente de nuestra actuación.⁵⁶⁵ Para alcanzar esta finalidad usamos de unos medios, y no es correcto entenderlos como simples instrumentos en orden a alcanzar el fin, ya que los medios poseen una bondad propia distinta de la bondad del fin al que tienden,⁵⁶⁶ y esto lo comprobamos porque si los medios fueran buenos solamente por su ordenación al fin, como si esta ordenación fuera su forma extrínseca, entonces todos los medios poseerían el mismo valor, y esto es absurdo.⁵⁶⁷ En realidad, los hombres no podemos tender directamente al fin último,⁵⁶⁸ y es preciso detenerse más en la consideración de estos medios. Le parece una sentencia mucho más probable que el fin tiene carácter de deber no tanto por el deseo de la causa última, a la que ese fin se ordena, sino únicamente (*solum*) por el deseo de mover la voluntad para realizar esos medios,⁵⁶⁹ por lo que el fin no ejerce tanto su función haciéndose amar él como haciendo amar a los medios y a las obras que se derivan desde el amor de él.⁵⁷⁰ Porque estas causas segundas o intermedias poseen una causalidad propia, pues son verdaderas causas eficientes de algunos efectos, de forma que ellas mismas influyen en el efecto final.⁵⁷¹ Pero conviene que exista un último fin que dé sentido a todos los demás fines, porque si no es así, llegaríamos a un *processum in infinitum*.⁵⁷²

Gabriel Vázquez nos expone su visión personal de la estructura de la acción humana: “Primum est ratio boni, secundum est ratio appetibilis, tertium ratio finis”,⁵⁷³ con la que distorsiona seriamente la explicación tomista. Pues Tomás de Aquino afirmaba simultáneamente que la voluntad es buena por tender a un fin bueno (*ratio boni*), como que algo se convierte en un bien (*ratio appetibilis*) porque es querido con buena voluntad. Vázquez, por el contrario, establece una gradación prácticamente geométrica: primero está el

⁵⁶⁵ *Commentariorum ac Disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae*, edición de Ingolstadt, 1611, q. 1, art. 1, *disputatio* 1, cap. 2

⁵⁶⁶ “Deinde, media non tantum esse objecta materialia voluntatis, sed etiam in se habent rationem formalem objecti voluntatis ... quoniam in mediis non tantum est entitas ipsorum, sed etiam est, aliqua propria ipsorum bonitas distincta a bonitate finis”. *Idem*.

⁵⁶⁷ “Si media solum essent bona bonitate finis, tanquam formam extrinsecam, aequaliter essent bona omnia media: at hoc est absurdum”. *Idem*.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, q. 1, art. 2, disp. 2, cap. 3, p. 14.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, q. 1, art. 2, disp. 3, cap. 1, p. 17.

⁵⁷⁰ “Ergo finis non dicitur exercere munus suum, quod est gratia cuius circa amorem sui, sed circa amorem medium, et circa opera, quae ex amore ipsius, el mediorum derivantur”. *Idem*.

⁵⁷¹ *Ibidem*, q. 1, art. 2, cap. 4, p. 27.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 26.

⁵⁷³ *Ibidem*, q. 1, art. 2, disp. 3, cap. 2, p. 18.

bien que es querido (*ratio boni*), que es deseado porque realmente es bueno; desde el bien o la bondad surge el deseo, porque él es apetecible (*ratio appetibilis*); y por eso se convierte en un fin propio del hombre, con lo que llegamos a la *ratio finis*. Pero aún añade que nadie puede dudar que una misma cosa tiene dos bondades: una por ser útil para alcanzar el fin (y desde este punto de vista es un medio para tal fin), y otra por sí misma (*gratia sui*), ya que puede ser delectable o amable, y la apetecemos por sí misma, y no en función de otra cosa.⁵⁷⁴

Él se decide a prescindir de la buena voluntad personal en la formación del bien: Adriano (prefiere enfrentarse con un personaje poco conocido que no directamente con Tomás de Aquino) había mantenido que el que actúa con buena voluntad (*obsequium se praestare Dei*) no peca. “Los argumentos de Adriano... son de poca consistencia... porque entonces el que se ama a sí mismo más que a Dios, ama más a una cosa creada que a Dios, y entonces no ama realmente a Dios”.⁵⁷⁵ Porque puede suceder que ningún acto, ninguna virtud lleve a Dios, porque por sí no agrada a Dios.⁵⁷⁶ Es preciso estudiar una única razón del bien (*ratio boni*) que sea universal,⁵⁷⁷ igual para un cristiano que para un filósofo pagano.⁵⁷⁸ Pues Santo Tomás nos propone amar todas las cosas que nos lleven hacia el fin último, ya que estas cosas las amamos porque nos llevan a este fin (*propter ratione boni*), y todas ellas, porque son buenas, se ordenan por su propia naturaleza a la felicidad.⁵⁷⁹ Como es patente, para Vázquez existen en primer lugar las cosas buenas, y secundariamente el fin último que alcanzamos con el ejercicio de esas buenas acciones. Es necesario partir desde lo que es bueno por sí mismo, porque en caso contrario habríamos de mantener que ladrón roba por amor a Dios, y que lo mismo hace el adúltero, y esta forma de hablar ofende a los oídos.⁵⁸⁰

Sucede que Vázquez, que entra por un camino decididamente platónico, tiene muy mala opinión de la voluntad, que no es “Un modo absoluto

⁵⁷⁴ “Nemo enim dubitare potest, eandem rem posse habere duas bonitates, alteram utilis ad finem et hac ratione esse medium ad talem finem, altera vero delectabilis, aut commodi, et hac ratione esse finem, qui appetatur gratia sui, et non alteris gratia”. *Ibidem*, p. 23.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, q. 1, art. 4, disp. 5, cap. 1, p. 30.

⁵⁷⁶ “Ideo autem non refert, nec etiam virtute, quia opus ex se non placet Deo”. *Idem*.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, q. 1, art. 4, disp. 6, cap. 4, p. 34.

⁵⁷⁸ “Ut in visione Dei secundum veram fidem nostram, vel in aliis rebus, prout visum fuit Philosophis”. *Ibidem*, p. 34.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁸⁰ “Quis enim audeat dicere latro furatur propter Deum, adulter fornicatus propter Deum? Hic enim loquendi modus statim aures offendit”. *Ibidem*, q. 1, art. 6, disp. 6, cap. 3, p. 37.

real e intrínseco del acto”, sino una simple relación extrínseca de cualquier acto.⁵⁸¹ La voluntad se mueve pasivamente tras lo conocido, y ni siquiera Dios puede hacer que ella se lance tras algo que desconoce.⁵⁸² La voluntad, que es común a hombres y animales, se lanza necesariamente y ciegamente tras el bien conocido.⁵⁸³ Desde esta minusvaloración de la voluntad (tan opuesta a la doctrina de Tomás de Aquino),⁵⁸⁴ realza el valor del objeto de la conducta, y se niega a distinguir el ‘qué’ de la conducta de su ‘cómo’.⁵⁸⁵ Según Vázquez, quién expuso verdades inteligentes sobre este tema fue Scoto, y no los tomistas, que en este punto interpretaron a Scoto siniestramente. Scoto explicó que la acción es buena, porque es conveniente a la razón, o es mala, porque es disconveniente con la razón, de forma que la bondad y la malicia, por tener un criterio único, se muestran por sí solas, *ex genere*. “Pues es doctrina indubitada por todos que la bondad y la malicia resultan desde el objeto de la acción”.⁵⁸⁶ Ciertamente, los tomistas van explicando que la bondad o maldad de la acción puede ser considerada tanto desde el inicio de ella (causa eficiente) como desde su fin (causa final). “Pero yo entiendo que incluso el primer movimiento interior de elección de la acción, y la sustancia de la bondad o de la malicia, resultan desde el fin en cuanto su objeto”.⁵⁸⁷

Gabriel Vázquez ataca paulatinamente las bases de la explicación tomista de la justicia, pues él mantiene que los actos no pueden tener una doble especie moral,⁵⁸⁸ una proporcionada por el agente y la otra por el objeto. Tampoco se puede situar una virtud al servicio de otra,⁵⁸⁹ y lo delectable nunca puede ser medio para una virtud, ni mucho menos un criterio de lo

⁵⁸¹ *Commentariorum...*, *cit.*, q. 9, art. 1, disp. 34, cap. 3, p. 237.

⁵⁸² “Nec potentia absoluta Dei fieri potest, ut voluntas in incognitum feratur”. *Ibidem*, q. 9, art. 1, disp. 35, cap. 2, p. 239.

⁵⁸³ *Ibidem*, q. 14, art. 1, disp. 44, cap. 2, pp. 305 y 306.

⁵⁸⁴ Ya indiqué que Tomás de Aquino considera que la voluntad toma la naturaleza de la potencia que le es opuesta; esto es, de la razón, de forma que razón y voluntad se entrelazan en la decisión final. Aparte de esto, Tomás entiende que la voluntad dispone de una cierta libertad propia. Véase *Suma teológica*, I-II, q. 9, art. 3, en donde escribe que “Voluntas domina est sui actus, et in ipsa velle, et non velle: quod non esset, si non habeat in potestate movere seipsa ad volendum: ergo ipsa movet seipsam”.

⁵⁸⁵ “Cum enim convenientia, quae est bonitas, sit ratio formalis objecti voluntatis, non potest esse ratio volendi, et simul volita, sicut color simul est ratio videndi, et videtur”. *Ibidem*, q. 14, art. 1, disp. 44, cap. 3, p. 306.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, q. 18, art. 18, disp. 50, p. 350.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, q. 18, art. 6, disp. 51, cap. 2, p. 359.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, q. 18, art. 7, disp. 52, cap. 4, p. 371.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, q. 18, art. 7, disp. 51, cap. 3, p. 361.

virtuoso.⁵⁹⁰ El puritanismo que avanzaba inconteniblemente en el siglo XVI encontró su primer teórico de importancia en Vázquez de Belmonte. Pero en tal caso, ¿las cosas son buenas para nosotros, o han de ser buenas para nosotros porque Dios las quiere? Evade la respuesta y contesta que “Aquello que es honesto para nosotros por sí mismo (*ex genere suo*), o que nos ha sido ordenado, lo encontramos también delectable”.⁵⁹¹

En la cuestión 19, artículo 2, *disputatio* 57, lanza su ataque definitivo contra Tomás de Aquino: “Las dificultades que hemos visto siempre permanecerán, porque si el apetito recto se define por la recta razón, y la recta razón por el apetito recto... aquí hay un círculo vicioso, ya que lo uno se define por lo otro”. Su receta es definir todas las cosas absolutamente (*per absolutum*), y este absoluto lo conocemos mediante la razón, que es la que tiene completa supremacía, ya que el juicio moral depende enteramente de ella, sea recta o equivocada.⁵⁹² La conciencia humana es simplemente una parte del intelecto, “*Quae sit veluti scientia*”, ya que en su significación primaria denota algo perteneciente al intelecto.⁵⁹³ Nuestra conciencia no tiene valor de ley, ya que solo nos presenta (extraña terminología) ‘proposiciones de leyes’.⁵⁹⁴ Como es lógico, no podemos distinguir la razón en teórica y práctica,⁵⁹⁵ y nuestros juicios recaen de forma exactamente igual sobre los universales que sobre los particulares.⁵⁹⁶ En este nuevo universo frío de conceptos inmóviles no hay lugar para la distinción aristotélico-tomista entre movimiento natural y movimiento violento.⁵⁹⁷

La primera regla de nuestras acciones es la misma naturaleza racional, en cuanto es racional... de forma que decimos que algo es bueno si es consentáneo con la naturaleza racional, y que es malo si es disentáneo respecto a ella... Porque tanto como Dionisio como san Agustín y otros enseñan que el pecado es algo contra la naturaleza del hombre, que es contra la regla de la razón.⁵⁹⁸

De esto se sigue que algo es bueno o malo para el hombre por su propia naturaleza, aunque no supongamos ninguna prohibición o precepto de un

⁵⁹⁰ “*Quod vero dicebatur de bono delectabile, quod potest expresse elegi propter utilitatem, etiam falsum est: nam ipsa bonitas delectabilis consideratur ut utilis ad aliquem finem: delectatio autem est opus quod sumitur ex objeto delectabili*”. *Ibidem*, p. 362.

⁵⁹¹ *Idem*.

⁵⁹² “*Conclusio est, voluntas discordans a ratione, sive recta, sive errante, semper est mala*”. *Ibidem*, q. 19, art. 6, disp. 58, p. 415.

⁵⁹³ *Ibidem*, q. 19, art. 6, disp. 58, cap. 1, p. 417.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 422.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, q. 19, art. 6, disp. 62, cap. 5, p. 430.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 431.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, q. 6, art. 4, disp. 25, cap. 2, p. 178.

⁵⁹⁸ *Idem*.

superior, y decimos que estas cosas son buenas o malas por el mismo derecho natural. Porque el derecho natural no es otra cosa que la misma naturaleza racional, con la que algo es bueno si consona, y malo si disona de ella. Este derecho no tiene razón de precepto (*non habet rationem praecepti*), con lo que es manifiesto que no es un acto ni del intelecto ni de la voluntad.⁵⁹⁹

Tomás de Aquino había dedicado todo un artículo a examinar si ésta era la fuente de la moralidad.⁶⁰⁰ Entiende que la naturaleza del acto, esto es, su consonancia o no con la naturaleza racional del hombre, es tema más complejo, porque distingue una cuádruple fuente de la moralidad: una, en cuanto la acción es acción o es un acto; porque una cosa endeble no puede ser realmente buena ni mala, por lo que tendrá tan poco de bondad como de entidad. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta el objeto o especie. En tercer término están las circunstancias y, finalmente, ha de considerarse la finalidad.⁶⁰¹ Para Tomás, la determinación de la naturaleza del acto es más compleja que para Vázquez, porque Tomás de Aquino no aprecia en las acciones un carácter sin más absoluto (a modo de sustancias de naturaleza inamovible), porque los actos de los hombres (si son realmente humanos) son voluntarios, porque han de ser adecuados (*conveniens, congruum*) al fin que se pretende, y un acto es voluntario cuando persigue un fin, no cuando se ve forzado a ser así y no de otro modo, de forma que la finalidad es la ‘principalísima’ entre todas las circunstancias, y aquello ‘que’ se hace materialmente tiene un carácter secundario comparado con ella.⁶⁰² Lo más que se puede afirmar es que el ‘objeto’ no es la materia *ex qua*, es decir, desde la que parte el enjuiciamiento de la acción (que solamente puede ser una persona humana), sino la materia *circa qua*,⁶⁰³ que solamente tiene razón de forma en la medida en que proporciona efectivamente la especie del acto.

⁵⁹⁹ *Idem*.

⁶⁰⁰ *Suma teológica*, I-II, q. 18, art. 2.

⁶⁰¹ “Sic igitur in actione humana bonitas quadruplex considerari potest. Una quidem secundum genus, prout scilicet est actio; quia quantum habet de actione, et entitate, tantum habet de bonitate. Alia vero secundum speciem, quae accipitur secundum objectum conveniens. Tertia secundum circumstantias, quasi secundum accidentia quaedam. Quarta autem secundum finem, quasi secundum habitudinem ad bonitatis causam”. *Ibidem*, I-II, q. 18, art. 4.

⁶⁰² “Respondeo dicendum, quod actus proprie dicuntur humani, prout sunt voluntarii. Voluntatis autem motivum, et objectum est finis. Et ideo principalissima est omnium circumstantiarum illa, quae attingit ex parte finis, scilicet cuius gratia: secundaria vero quae attingit ipsam substantiam actus, id est, quid facit”. *Ibidem*, I-II, q. 7, art. 4.

⁶⁰³ “Objectum non est materia ex qua, sed materia circa quam; et habet quodammodo rationem formae, in quantum dat speciem”. *Ibidem*, I-II, q. 18, art. 2.

Es decir, ‘en cierto modo’ (¿cómo traducir la cantidad de partículas indeterminativas que el de Aquino introduce en este tema?) la naturaleza objetiva de lo que se hace es una circunstancia más. Porque el de Aquino entiende que, aunque la naturaleza está determinada hacia la unidad, el proceso racional y reflexivo humano no está determinado a cualquier unidad, sino que es posible que un dato de ese proceso reflexivo sea llevado más allá en la argumentación,⁶⁰⁴ de forma que lo que era una *substantia perfecta* aparezca finalmente, seriada o mediada (y por tanto puesta al servicio de otra cosa) en la serie de la argumentación. Lo que le interesa realmente a Tomás de Aquino es el sujeto que obra, con lo que el acento se desplaza desde lo que hace al modo cómo lo hace, que es lo propio de la *praxis* frente a la simple *poiesis*.⁶⁰⁵ Porque el de Aquino tiene siempre presente (tema muy reiterado en su obra) que lo natural ha de ser voluntario, procedente de un principio intrínseco al que obra; lo que procede desde un principio extrínseco (como serían las ideas que encarnan las naturalezas de las cosas inmutables) es un móvil *violentum*.⁶⁰⁶

Pero estas matizaciones no fueron tenidas en cuenta en los ejemplos que Vázquez proporciona, porque él argumenta que siempre será bueno ayudar al que está en extrema necesidad, y siempre será malo adulterar. Vázquez se apuntaba abiertamente a la corriente de moda, pues ya Bartolomé de Medina había indicado varios años antes que son muchos los que defendían el criterio *ex objecto* “a bocados”.⁶⁰⁷ Tomás de Aquino había resumido sus objeciones a este planteamiento indicando que “Sed contra est, quod Phil. in 5 Ethic., quod justitia est, secundum quam aliqui volunt justa”.⁶⁰⁸

Vázquez supone una ley del espíritu humano, independiente del tiempo y del lugar, inmortal, por tanto, que excede a toda experiencia y hace posible en el aspecto religioso-moral una conducta adecuada en la vida del hombre; en este punto no se deja llevar a un combate personal, y todo lo que hace es rechazar direcciones completas con las que no está de acuerdo.

⁶⁰⁴ “Quia vero natura determinata est ad unum... sed processus rationis non est determinatus ad aliquem unum: sed, quodlibet dato, potest ulterius procedere”. *Ibidem*, I-II, q. 18, art. 10.

⁶⁰⁵ “Respondeo dicendum, quod in actu est duo considerare, scilicet speciem actus, et modum ipsius. Et species quidem actus consideratur ex objecto... sed modus actu pensatur ex virtute agentis”. *Ibidem*, I, q. 89, art. 6.

⁶⁰⁶ “Commune est, voluntarium, et naturali, quod utrumque sit a principio intrinseco: violentum autem et a principio extrinseco”. *Ibidem*, I-II, q. 6, art. 5.

⁶⁰⁷ “Alii sunt qui mordicus defendunt istam sententiam, quod bonitas voluntatis tantum dependeat ex solo objecto, sed loquuntur contra istam philosophiam, et veritatem”. *Expositio in I-II Angelici Doctoris D. Thomae Aquinatis*. Salamanca, 1578, I-II, q. 19, art. 2.

⁶⁰⁸ *Suma teológica*, I-II, q. 19, art. 1.

Espera imponer silencio a los adversarios por la impresión que producen sus propias ideas: ésta ha sido históricamente la actitud de los defensores de las naturalezas inmutables de las cosas.⁶⁰⁹ El mandato del superior solamente ha de intervenir en el derecho positivo.⁶¹⁰ El pecado no implica una especial violación de un mandamiento divino, aunque Vázquez entiende (según él, interpretando a Tomás de Aquino) que todo pecado se opone a la ley eterna, no porque Dios prohíba u ordene nada en concreto, sino porque Él es la misma ley eterna.⁶¹¹ Lógicamente, Dios no puede dispensar nada de lo dispuesto por la ley natural, porque si lo hiciera rompería el orden recto de la justicia que constituye a la naturaleza, y Él se negaría a sí mismo.⁶¹² Vázquez resuelve el problema del conocimiento, en el sentido de su validez objetiva, buscando la garantía del valor objetivo de la evidencia en la afinidad (por así decir) de la razón humana con la razón del universo.⁶¹³ Este triunfo completo del criterio *ex objecto* nos lleva a las palabras de Figgis: “He had the limited horizon and unlimited influence which always come of narrowing the problems”.⁶¹⁴

Pocos años después de Gabriel Vázquez publica Luis de Molina, que ha pasado a la historia más por sus aportaciones teológicas que no jurídicas. Influyó mucho en la teología católica del siglo XVII, como reconocemos en los ataques de Pascal contra los jesuitas, normalmente llamados por él los ‘molinistas’. Luis de Molina entiende que si la obligación nace “De la naturaleza del objeto” (*oritur a natura rei*, como sucede con la ayuda al que está en extrema necesidad, o con la prohibición de mentir, robar o adulterar) entonces pertenece al derecho natural; si la obligación no nace de la naturaleza de la cosa, sino de la voluntad del que ordena, entonces corresponde al derecho positivo humano. Igual que Gabriel Vázquez, él entiende que la naturaleza de la cosa es normativa por sí, de forma que la orden o prohibi-

⁶⁰⁹ Véase la explicación de Dilthey sobre Herbert de Cherbury en “La conexión entre la autonomía del pensar, el racionalismo constructivo y el monismo panteísta en el siglo XVII”, *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, trad. de E. Imaz, México, FCE, 1978, pp. 262-265.

⁶¹⁰ *Idem*.

⁶¹¹ “Hanc rationem forsam referre potuit Sanctus Thomas, omnia peccata ad legem aeternam, ut ea prohibita essent, non quidem prohibente, aut judicante Deo, sed hoc ipso, quod Deus talis est”. *Commentariorum...*, *cit.*, q. 71, art. 6, disp. 97, cap. 3, p. 659.

⁶¹² “Cum vero dixit idem sanctus Thomas ... Deus non posse in lege naturali dispensare, quia seipsum negare, non ideo dixit, quia iam semel prohibuit, et voluntatem suam revocare non potest. Sed quia, si in his rebus dispensare, tolleret ordinem rectum justitiae, quae naturam constituit, adque adeo seipsum, qui est ipsemet justitia, videretur negare”. *Idem*.

⁶¹³ En este mismo sentido, sobre Herbert de Cherbury, véase Dilthey, *La conexión entre la autonomía del pensar...*, *cit.*, p. 266.

⁶¹⁴ *Studies of Political Thought...*, *cit.*, p. 76.

ción se sigue sin más desde la índole de la conducta.⁶¹⁵ Desde las naturalezas de las cosas surgen capacidades de hacer para cada persona, como son las de usar las cosas propias, a comer el alimento de uno, a vestir el propio vestido, etcétera.⁶¹⁶

Pero sigue el mismo estilo de argumentar que Gerson o Conrado, porque desde las naturalezas de las cosas tanto nacen derechos como deberes, ya que si yo soy dueño de mi bebida tengo el derecho a beberla, pero he de abstenerme ante la bebida que es propiedad de otro. Así como Gerson y Conrado únicamente tienen a la vista los derechos, potestades o facultades que surgen desde las naturalezas de las cosas, Molina sigue esta actitud, y da a entender que la manifestación primera del derecho es el derecho subjetivo, porque, aparte de su insistencia en las *facultates*, escribe expresamente que “No veo el modo cómo pueda ser definido más cómodamente el derecho en esta acepción, que si dijéramos que es la facultad de hacer, de obtener o de insistir, o de comportarse de cualquier otro modo que, si fuera impedida sin legítima causa, se haría injuria al que la posee”.⁶¹⁷ Del contexto se desprende que no se limita a analizar una de las varias manifestaciones de la vida jurídica, sino la fundamental, que debe ser entendida sobre el patrón del derecho real de propiedad: “La facultad de uno para insistir y persistir en la posesión de sus cosas es el *jus* del que tratamos”.⁶¹⁸ Porque el derecho en general no es otra cosa que la facultad a una cosa, como si decimos que los caballos tienen derecho al pasto, las estrellas a iluminar, los distintos elementos a subsistir en sus lugares.⁶¹⁹ (Estas últimas líneas las co-

⁶¹⁵ “Regula ergo generalis ad dignoscendum, num aliquid ad *jus naturale*, an ad positivum pertineat, haec est. Si obligatio oritur a natura rei, quae praecipitur aut prohibetur, quia videlicet in se est necessaria, ut fiat, ut est subvenire extreme indigenti, vel quia in se est illicita, et mala, ut furari, adulterari, mentiri, tunc praecipio pertinet ad *jus naturale*; si verior obligatio non oritur a natura rei quae praecipitur aut prohibetur, sed a praeecepto et voluntate prohibentis... pertinet ad jus positivum”. *De justitia et jure opera omnia*, Venetiis, 1614, *tractatus primus, disputatio* 4.

⁶¹⁶ “Facultas, quod ex natura rei habet uniusquisque, ad utendum rebus suis, ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem... est jus de quo modo loquimur”. *Ibidem, tractatus secundus, disputatio* 1.

⁶¹⁷ “Nec video posse jus in ea acceptione aliter commodius deffinire, quia si dicamus; Est facultas aliquid faciendi, sive obtinendi, aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui sine legitima causa, contraveniatur, injuria sit eam habendi”. *Idem*.

⁶¹⁸ “Item facultas uniusquisque insistendi, aut persistendi possessione rerum suarum, est jus, quo nunc tractamus”. *Idem*.

⁶¹⁹ “Jus non aliud esse quam facultatem quamcumque ad rem quamvis, dominiumque cum jure recurrere, esseque non solum in bestiis, ut in equo ad pastum sumendum, sed etiam in rebus cognitione carentibus, ut in astris ad illuminandum, in elementis ad consistendum in suis propriis locis, etc”. *Ibidem, disputatio* 3, columna 33.

pia literalmente de Gabriel Biel, al que no cita quizá por ser Biel discípulo de Ockham). El derecho es algo que nos es debido, de lo que somos dueños, al modo de los *jura in re*.⁶²⁰ Y este dominio no es entendido con restricciones, sino en toda su plenitud (*simpliciter*), como el que tiene un señor sobre las cosas que son suyas.⁶²¹

Con él echa a andar, de forma aún poco precisa, la doctrina de los derechos subjetivos naturales individuales. Trata este tema extensamente en la *disputatio* 1 del *Tractatus* II del *De justitia et jure*, en donde se propone examinar una nueva noción del derecho. Esta noción nueva son las facultades que posee cada ser humano para actuar de acuerdo con la naturaleza de cada conducta o relación, como es el derecho a comer la propia comida, a vestir el propio vestido, a pasear cada uno por su casa o por la calle.⁶²² Estas son facultades que nacen desde la naturaleza de la cosa: *Ex natura rei*. Reitero que presentando así el tema, podría pensarse que quiere aludir a las competencias que brotan desde las exigencias objetivas de cada conducta: no es así, porque todos los ejemplos que proporciona se refieren muy directamente al uso inmotivado del propio arbitrio, uso que presenta como una facultad que surge “Desde las cosas mismas”. “Del mismo modo, la facultad que tiene cada uno para insistir y persistir en la posesión de las cosas que son suyas, es el derecho del que hablamos... Igualmente, la facultad de que dispone cualquiera, *ex natura rei*, para recibir gratis algo que procede de la liberalidad de otra persona, es el derecho del que estamos hablando”.⁶²³ Realmente, al filo de los ejemplos que él proporciona abundantemente, parece que la ‘naturaleza de la cosa’ de la que habla es ante todo la voluntad libre o el arbitrio de cada cual.

Él considera que todos estos casos constituyen un derecho, *jus*, porque los estudia ante todo desde el punto de vista de la injusticia que produciría su impedimento: ¿puede alguien impedir a otra persona que use legítimamente las cosas que son suyas? Introduce el adjetivo *legitimus*, pero en un contexto diferente al romano: porque en la ciencia jurídica romanista, *legitimus* es lo adecuado a la ley, y Molina usa este término para referirse a todo uso inmotivado o libre de la propia voluntad. Porque él reitera, insistente-

⁶²⁰ “Quia vero nihil magis nobis est devinctum, quam id, cujus sumus domini, jura, quae circa res quarum sumus domini habemus, earumdem rerum comparatione, in primis ac praecipue appellantur jura in re”. *Ibidem*, *disputatio* 2.

⁶²¹ “Dominus enim est, quid habet uniuscuique”. *Ibidem*, *tractatus* II, *disputatio* 3.

⁶²² “Facultas, quae ex natura rei habet uniuscuique, ad utendum rebus suis, ut ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem, ad decerpenda ex arboribus suis poma, ad ambulandum in propria domo, aut in via publica, est jus de quo modo loquitur”. *Idem*.

⁶²³ *Idem*.

mente, que todos nosotros tenemos ese derecho ‘del que hablamos’ cuando alguien, que sin legítima causa nos impidiera su ejercicio, nos cause una *injuria*.⁶²⁴ (En la lengua latina *injuria* significaba la violación de un derecho). Porque resulta evidente que quien nos impida comer lo que es nuestro, o vestir nuestro vestido, o pasear por la calle, sin haber causa suficiente para ello, está cometiendo una injuria contra nosotros. Porque lo que es derecho se mide ante todo desde lo que es *injuria*, ya que el derecho y la injuria poseen la misma razón de ser.⁶²⁵ El derecho vendría constituido por aquel conjunto de facultades que posee cada persona que no le pueden ser impedidas sin incurrir en arbitrariedad.

Él se percata de que está proponiendo más unas *qualitates personales* que no unas relaciones jurídicas mensurables por la ciencia del derecho. Porque la ciencia jurídica trabaja sobre relaciones realmente medibles, y las cualidades personales son iguales para todas las personas. Aborda muy modestamente este problema declarando que si se contraviene una facultad de alguien porque existe causa legítima, esta facultad, considerada en sí (*in se spectata*), no desaparece. En el ejemplo clásico del depósito de armas que hace una persona que después enloquece, la no devolución de ese depósito no destruye la facultad que tiene esa persona a lo que es suyo: “El que no se le devuelva, y por tanto la facultad que tiene sobre ellas [las armas] se vea negada justificadamente, no destruye este derecho suyo”.⁶²⁶ Y no prosigue esta argumentación.

Sus discípulos afilaron esta forma de entender la realidad jurídica, que ya no considera el *dominium* o *proprietas* como un instituto humano regulado por el derecho, sino que hace del *dominium* la manifestación primera o fundamental del derecho mismo. Los romanos y medievales habían considerado que la propiedad privada de las cosas externas es un instituto de origen humano, introducido por el derecho de gentes; pero ahora, en pleno avance del individualismo en el derecho, era preciso afirmar que la facultad

⁶²⁴ “Item facultas uniuscuisque insistendi, aut persistendi in propria possessione rerum suarum, est jus, quod nunc tractamus: quoniam si sine legitima causa illi contraveniatur, per expulsionem illi a possessione, infertur eidem injuria”. *Idem*.

⁶²⁵ “Jus quippe, ut dictum est, est quasi mensura iniuriae, in eoque ratio iniuriae est posita, quod sine legitima causa contraveniatur juri quod quis habet”. *Ibidem*. La relación entre *jus* e *iniuria*, mostrando sus relaciones mutuas, fue una constante del siglo XVI. Ya aludí al planteamiento que hizo Johann Oldendorp del tema, y algo después Domingo Báñez hacía una interesante y personal distinción entre ambos términos: “Nam justum dicitur esse anteaquam fiat, jus vero importat iniuriae emendationem: et similiter distinguit inter justum et iniuriam”. *De justitia et jure disputationes, cit.*, prologus, p. 8-A.

⁶²⁶ “Ei non reddatur, nec proinde facultati, quam alioquin ad id habet, illa de causa contraveniatur, nec tollit facultatem in se spectata esse jus illius, nec fit iniuria”. *Idem*.

o potestad que se manifiesta a través de la propiedad es el derecho mismo, no algo creado, y por ello regulado por el derecho. Leonardo Lessius fue el primero que mejor mostró esta identificación inicial del *dominium* con el *jus*, pues en el libro segundo de su *De justitia* incluye a comienzo un breve índice en el que expone el orden de lo que tratará: “1. De justitia in genere; 2. De jure in genere; 3. De dominio, et usufructo, usu, possessione; quae sunt species juris”. De este modo, el *dominium* dejó de ser un *objectum juris*, para transformarse en la manifestación primaria de la epifanía de lo jurídico en la vida humana. Como es lógico, Lessius hubo de mantener expresamente que el derecho consiste en una *legítima potestas*, que puede venir introducida por la ley divina positiva, como es el derecho a usar de los sacramentos, o por la ley natural, como es el uso del propio cuerpo o el derecho a mantener la vida mediante la comida y la bebida, o por la ley positiva humana, como sucede con los testamentos, de forma que existirán tantos tipos de derechos como tipos de leyes.⁶²⁷ El derecho será una legítima potestad para obtener alguna cosa, o para ejercer una función, y sabemos que es derecho porque si se nos impide esto, se comete una injuria.⁶²⁸ Esta potestad puede ser entendida como una potencia activa para hacer o retener; o como potencia pasiva, para que otros nos sirvan; o como capacidad de resistir, por ejemplo, para que no se construya en tal solar.⁶²⁹

Luis de Molina es consciente de que está argumentando sobre supuestos que no considera el Corpus Juris, y si la justicia siempre ha sido considerada como dar a cada uno lo que es suyo, ahora, cuando ‘lo suyo’ no se refiere a otra persona, sino ante todo a la facultad jurídica que tiene cada cual para hacer lo que quiera según su arbitrio, ¿cómo seguir hablando de justicia? Él mismo explica que si alguien come la comida que es de su propiedad, todos sabemos que tiene derecho a ese uso: pero no es un acto de justicia,

⁶²⁷ “Secundo, Legitima, i.e. a lege concessa: quia facultas quae secundum legem non competit, non est jus, sed vis et iniuria. Lex autem hanc potestatem concedens vel est divina positiva, ut ad Sacramenta percipienda: vel est naturalis, ut ad usum membrorum, vel vitam per cibum et potum sustentandam... Vel est humana, ut ad successionem haereditati... Tot enim sunt genera jurium, quot sunt genera legum, quae jus tribuunt”. *De justitia aliisque virtutibus morum, libri quattuor*, Lugduni, 1630, l. II, cap. 2, § 3.

⁶²⁸ “Tertio, accipitur jus pro legitima potestate. Sic acceptum potest hoc modo describi, Jus est potestas legitima ad rem aliquam obtinendam, vel ad aliquam functionem, vel quasi functionem; cujus violatio injuriam constituit”. *Idem*.

⁶²⁹ “Primo, est Potestas, id est, habitudo quaedam ad aliquid, unde dicimur aliquid posse. Haec autem se habet vel in modo potentiae activae, ut quando est jus ad aliquid agendum vel retinendum: vel potentiae pasivae, ut in jure quod habes ut alaris, ut custodiaris, ut tibi servietur: vel potentia resistendi, ut in jure quod habes ne quis aedificet tali loco”. *Ibidem*, l. II, cap. 2, § 2.

porque ese acto no se refiere a otra persona. Sin embargo, como si alguien sin causa legítima le impidiera comer al dueño de la comida le causaría una injusticia, hay que decir que siempre que se causa una injusticia se supone la existencia de un derecho; entonces decimos que una persona usa de su derecho, pero no que ejerza un acto de justicia, porque la justicia hace relación a otra persona, y este tipo de actos no consideran a los demás.⁶³⁰ En su línea innovadora, disuelve el cálculo jurídico en la comprobación del título por el que se posee un *dominium*, de modo que si alguien quiere mostrar un título jurídico ha de exhibir el título por el que dice poseer ese derecho o *dominium*. Ningún jurista hubiera discutido esta tesis, pero la novedad de Molina reside en que —de la mano de Covarrubias— la presenta como la raíz y origen del derecho en general,⁶³¹ y eso no lo hubiera hecho un jurista, que hubiera expuesto una doctrina mucho más amplia de la causa jurídica. Pero el tema de la causa jurídica parece no preocuparle cuando trata del derecho positivo humano, porque su tendencia es atribuir toda institución o solución racional a la ley natural, y dejar para el derecho positivo las regulaciones discrecionales sobre temas indiferentes moralmente.

El pensamiento tomista había visto en la sociedad humana una recreación continuada de la obra de la creación, en la que el hombre cooperaba continuamente con Dios, porque Dios y los hombres estaban unidos ante todo por un fin común. Pero Molina más bien contempla un mundo humano que nada tiene que ver directamente con la realidad sobrenatural, que por esto mismo no se mueve por racionalidades comunes a los hombres y a Dios, sino por mandatos divinos expresamente revelados, de modo que Dios irrumpe en la historia humana, por así decir, desde fuera. Ante esta nueva teología, Dios y los hombres dejan de ser cooperadores, y aparece ante todo un Dios legislador y autoritario. Porque él sigue la teoría de la *Pura natura hominis*, que mantiene que el hombre posee dos fines últimos: el natural y el sobrenatural, y entiende que ambos órdenes tienen distinta

⁶³⁰ “Secundum est. Non semper eum, qui exequitur id, ad quod habet jus, exercere actum justitiae; tametsi is, qui sine legitima causa contravenit jus alterius, semper, ut dictum est, in injustitiam incidat, v. g. qui vescitur cibo suo, induitque proinde uti jure suo: non tunc exercet actum justitiae: eo quod justitia sit ad alterum; is vero ejusmodi actibus nequaquam alterum respiciat”. *Idem*.

⁶³¹ “Explicatio jure et dominio, dicendum est breviter quid nomine tituli juris, et domini intelligatur. Radicem igitur ac originem, unde dominium, aut jus quodvis oritur, appellant jurisperiti titulum domini aut juris... Legitima electio alicuius in cathedram, episcopatum, aut beneficium, esse quippiam horum legitime collatum alicui, est titulus domini, aus juris cathedra, episcopatus aut alterius beneficii. Dixi, eam rationem fundandi, quae est velut radix et origo”. *Ibidem, tractatus secundus, disputatio* 4, col. 39.

legalidad.⁶³² Si la actuación humana está perfecta en sí y se desenvuelve al margen de la justicia divina, fueron comprensibles las imprecaciones de Pascal contra los ‘molinistas’.

El siglo XVI asiste a varios hechos decisivos. Uno, el avance de las ideas monárquicas, de forma que, como indica John Neville Figgis, “From 1500... the tendency of advancing civilisation is a tendency towards pure monarchy”,⁶³³ y desaparece así el Estado de derecho típicamente medieval. Los tratados sobre la justicia y el derecho ceden el paso a los que tratan de las leyes, como reclama un poder que tiende a ser único y hegemónico. Otro, el de la intolerancia religiosa, porque la religión tiende cada vez más a ocupar todos los ámbitos de la vida, y el espíritu elástico del hombre medieval se desvanece ante la coherencia llevada hasta sus últimas consecuencias.⁶³⁴ En contradicción con estos hechos está el innegable afianzamiento de las ideas romanistas sobre la libertad natural del hombre en el *status naturae*, que ya estaban recibiendo un cauce conceptual a través de los discípulos de Duns Scoto, omnipresentes en los escolásticos españoles de este tiempo.

Cabe preguntarse qué función cumplía el objetivismo ético que observamos en Gabriel Vázquez y Luis de Molina que se introduce de lleno en el siglo XVII de la mano de Francisco Suárez. Todo parece indicar, sin que podamos afirmar nada rotundamente, que estos últimos escolásticos quisieron establecer un terreno neutral de disputas, en el que los derechos del hombre quedaran asegurados por la objetividad de las normas morales y del derecho natural. De hecho, Suárez, al mismo tiempo que habla de la libertad natural del hombre como una *quasi qualitas moralis*, crea la figura del derecho subjetivo natural (el *jus utile naturale*) que provendría de una intersección de la norma objetiva con la titularidad de las personas concretas.

III. FRANCISCO SUÁREZ (1548-1617)

El gran triunfador del siglo XVII en los ambientes conservadores fue Francisco Suárez. Su filosofía fue barrida por lo general por los sistemas filosóficos sensistas y fenomenistas que arrancaron de Hobbes y Locke, pero

⁶³² “Potestas duplex est. Laica videlicet, et Ecclesiastica. Quo loco animadvertendum est, est homo conditus non esset in finem supernaturalem per media supernaturalia comparandum, sed solum finem naturalem, adhuc tunc distingui ejusmodi duplex potestas”. *Ibidem*, *tractatus secundus, disputatio* 21, columna 96.

⁶³³ *Studies of Political Thought...*, *cit.*, p. 46.

⁶³⁴ Nos indica James Lorimer que en los territorios reformados, las iglesias locales controlaron la vida de forma mucho más dogmática que lo había hecho la Iglesia Católica. Véase *The Institutes of Law*, 2a. ed., Edimburgh, 1880, p. 174.

durante el siglo XVII y aun buena parte del XVIII, él fue el dominador indiscutido en los ambientes moderados.⁶³⁵ Pero es un autor complejo y complicado, que oculta casi tanto como muestra. En las historias usuales de la filosofía del derecho se suele indicar que él adoptó una actitud moderadora entre el voluntarismo escotista y el objetivismo de Gabriel Vázquez, que volvía inútil cualquier mandato, pues la bondad o maldad de las conductas conllevaba directamente su imposición, por lo que la figura de Dios resultaba superflua. Pero esta tesis no acaba de ser cierta, aunque venga expuesta expresamente en el primer libro de su *Tractatus de legibus*: Suárez mantuvo reiteradamente en esta obra la objetividad del mundo ético, y sostuvo también muy reiterativamente que la objetividad del derecho natural se reconoce en la máxima medida en la objetividad de sus conclusiones concretas.

Pero la filosofía suareziana, aunque sin duda alguna triunfante en algunos sectores a lo largo de la Edad Moderna, no pasó los filtros de la Modernidad: permaneció como una tercera opción inoperativa de hecho entre el individualismo revolucionario y el despotismo monárquico. Incluso durante el siglo XVII se fue imponiendo a las conciencias como un chantaje: o se mantenía la doctrina revolucionaria de los derechos naturales del hombre, expuesta claramente por Fernando Vázquez de Menchaca, reconocible tenuemente en algunas declaraciones de Grocio, y proseguida por Pufendorf y Locke, o se afirmaba el poder absoluto de los monarcas, fundamentado ya a finales del siglo XVI en las doctrinas inglesas sobre el origen divino de los reyes. Rompieron con la tradición, y las matizaciones de la escolástica tardía española se perdieron en una lucha en la que en realidad ellas apenas participaron. La doctrina ‘democrática’ de estos escolásticos, así como su Estado de derecho, aunque fueron recogidas por el politólogo más citado del siglo XVII, el suizo Ulrich Huber, fueron finalmente desbordadas por el prestigio creciente de los derechos individuales naturales del hombre, de forma que en el choque de mentalidades que manifestó la explosión de 1789, Francisco de Vitoria o Francisco Suárez (por citar dos autores muy distintos) estuvieron ausentes. Y es que la democracia que se impuso desde la Revolución francesa fue una democracia individualista, y no era esto lo que pretendían los escolásticos. Aunque es preciso reconocer que Luis de Molina y Francisco Suárez, siguiendo los carriles de la filosofía escotista, contribuyeron decisivamente al afianzamiento del individualismo jurídico y político.

Quizá lo primero que llama la atención al leer a Suárez es el nuevo tono expositivo que él usa: expresiones como *formaliter*, *absolute*, *necessarium*, *a priori*,

⁶³⁵ Dufour, A., *Le mariage...*, cit., pp. 19 y 20. Beuchot llama con razón a Suárez el dintel de la Modernidad. Véase *Derechos humanos...*, cit., p. 6.

intrinsicè, proprie loquendo, ex terminis necessarium, per se, ex rei natura, ex vi rationis, iuxta naturalem, y otras por el estilo forman el cañamazo retórico que él ofrece para exigir credibilidad. Tomás de Aquino usaba normalmente el verbo *oportet* (“es conveniente”, “es oportuno”) para obtener el vehículo que le permitía avanzar en sus argumentaciones, y los juristas del derecho común solían hacer lo mismo con el *quaero*, al menos en el inicio de sus *quaestiones*. El nuevo tono pretendidamente apodíctico del jesuita nos indica que ya no estamos ante la reflexión usual ante el derecho o la experiencia jurídica, sino ante un nuevo discurso que pretende ante todo normar la realidad, porque quiere expresar la verdad estrictamente necesaria a priori. Es el tono del nuevo jusnaturalismo de la Edad Moderna, que sigue la tónica general de los nuevos tiempos.⁶³⁶ Se había hecho realidad lo que describe Randall: “Lo más significativo de todo, la unidad y autarquía de la gran síntesis medieval se había roto. El sistema cristiano ya no era un todo orgánico. Se habían seleccionado ciertos elementos considerados importantes y se los utilizaba para criticar a los otros”.⁶³⁷

Es lógico pensar que Suárez siga a Tomás de Aquino, porque las entonces Constituciones de la Compañía de Jesús imponían esta obligación a sus miembros. Pero las relaciones entre él y Tomás son externamente paradójicas. Cuando sienta doctrinas en las que se aparta *toto coelo* de la visión tomista del derecho natural, entonces se remite expresamente a la obra del Aquinate. Cuando no es así, se refiere a los *tomistas* como seres lejanos.⁶³⁸

1. *Objetivismo ético*

Sus hermanos de orden, Gabriel Vázquez de Belmonte y Luis de Molina, habían sembrado cierto desconcierto en la doctrina teológica al mantener la necesidad y objetividad de la ley natural, a la que ni Dios mismo podía cambiar, y mantenían, en consecuencia, que desde esta necesidad absoluta surge el deber de cumplir esta ley. Pero si la ley natural se impone por sí misma, Dios está de sobra en este esquema moral. Era preciso defender esta objetividad de los contenidos de la ley natural, pero añadiendo que,

⁶³⁶ El motivo último del porqué de este nuevo estilo dialéctico nos lo explicaba Hermann Conring: “Omnes enim artes et scientiae pro subjecto habens, res non singulares et individuales, sed universales: genera nimirum et species rerum; adeoque omnia sua considerant abstracte a materia singulari, ut loquuntur scholae”. *Propolitica, sive Brevis Introductio in Civilem Philosophiam*, edición de Helmstad, 1763, p. 25.

⁶³⁷ *La formación del pensamiento moderno, cit.*, p. 171.

⁶³⁸ Véase, por ejemplo, *Tractatus...*, *cit.*, l. I, cap. 5, § 1, o l. I, cap. 13, § 6.

además, debemos cumplirla, porque lo ordena una voluntad más poderosa que la nuestra. Ésta fue la actitud de Suárez.

Seguir esta inteligencia de la ley natural suponía entenderla únicamente a modo de un mandato que descendía desde Dios a los hombres, y esto presentaba ante todo dos diferencias con la visión tomista del derecho natural. Una, que Tomás de Aquino y los juristas bajomedievales la habían entendido así, pero no solamente así; porque junto a esta noción de la ley natural habían tenido en cuenta tanto las inclinaciones naturales de los seres humanos como las necesidades humanas en la historia, desde las que inducían las normas oportunas; de modo que si a veces la ley natural presentaba un cariz deductivo porque aparecía como una *participatio* intelectual o racional de la ley eterna, a veces también aparecía como una realidad que era inducida en cada momento según las necesidades de los hombres. Así, existía la *ratio* participada y la *ratio essentialiter*, y aquella, la razón participada o *intellectus*, mostraba deductivamente los primeros principios y las posibles concreciones de la ley natural, mientras que la *ratio essentialiter* trabajaba activamente para inducir las normas más oportunas ante las necesidades. Suárez no sigue este planteamiento, porque él solo considera una ley por esencia (*per essentiam*), que es la ley eterna, y todas las demás leyes lo son únicamente por participación (*per participationem*) de aquella primera ley.⁶³⁹

La segunda divergencia frente a Tomás la reconocemos en que, de modo consecuente con esta visión tan intelectual de la ley natural, Suárez entiende que en este universo racional y simplemente participado no tienen cabida los requerimientos de la vertiente sensitiva del hombre, ya que según Suárez la ley natural no se regula por la conveniencia a la naturaleza humana sensitiva, que es común con los animales, sino por su adecuación a la naturaleza racional, y los apetitos naturales han de ser considerados solamente —según la moda del momento—⁶⁴⁰ como materia regulada (*contractam*) por la

⁶³⁹ En el I, II, cap. 4, § 7 del *Tractatus*, por citar solo un lugar entre otros muchos, escribe que “Unde haec lex sub utraque consideratione est effectus legis naturae... quia haec etiam lex, prout est in ipso legislatore, est lex per participationem. Item a manat a potestate data ab ipso Deo, ad Rom. 13. Habet etiam vim obligandi quatenus nititur in principiis legis aeternae, quale est, obediendum esse a superioribus. Denique quia ut sit recta, debet esse conformis legi aeternae”. Antes había escrito que: “Ratio autem generalis reddi potest, quia lex aeterna est per essentiam, et omnis alia lex est per participationem; ergo necesse est, ut omnis alia lex sit effectus legis aeternae”. *Ibidem*, I, II, cap. 4, § 5

⁶⁴⁰ Francisco Zumel titulaba la *disputatio* 2: “An appetitus sensitivus, aut rationalis inclinatur ad malum?” Explica que “Plerique ex recentioribus putant, appetitus sensitivus naturaliter inclinatur ad malum, et ad id, quod est contra naturam rationalem ut naturalis est”. *In Primam Secundae S. Thomae.*, cit., I-II, q. 71, art. 2.

racionalidad,⁶⁴¹ sin que ellos tengan protagonismo en la creación de tal ley. Porque la ley en general (y por tanto la ley natural) es una realidad que solamente puede pertenecer a la naturaleza intelectual, esto es, a la mente,⁶⁴² y en el súbdito la ley solo puede consistir en un acto mental.⁶⁴³ Por ello, las inclinaciones de los sentidos no pueden ser entendidas formalmente, como si ellas midieran, sino *participativamente*, como lo que es medido por la ley.⁶⁴⁴ Ciertamente —prosigue Suárez— Santo Tomás, en la I-II, q. 95, art. 4 ha mantenido otra consideración del problema: pero es que, como explicaba ya Conrado, Tomás se ha dejado influir por la forma de hablar de los juristas.⁶⁴⁵ Por eso entiende Santo Tomás —explica Suárez— que la inclinación según el apetito sensible no puede ser llamada ley.⁶⁴⁶

Es lógico este pensamiento, porque aunque ocasionalmente manifiesta que la naturaleza racional es creación contingente de Dios (porque solamente Dios es necesario),⁶⁴⁷ pronto abandona este tipo de declaraciones, y hace ver que la ley natural es inmutable, incluso para el propio Dios. Unas veces expresa que Dios está atado por sus propias leyes porque Él no puede contradecirse,⁶⁴⁸ pero pronto abandona estas argumentaciones como más ingenuas, y manifiesta que la ley natural es perpetua tanto “Por parte de la mente en la que está escrita” como por parte de la naturaleza de las conductas que regula (*ex parte objecti*), ya que las conductas que ella regula tienen necesidad intrínseca (obligan por sí mismas, diríamos hoy) porque prohíben las cosas que son por sí malas y ordenan las cosas que son ‘necesarias por sí’;

⁶⁴¹ “Quia lex naturalis non regulatur per convenientiam ad naturam sensitivam; sed et rationalem. Sensitivam autem respicit solum ut contractam, et speciali modo perfectum per differentiam rationalem”. *Tractatus...*, *cit.*, l. II, cap. 17, § 6.

⁶⁴² “Legem esse aliquid pertinens ad naturam intellectualem... Est ergo lex aliquid ad mentem pertinens”. *Ibidem*, l. I, cap. 4, § 2.

⁶⁴³ “Lex in subdito solum residet in actu mentis”. *Ibidem*, l. I, cap. 4, § 5.

⁶⁴⁴ “Non formaliter, ut lex est mensura, sed participative, ut solet dici de mensurato per legem”. *Ibidem*, l. I, cap. 1, § 3.

⁶⁴⁵ “Atque talium interpretatur Con. ... ubi ita exponit Juristarum opinionum, ut dicit, Divum Thomam loquuntur fuisse more illorum, licet Philosophi aliter loquantur”. *Ibidem*, l. II, cap. 17, § 4.

⁶⁴⁶ “Unde sentit D. Thomas, inclinationem appetitus secundum se non vocari legem”. *Ibidem*. Continúa escribiendo que solamente pueden ser consideradas leyes “Quatenus ex lege Dei puniente privata est rectitudine originalis justitiae propter peccatum originale: Nam hoc modo inclinatio fomitis non est mere naturalis, sed est poena peccati”. Suárez sigue la teoría platonizante de las dos naturalezas en el hombre, la racional y la sensitiva, y esta última sólo tiene relevancia por el pecado. Cuando alude a la ‘lex privata Dei’ se refiere a la ley eterna. No perdamos de vista que a veces él redefine los términos.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, l. I, cap. 3, § 2.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, cap. 9, § 2.

y lo que es necesario es perpetuo, y por tanto inmutable.⁶⁴⁹ De forma similar a como había argumentado Gabriel Vázquez, sostenía que la ley natural no puede cambiar, ni en todo ni en parte, mientras permanezca la naturaleza racional con el uso de razón y la libertad.⁶⁵⁰ Y esto se prueba porque, ya consideremos el derecho natural en Dios o en el hombre, este derecho es una propiedad intrínsecamente necesaria que fluye desde la naturaleza racional.⁶⁵¹

¿Por qué razón tales principios han de fluir necesariamente desde la racionalidad? Tomando terminología escotista (a pesar del poco aprecio que dice tener hacia Scoto y Juan de Gerson) declara que estos principios son necesarios y ‘de verdad perpetua’ porque son evidente por sí mismos, y porque son necesarios ‘por sí mismos’.⁶⁵² Quizá la última razón de este objetivismo ético se encuentra en el último argumento alegado, el *nota ex terminis*,⁶⁵³ porque cuando afronta el tema en toda su radicalidad declara que, como la bondad o maldad “Surgen desde la consonancia o disonancia (*ex consonantia, vel dissonantia*) con la naturaleza racional”, no puede suceder que un acto sea por sí y simultáneamente consonante y disonante con la

⁶⁴⁹ “Lex naturalis etiam dici potest absolute perpetua, quia ex parte mentis, in qua scripta est, perpetuitatem habet. Et aliunde ex parte secludit intrinsecam necessitatem: prohibet enim quae intrinsece mala sunt, et praecipit quae per se necessaria sunt; quod autem est necessarium, perpetuum est; et ideo immutabilis dicitur”. *Ibidem*, l. I, cap. 10, § 1.

Guzmán Brito, A., en *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*. Madrid, Iustel, Biblioteca Jurídica Clásica, 2009, atiende preferentemente a la actitud de Suárez ante la metafísica tal como se manifiesta en las *Quaestiones disputatae*, en donde defiende el ‘ser modal’. De acuerdo con esta base filosófica entiende que Suárez fue el primero en formular el concepto de derecho subjetivo en su pureza. Esta apreciación es cierta, como reconocemos en Pufendorf, por ejemplo. Pero lo cierto —tan cierto como contradictorio— es que este jesuita defiende un objetivismo metafísico en su *Tractatus de legibus*.

⁶⁵⁰ “Dico igitur, proprie loquendo, legem naturalem per se ipsam desinere non posse vel mutari, neque in universali, neque in particulari, manente natura rationali cum usu rationis, et libertatis”. *Tractatus...*, *cit.*, l. II, cap. 13, § 2.

⁶⁵¹ *Ibidem*, l. II, cap. 13, § 1.

⁶⁵² “De priori patet, quia leges huius sunt necessariae, et perpetuae veritatis: complectitur enim hoc jus principia morum per se nota ... omnia autem haec perpetua veritatis sunt, quae veritas principiorum non subsistit sine veritate talium conclusionum, et principia ipsa ex terminis necessaria sunt”. *Ibidem*, l. II, cap. 13, § 3.

⁶⁵³ La expresión ‘nota ex terminis’, que ya reconocemos en Duns Scoto, indica que una conducta es necesaria porque la contraria a ella es imposible. Es el caso del que hace trampas en el juego: su conducta es inmantenible o moralmente reprobable, porque si se permitiera hacer trampas, nadie jugaría, y el mismo jugar carecería de sentido. Las conductas ‘nota ex terminis’ son aquellas que no pasan por el principio de no contradicción. Dos siglos más tarde, Kant hizo de este criterio la piedra fundamental de su ética.

razón, porque nunca resultan relaciones opuestas desde un mismo fundamento.⁶⁵⁴

Notemos que con estas declaraciones se está abriendo paso una de las teorías jusnaturalistas fundamentales de la Edad Moderna, que cincuenta años más tarde será la recogida por los teólogos y juristas protestantes que, como Alberti, Velthem, Beckmann o Ziegler, se opusieron al nominalismo de Samuel Pufendorf. Como también fue la recogida por los católicos que se opusieron en el siglo XVIII a las pretensiones secularizadoras y nominalistas de los discípulos de Pufendorf, pasa hasta hoy por ser la doctrina genuinamente católica acerca de la naturaleza de la ley natural.

Pero el carácter moderno de la doctrina de Suárez se muestra también en la extensión de la ley natural a las conclusiones más próximas que se extraen desde los primeros principios. Porque la Edad Media y el espíritu romano reservaron el carácter de natural solamente para los *prima principia* de la razón práctica y para las inclinaciones sensitivas o instintivas más importantes del hombre, y el resto de las normas y principios fueron atribuidos bien al derecho de gentes, bien al derecho civil. La doctrina jusnaturalista medieval se movió en el plano de los principios e instituciones más generales, con poca vocación para proponer normas y principios concretos. Suárez, en cambio, reitera que la objetividad de la ley natural se muestra de forma especial en la inmutabilidad de sus conclusiones más concretas, porque la ley es una regla para las operaciones, y los primeros principios no son verdaderas reglas sino en la medida en que se dirigen a los actos concretos.⁶⁵⁵ Éste es un tema al que da bastantes vueltas para concluir siempre lo mismo (cosa rara en él): que componen derecho natural, *ex propria rei natura*, todas aquellas conductas que se derivan por ilación evidente desde los principios naturales,⁶⁵⁶ de forma que si la *illatio* es evidente, las conclusiones obtenidas desde los principios evidentes por sí mismos pertenecen al derecho natural.⁶⁵⁷ Esta forma de argumentar, plagada de evidencias, fue la del derecho natural moderno en general, de modo que Pufendorf (al otro lado de la

⁶⁵⁴ “Nam cum bonitas, vel malitia consurgant ex consonantia, vel dissonantia actus ad naturam rationalem, fieri non potest, ut idem actus cum eisdem conditionibus sit per se dissonus, et consonus, quia non resultant oppositae relationes ex eodem fundamento”. *Ibidem*, l. II, cap. 15, § 30.

⁶⁵⁵ “Imo si proprie loquamur, magis exercetur lex naturalis in his principiis, vel conclusionibus proximis, quam in illis principiis universalibus, quia lex est regula proxima operationibus; ille autem communia principia non sunt regula, nisi quatenus per particularia determinantur ad singulis species actuum, seu virtutum”. *Ibidem*, l. II, cap. 7, § 7.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, l. II, cap. 19, § 2.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, cap. 17, § 9.

ortodoxia) no dudaba en escribir que todo lo que él exponía se deducía desde la sola razón natural.

Notemos que aparece ahora un problema nuevo: al insistir tanto en el carácter evidente de la justicia, y atribuir al derecho natural todo lo manifiesto en este campo, el derecho natural acapara toda justicia o bondad posible, de modo que el derecho positivo, creado por los hombres, no puede exigir obediencia desde sus contenidos (que serían arbitrarios o convencionales), sino solo desde una peculiaridad de origen: sería un derecho obligatorio porque está ordenado por la persona o sociedad que posee la *jurisdictio* adecuada. Suárez disuelve toda la obligatoriedad del derecho positivo en la relación de *dominium* o *jurisdictio* que el legislador tiene sobre las personas a las que ordena. Es decir, toda regla que posea una causa objetiva para existir compondría parte de derecho natural, y el derecho positivo queda como lo impuesto por vía de autoridad sobre temas moralmente indiferentes. Por este motivo se enfrenta a François Conan, que admitía una justicia contingente y variable en la historia, pero igualmente objetiva; Suárez le contesta que si una norma está ordenada por la fuerza de la razón (*ex vi rationis*) es de derecho natural.⁶⁵⁸

Mauricio Beuchot repara en un hecho singular, a saber: que estos escolásticos se apartaron de Tomás de Aquino porque trasladaron la objetividad del conocimiento ético desde el sujeto (tesis tomista) al objeto, de forma que, como reacción al subjetivismo de Scoto, la escuela que debiera haber sido tomista se hizo objetivista.⁶⁵⁹

2. *El imperativismo jurídico*

Sucede que Francisco Suárez considera que toda ley es siempre un mandato de una voluntad superior. Ciertamente, la ley indica las conductas adecuadas, pero la *ratio legis* (es decir, aquello por lo que la ley obliga o crea el deber de ser obedecida, más allá del simple consejo o indicación) ha de consistir en un acto de imperio. Suárez quería recuperar la noción del deber, perdida para los voluntaristas en el objetivismo ético metafísico de Vázquez y Molina, que entendía que desde la cualidad de buena o mala de una conducta brotaba ya el deber de hacerla u omitirla. Porque si las conductas son buenas o malas por sí mismas, y además, hemos de hacerlas u omitirlas por ellas mismas, al margen de Dios, la reflexión sobre la ética entraba por

⁶⁵⁸ “Nam si praecipuntur, erunt de jure naturali, si ex vi rationis praecipuntur; vel de jure civili, si praecipuntur ex humana voluntate potestatem habente”. *Ibidem*, l. II, cap. 18, § 1.

⁶⁵⁹ *Derechos humanos...*, *cit.*, p. 106.

un camino secularizador que Suárez entendía que no era ajustado a la realidad. Esto es, retoma la vieja doctrina que ya usó Duns Scoto, e indica que además de la faceta puramente indicativa de la ley, que muestra lo que está bien o mal (*lex indicans*), las leyes han de contener una dimensión imperativa que ordena (*lex imperans*) que se haga lo bueno y se evite lo malo. Pues si faltara esta vertiente preceptiva, las leyes solamente indicarían o mostrarían, sin ordenar o prohibir nada, y no podríamos hablar de ‘deber’. En esta distinción entre *lex indicans* (que denota lo que es) y *lex imperans* (que ordena que debe ser lo que ya es) aparece con cierta plenitud la distinción más moderna entre ser y deber ser. Es interesante observar que el deber solamente puede brotar, según Suárez, desde la imposición de una voluntad superior.

Sus declaraciones sobre este tema son extensas y prolijas. Frente al objetivismo un tanto platónico del tipo de Gabriel Vázquez, Luis de Molina o de Herbert de Cherbury, él mantiene reiteradamente que para que lo bueno⁶⁶⁰ pase a ser debido y lo malo a ser prohibido, es necesario el acto de una voluntad superior que lo ordene como tal.⁶⁶¹ Su planteamiento para introducir el problema es lógicamente impecable: la ley puede ser entendida en un doble sentido: como consejo y como precepto, pero ‘hablando con propiedad’ la ley no puede ser sino aquella que induce a la *obligatio*, para lo que no basta un consejo.⁶⁶² De hecho, las Sagradas Escrituras nos hablan de la voluntad de Dios, como sucede en el salmo 32: “Me hiciste conocer tus caminos”, en el salmo 142: “Enséñame a hacer tu voluntad”, en la oración dominical o en la oración de Jesús en el huerto: “No se haga mi voluntad, sino la tuya”.⁶⁶³ Para mantener este imperativismo a veces tiene presente lo que sucede en un sector del derecho canónico, en el que las conductas impuestas no se derivan desde la consideración sin más del ser humano, sino que son altamente arbitrarias o discrecionales, como sucede con los religiosos, que no pueden hablar o no pueden salir de su casa sin el permiso del superior, o como sucede con los ayunos cuaresmales.⁶⁶⁴ Desde luego, los ejemplos jurídicos concretos que aduce Suárez están tomados siempre del derecho

⁶⁶⁰ Las conductas ‘buenas’ existen ya establecidas en la mente del legislador. Véase *Tractatus...*, *cit.*, l. II, cap. 1, § 1. Pero la ley tiene un doble estatus, a saber: como establecido en la mente del legislador y como ordenado por un acto de *imperium*.

⁶⁶¹ El segundo estatus de las leyes consiste “Quoad substantiam suam in ipsa voluntate”. *Ibidem*, l. II, cap. 1, § 6. En *op. cit.*, l. I, cap. 5, § 19, escribe más precisamente que “At vero obligatio legis, non nisi ex voluntate legislatoris oriri potest... quia in his omnibus includitur intentio obligandi”.

⁶⁶² *Ibidem*, l. I, cap. 1, §§ 7 y 8.

⁶⁶³ *Ibidem*, cap. 5, § 9.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, cap. 20, § 9. Sobre los ayunos, véase *ibidem*, l. I, todo el cap. 2.

canónico; pero este derecho es poco representativo de la experiencia jurídica, porque el Credo no dice nada sobre los derechos de los párrocos, cardenales, frailes o canónigos, por lo que la mayor parte de las regulaciones canónicas respondían más a consideraciones de tradición (especialmente en aquella época) y de conveniencia pastoral, que no a exigencias de las relaciones mismas. En tales casos resulta evidente que las regulaciones tienen eficacia para obligar a los súbditos únicamente por la voluntad del superior, que hace obligatorias las conductas. En otros momentos, Suárez adopta una visión como más pragmática, y explica que solamente la voluntad del superior tiene poder para mover eficazmente la voluntad de los súbditos, por lo que la ley es ante todo una *intimatio voluntatis*.⁶⁶⁵ Pero esta argumentación resulta extraña en un teólogo que trata ante todo de buscar la racionalidad última de las relaciones humanas.

Nos pone sobre un camino más convincente cuando indica, repitiendo las palabras de Scoto, que “Todo ser moral depende de la voluntad”,⁶⁶⁶ porque de forma confusa y desde luego despistante para el lector parece entender, de un modo parecido al kantiano, que las nociones de libertad y moralidad son indisociables. En realidad, no hacía sino reproducir y seguir una cuestión nueva, pero algo añeja ya en la Escolástica.⁶⁶⁷ Él reclama libertad para el autor de la ley, de forma que hasta el Autor de la ley eterna

⁶⁶⁵ *Ibidem*, cap. 15, § 14 y l. II, cap. 2, § 2.

⁶⁶⁶ “Quia omne esse morale pendet ex libertate”. *Ibidem*, l. II, cap. 2, § 11.

⁶⁶⁷ El problema estaba planteado expresamente desde Scoto, que negaba al valor de ‘lo natural’ para entender el mundo de lo normativo, porque el mundo de lo natural es el ámbito de la necesidad, mientras que el mundo humano sería el reino de la libertad. Así, Francisco Zumel escribía: “Quia naturalis, sicut procedit a principio omnino determinato ad unum...”. *In Primam Secundae...*, cit., I-II, q. 71, art. 4, p. 107. Pues, según explica Zumel, Scoto propuso que lo natural fuera el ámbito de lo necesario, mientras que lo humano sería cuestión de *imputabilitas*: “Quoniam imputatio actus proprie loquendo —se refiere a Scotus— non reperitur intra genus naturae: ergo vel est ipsum esse morale, vel saltem praesupponit ipsum”.

Zumel, de forma extensa y prolija, nos informa sobre la discusión, tal como fue llevada a cabo históricamente. Un resumen del *status quaestionis* tal como se encontraba a finales del siglo XVI, lo encontramos en la p. 104 de sus comentarios, I-II, q. 71, art. 6: “S. Thomas dixerit, peccatum nihil aliud esse quam actum humanum malum; actum vero humanum ex eo talem esse, quod est voluntarius et deliberatus... Durandus dixisse, actum humanum dixi moralem prout est in potestate voluntatis... Et idem videtur insinuare Scotus actum dixi moralem a causa efficiente, nempe, quia libera producitur ab ea... Haec eadem sententia videtur esse D. Thomas in hac I-II, q. 1, art. 1. ubi docet, actiones humanas dici illas, quorum homo est dominus, vel eas quae ex deliberata voluntate procedunt... Quoniam in actibus moraliter bonis aut malis, duo requiruntur, quae ad genus moris pertinere possunt, nempe, libertas, et conformitas aut difformitas ad rationem: sed neque conformitas ut sic potest constituere genus moris, neque etiam difformitas, cum neutra earum sit communis omnibus actibus humanis: remanet ergo certum quod libertas constituat ipsum esse moralem”.

es también libre.⁶⁶⁸ Aunque no encuentra la argumentación suficiente para relacionar, como él pretende, libertad y deber, mantiene (como postulado, aunque lo presenta como dato evidente por sí) que toda ley es un acto de gobierno, esto es, “De dominio y jurisdicción”,⁶⁶⁹ de modo que lo ordenado por el poder legítimo crea el *deber* de ser obedecido. Esto también estaba establecido así en la doctrina bajomedieval, pero no con esta exclusividad: porque ahora, al declarar sin más matizaciones que la ley es un acto de dominio y jurisdicción, hace pasar al primer plano la cualidad del gobernante que dicta la ley, y no tanto la racionalidad de lo contenido en ella. No era ésta la visión anterior de la ley, que tendía a concebirla más como una obra de la inteligencia que no como el resultado de la voluntad del poder. Frente a ella, Suárez declara que “El poder (*imperium*), en cuanto a su sustancia, consiste en la misma voluntad”.⁶⁷⁰ Este tipo de declaraciones se van haciendo más frecuentes y rígidas conforme avanza el *Tractatus de legibus*, y en el l. III, cap. 4, § 7 rechaza el valor jurídico del *jus commune*, porque las *leges civiles* de que se compone tal derecho no han surgido desde la voluntad del superior político.⁶⁷¹ Él asimila las nociones de *potestas*, *dominium*, *proprietas* y *jurisdictio*, como ya hiciera siglo y medio antes Conrado de Summenhart y reiteró Luis de Molina en el último decenio del siglo XVI. Declara que la ciudad tiene poder para dar leyes en la medida en que tiene jurisdicción, y la razón de ello es que la potestad para legislar es la misma jurisdicción.⁶⁷² Se mueve con estas nociones, identificándolas, pero sin dar razón de por qué han de considerarse idénticas cuando nos referimos a la capacidad legislativa. Solamente repite que la potestad legislativa es una *proprietas* de la comunidad política.⁶⁷³

Pero este imperativismo a ultranza plantea un problema: si lo bueno o malo depende de la voluntad del superior, ¿cómo saber objetivamente,

⁶⁶⁸ “Et haec ratione, etiam in lege aeterna veram est, quod supra diximus, nullam legem, ut sic, esse simpliciter necessariam, quia aeterna lex, quatenus liberi est, non est simpliciter necessaria”. *Tractatus...*, cit., l. II, cap. 3, § 4.

⁶⁶⁹ “Lex est actus gubernationis, et domini, seu jurisdictionis”. *Ibidem*, l. II, cap. 1, § 1.

⁶⁷⁰ “Nam imperium quoad substantiam suam in ipsa voluntate consistit, ut dixi”. *Ibidem*, l. II, cap. 1, § 6.

⁶⁷¹ “Tertio colligitur ex dictis, loquendo ex natura rei, seu juxta naturalem, et ordinarium cursus humanorum rerum, nullas esse leges civiles universaliter latas pro toto orbe, quae omnes homines obligent... loquimur item de legibus, quae per potestatem naturalem ferri possunt... Tales ergo leges quasi ex intrinseca conditione postulant, ut universales non sint: ratio a priori est, quia nulla est potestas legislativa, quae habeat jurisdictionem in totum orbem”. *Idem*. Es interesante la equiparación que realiza expresamente entre el discurso *ex natura rei* y el *naturaliter loquendo*.

⁶⁷² *Ibidem*, l. III, cap. 9, § 19.

⁶⁷³ *Ibidem*, cap. 11, § 7.

esto es, al margen de las decisiones voluntarias, lo que corresponde a cada uno? Plantea este tema claramente, y da a entender que no existe el cálculo del *medium rei* en el derecho, porque la materia de la virtud (*materia virtutis*) se constituye ordenando y prohibiendo, como sucede con el precepto del ayuno o el de oír misa los días festivos.⁶⁷⁴ Está dominado por la mentalidad que entiende que aunque la ley en cierto modo está dirigida por la materia sobre la que trata, de forma que se puede hablar de una *causa quasi material*, sin embargo las variaciones que se producen sobre esta materia “No afectan para nada a la consideración moral”; pues la ley tiene también una causa eficiente (que es el legislador), y desde ella es de donde puede perder su fuerza de obligar, o quedar en suspenso.⁶⁷⁵

Francisco Suárez, siempre muy dependiente de las enseñanzas de Molina, introdujo el espíritu de la Modernidad en la ciencia política y en el derecho. Mientras que para la ciencia jurídica anterior cada cosa (relación) proponía u ordenaba su propia normación, y estas normaciones eran de naturaleza distinta, porque cada cosa clama por su derecho, ahora ha desaparecido esta multiplicidad. Porque Suárez parece dar a entender (aunque no es un tema que lo trate explícitamente) que el poder de un hombre sobre otro hombre es siempre el mismo, ya que tal poder solamente puede proceder desde la voluntad autorizada o capacitada. Las nociones de poder (derechos) y de voluntad son correlativas unas de otras, pues los derechos se han de seguir necesariamente desde una voluntad, de forma que la voluntad en general crea ‘la fuerza legal’. Ya no hay distinción entre derecho y política o entre ciencia política y ciencia jurídica, porque para este jesuita tan jurídica es la orden para que un padre se ocupe de sus hijos como aquella otra que impone un nuevo impuesto. Quizá lo que resulta más decisivo en este boceto aún de la Modernidad, es la reconducción de todas las ‘jurisdicciones’ a la fuerza —*imperium*, o *dominium*— de la voluntad: la voluntad de Dios, en el caso del derecho natural, o de los superiores políticos, si nos referimos al derecho positivo.⁶⁷⁶ Las naturalezas inmutables de las cosas eran cuerpos

⁶⁷⁴ *Ibidem*, l. I, cap. 17, § 7.

⁶⁷⁵ “Secundo dicendum est, mutationem legis dupliciter accidere posse. Uno modo quasi ab intrinseco ex defectu materiae, seu causa conservantis. Secundo ab extrinseca contrarii agentis... Ratio prioris membri est, quia lex requirit causam quasi materialem, circa quam versetur; et ideo si illa desit, concludit obligatio legis, licet ipsa possit manere in mente legislatoris. *Sed haec mutatio nihil ad moralem considerationem refert*”. *Ibidem*, l. I, cap. 20, § 2. Las cursivas son mías.

⁶⁷⁶ Finnis repara en que Tomás de Aquino habla de bien y de fin. Los términos obligación, superior e inferior apenas aparecen en sus obras. En Suárez han desaparecido los términos bien y fin, reemplazados por los de correcto e incorrecto y nociones afines. Véase *Ley natural...*, *cit.*, p. 79.

extraños en este esquema general imperativista, y la amplia noción griega de praxis, todavía viva en la Edad Media, ha desaparecido en su obra, en la que solo existen mandatos imperativos que el ser humano ‘debe’ obedecer.

3. *Los derechos subjetivos naturales y la democracia*

Junto a la noción del *jus* como precepto aparece en Suárez otra manifestación primera y fundamental del derecho: la del *jus* como *facultas* y como *qualitas moralis*, con la que anticipa la Modernidad en el derecho. Ya en el capítulo 2 del primer libro del *Tractatus* nos indica que el derecho, “En su significación estricta”, debe ser entendido como una cierta facultad moral que tiene cada uno sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe, y así es como decimos que el dueño tiene un derecho a la cosa o que el operario tiene derecho a su salario.⁶⁷⁷ Así es como ha de entenderse la ley ‘*Justitia*’ del Digesto, en el título “De justitia et jure”, porque en este lugar se dice que la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo; esto es, de entregar a cada uno aquello que a él le corresponde.⁶⁷⁸ Esta tesis le parece excesiva, y aclara en el párrafo 7, que “Derecho significa lo mismo que ley, puesto que son nociones convertibles, y se reputan como sinónimas”. Pero un autor progresista de una época que llevaba entonces más de cincuenta años proclamando los derechos naturales del individuo (*jura naturalia*, como declaraba la Instituta en 1,2,11) no puede contentarse con esta sencilla equiparación entre *jus* y *lex*, aunque añade que la *facultas* nace desde la ley. En realidad, lo que parece estar en juego es la noción misma de facultad jurídica, que había quedado anticuada, pues la facultad denota la pretensión que tiene una persona de acuerdo con las leyes existentes, y el momento histórico parecía requerir la superación de la figura de la facultad jurídica (siempre dependiendo de la objetividad legal preexistente) para adentrarse por un camino más individualista, como era el de la *qualitas moralis*, que ante todo consiste en libertad personal anterior a las leyes.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ “Et iuxta posteriorem, et strictam juris significationem solet proprie jus vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam; sic enim dominus rei dicitur habens jus in re, et operarius habere jus ad stipendium”. *Op. cit.*, § 5.

⁶⁷⁸ “Atque hoc modo sumi videtur jus in l. justitia ff de just. et iur. Cum dicitur justitia esse virtus, quae jus suum unicuique tribuit, id est, id tribuens unicuique quod ad illum spectat”. *Idem*.

⁶⁷⁹ Sobre este tránsito, véase Megías, J. J., “De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1992), pp. 325-349.

Retoma, pues, el tema y explica que la palabra *jus* es equívoca.⁶⁸⁰ “A veces *jus* significa la facultad moral a una cosa, o sobre una cosa, sea un verdadero dominio o alguna participación de él, que es el objeto propio de la justicia, tal como consta por Santo Tomás en la q. 57, art. 1”.⁶⁸¹ “A veces *jus* significa la ley, que es la regla de la actuación justa y que constituye en las cosas una cierta equidad, y que es la *ratio* del mismo derecho según el modo anterior”.⁶⁸² Pero al llegar a este punto corta bruscamente el hilo previsible del discurso y escribe que “Para tener nombres breves, que podamos usar, al primero lo podemos llamar *jus utile*, y al segundo [jus] *honestum*, o al primero *jus reale* y al segundo *jus legale*”.⁶⁸³ Ambos derechos pueden ser divididos en natural, de gentes y civil, y “Llamamos *jus utile naturale* a aquel que nos lo proporciona la misma naturaleza, o que proviene con ella, como cuando decimos que la libertad es de derecho natural”.⁶⁸⁴ Tengamos presente la distinción medieval, aún vigente en el siglo XVII, entre el *dominium directum* y el *dominium utile*. En los censos, el dueño de la finca poseía el dominio directo, y el cultivador de ella era considerado un verdadero propietario o *dominus* porque disponía del dominio útil. (Tal distinción sigue hoy vigente, aunque sea implícitamente, con los usufructos). Entonces no conocían la expresión de derecho subjetivo (*jus subjetivum*), un término que, como mostró Alejandro Guzmán, solo apareció con tal nombre en el siglo XVIII. Para designar el derecho subjetivo, el siglo XVII usaba la expresión de *jus utile*. El hombre es, así, un ser que está dotado de derechos subjetivos naturales, o facultades o cualidades naturales, entre las que destaca la cuasi cualidad moral al uso de la libertad natural. En este marco de pensamiento, Suárez alude con toda facilidad a la dignidad natural del hombre, pues el ser humano, hecho a imagen de Dios, es *sui juris*, y no está sometido a nadie.⁶⁸⁵ Estaban pue-

⁶⁸⁰ “Quia vero haec vox aequivoca est, oportet illam distinguere”. *Tractatus...*, cit., l. II, cap. 17, § 2.

⁶⁸¹ *Idem*.

⁶⁸² “Aliquando jus significat legem, quae est regula juxta operandi, et in rebus quandam aequitatem constituit, et est ratio ipsius juris priore modo ut dicit D. Thomas dicto art. 1, ad 2”. *Idem*.

⁶⁸³ “Unde et habeamus brevía nomina, quibus uti possimus, primum vocare possumus jus utile; secundum honestum; vel primum jus reale, secundum legale”. *Idem*.

⁶⁸⁴ “Nam jus utile naturale dicitur, quando ab ipsa natura datur seu cum illa provenit, quomodo libertas dici potest ex jure naturali”. *Idem*.

⁶⁸⁵ “Fundari forte potuit in naturali hominis dignitate. Nam homo factus ad imaginem Dei, sui juris, solique Deo subditus creatus est, it ideo non videtur posse juste in alicuius hominis servitutem, vel sujectionem redigi”. *Defensio Fidei Catholica adversus Anglicanae sectae errores*, Coimbra, 1613, liber III, cap. 1 § 2.

tos los cimientos y los muros maestros de la Escuela moderna del derecho natural.⁶⁸⁶

Aparece con fuerza nueva la tesis romana que expresa “*Libertas est de jure naturali*”, o “*Libertas, id est jus naturale*”, pero en un contexto distinto al romano. Porque en el *Corpus Juris* la libertad individual es como un bien constante que corresponde a toda persona por el mismo hecho de serlo, pero que se recorta automáticamente según las exigencias objetivas de cada situación o momento. De forma que si a veces hay que arrancar desde la libertad personal, a veces también hay que partir desde otras consideraciones que no tienen por qué fomentar la indeterminabilidad del arbitrio. Pero si el espíritu romano tenía a la vista más las competencias de cada cual según el tipo de relación que en ese momento le vincula con otro u otros, Francisco Suárez se está refiriendo ahora a todo el abanico de los actos de por sí indiferentes, de cuyo ejercicio no hay que rendir cuentas. El tema lo había introducido anteriormente, cuando establece una *lex permissiva originaria*, al escribir que “Podemos dudar de si los actos indiferentes están permitidos por alguna ley, porque no vemos ninguna ley que los permita positivamente, sino sólo negativamente, porque no están prohibidos, y parece que esto no es suficiente”.⁶⁸⁷ “Sin embargo, podemos decir que ellos están propiamente permitidos por la ley natural, porque la ley natural no es meramente negativa sobre esos actos, sino que los juzga positivamente y dispone que sean indiferentes”.⁶⁸⁸ En tono más suave expone en el libro II del *Tractatus* que en el derecho natural existen muchas conductas que se pueden hacer lícitamente por la fuerza de la misma ley natural, porque no están prescritas ni sus contrarias prohibidas, y entonces decimos que se da un derecho natural concesivo, como es el derecho a casarse, a retener y a conservar la propia libertad: todo esto es honesto (*honestum*), porque lo concede o permite el derecho natural, sin ordenarlo. Y la razón es que la razón natural no

⁶⁸⁶ Así lo expresa reiteradamente Alfred Dufour en *Le mariage...*, *cit.*, una obra que, a pesar de su título monográfico, constituye uno de los estudios más completos sobre el jusnaturalismo moderno. En las páginas 19 y 20 escribe que “En 1911 déjà, cherchant à définir le Droit naturel profane moderne, un historien (E. Troelsch)... relevait combien ‘la continuité entre la culture de l’Aufklärung et de la culture chrétienne-cléricale était partout plus étroite qu’elle en le paraissait aux yeux des générations modernes, mal disposées à l’égard de la culture chrétienne’”. Su juicio personal es que “C’est bien à la faveur des grandes antagonistes de la pensée scholastique qu’ont peu se définir les conditions qu’on rendre possible”.

⁶⁸⁷ “De indifferentibus autem operibus dubitari potest, an dici possint permitti lege aliqua, quia nulla esse videtur, quae positive illa permittit, sed tantum negative, quia non prohibet, nec praecipit illa quod non videtur esse satis, ut dixi”. *Tractatus...*, *cit.*, l. II, cap. 16, § 8.

⁶⁸⁸ “Nihilhominus dici possunt proprie permitti per legem naturalem, quia lex naturalis non mere negativa circa illa se habet, sed etiam positive judicat, et disponit talia esse indifferentia”. *Idem*.

solo dicta lo que es necesario, sino también lo que es lícito.⁶⁸⁹ Obviamente, el adjetivo *honestum* ha cambiado de significado: ya no es lo que se puede realizar moralmente (*fas*), sino el *jus utile naturale* que genera un verdadero derecho [natural] a exigir una conducta de los demás. Esta nota queda más clara en la “Defensio Fidei”, en donde explica que la palabra “derecho” a veces significa la ley o el precepto, pero más frecuentemente, y con más propiedad, denota la facultad de obrar que, por así decir, es como un *jus facti*.⁶⁹⁰ Al derecho así entendido lo podemos llamar un derecho divino, ya que este mismo privilegio constituye una libertad frente a los otros, y es una facultad moral de no obedecer a otra potestad, de forma que consiste en obrar sin impedimento.⁶⁹¹ La libertad así entendida es una facultad dada por Dios mismo, por lo que se llama un derecho divino, no porque sea un precepto, sino porque es un don de Dios.⁶⁹²

Realmente, cuando Suárez se refiere al derecho natural no lo hace como los juristas del derecho común, que solían aludir bien a los principios morales más elementales (los “Tria praecepta juris” que expuso Ulpiano) o bien a la libertad natural como ejemplos de este derecho. Suárez, salvo raras excepciones, identifica el derecho natural con la libertad natural del hombre, y esto cuando trata de la noción del derecho, de qué es el derecho natural, o incidentalmente, sin venir a cuento. Así, al tratar del derecho del cuerpo político a su propia determinación, explica que “Atque eadem proportione sicut libertas data est cujusque homini ab auctore naturae...”.⁶⁹³ Esta libertad natural la configura reiteradamente sobre el patrón del dominio (*dominium*), entendido este como el derecho real de propiedad: “Estas propiedades cuasi morales, que son dominios o derechos...”.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ “Quia in jure naturali multa sunt, quae honesta fieri possunt ex vi legis naturalis, quae non praecipuntur, nec contraria prohibentur, et ita etiam dari potest *jus naturale* concessivum, quale est jus ducendi uxorem, jus retinendi, et conservandi propriam libertatem: hoc enim honestum est, et illud jus concedit, non praecipit... Et ratio est, quia naturalis ratio non solum dictat, quid necessarium sit, sed etiam quid liceat”. *Ibidem*, l. II, cap. 18, § 2.

⁶⁹⁰ “Hoc nomen jus interdum significare propriam legem, seu praeceptum; aliquando vero, et satis proprie, ac frequenter significare facultatem agendi, (vel ut ita dicam), quasi jus facti”. *Defensio Fidei, cit.*, l. IV, cap. 9, § 11.

⁶⁹¹ “His ergo duobis modis potest etiam in praesenti jus divinum accipi. Nam privilegium ipsum exemptionis quatenus est libertas quaedam a subjectione alterius, est facultas quaedam moralis ad non parendum tali potestate; vel libere operandi sine respectu, vel impedimento illius”. *Idem*.

⁶⁹² “Haec ergo facultas a Deo ipso data dicitur jus divinum, non tanquam praeceptum, sed tanquam Dei donum”. *Idem*.

⁶⁹³ *Tractatus...*, *cit.*, l. III, cap. 3, § 6.

⁶⁹⁴ “Haec proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu jura...”. *Ibidem*, l. III, cap. 3, § 6.

Pero al hacer esta mixtura de tesis romanas con categorías escolásticas que proceden de la filosofía de los Nominales, a Suárez se le plantea un problema singular: los juristas romanos habían expuesto en los primeros títulos del Digesto y de la Instituta que el poder político, con sus relaciones de jerarquización y subordinación, destruía la libertad individual, que es propia del derecho natural, por lo que añadían que en este punto el derecho natural estaba derogado por el derecho de gentes, que era la instancia que había introducido el poder político, entre otras cosas.

Realmente, ¿es *contra naturam* el poder político? Ante este problema, inicia un largo alegato. El origen del tema es si las leyes creadas por los hombres pueden obligar en conciencia a su cumplimiento: parece que sí, porque la sociedad es connatural al hombre, y el que está obligado al fin lo está también a los medios. Pero Juan de Gerson, haciéndose eco de las ideas romanistas, mantuvo que no obligan así. Existe motivo para dudar, porque el hombre —explica Suárez— es libre por naturaleza, y no está sujeto a nadie, sino solamente a su Creador, de lo que hay que concluir que el poder humano (*principatum humanum*) es contra el orden natural e incluye tiranía.⁶⁹⁵ Pero el poder político es necesario para la vida humana, y por ello es honesto. Conviene observar que la multitud de los hombres no está regida por ángeles, ni tampoco inmediatamente por Dios mismo, sino que la ‘ley ordinaria’ opera a través de causas segundas proporcionadas.⁶⁹⁶ Luego, contra Gerson, que proporciona una doctrina que se acomoda muy bien a las herejías de los tiempos que corren,⁶⁹⁷ es preciso mantener que las leyes humanas obligan en conciencia a su cumplimiento. Pero parece que esta explicación de corte tan tradicional no es adecuada a los tiempos nuevos, por lo que Suárez añade inmediatamente que “Aunque el hombre no ha sido creado ni ha nacido sometido a la potestad de un príncipe humano, ha nacido con capacidad para el sometimiento (por así decir). Por lo que el acto de sometimiento, aunque no procede inmediatamente de la naturaleza, tampoco va contra lo que ordena el derecho natural”.⁶⁹⁸ Una *via media* entre el aristotelismo y algunas ideas romanistas, y que no hace sino reproducir en cierto modo la

⁶⁹⁵ *Ibidem*, l. III, cap. 1, § 1.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, § 5.

⁶⁹⁷ Así trata a Juan de Gerson. Véase *ibidem*, l. III, cap. 12, § 12, en donde escribe que “Dico explicationem hanc in illo sensu esse erroneam, et conformem doctrinam haereticorum hujus temporis: evertet enim veram potestatem civilem legislativam”. El autor de esta doctrina, que mantiene que las leyes humanas no obligan en conciencia, es Gerson.

⁶⁹⁸ “Quia licet homo non sit creatus, vel natus subjectus potestati principis humani, natus est subijcibilis ei (ut sic dicam). Unde actu illi subijci, licet non sit immediate a natura, non est etiam contra *ius naturale* praecipiens”. *Ibidem*, l. III, cap. 1, § 11.

solución de Scoto y de Gerson para explicar el fundamento de la obediencia del hombre a Dios: el género humano dispone de una *potentia obedientialis* que, paradójicamente, genera derechos de libertad para cada persona.

La libertad de cada ser humano cuenta mucho en la explicación que Suárez proporciona de la realidad, también de la realidad política. Hasta el siglo XVIII, los tratadistas de ciencia política explicaban que existían tres tipos fundamentalmente de principado: el monárquico, el aristocrático, y el democrático. La mayor parte se decantaba por la primera forma política, suponiendo, después del siglo XIII (tras la irrupción del aristotelismo), que el pueblo, titular primario del poder político, lo había traspasado mediante un contrato al rey. Precisamente, los teólogos españoles que integran el conjunto de la segunda escolástica fueron colectivamente los primeros teóricos sistemáticos de esta doctrina. Pero Suárez se diferencia de sus otros compañeros de escuela en que no se limita con aludir a las tres formas políticas tradicionales, señalando sus respectivas ventajas e inconvenientes, sino que insiste en que la única forma política adecuada sin más al derecho natural es la democrática. Este tema lo trata extensamente en la *Defensio Fidei*, una obra dirigida a combatir las pretensiones de los reyes ingleses que, en un primer momento, con Enrique VIII, se habían separado de Roma, y más tarde lanzaron la teoría que Figgis llamaba el derecho divino de los reyes; esto es, la doctrina que mantiene que los reyes concretos están designados como tales directamente por Dios, de modo que ante ellos solo cabe la obediencia pasiva. Como ha de delimitar con precisión los poderes del rey y del papa, para mostrar hasta dónde alcanza uno y otro (pues Suárez trata de demostrar que el rey no puede ser cabeza de la Iglesia de Inglaterra), delinea con cierta precisión conceptual en esta obra la naturaleza, alcance y límites de cada uno de estos poderes.

Su tesis de fondo es que el rey no es tal directamente por derecho natural ni por derecho divino. El derecho natural solamente estatuye la igual libertad de todas las personas, de forma que el poder político existe únicamente en el pueblo unido. Ni siquiera la democracia viene estatuida por el derecho divino, sino solo por el derecho natural.⁶⁹⁹ Hay que hacer notar la diferencia que existe entre la democracia y las otras formas de gobierno —explica Suárez—, porque la monarquía y la aristocracia hubieron de ser introducidas mediante alguna institución positiva de los hombres, ya que la sola razón natural no determina que haya de ser puesta en práctica alguna

⁶⁹⁹ “Democratiam esse ex divina institutione, respondemus, si hoc intelligatur de institutione positiva, negandam esse consecutionem: si vero intelligatur de institutione quasi naturali, sine ullo inconvenienti admitti posse, et debere”. *Defensio Fidei...*, cit., l. III, cap. 1, § 8.

de ellas,⁷⁰⁰ y la democracia, en cambio, existe sin esta institución positiva humana, por la fuerza de la sola naturaleza (*ex sola naturali institutione*), de la razón, que dicta que la potestad política suprema se sigue de la comunidad humana perfecta, y por fuerza de esta razón pertenece a toda la comunidad.⁷⁰¹ Porque todo hombre, escribe Suárez, nace libre, y solo puede perder su libertad por su propio consentimiento o por algún título justo, pues el derecho natural no ordena que todo hombre permanezca siempre libre, sin estar sometido a alguna sujeción.⁷⁰² Por esta misma razón, la comunidad perfecta civil es libre por derecho natural, y no está sometida a ningún hombre fuera de sí misma, por lo que si no cambian las cosas, es una sociedad democrática.⁷⁰³ Pues este poder es como si fuera recibido directamente de Dios, de forma que la sociedad es *sui juris*, que no excluye, sino que más bien incluye el derecho a regirse a sí misma y mandar sobre sus miembros, de modo que el derecho natural excluye la sujeción a un hombre, porque Dios no ha dado tal poder inmediatamente a ningún ser humano.⁷⁰⁴

Pero los juristas romanistas habían fundamentado el poder del príncipe en la llamada *Lex regia*, que explica que “Lo que agrada al príncipe tiene fuerza de ley” porque el pueblo traspasó para siempre sus derechos al príncipe. Según esto, ningún pueblo goza ya de su soberanía, porque sus poderes han sido traspasados a sus Reyes. Suárez contraargumenta desde una idea de San Agustín: “Los hombres obedecen a sus reyes por un pacto general de

⁷⁰⁰ “Est enim valde notanda differentia inter has species politicae gubernationis, nam monarchia et aristocratia introduci non potuerunt sine positiva institutione divina, vel humana, quia sola naturalis ratio nuda sumpta non determinat, aliquam ex dictis speciebus ut necessariam”. *Ibidem*, l. III, cap. 1, § 8.

⁷⁰¹ “At vero democratia esse potest sine institutione positiva, ex sola naturali institutione, seu dimanatione cum sola receptione novae, seu positivae institutionis, quia ipsa ratio naturalis dictat, potestatem politicam supremam naturaliter sequi ex humana communitate perfecta, et ex vi ejusdem rationis ad totam communitatem pertinere”. *Idem*.

⁷⁰² “Exemplum est de libertate hominis, quae servitute opponitur, est enim de jure naturali, quia ex vi solius naturalis juris homo nascitur liber, nec potest sine legitimo aliquo titulo in servitutem redigi; jus autem naturae non praecipit, omne hominem semper manere liberum, seu (quod perinde est) non simpliciter prohibet, hominem in servitutem redigi, sed solum, ut id non fiat sine libero illius consensu, vel sine justo titulo, et potestate”. *Ibidem*, l. III, cap. 1, § 9.

⁷⁰³ “Sic ergo perfecta communitas civilis jure naturae libera est, et nulli homini extra se subijcitur, tota vero ipsa habet in se potestatem, quae si non mutaretur, democratica esset”. *Idem*.

⁷⁰⁴ “Nam prout a Deo immediate regitur jure naturae libera est, et sui juris, qua libertas non excludit, sed includit potius potestatem regendi se ipsa, et imperandi membris suis, excludit autem subjectionem ad aliud hominem, quantum est ex vi solius naturalis juris, quia nulli hominem dedit Deus immediate talem potestatem”. *Ibidem*, l. III, cap. 1 § 11.

la sociedad”,⁷⁰⁵ y con estas palabras quiere indicar san Agustín que el poder político y la obediencia que se le debe se fundamentan en un pacto de la sociedad humana, no en un mandato divino, pues a través del pacto humano se obliga a la voluntad.⁷⁰⁶ Y es posible que el mismo nombre de la *Lex Regia* —prosigue Suárez— no signifique otra cosa que lo que indica la ley primera del Digesto, en el título “*De Constitutionibus principum*”, porque esa ley puede ser llamada regia, no porque la haya dado algún rey, sino porque ella otorga el poder al rey. Tal ley no es ningún precepto, ni ha sido dada a modo de precepto, porque entonces el pueblo habría abdicado de la potestad suprema, sino que ha de ser entendida como constituida por medio de un pacto (*constituta per modum pacti*), por el que pueblo traspasa el poder al príncipe bajo el peso y la responsabilidad de que gobierne la república y que administre justicia, y el príncipe acepta tal potestad condicionada.⁷⁰⁷ Suárez, del mismo modo que los escolásticos españoles del siglo XVI, hace del pacto la categoría hermenéutica necesaria para entender el poder político. Reitera que el poder del príncipe es un poder condicionado por sus finalidades, y que el pueblo puede cambiar los términos del mandato que ha otorgado al gobernante, por lo que el poder del rey puede disminuir.⁷⁰⁸ Pero esto debe ser matizado con lo que indicaba John Neville Figgis: Suárez había acentuado de tal forma el centro único del poder, que todo derecho o libertad había de aparecer bajo la forma de un privilegio.⁷⁰⁹

4. *La teoría de la pura natura hominis*

Estas explicaciones sincréticas de Suárez, en las que anuda tesis de la escolástica aristotélica con otras tesis que parecen más propias de las ex-

⁷⁰⁵ “Deinde hoc egregie confirmat sententia Augustini lib. 3 Confes. Cap. 8 dicentis “generale pactum et societatis humanae obedire Regibus suis”. *Idem*.

⁷⁰⁶ “Nam per haec verba significat, Regium principatum, et obedientiam illi debitam fundamentum habere in pacto societatis humanae, ac subinde non esse ex immediate institutione Dei, nam humanum pactum humana contrahitur voluntate”. *Idem*.

⁷⁰⁷ “Et fortasse hoc pactum nomine ‘Legis Regiae’ significatur in l.1, D. De Const. ... illa enim lex non dicitur Regia, quia ab aliquo Rege lata sit, sed quia de imperio Regis lata est... Non potuit autem illa lex ferri per modum solius praecepti, cum per illam populus se abdicaverit a suprema juris dicendi potestate; ergo intellegi debet constituta per modum pacti, quo populus in principem transtulit potestatem sub onere et obligationi gerendi curam reipublicae, et justitiam administrandi, et Princeps tam potestate, quam conditionem acceptat”. *Idem*.

⁷⁰⁸ “Non est in universum verum, quando talis divisio, vel communicatio jurisdictionis ad bonum reipublicae indicatur, quia potestas illa de se mutabilis est, et ad communem bonum reipublicae ordinatur, et ideo nullo juri repugnet, quia in illa fiat hujusmodi mutatio”. *Defensio Fidei...*, cit., l. IV, cap. 3, § 7.

⁷⁰⁹ *Studies of Political Thought...*, cit., p. 177.

plicaciones del escotismo sobre las leyes, a los que una novedades propias de la Edad Moderna, plantean problemas. No problemas derivados de las exigencias del rigor o la coherencia, porque Suárez no es coherente consigo mismo, y la única forma de explicar su doctrina sobre el derecho consiste en partir simultáneamente de varias nociones distintas del *jus*. Los problemas consisten ante todo en que en la base de este irenismo está su visión del ser humano como acabado y completo en sí mismo; un ser que, en un segundo momento, ha de tender hacia Dios. Porque cuando el jesuita habla de la doble naturaleza del hombre no se refiere tanto a la natural y a la sensitiva, como a la natural y a la sobrenatural.⁷¹⁰ “La Teología enseña sobre la ley natural que el hombre tiene una doble naturaleza, y una doble luz de la razón. En primer lugar tenemos la pura naturaleza o la sustancia del alma racional, y consecuentemente una luz connatural según la razón. En segundo término está la naturaleza de la gracia infundida al hombre, de la que se sigue la luz divina y sobrenatural de la fe”.⁷¹¹ Luego, la ley natural es doble: una, la puramente natural, otra la *simpliciter* sobrenatural.⁷¹²

Más adelante explica que la revelación de Dios al hombre es doble: la natural y la sobrenatural, por lo que el ser humano tiene un fin igualmente doble: uno que conoce por la luz natural de la razón, y otro según la ley de Dios.⁷¹³ Frente a Fortún García, quien en el primer volumen del *Tractatus universi juris* reiteró la unidad del ser humano, hay que decir que esta opinión de Fortún es nueva, y singular, confusa en sus palabras y sin sentido.⁷¹⁴ “Porque si tú dices que la naturaleza del hombre se ordena a la felicidad sobrenatural como a su fin último, de forma que todas las potencias naturales de esta naturaleza se ordenan al mismo fin, yo respondo que una cosa se puede ordenar de dos modos a ese fin último. Uno, ‘Per intrinsecam habitudinem’, y el otro ‘Por la sola relación’, o ‘Por un poder extrínseco’”.⁷¹⁵ Esta

⁷¹⁰ Este tema fue tratado ampliamente por Todescan, F., en *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova, CEDAM, 1973.

⁷¹¹ “Circa legem ergo naturalem docet Theologia, hominem secundum duplicem naturam, et duplex rationis lumen considerari possit. Primum secundum puram naturam, seu substantiam animae rationalis, et consequenter secundum rationis lumen illi connaturale; secundum iuxta naturam gratiae desuper homini infusae, et secundum divinum, ac supernaturalem lumen fidei”. *Tractatus...*, *cit.*, l. I, cap. 3, § 10.

⁷¹² *Op. cit.*, § 11.

⁷¹³ *Tractatus...*, *cit.*, l. II, *praefatio*.

⁷¹⁴ “Non: Nihilominus hace opinio Fortunii nova est, et singularis, ortaque est ex quaedam verborum confusa, et indistincta significatione, seu aequivocatione”. *Ibidem*, l. III, cap. 11, § 4.

⁷¹⁵ “Sed contra: Dices, ipsa hominis natura ordinatur ad supernaturalem foelicitatem, ut ad finem ultimum; ergo etiam potentiae omnes naturales huius naturae ordinantur ad eun-

terminología es algo nueva: expresiones como ‘Por hábito intrínseco’, ‘Por la sola relación’, y otras, apenas las encontramos en la escolástica anterior. Y es nueva también la forma de argumentar si atendemos a sus contenidos materiales, porque Tomás de Aquino, y tras él sus discípulos, como Vitoria y Soto, a veces se refieren a la naturaleza del hombre, pero rara vez. Normalmente ellos tenían en cuenta la naturaleza de cada acción concreta según sus circunstancias, por lo que en lugar de una única y monótona *natura hominis*, resaltaba más la variedad, diversidad (y a veces irreductibilidad) de los actos del hombre. Suárez, tal vez porque quiere considerar las cosas en sí mismas, reduce la diversidad de leyes a una única noción imperativista de ley, y a ésta la fundamenta sin más en la naturaleza del hombre. De modo consecuente con estas declaraciones, entiende que el hombre tiende hacia dos felicidades distintas, una natural y otra sobrenatural, aunque quizá hubiera sido más preciso si hubiera indicado que el hombre tiende hacia un fin sobrenatural, y otro fin político.⁷¹⁶ Para fundamentar esta escisión se remite a la *Suma teológica* de Tomás de Aquino, I-II, q. 99, art. 3.⁷¹⁷

Si el hombre dispone de una *pura natura* perfecta al margen de Dios, la filosofía moral y la teología moral han de ser distinguidas cuidadosamente. Porque Santo Tomás (argumenta Suárez) enseña que si un acto es inmoral y por ello inhumano, es porque es malo al desviarse de la recta razón, y por esto mismo es pecado.⁷¹⁸ Pero en realidad, contesta Suárez, aquí Tomás distingue el pecado cuando es contra la recta razón, y el pecado en cuanto es ofensa a Dios, y del primero se ocupa el filósofo moral, y del segundo el teólogo.⁷¹⁹ Una de las intuiciones básicas tomistas, que es la síntesis entre lo humano y lo sobrenatural (porque el hombre es un ser que tanto ha salido de Dios, *Exitus a Deo*, como vuelve a Dios, *Redditus ad Deum*), la refuta expresamente, citando al de Aquino. Lógicamente, sobre el hombre recaen dos tipos de leyes: las humanas y las divinas, y la noción de unos bienes que por

dem finem. Respondeo dicendum dupliciter possi aliquid ordinari in ullum finem ultimum; uno modo per intrinsecam habitudinem; alio modo per solam relationem, vel imperium extrinsecum”. *Ibidem*, l. III, cap. 11, § 4.

⁷¹⁶ Figgis explicaba que “The Jesuit view is that the end of the State being purely external... They separated sharply the civil life of man, which is external and partial, from his religious, which is internal and all-embracing”. *Studies of Political Thought...*, *cit.*, p. 157.

⁷¹⁷ *Tractatus...*, *cit.*, l. III, cap. 11, § 6.

⁷¹⁸ “Unde si actus sit moralis, et humanus eo ipso, quod est malus propter deviationem a recta ratione, est etiam peccatum, ut docet D. Thomas I-II, q. 21, art. 2”. *Ibidem*, l. II, cap. 6, § 13.

⁷¹⁹ “D. Thomas I-II, q. 71, a. 6 ad 5 distinguere peccatum ut est contra rationem, et ut est offensivum Dei, et priore modo considerari a Philosopho morali; posteriori autem modo a Theologo”. *Op. cit.*, § 8.

el hecho de serlo son fines normativos de las actuaciones humanas, se le esca completamente.⁷²⁰

Con esta doctrina, Suárez posiblemente trataba de limitar las competencias del poder político para hacer posible la paz religiosa. En esta línea, él fue el primer autor (en la medida en que conozco la historia) que fundamentó la libertad de conciencia: no la libertad de expresión, pero sí la de conciencia. A lo largo del libro III del *Tractatus de Legibus* va dando vueltas a la idea de si las leyes civiles pueden prohibir todos los actos moralmente malos y ordenar los moralmente buenos. Él entiende que no, que las leyes no pueden prohibir todo lo malo, porque la finalidad de la sociedad política no es la de elevarnos sobre la condición humana, como sucedería si prohibiéramos todo lo malo y ordenáramos todo lo bueno.⁷²¹ En el capítulo 13 de este libro entra en el núcleo de la cuestión, cuando se pregunta si la ley civil puede disponer sobre los actos externos de las personas: *An lex civilis tantum possit externos actus praecipere, aut prohibere*. Tengamos presente que él no podía abordar directamente el problema, porque a comienzos del siglo XVII nadie había afirmado sin más y directamente la libertad de conciencia; le era preciso dar vueltas a la cuestión, para abordarla oblicuamente.

En primer lugar, él comprueba que no existen actos puramente exteriores, porque todo acto humano o moral tiene su vertiente interna, sin la que no puede existir.⁷²² Por ello, todo acto humano es un compuesto, por así decir, de cuerpo exterior y de forma interior e invisible.⁷²³ En primer lugar argumenta que la ley no puede disponer sobre esta parte interna de los actos porque las leyes humanas son coercitivas (tienen fuerza coercitiva), y tal fuerza no alcanza a la faceta interior de las acciones.⁷²⁴ Frente a Fortún

⁷²⁰ Una contraposición entre Tomás de Aquino y la filosofía escotista, en este punto, en Bastit, M., *Les principes des choses en ontologie médiévale...*, cit., pp. 217-252.

⁷²¹ “Et ob eandem rationem non potest lex civilis prohibere omnia vitia contra omnes virtutes, ut simplicem fornicationem non scandalosam... Augustinus... optimam rationem indicat, quia cavere omnia vitia non est omnium, nec multorum, sed perfectorum: lex autem civilis esse debet accomodata communitati humanae secundum naturalem conditionem spectatae, et ideo per leges civiles non prohibentur omnia vitia: sicut etiam potestas coactiva civilis non extenditur ad omnia, quia hoc esse supra conditionem humanam”. *Tractatus de Legibus...*, cit., l. III, cap. 12, § 12.

⁷²² “Actus humanus... duplex est... interior, et exterior, quae inter se ita comparentur, ut exterior non possit esse sine interiori: ab illo tanquam a morali forma habet, quod humanus, et moralis sit”. *Ibidem*, l. III, cap. 13, § 1.

⁷²³ “Unde exterior actus humanus est veluti compositum quoddam ex actu exteriori, corporis v.g. et interiori actu voluntatis tanquam ex materia visibili, et forma per se invisibile”. *Ibidem*, l. III, cap. 13, § 1.

⁷²⁴ “Lex mere humana non potest praecipere actum pure internum directe, et secundum se... nam potestas legislativa est etiam coactiva, ut diximus, et ita si coactiva esse non potest respectu interioris actus, neque legem ferre circa illum potest”. *Ibidem*, l. III, cap. 13, § 2.

García, que había mantenido que el poder político había de ocuparse de todo lo relacionado con la paz temporal y espiritual de los hombres, Suárez mantiene que “La razón fundamental de esta tesis es que el poder legislativo humano solamente se ordena a la paz exterior y a la justicia humana, para los que no importan los actos que se producen simplemente en la mente”.⁷²⁵ Se plantea reiteradamente si los ‘actos ocultos’ (es decir, interiores) pueden ser objeto de regulación legal, y siempre concluye que no, porque la fuerza coactiva de las leyes no los alcanza, “Ya que los juicios humanos no se hacen sino según lo alegado y probado”.⁷²⁶ ¿Y si sucede que un pensamiento puede ser efectivamente alegado y probado? Le era preciso ocuparse del tema más directamente.

Los actos mentales — escribe Suárez — y los meramente internos están, por su naturaleza, ocultos a los otros hombres, porque los hombres no los conocen naturalmente, sino a través de los sentidos, y lo que conocemos por los sentidos, si no hay signos que lo manifiesten, por sí mismos y por su naturaleza permanecen fuera del conocimiento humano: de este modo son los actos meramente internos, y por eso decimos que son actos ocultos.⁷²⁷

Las leyes solamente pueden ocuparse de aquellas acciones que, por sí mismas y su naturaleza, son cognoscibles *humano modo*, no de aquellas que permanecen ocultas y que quedan fuera del foro de los hombres.⁷²⁸

IV. LA ESCOLÁSTICA EN EL SIGLO XVII

Los dos escolásticos importantes que se adentran en el siglo XVII fueron el belga Leonardo Lessius y Juan de Lugo, ambos jesuitas. Lessius es un pensador algo paradójico, que insiste en la importancia de la razón práctica

⁷²⁵ “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 consummatur”. *Ibidem*, l. III, cap. 13, § 3.

⁷²⁶ “Quia iudicium humanum, non fertur, nisi secundum allegata, et probata”. *Ibidem*, l. III, cap. 13, § 5.

⁷²⁷ “Actus ergo mentales, ac mere interni sunt per se et sua natura occultis aliis hominibus extra operantem, quia homines non cognoscunt naturaliter, nisi ministerio sensuum, et ideo quae per sensibiles effectus, vel signa non manifestantes, per se et sua natura sunt extra cognitionem humanam: hujusmodi autem sunt acti mere interni, et ideo dicuntur per se occulti”. *Ibidem*, l. III, cap. 14, § 6.

⁷²⁸ “Et ideo datur (se refiere a la *jurisdictio*) super eas actiones, quae per se, et natura sua, cognoscibiles sunt humano modo; non vero super alias per se occultas, quia ex se sunt extra humanum forum”. *Ibidem*, l. III, cap. 14, § 7.

de una forma decididamente aristotélica, pero que, en definitiva, se alinea con sus compañeros de Orden. Distingue la justicia de las demás virtudes por la exterioridad de la justicia, pues “Yo respondo, y afirmo, que la justicia trata ante todo de solamente aquellas acciones que hemos de cumplir con los otros, y sobre las cosas que son la materia de esas acciones, y no acerca de las pasiones, como son la templanza o la fortaleza”.⁷²⁹ Le resulta muy útil la distinción de Tomás de Aquino entre ‘medium rei’ y ‘medium rationis’,⁷³⁰ aunque dándole un sentido y un alcance que no es exactamente el tomista.

El derecho consiste en una de sus acepciones en una *legítima potestas* para obtener una cosa, o para desempeñar una función o cuasifunción, cuya violación originaría una injuria.⁷³¹ Una vez establecida esta acepción del *jus*, se desinteresa de las otras y se centra en ella.

En primer lugar, es una potestad, esto es, un cierto hábito a algo, por lo que se dice que alguien puede. Se encuentra bien al modo de una potencia activa, como cuando hay derecho a hacer algo o a retenerlo, bien al modo de una potencia pasiva, como el derecho que tenemos que tenemos a ser custodiados o servidos, bien al modo de una potencia de resistir, como el derecho que tienes para que alguien no edifique en cierto lugar.⁷³²

En segundo lugar, ha de tratarse de una potencia o potestad legítima, concedida por la ley, porque la facultad que no compete según la ley no es derecho, sino fuerza y violación del derecho. La ley que concede tales potestades puede ser la divina positiva, que otorga el derecho a recibir los sacramentos, o la natural, por la que alguien es dueño del uso de sus miembros o a la comida o bebida para sustentar su vida, o la ley humana, que es la que instituye los testamentos.⁷³³

“Existirán tantos tipos de derechos como de leyes que los otorgan, aunque esta diversidad no representa ninguna diferencia para el hábito de la justicia”.⁷³⁴

⁷²⁹ *De justitia aliisque...*, cit., l. II, cap. 1, *dubitatio* 2, § 7.

⁷³⁰ “Hinc colligi potest qua modo Justitia dicitur attingere *medium rei*, reliquae virtutes *medium rationis*”. *Ibidem*, § 9.

⁷³¹ “Tertio, accipitur jus pro legitima potestate. Sic acceptum potest hoc modo describi, Jus est potestas legitima ad rem aliquam obtinendam, vel ad aliquam functionem, vel quasi functionem; cujus violatio injuriam constituit”. *Ibidem*, l. II, cap. 2, *dubitatio* 1, § 1.

⁷³² *Ibidem*, § 2.

⁷³³ “Secundo, Legitima, i.a. lege concessa: Quia facultas quae secundum legem non competit, non est jus, sed vis et injuria. Lex autem hanc potestatem concedens vel est divina positiva, ut ad Sacramenta percipienda: vel est naturalis, ut ad usum membrorum, vel vitam per cibum et potum sustentandam... Vel est humana, ut ad successionem hereditatis”. *Idem*.

⁷³⁴ *Ibidem*, § 3.

Esta potestad no es física, sino moral, y compete a los hombres por alguna delegación o concesión de Dios, y por ello son maestros, doctores, reyes o militares.⁷³⁵ Hablaba del derecho a ejercer una función o cuasifunción: ¿quiere decir esto que recupera la noción de *officium*? Todo lo contrario: él concibe a la función como el uso libre del propio cuerpo o de las cosas propias.⁷³⁶ Porque el derecho como potestad legítima no es el objeto al que tiende la virtud de la justicia, aunque es la cosa de la que de algún modo pende el objeto de la justicia, y hacia la que tiene un orden intrínseco (*intrinsecum ordinem habet*), por lo que se le puede llamar el objeto formal de la justicia.⁷³⁷ Pues este derecho es llamado justamente el objeto ‘formale cui’ (extraño término), porque es la razón por la que algo le es debido a alguien; por lo que hay que reparar que en la justicia, en tanto que virtud que se dirige a los otros, podemos distinguir el *objectum quod* y el *objectum cui*.⁷³⁸ Esta distinción entre aquello que es debido y aquello por lo que eso es debido parece original de Lessius. Pero el ‘objeto formal cui’ no es un hecho o acto humano, o las exigencias de una situación objetiva, sino la persona misma a la que se le debe algo.⁷³⁹ “Pues del derecho de esa persona sobre mí o sobre mis cosas, nace en mí el deber de hacer aquello que cumple y agota aquel derecho”.⁷⁴⁰ Así, el derecho es la razón objetiva en el objeto *cui*, del que depende toda la razón de ser de la justicia.⁷⁴¹

En consecuencia, el concepto primario del que hay que partir en el derecho es el de *dominus*. “Se llama *dominus* el que tiene algo suyo, de lo que puede disponer, o sobre lo que puede ejercer autoridad, y si no hay nada suyo sobre lo que ejerza potestad, no se puede llamar dueño”.⁷⁴² El dato radical es el *dominium*; esto es, lo suyo o el *suum*, porque el dominio en general no es otra cosa que el derecho de gobernar o de disponer de una cosa ‘como suya’,⁷⁴³ y decimos que es *suum* cuando está vinculado de tal forma al sujeto que él puede disponer sobre ello por su propio derecho, no por comisión de

⁷³⁵ *Idem*.

⁷³⁶ “Quarto ad functionem: ut ad liberum usum membrorum et rerum suarum”. *Idem*.

⁷³⁷ *Ibidem*, § 7.

⁷³⁸ *Idem*.

⁷³⁹ “Objectum cui, est is cui praestatur. Hoc in propositio est proximus noster, quatenus Jus habet ratione cuius illi aliquid est debitum”. *Idem*.

⁷⁴⁰ *Idem*.

⁷⁴¹ “Itaque Jus est ratio objectiva in objecto cui, unde tota ratio Justitiae pendet”. *Idem*.

⁷⁴² “Dominus enim vocatur qui habet aliquid suum, de quo possit disponere, vel in quo auctoritatem exercere. Qui autem nihil habet suum, non dicitur Dominus”. *Ibidem*, l. II, cap. 3, *dubitatio* 1, § 1.

⁷⁴³ “Itaque dominium in genere nihil videtur esse quam jus gubernandi, vel disponendi de re aliqua, tanquam suam”. *Idem*.

otro.⁷⁴⁴ No parece ser consciente de estar dejando fuera del derecho todos aquellos institutos que implican simultáneamente derechos y deberes, como los que regula el derecho de familia, o como la situación de profesor. El ejemplo a seguir es Dios, que es el Ser que tiene un dominio ‘perfectísimo’, porque domina en toda la naturaleza como si fuera suya, y puede estatuir lo que le plazca. Del mismo modo decimos que el rey tiene un derecho sobre su reino, el duque en su ducado, y cualquiera en sus posesiones.⁷⁴⁵ Distingue entre el ‘dominium proprietatis, et jurisdictionis’ y explica que “El dominio de jurisdicción es la potestad de gobernar a los súbditos... El dominio de propiedad es el derecho de disponer de una cosa como suya y en su favor”.⁷⁴⁶

A esta corriente escolástica le quedaba una asignatura pendiente, que era la de explicar cómo la propiedad o el dominio sobre las ‘cosas externas’ (ellos hablaban del *dominium rerum externarum*), que es un instituto jurídico, y por tanto regulado por el derecho, llega sin embargo a convertirse en la manifestación primera del derecho. Lessius fue el primero que afrontó esta empresa, no demostrando, sino postulando:

Tú dices que parece que el dominio es algo anterior al derecho, por lo que tienes derecho a la cosa esa en todos sus usos y disposiciones, porque eres el dueño, y no al revés: luego el dominio no es formalmente el derecho. Te respondo: la razón completa del derecho (*perfecta ratio dominii*) no es anterior al derecho y a la potestad de disponer sobre la cosa, sino que la incluye esencialmente.⁷⁴⁷

Solamente los seres racionales pueden ser titulares de la propiedad: Dios, los ángeles, los hombres. La razón es que el fundamento de todo dominio está en el intelecto y en la voluntad libre, que solamente existen en la naturaleza racional. Esto se prueba porque el fundamento del dominio está en el intelecto y en la voluntad, gracias a los cuales el hombre tiene potestad

⁷⁴⁴ “Suum autem dicitur, quod ita subjectum et astrictum illi, cujus esse dicitur, ut possit de eo disponere proprio jure, non ex commissione alterius”. *Idem*.

⁷⁴⁵ “Sic jus quod Deus habet in universam naturam tanquam rem suam, quo potest illa statuere quod placuerit, est Dominium Dei... perfectissimum... Similiter Jus quod Rex habet in suum regnum: Dux in suum Ducatum, et quivis in suas possessiones, dominium vocatur”. *Idem*.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, § 2.

⁷⁴⁷ “Dices, Dominium videtur quid prius Jure: ideo enim habes jus in re illa ad omnem usum et dispositionem, quia est ejus dominus, non contra: ergo dominium non est formaliter jus. Respondeo. Perfecta ratio dominii non est prior Jure et potestate disponendi de re: sed hanc essentialiter includit”. *De justitia aliisque virtutibus morum, libri quattuor*, Lugduni, 1630, l. II, *dubitatio* 2, §§ 10 y 11.

sobre sus actos y, a través de sus actos, sobre las cosas externas.⁷⁴⁸ Lógicamente, la libertad personal es el primero de todos los derechos, y naturalmente un hombre no puede quedar bajo el dominio de otro hombre. Pues por derecho natural un hombre no tiene dominio sobre otro, ya que todos los hombres, por su condición natural (*naturae conditione*) son iguales; pues tienen la misma naturaleza, descendemos de los mismos padres y estamos dirigidos al mismo fin, y aunque algunos parezcan naturalmente más aptos para mandar y otros más a propósito para obedecer, nadie es siervo por naturaleza. Si hubiéramos permanecido en el estado de naturaleza íntegra, no habría existido la servidumbre.⁷⁴⁹

Aunque sigue la forma de argumentar basada en el ‘per se et sua natura’, de forma que el derecho natural es necesariamente inmutable, como lo es la naturaleza racional,⁷⁵⁰ también para Dios, observamos en su obra ecos del criterio jusnaturalista que se estaba imponiendo en el siglo XVII: “Quia natura secundum se, id est, extra vitam politicam...”.⁷⁵¹

Los rasgos de esta escolástica tardía llegan a su esplendor con Juan de Lugo, que parece haber sido un autor bastante más influyente que Leonardo Lessius. Lugo presenta, entre otras, la ventaja de resumir las doctrinas de Luis de Molina y Francisco Suárez. Nos explica ante todo que él procederá al modo escolástico, como es usual en las escuelas de Teología de la Sociedad de Jesús.⁷⁵² El problema que encuentra en las definiciones usuales de la justicia es la *circulatio* que ya denunciaba (aunque desde otros ángulos) Gabriel Vázquez, a saber: que no podemos explicar qué es la justicia, ni su objeto, porque se declara qué es la justicia en orden al derecho, que es su objeto, pero el derecho se define por referencia a la justicia cuando se dice que el derecho es lo justo; y así una cosa desconocida se explica por otra igualmente desconocida.⁷⁵³ Hace notar que Luis de Molina, ante esta dificultad, partió desde la noción de injuria, y que lo mismo hizo Lessius, pero no le convence este modo de proceder.⁷⁵⁴

⁷⁴⁸ *Ibidem*, cap. 4, *dubitatio* 1, § 1.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, cap. 3, *dubitatio* 9, § 54.

⁷⁵⁰ “Jus naturale dicitur, quod ex ipsa rerum naturis oritur. Lex natura rationali, et naturali conditione operum de quibus hoc Jus disponit. Unde ejus rectitudo, supposita existentia naturae humanae, non pendet ex aliqua libera ordinatione Dei vel hominis; sed ex ipsa rerum natura”. *Ibidem*, cap. 2, *dubitatio* 2, § 9.

⁷⁵¹ *Ibidem*, cap. 5, § 8.

⁷⁵² “Qui in nostra Societatis Schola Theologiae scholastico more, et labore traderetur”. *Disputationum de Justitia et Jure tomus primus*, Lugduni, 1646, p. 1.

⁷⁵³ *Disputationum...*, *cit.*, *disputatio* 1, § 3.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, § 4.

Él prefiere partir desde el dominio o potestad legítima, aunque reconoce que estos términos son tan oscuros que es preciso clarificarlos.⁷⁵⁵ Porque si vamos al fondo del tema y queremos saber qué es el *jus* al que tiende la justicia, es necesario saber qué entendemos por *meum et tuum*.⁷⁵⁶

Para resolver esto hay que advertir que no toda prelación en orden a una cosa constituye el derecho al que se refiere la justicia conmutativa, sino sólo aquella preferencia en la que, en el uso de esa cosa, un hombre debe ser preferido a otros, porque existe una peculiar conexión de esa cosa con ese hombre, de modo que toda ella se ordena a su utilidad; y esta ordenación así entendida es lo que queremos indicar cuando hablamos del *meum* y del *tuum*.⁷⁵⁷

El *proprium commodum* o el provecho personal se inserta así en la definición misma del derecho, por lo que el derecho del padre sobre sus hijos no puede ser llamado derecho, si hablamos con propiedad, porque la generación no proporciona al padre un derecho por el que pueda ordenar a sus hijos a su propia utilidad.⁷⁵⁸ La razón por la que el derecho ha de ser entendido siempre en referencia al provecho del titular reside en la dignidad y nobleza humanas, que impide que una persona se ponga a disposición de otra.⁷⁵⁹

Explica, con categorías extremadamente escolásticas, que el derecho no es cosa distinta de su titular, ya que la igualdad que existe en la justicia conmutativa es igualdad con el derecho formal del dominio que cada cual tiene sobre sus cosas.⁷⁶⁰ Lógicamente, la justicia distributiva, en cuanto distributiva, no constituye exactamente justicia, pues no atiende al ‘*proprium et strictum jus*’.⁷⁶¹ Por este camino, el *jus* aparece ante todo como una cualidad

⁷⁵⁵ *Idem*.

⁷⁵⁶ “Ut ergo semel, et radicitus intelligamus, quale sit jus, quod respicit justitia, et quod significamus, quando dicimus *meum et tuum*”. *Ibidem*, § 5.

⁷⁵⁷ “Pro solutione advertendum est, non quamcunque praelationem in ordinem ad aliquam rem esse jus illud, quod respicit justitia commutativa, sed praelationem, qua in usu talis rei habet hic homo praeferrri aliis; quia propter peculiarem connexionem, quae haec habet cum ipso, tota debet ad ejus utilitatem referri, et ordinari; quae ordinatio potissimum significatur quando aliquid dicitur *meum et tuum*”. *Ibidem, disputatio* 1, § 6.

⁷⁵⁸ “Unde constat etiam, quomodo non sit objectum justitiae commutativae jus illud, quod pater habet in filios: nam licet etiam quam pater habet in ordine ad filios, oritur ex peculiari connexionem, et quidam physica, nempe ex generatione, qua illos produxit: illa tamen productio non dat jus patri, quo possit filios in propriam utilitatem ordinare”. *Ibidem, disputatio* 1, § 7.

⁷⁵⁹ “Ratio autem oritur ex dignitate et nobilitate humanae... homo tamen propter nobilitatem suae conditionis, non debet fieri generantis, nec adduci ad utilitatem alterius”. *Idem*.

⁷⁶⁰ “Nam aequalitas commutativae est aequalitas cum jure dominii formalis, vel aequivalentis, quod quisque habet in re sua”. *Ibidem, disputatio* 1, § 47.

⁷⁶¹ *Ibidem*, § 50.

personal, y él explica que la facultad en la que consiste el dominio no es una facultad cualquiera, ni tampoco se trata de cualquier derecho, sino que es solamente aquella facultad que nace desde la misma conexión (*ex connectione ipsa*) que tenemos con alguna cosa.⁷⁶² El dueño o *dominus* perfecto es Dios que, aunque no puede abdicar de su dominio transfiriéndolo a otros, puede, sin embargo, destruir la cosa de la que es dueño.⁷⁶³

Pero ni Lessius ni Lugo entran por el camino señalado por Suárez cuando este último hablaba directamente de la libertad natural como una ‘quasi qualitas moralis’. Ellos pasan por alto la figura de la *qualitas personalis* y siguen usando la más añeja de facultad personal.⁷⁶⁴ Pero el tiempo no había pasado en balde entre los escolásticos, y Lugo no hace depender el *dominium* de una ley superior a los individuos que otorgara facultades sobre las cosas, sino que reitera que el dominio nace desde la conexión de cada persona con la cosa misma.⁷⁶⁵ Por eso define el derecho como *usus juris* (a diferencia del *usus facti*), que “Est potestas moralis ad haec facienda propter jus intrinsicum et radicatum in persona”.⁷⁶⁶ No explica qué es una persona, pero por sus explicaciones en la *disputatio* 3 de este libro parece entender por tal al ser que dispone de voluntad libre.

Con Lugo se pierde definitivamente la doctrina que entendía a la propiedad como instituto introducido por el derecho de gentes, por razones de utilidad colectiva, que derogaba al derecho natural. Los juristas y filósofos anteriores habían mantenido que la propiedad, aunque no ordenada o estatuida por el *jus naturale*, era necesaria para vivir en paz. Por ello, el derecho humano introdujo la *divisio rerum* derogando en este punto al derecho natural.⁷⁶⁷ Esto, ¿es cierto o admisible? “Tota haec responsio difficilis est”, comenta Lugo. Debemos considerar que pertenece al derecho natural todo lo que es necesario para vivir racionalmente; después del pecado hubo tal cantidad de hombres, que la propiedad resultó ser un medio no solamente conveniente, sino necesario, para alcanzar el orden y la paz social. Luego en

⁷⁶² “Adhuc tamen praedictas definitiones retinendae sunt, quae si bene explicantur, continent essentiam pleni dominii; pro qua adverte, jus, seu facultatem ibi sumi, non pro quocumque jure, sed ista subjectam materiam quo jure illo explicato, quod nascitur ex connectione ipsa, quam habemus cum aliqua re, quod jus dicitur proprium objectum justitiae”. *Ibidem, disputatio* 2, § 3.

⁷⁶³ *Ibidem*, § 4.

⁷⁶⁴ Para Lugo, véase toda la *disputatio* 2 del *liber primus* de *Disputationum de Justitia et Jure tomus primus*, Lugduni, 1646.

⁷⁶⁵ “Dominium enim, ut supra diximus, debet esse jus praelationis ortum ex connectione cum re ipsa”. *Ibidem*, § 14.

⁷⁶⁶ *Ibidem, disputatio* 2, § 41.

⁷⁶⁷ Lugo, *ibidem, disputatio* 6, §§ 3 y 4.

nuestro estado presente (después del pecado original), y respecto a todos los hombres, el mismo derecho natural obligaba, al margen de cualquier precepto humano, a hacer la división de las cosas.⁷⁶⁸ Los juristas han entendido que la división fue hecha por alguna ley de la comunidad o del príncipe, pero esto, *durissimum videtur*, porque al margen, incluso de las leyes del propio Adán, si alguien, por su propia industria, y trabajo, y arte, pintara una bella imagen, o esculpiera una estatua, ¿acaso no sería el mismo derecho, imagen de la naturaleza, el que hiciera que aquellas cosas fueran propiedad de su artífice?⁷⁶⁹ “Luego el mismo derecho natural, antes que toda ley humana positiva, pudo haber dividido los dominios, y de hecho lo hizo”.⁷⁷⁰

⁷⁶⁸ “Tota haec responsio difficilis est .. illud esse medium moraliter necessarium ad finem; atqui post peccatum in tanta hominum multitudine illud erat medium non solum expediens, et utile, sed omnino necessarium ad finem pacis, et quietis. Ergo in circumstantiis praesentis status, et respecto totius multitudinis hominum jus ipsum naturale obligabat, secluso omni humano praecepto, ad divisionem faciendam”. *Ibidem*, *disputatio* 6, § 4.

⁷⁶⁹ “Seclude enim omne decretum, et leges ipsius etiam Adami: peto, si aliquis propria industria, labore, et arte depinxisset pulchram imaginem, aut bellam statuam sculpsisset, nonne jure ipso naturae imago, vel statua illa fuisset in dominio artificis?”. *Ibidem*, § 4.

⁷⁷⁰ *Idem*.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA PRIMERA ÉPOCA DE LOS JUSNATURALISMOS MODERNOS

Gottlieb Hufeland, cuando publica el *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, su estudio filosófico-jurídico prekantiano (a partir de 1792 Hufeland se convertiría en un kantiano fervoroso, siguiendo a Theodor Schmalz), explicaba que Grocio fue el primero que hizo derecho natural en sentido estricto, de modo que la ‘ciencia del derecho natural’ comenzó con él: lo que hicieron los autores anteriores, explica Hufeland, fue solo una especie de filosofía sobre el derecho romano, pero una filosofía tan inconsistente, tan inconcreta y, por ello, tan inadmisibles, que al referirnos a estos hombres únicamente podemos hablar de la prehistoria de la ciencia del derecho natural.⁷⁷¹ Aunque K. Christian Heydenreich escribía pocos años después que Hugo Grocio había tenido la intención de hacer derecho natural, Heydenreich solo veía en Grocio un ejemplo de valor singular para la época posterior.⁷⁷² Y es que Grocio es un autor a quien, en cierto modo, podemos considerar de transición, o bien un jusnaturalista moderado que no llevó hasta sus últimas consecuencias los distintos principios que él conoce y desde los que parte.

⁷⁷¹ “Grotius-Ich glaube keine Entschuldigung deswegen nöthig zu haben, daß ich erst von diesem Mann hier die Geschichte der Wissenschaft anfangen, und auch bey den künftigen Untersuchungen anfangen wurde; was Oldendorp, Hemming und Winkler in besondern Schriften, Besold aber, Stephani und andere beyläufig in Abhandlungen über andere Materien hieher gehöriges gesagt haben, ist zum Theil nur eine Art von Philosophie über das einmal existirende und eigentlich römischen Recht, zum Theil aber so unzulänglich, unbestimmt und unausgeführt, daß man von dieser Männer beständig gleichsam nur in einer Vorgeschichte der Wissenschaft handelt”. *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig, 1785, p. 16.

⁷⁷² “Pufendorf macht in der Geschichte des *Naturrechts* in der That Epoche, und wird nicht ohne zureichenden Grund mit dem ehrenvollen Nahmen eines Vaters dieser Wissenschaft bezeichnet. Er vermied auf das glücklichste mehrere Abwege, auf denen sich seiner Vorgänger verirrt hatten, entfernte allem Einfluss des theologischen Systems auf seine philosophischen Grundsätze, erhob sich über mehrere falsche Prinzipien, als z. B. die Uebereinstimmung der Völker, den Vortheil u. a. und gründete das *Naturrecht* auf den Zustand und die Verhältnisse des Menschen”. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, Einleitung, p. 66.

I. HUGO GROCIO, AUTOR DE TRANSICIÓN (1583-1645)

Los impulsos del siglo XVI para la renovación de la ciencia siguieron caminos distintos. La recomposición popular de la ciencia del derecho como ciencia del derecho natural, dejando de lado al *jus commune*, comenzó oficialmente con Hugo Grocio (*De jure belli ac pacis libri III*, 1625). Pero esta recomposición no siguió un camino lineal, ya que veinte años más tarde estalló inconteniblemente el método moderno, materialista, y fenomenista, aplicado a las ciencias del hombre, en las manos de Thomas Hobbes. El materialismo estricto con el consiguiente ateísmo, y el considerar que Hobbes habría convertido a la sociedad política en una cárcel (en definitiva, porque para todo materialista el hombre solo puede ser una parte más y simple del único movimiento existente), hizo que Hobbes fuera expresamente repudiado por el siglo XVII, pero su método fue, tácitamente, el gran triunfador en la Ilustración.⁷⁷³ Pero antes de que los discípulos de Hobbes pudieran aplicar concienzudamente el método analítico-sintético en la explicación de la sociedad humana, hacía falta una dirección del pensamiento que diera el espaldarazo a la nueva ciencia social; y Hugo Grocio fue el autor —quizá sin proponérselo él— que afianzó decisivamente esta nueva dirección, que fue llamada la ciencia del *Jus naturale et gentium*.

El nuevo derecho natural no consistió simplemente en una forma distinta de entender, por ejemplo, el derecho natural: abarcó la filosofía, la teología y la ética, porque el *jus naturale*, en esta nueva corriente, no significó ya un campo especial de conocimientos que se colocaría al lado o por encima de los principios del conocimiento ético, jurídico o político, sino que fue el medio omnicomprendivo en el que esos principios se formaron.⁷⁷⁴

Hugo van Groot, latinizado Grotius, fue holandés, de confesión arminiana, que hubo de exiliarse de su patria por las persecuciones religiosas. Vivió en París, actuando tardíamente de embajador del rey de Suecia ante la corte francesa. Su formación era eminentemente humanista: se fugó de la cárcel holandesa metido en un cesto de los que usaban sus criados para traerle libros. Sus intereses fueron ante todo teológicos, como muestra la ingente obra teológica que legó, pero siempre se interesó por el derecho: en su juventud compuso una pequeña obra (*De mare libero*), en la que defendía la navegación libre por el mar, tal como convenía a los intereses holandeses, opuestos a los

⁷⁷³ Nos dice Cassirer que “La teoría del Estado y de la sociedad del siglo XVIII rara vez ha aceptado el *contenido* de la doctrina de Hobbes sin limitaciones; pero ha sido influida de la manera más vigorosa y persistente por su «forma»”. *La filosofía de la Ilustración*, cit., p. 35.

⁷⁷⁴ Sobre este talante omnicomprendivo de la nueva filosofía, véase Cassirer, E., *La filosofía de la Ilustración*, cit., p. 11.

ingleses, que mantenían que solo ellos podían navegar por el Mar del Norte. Por parte inglesa le contestó Selden con el *De mare clauso*. Portugueses y españoles defendían igualmente que el mar era cerrado, esto es, que el derecho de navegar por los océanos Atlántico y Pacífico estaba reservado a ellos, pero el jurista español que más se ocupó de este tema (Fernando Vázquez de Menchaca) mantuvo sorprendentemente la tesis del mar abierto.

Grocio quizá no pretendió exactamente escribir un tratado de derecho natural: publicó un estudio que era una pequeña enciclopedia del derecho, que abarcaba también las relaciones internacionales, titulado *De jure belli ac pacis*. Pero fue saludado por toda Europa como el primer libro del nuevo derecho tan esperado tras la crisis del *jus commune*. Grocio quedó sinceramente sorprendido por el éxito de su libro. Además, esta obra fue considerada por los reformados más radicales como la primera muestra de la inteligencia en la historia, que marcaba los límites entre el hombre viejo caduco y corrupto y el nuevo género humano que se ya se había desprendido de los lazos del oscurantismo papista.

En realidad, el *De jure belli ac pacis* era una obra de corte tradicional: seguía externamente el método del racionalismo humanista, porque se apoyaba indistintamente en textos del Corpus Juris, de los juristas del *jus commune*, en clásicos latinos y algún griego, en los escolásticos españoles del siglo anterior.⁷⁷⁵ La estructura interna de sus razonamientos no tiene un punto de arranque unitario: parte a veces desde la ley eterna de Dios,⁷⁷⁶ o desde el individuo aislado e independiente en el estado de naturaleza, o desde el análisis de las relaciones humanas según el método romanista; compuso una obra francamente sincrética, porque es una amalgama de tradiciones jurídicas ya existentes y, desde luego, no erige universalmente al individuo independiente, libre y autónomo en el punto de referencia sistemático de todas las relaciones jurídicas.⁷⁷⁷ Desde este punto de vista supuso un retro-

⁷⁷⁵ Un juicio más amplio en Alfred Dufour, *Le mariage... , cit.*, pp. 86 y 87.

⁷⁷⁶ López Hernández entiende que “Grocio prescinde también definitivamente de la ley eterna. Su teoría del derecho natural no es expuesta en un libro de Teología, sino en un tratado jurídico; por tanto, la ley eterna, que es puramente teológica, no tiene ya ninguna función en el nuevo sistema”. *Historia de la Filosofía del derecho clásica y moderna*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 256.

Hay que objetar que aunque las referencias a la ley eterna vengan expuestas en un libro de derecho, no por ello carecen de sentido. Los juristas romanos y medievales se referían a los *tria principia juris* que expuso Ulpiano, a los que consideraban como la participación de la razón humana en la divina, y no por venir expuestos en libros jurídicos la ley eterna perdía su función necesariamente fundamentadora.

⁷⁷⁷ Hace notar Gough que “A more authoritarian note is sounded in Grotius than in Althusius, yet for Grotius, too, the ultimate political reality is the individual”. *The Social Contract*.

ceso cierto en la carrera por la Modernidad frente a las *Controversias ilustres* de Vázquez de Menchaca, a las que tanto elogia él. Como tampoco hizo del contrato el esquema hermenéutico necesario para entender todas las relaciones políticas, también retrocedió frente a los escolásticos españoles que él conocía tan bien. Tuvo a su favor que el *De jure belli ac pacis* es una obra que no es extensa ni corta; estuvo bien presentada, en parte por el humanismo racionalista de que hace gala, en parte por el orden en el que expone los temas, acabando definitivamente con el casuismo en este tipo de estudios.

Sin duda alguna, fue un libro elegante, progresista (aunque siempre moderado en los momentos decisivos) y sobre todo, escrito por un no católico. Tengamos en cuenta que los libros existentes entonces de reflexión sobre las cuestiones fundamentales del derecho y de la ética procedían bien de los teólogos católicos escolásticos, bien de juristas que, como Conan, Hopper, Tholosanus, eran de hecho católicos; algunos juristas destacados como Oldendorp o Conring Althusius, eran protestantes, pero trabajaban del mismo modo que los católicos y arrancaban desde el *jus commune*. Si nos preguntamos si Grocio compuso una obra acomodada a las pretensiones de los reformados, hay que decir que apenas se aprecia en esta obra su condición de *heterodoxo*. El *De jure belli ac pacis* fue incluido en el “Índice de libros prohibidos” católico por una breve referencia teológica, propia de un protestante arminiano. Lo que nos indica cómo se habían enconado las actitudes.⁷⁷⁸ En el siglo anterior la Iglesia católica no prohibía la lectura de los libros de los autores protestantes que, como Johann Oldendorp, presentaban ocasionalmente alguna opinión teológica inaceptable para un católico: la censura católica del siglo XVI se limitaba a tachar las líneas desaconsejables y, en casos más raros, cuando el texto a eliminar era más extenso, el censor señalaba con tinta la zona de la página que debía ser cubierta con un papel engomado. De todas formas, el simple hecho de que esta obra de Grocio esté llena de citas de teólogos españoles ya indica que unos y otros se nutrían de una cultura común.

Sin embargo, los textos nos muestran que esta convivencia cultural más o menos pacífica se rompió en la segunda mitad del siglo XVII. Si nos guía-

A Critical Study of its Development, Oxford, 1963, p. 80. Sería una hipótesis de trabajo sugerente considerar que Grocio reserva la exclusividad de las voluntades individuales solo para la explicación de las relaciones políticas.

⁷⁷⁸ Randall explica que “El concilio de Trento formuló y afirmó autoritariamente todo el sistema de doctrina medieval, estrechando y haciendo más inflexible la vida intelectual de la Iglesia, y poniéndola a la par de los rígidos credos protestantes... En la Edad Media había habido un ancho margen de libertad de opinión... En segundo lugar, tanto en el catolicismo como en el protestantismo había un marcado crecimiento de puritanismo en la actitud moral”. *La formación del pensamiento moderno*, cit., p. 160.

mos por razonamientos preferentemente abstractos, podríamos pensar superficialmente que los evangélicos no podían aceptar una cultura que había nacido desde una *ratio corrupta*: tal era toda la cultura escrita existente, desde los sofistas griegos hasta el siglo XVII. Pero esta explicación no sería enteramente correcta, porque lo que realmente anduvo en juego no fue la admisión o no de la cultura griega, romana y bajomedieval, sino la sustitución de cualquier cultura que no estuviera secularizada por un pensamiento que partiera exclusivamente desde el individuo autónomo y libre según patrones de autoendimiento que no tuvieran que pedir prestados sus fundamentos a la teología. Los juristas romanos dependieron aún de Dios, porque si bien el Corpus Juris se expresa en lenguaje secular, no era sin embargo secularizador: todos explicaron que los *tria praecepta juris* reciben su fuerza desde la sanción divina, y basta leer a los clásicos romanos para comprobar este hecho. El *De jure belli ac pacis* de Grocio admitía la ley eterna, a pesar de que el no siempre coherente discurso del holandés parte ocasionalmente desde el individuo aislado en el *status naturae* y no reconoce a veces más categoría jurídica básica que el pacto entre los hombres autónomos. Un buen conocedor de Grocio, Samuel Coccejus, activo a comienzos del siglo XVIII, reconocía que Grocio no había querido hacer una aplicación seria y consecuente del principio de la sociabilidad.⁷⁷⁹ López Hernández pone el dedo en el corazón del problema al indicar que

Grocio tuvo la fortuna, debido a la oportunidad histórica, de aparecer como el creador de un derecho natural independiente de la religión, basado únicamente en la *razón* y en la *naturaleza*. Para ello recurrió a las fuentes del derecho natural antiguo (sobre todos a los estoicos), y a las aportaciones de autores modernos, como Vázquez de Menchaca y a los escolásticos españoles, a los que, por su religión y nacionalidad, no se les había permitido jugar este papel conciliador.⁷⁸⁰

Era precisa una obra más radical que marcara la frontera entre la jurisprudencia que reconocía la realidad y la analizaba concediéndole fuerza normativa (una consecuencia del carácter creado), y una teoría nueva sobre el derecho que situara al individuo humano exclusivamente sobre sí mismo, al margen del dato teológico: esta obra fue el *De jure naturae et gentium* de Samuel Pufendorf, que apareció en 1659.

⁷⁷⁹ “Dubium movet, quod Grotius per totum opus paucissimas quaestiones ex principio societatis solvat... Cum enim fuerit Vir vere eruditus neque probabile videatur, illum eorum, quae in Prolegomenis summo imperio et summa necessitate praemisisset, adeo immemorem fuisse, et, quod fundamenti loco toti operi... substraverat, ejus tam raram vel nullam plane mentionem fecisse”. *Dubia Juris Naturae*, Hallae, 1729, cap. 6, §. 38.

⁷⁸⁰ *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 253.

Como juicio de conjunto sobre Grocio es válida la observación de Herzada:

Este libro [se refiere al *De jure belli ac pacis*] no es, propiamente hablando, un tratado de derecho natural, sino un tratado de derecho sobre lo que hoy llamaríamos relaciones internacionales, aunque abarca también otros temas... Grocio, al tratar los distintos temas que jalonan su libro, trata indistintamente normas de derecho natural, de derecho divino positivo y normas consuetudinarias del derecho de gentes; su libro no es, pues, un tratado de derecho natural (el primer tratado sistemático de derecho natural fue obra de Pufendorf), sino un libro que se inscribe metodológicamente dentro de las obras de derecho realizadas según el método propio del Humanismo jurídico.⁷⁸¹

II. EL MARCO GENERAL

Los juristas del derecho común hicieron un esfuerzo más o menos colectivo, entre 1550 y 1650, para adecuar lo que ya entonces comenzaba a llamarse la disciplina del *ius naturae* a las demandas intelectuales y humanas de la época. Por una parte, los juristas seculares que no fueron teólogos, tales como Joaquín Hopper, Juan y Alberto Bolognnetus, François Conan, Gregorio Tholosanus o Hugo de Roy, publicaron libros en los que trataban temas propios de lo que hoy llamamos filosofía del derecho. Por otra parte, hay que tener en cuenta las aportaciones de los teólogos españoles que integran la llamada Segunda Escolástica. Estos juristas y teólogos adoptaron una actitud que podríamos llamar, imprecisamente, aristotélica; esto es, no practican la filosofía del ‘como si’ (*als ob*), no son constructivistas, por usar expresiones contemporáneas. Parten del hombre y de las relaciones humanas tal como se presentan en la realidad social, de acuerdo con las interpretaciones de cada uno. Sobre todo, y muy especialmente, no están dominados por el afán de originalidad que reclamaba la mentalidad renacentista. Aunque los últimos escolásticos, los jesuitas, sí propusieron tesis sobre la noción misma del derecho bastante nuevas, y más acordes con los tiempos que corrían.

La literatura de la época muestra que más o menos hasta mediados del siglo XVII la pugna entre católicos y protestantes no se desarrolló en el terreno teológico. Max Wundt mantiene, incluso, que la filosofía que sostuvo los argumentos teológicos de los protestantes fue la de los escolásticos católicos. Esto implica, entre otras cosas, que ambos bandos, fuera de las diferencias estrictamente religiosas, tuvieron durante más de un siglo una cultura

⁷⁸¹ *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 262.

básica común. Por este motivo, un católico podía leer a Oldendorp o Conring, por ejemplo, una vez que el censor local hubiera hecho ilegibles las líneas de sus libros que contuvieran alguna heterodoxia teológica. Y consta, como contrapartida, que los protestantes leían a los juristas católicos, como se muestra en las obras de muchos juristas y, por citar un ejemplo especialmente conocido, en las notas y citas del *De jure belli ac pacis* de Grocio.

El tono de Pufendorf abrió la caja de los truenos. Hobbes llamó *Kingdom of darkness* a la cultura aristotélica, pero Pufendorf llamó *Regnum Tenebrarum* a la Iglesia católica, y desde finales del siglo XVII el nuevo *jus naturale* fue unido de hecho a las confesiones protestantes, y a insultos y calumnias contra la cultura existente. El único católico relevante que colaboró en el movimiento jusnaturalista fue el algo bobalicón Barón von Ickstatt, entre medio centenar de autores jusnaturalistas importantes que podríamos contabilizar entre 1670 y 1770. La campaña de desprestigio fue llevada eficazmente a cabo fundamentalmente por dos *Historias del derecho natural*, una de Thomasius y la otra de Budde. Christian Thomasius, el discípulo más inmediato de Pufendorf, explicaba que el Papado católico, a partir de la muerte de Cristo, había hecho todo lo posible para aniquilar la *recta ratio* entre los cristianos, a fin de hacer posible el predominio del clero.⁷⁸² Los Padres de la Iglesia, explicaba Fredersdorff aún en 1790, entendieron que era preciso rechazar la filosofía pagana, y tomaron como guía de la doctrina ética solamente a la Revelación, con la que se acumuló error tras error, ya que cada Padre —continúa Fredersdorff— entendió la Revelación a su manera; al final solo quedó un caos.⁷⁸³ En realidad, explica Barbeyrac, los Padres fueron unos completos ignorantes.⁷⁸⁴ Según Thomasius, el Papado puso un empeño especial en corromper el derecho natural a fin de que los laicos, privados de criterios propios a causa de la ignorancia que fomentaba el clero, tuvieran que seguir

⁷⁸² *La modernidad jurídica y los católicos, cit.*, p. 386.

⁷⁸³ “Endlich hat die Erscheinung der Lehre Christi eine merkwürdige Epoche gemacht. Jene philosophischen Sekten (se refiere a los filósofos griegos) hatten die Lehren von Recht und Unrecht auf die Vernunft gebaut. Die ersten Kirchenlehrer aber hatten den unseligen Gedanken, daß sie die Vernunft gar nicht wollten gelten lassen, sondern die Offenbarung sollte allein die Richtschnur des menschlichen Thuns und Lassens seyn. Hieraus entstand Verirrung über Verirrung. Denn ein jeder deutete die Lehren der Offenbarung nach seinem Wahn; jeder setzte Lehren fest, und alles was auch noch so vernünftig war, aber mit jener angenommenen Menschenlehren und Erklärungen nicht paßte, würde verworfen. Man mischte Recht der Natur, Moral, Religion unter einander und so entstand ein Chaos. Der einer widersprach dem andern und der Streite war kein Ende”. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gesellschaften, Gesetzgebung und des Völkerrechts angewandt*, Braunschweig, Vorbericht, 1790, p. IV.

⁷⁸⁴ *La Modernidad jurídica y los católicos, cit.*, p. 387.

ciegamente a los clérigos.⁷⁸⁵ Van der Muelen, en el tratado más extenso y prolijo que produjo la *Juris naturalis disciplina*, abundaba en esta idea: el clero se reservó, en su propio provecho, la llave de la cultura.⁷⁸⁶ Tanto Thomasius como Hollmann indican que el Papa de Roma fomentó el estudio de la filosofía de Aristóteles, porque la filosofía aristotélica, explicaba Thomasius, era especialmente útil para fomentar la autoridad del clero.⁷⁸⁷ Hollmann entendía que los cristianos, hasta el siglo XVII, habían pasado por el filtro de la filosofía de Aristóteles a los Padres de la Iglesia y a las Sagradas Escrituras, de la que había resultado, finalmente, una filosofía y una teología confusísimas. Era más aberrante el hecho de que hubieran concedido más autoridad a Aristóteles que a la Revelación; en consecuencia, los protestantes estaban y habían de estar contra la filosofía aristotélica.⁷⁸⁸

El clero se sirvió de los libros, esto es, de la imposición de determinados libros de texto, para mantener la ignorancia de los laicos.⁷⁸⁹ Sharrock, desde Oxford, entendía que, por estas causas, es preciso rechazar toda la

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 388.

⁷⁸⁶ “Scholastici dicebantur, qui Grammaticae et Rethoricae dabant opera et studebant, ita nominati, quia in schola privatim semper docebant, non publice, ne plebs unquam de ea scire, et hac ratione Theologiae incapax redderetur. Volebant enim clavem scientiae penes se solos servari”. *Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libri tres cum Commentariis Guglielmi van der Muelen*, Ultrajecti, 1703, último volumen, p. 69.

⁷⁸⁷ *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 389.

⁷⁸⁸ “Tanta enim iisdem doctrinae moralis Aristotelicae, postquam in manus ipsorum inciderat, fieri placita coeperunt, ut dictis assertisque patrum primitivae ecclesiae, decretisque conciliorum, Pontificum Romanorum, non solum, sed ipsis etiam Scripturae S. Oraculis, eadem equipararent, indaque tandem confusissimum illud theologiae, et philosophiae, scholasticae corpus emergeret. Tanta apud hos homines Aristotelis auctoritatem fuisse, ut, ablegato evangelio, ejusdem ethica pro concione enarrarent, testem auritum so profiteretur Philippus Melanchton, in Apologia A.C. Confusiones istius specimina videre iam licet in Thomae Aquinatis Summa theolog. inprimis parte I et II secundae”. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*, Gottingae, 1751, p. 23.

⁷⁸⁹ Así, Thomasius mantenía que “Neque tamen illa observatio de statu primaevo Professorum in studiis universalibus (unde Universitatum postea nomen ortum fuit), à scopo nostro aliena erit. Monachi qui juventutem informari in studiis debebant, ut modo dictum, maxima ignorantia laborabant ipsi, atque adeo non erant capaces, ut lumine naturali intellectus humani ipsimet ratio debito modo uti possent. Igitur opus erat, ut illis, qui aliorum intellectum dirigere atque in activitatem transferre deberent, certi quidam libri, instar sustentaculorum in manus darentur, ut ipsorum intellectus pedententim ope illorum progressi paulatim asuefieret. Luberat etiam arcanum politicum clericale: Metuebat enim, si primis professoribus libertatem reliquissent, tum in disciplinis, quas profitebantur intellectu suo pro lubito uti potuissent, en ipsimet mysteria clericalis et papalis potestatis et auctoritate pseudo divina introspecerent, atque arcana illa laicis propalarent”. *Paulo plenior historiae Juris naturalis*, Hallae Magdeburgicae, 1719, p. 45. Entre otras cosas, Thomasius muestra desconocer el origen del término *Universitas*, que no proviene desde la amplitud de los saberes, sino desde la concesión,

filosofía anterior,⁷⁹⁰ que, según Müldener, solo había producido en el marco de una ignorancia y de un barbarismo afectados, sutilidades inanes semejantes a telas de araña.⁷⁹¹ Por ello, si leemos a Alberto Magno, Tomás de Aquino, Scoto, Vitoria, Soto, etcétera, no encontraremos en ellos nada útil, que proceda de una razón sana: estos hombres solo se guiaron por autoridades, sutilidades, inanidades.⁷⁹² La segunda escolástica española del siglo XVI fue algo radicalmente nocivo, y, en este sentido, Thomasius cita la obra de Adam Tribechovius, *De Doctoribus Scholasticibus et corrupta per eos divinarum humanarumque rerum scientia*, publicada en Giessen en 1665, a la que toma por guía. Budde, en su influyente tratado sobre la historia del derecho natural, abunda en esta tesis: los escolásticos convirtieron a la filosofía en un arte de altercar, incluso sobre temas de ninguna importancia; fueron como alquimistas, pero al revés: en lugar de convertir en oro la ciencia, la convirtieron en basura; leyendo aquellos volúmenes tan increíblemente extensos, llenos de estupideces, es preciso concluir que aquellos hombres estaban locos.⁷⁹³ Pura sutilidad como telas de araña, repite Gundling.⁷⁹⁴ Roesler concluye

ad modum privilegii, de territorio, derecho, policía, etcétera, propios a un grupo de extraños en la ciudad, fuera de comerciantes o de estudiantes.

⁷⁹⁰ “Utile igitur Studium videbatur, dogmata, sententias, praecepta, et quaecumque naufragae ab antiquo naturae fragmenta quantocumque operis impendio colligere. Ea autem a communi caeterae materiae chao decerpere, operae pretium non duxi, quae propter vocum generalitatem, aut abstrusiorum quomodocumque sensum, clara in se et distincta non erat, aut facilitatem, et certitudinem sensus non continebat. Exempli causa, cum prima hujus praecepta haec vulgo audiant, et apud Imperatorem in institutis insigniantur, honeste scilicet vivere: Alterum non laedere, suum cuique tribuendi... quod quid sit honeste vivere, et quid apud quemque suum sit, difficilimum, imo ante Hypothesin de jure naturae confectam, impossibile censueram cuiquam explicare”. *De Officiis secundum Naturae Jus*, Oxoniae, 1660, Praefatio ad lectorem.

⁷⁹¹ “Magno insuper conatu magnas nugae agebant Doctorum Scholasticorum plurimi, spisaque sua Volumina, pauco vel nullo sale referta orbi, tunc quidem parum eruditio, obstrudebant, in quibus frivolum quaestionum artifices aranearum, telas, subtiles quidem, sed inanes ac inutiles, operose contexebant, ac ita ruditatem seculi barbaro sermone et ignorantia affectata non leviter augebant”. *Positiones inaugurales, in quibus Juris Naturae definitio et fundamentum*, Hallae Magdeburgicae, 1698, *positio* I, § 1.

⁷⁹² Esto lo explicaba, entre otros, Thomasius. Para conocer el problema más en su conjunto, véase mi estudio, *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 394.

⁷⁹³ Juan Francisco Budde escribía que “Tanta autem severitate in hisce naeviis vanissimisque commentis versantur, ut iurares, homines tum maxime insanire, cum se ratione quam pulcherrime uti sibi utentur”. *Selectas Juris naturae et gentium*, Halae Saxonum, 1704, p. 325.

⁷⁹⁴ “Ihre Schriften sind subtil, aber man kann sie nicht recht brauchen. Sie sind gleich einer Spinnenwebe, und allzuspitzen Holze, welches abbricht, wenn man es wo einschlagen will”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffs zwey Bücher De Officio hominis et civis*, cit., discurso preliminar, p. 9. La mezcla de idioma latín y alemán es típica de Gundling, que quería seguir en la filosofía el pretendido ‘estilo sencillo’ que propuso Thomasius.

que los doctores escolásticos solo proporcionan explicaciones falsas y turbulentas perniciosas.⁷⁹⁵ Es comprensible, en este contexto, el juicio de conjunto que lanza Thomasius: hasta ahora no se ha hecho nada sobre prudencia legislativa, ya que estos filósofos y teólogos —él alude a todos los autores desde el siglo V antes de Cristo al siglo XVI— no han propuesto ningún criterio para discernir lo justo de lo injusto.⁷⁹⁶ Dado que la luz de la inteligencia se ha manifestado por primera vez en la historia con Hugo Grocio,⁷⁹⁷ Ludovici concluye que sería ridículo leer a los autores anteriores a la obra del holandés.⁷⁹⁸ Éste fue el marco en el que se desarrolló la doctrina moderna del *jus naturale et gentium*. Desde un entramado de insultos que hoy pueden parecer pueriles, pero que resultaron eficaces en su momento, los doctores del nuevo derecho natural no consultaron un libro anterior a Grocio. Su ignorancia de la cultura europea anterior al siglo XVII fue, en consecuencia, fuerte. Ellos se conocen y se citan entre sí, unas veces amistosamente, otras no tanto. En cualquier caso, cuando se refieren a un autor católico, sea un Padre de la Iglesia del siglo II o un jurista del siglo XIV o XVI, se sienten en la obligación de descalificarlo mediante algún insulto.⁷⁹⁹

Los católicos no supieron reaccionar ante este coro. “Ex hoc Catholicorum silentio”, escribía Juan Francisco Finetti en 1777.⁸⁰⁰ Ellos escucharon, sin la respuesta adecuada, la campaña de desprestigio. Hasta mediados del

⁷⁹⁵ “Doctores Scholastici et Academici falsa, pernicioza, turbulenta, inutilia dogmata ne proponant”. *Institutiones Jurisprudentiae naturalis*, Tubingae, 1756, liber II, cap. XVIII, § 9.

⁷⁹⁶ *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 391.

⁷⁹⁷ Sobre la trascendencia de Grocio, véase, entre otros muchos, a Pufendorf, *Eris scandica. Qua adversus libros de jure naturali et gentium obiecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686, p. 200, y Obrecht, Ulrichus, “Dissertatio de Juris prudentia”, *Academica in usum Volumen collecta*, Argentorati, 1704, cap. II, § 2; Reinhard, Michael Heinrich, *Dissertatio philosophica de jure positivo universalis*, Vitembergae, 1729, § 2; Thomasius, Christian, *Philosophiam Juris ostensam in doctrina de obligationibus et actionibus*, Lipsiae, 1734. Thomasius parte, en cualquier lugar de esta obra, desde Grocio, en tanto que padre o creador de la jurisprudencia. Struve, B. G., *Bibliotheca Juris selecta*, Jenae, 1743, cap. VII, § 12; Gottlieb Heineccius, Johann, *Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libros tres*, Roboretii, 1746, p. 32.

⁷⁹⁸ *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 399.

⁷⁹⁹ Hermann Conring, jurista protestante conocido que siguió la tradición romanista, en el siglo XVII escribía que Joaquín Hopper había sido el primer filósofo del derecho que había existido, y no solo le alabó largamente, sino que él mismo reeditó el *Seduardus* de Hopper. Véase la obra de Conring *Dissertatio epistolica de varia et vera maxime Jurisprudentia*, Helmstadii, 1663, p. 146. Como era inadmisibile que un escritor católico hubiera podido escribir algo sensato, Thomasius escribió que “No se podía leer este libro de Hopper, recomendado por Conring, sino con la máxima aversión y náusea”. Véase el *Appendix II ad cap. ult.* § 14, *Mentio ibi facta est epistolarum Pufendorfii, Conringii et Boecleri*, en *Paulo plenior historiae...*, cit., p. 194.

⁸⁰⁰ *De principiis Juris naturae et gentium adversus Hobbesius, Pufendorfium, Thomasius, Wolfium et alios libri XII*, Venetiis, 1777, Praefatio, p. V. Quizá el estudio de Johann Andrea Gramlich, *De*

siglo XVIII, cuando aparecen las obras de Finetti, Cromaziano, Schwarz y Desing, no denunciaron la naturaleza y propósito de la mayoría de los autores de la *Juris naturalis disciplina*. El tema es, sin embargo, complejo, y, mejor que generalizar, será examinar las dos tendencias fundamentales que existieron dentro del *jus naturale et gentium*, la de Pufendorf y sus discípulos, y la de Grocio y los *grotiani*.

III. SAMUEL PUFENDORF (1632-1694)

El Barón de Pufendorf publicó el *De jure naturae et gentium libri octo* en 1759.⁸⁰¹ Esta obra no fue simplemente un hito doctrinal más, como si se limitara a depurar intelectualmente la doctrina de Hugo Grocio. Supuso una ruptura total con la cultura anterior, comenzando por su tono insultante: ya indiqué que designa a la Iglesia católica bajo la expresión de “Regnum tenebrarum”, siguiendo la expresión hobbesiana de *Kingdom of Darkness*. Pero Hobbes se refería, con esta expresión, a la cultura aristotélica. Pufendorf designaba de este modo, además, a toda la filosofía y ciencia del derecho realizada bajo las épocas de prevalencia católica: los Padres de la Iglesia, Isidoro de Sevilla, la escolástica bajomedieval y del siglo XVI, el derecho común. Solo cita, de entre estos siglos, a Fernando Vázquez de Menchaca y François Conan entre los juristas (al resto los ignora o los insulta). Insulta concienzudamente a los teólogos escolásticos.

Ciertamente, Pufendorf tuvo difíciles las cosas, pero él contribuyó eficazmente a ponerlas aún más enconadas. Crearon para él la primera cátedra de derecho natural que ha existido en la Universidad de Heidelberg, que era católica, pero el talante personal de que dio muestras hizo que su vida académica fuera una continua polémica. Fue un autor grosero, y es rara la página de alguna de sus obras que no contiene algún insulto, *stupidus* el más frecuente. Normalmente acusa a sus adversarios de oponerse a él por envidia: debía tener buena opinión de sí mismo, ya que se consideraba el fundador de la ciencia del derecho natural.⁸⁰² Fue desinhibido, como observamos por los ejemplos que ocasionalmente proporciona, en los que recurre

lege divinarum et positivarum... contra Thomasiuum et Buddeum, Lipsiae et Frankfurt, 1716, constituyó una primera réplica al jusnaturalismo; pero no he tenido acceso a este libro.

⁸⁰¹ *De jure naturae et gentium libri octo*, edición de Frankfurt y Leipzig de 1759; *reprint* de la editorial Minerva (Frankfurt/M) de 1967.

⁸⁰² “Me disciplinam Juris naturalis instituisse tractare universaliter, seu ita ut ea foret ad captum omnium hominum et nationum. (Quia de causa etiam quam juvenilibus auris delineabam libellum huius disciplinae continentem), *Elementorum Jurisprudentiae Universalis inscripseram*”. *Eris scandica...*, cit., p. 217.

a la figura del marido cornudo para explicar, por ejemplo, las limitaciones de la representación personal. En su línea paradójica, hizo alarde de una fuerte formación humanista clásica, del tipo de la de Vázquez de Menchaca, Hugo Grocio, o de los juristas humanistas del siglo anterior. Sus grandes autoridades fueron Thomas Hobbes (buena parte de su obra es un diálogo con el inglés) y Michel de Montaigne. De acuerdo con su personalidad, trató de dominar los ámbitos universitarios en los que trabajaba, y sus enemigos (siempre protestantes: Alberti, Velthem, Gesenius, Zentgrav, Beckmann y otros)⁸⁰³ le achacaron comportarse con sus disidentes como la Inquisición española actuaba con sus enemigos.

Pufendorf erigió a la libertad del individuo (tras los pasos de Fernando Vázquez de Menchaca, entre los juristas, y de Molina y Suárez, entre los teólogos) en el elemento sistemático de su teoría del derecho natural. Entiende que él es el primero que ha tratado de forma completa el derecho natural. Tras algunas obras de juventud, publicó hacia 1675 el *De jure naturae et gentium*, una obra que traducida al inglés, alemán, francés e italiano, y algo más tarde el *De officio hominis et civis*. Esta segunda obra fue vista como una edición resumida del extenso *De jure naturae*, pero no es exactamente así. El *De officio* alcanzó pronto catorce ediciones, editada en varios idiomas. El 1686, el Káiser Federico Guillermo solicitó su asistencia como consejero privado, y en 1694 la corte de Estocolmo le otorgó el título de Barón. Murió en Berlín el 25 de octubre de ese mismo año.

No es fácil hablar desapasionadamente sobre Pufendorf. Él trasplantó a la teoría jurídica la guerra de religiones, y su radicalismo ocasional, así como el tono grosero que suele emplear en las argumentaciones, hicieron de su figura una piedra de escándalo.

1. *Cómo conciliar una tradición inconciliable*

No mostró sin más sus novedades: es un autor que muestra y oculta,⁸⁰⁴ porque desarrolló paralelamente dos líneas argumentativas en sus obras más importantes, el *De jure naturae et gentium libri VIII* y el *De Officio hominis et civis*. Su actitud vino dictada por las explicaciones de Molina y Suárez. Estos jesuitas habían intentado conciliar en sus doctrinas dos argumenta-

⁸⁰³ Tuvo pocos roces con los católicos, al menos comparativamente con sus hermanos en religión. Solamente se queja de cómo los jesuitas retiraron de las librerías de Viena sus ejemplares del *De jure naturae et gentium* sin dar más explicaciones. Véase *Eris Scandica...*, cit., "Controversiarum circa Jus naturale ipsi nuper motarum", p. 208.

⁸⁰⁴ Este hecho ha llevado a que diversos autores lo consideren un ecléctico. Véase Dufour, A., *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, París, PUF, 1991, p. 73.

ciones distintas —cuando no opuestas— sobre la ley natural. Porque de un lado presentaron a esta ley como el conjunto de las esencias racionales desde las que nacen derechos de libertad para los seres humanos: la propiedad privada constituiría una esencia racional (momento de la objetividad), y el dueño de una cosa puede usarla o consumirla con total libertad (momento de la subjetividad libre). Ya indiqué que estos escolásticos solamente tuvieron ante su vista esencias inmutables desde las que nacen derechos para sus titulares: pero no aludieron a que desde este tipo de realidades surgen igualmente deberes para todos; porque si el dueño de una cosa puede consumirla, esa misma persona debe respetar las propiedades ajenas; ellos solamente aludieron a los derechos subjetivos, libres e inmotivados, y no mencionaron los deberes que brotan desde las ‘cosas’ así entendidas. Era una explicación que cojeaba.

Por otra parte, aquellos autores se refirieron, de hecho y al mismo tiempo, a una libertad originaria de los hombres, concedida por la *lex naturalis permissiva*, que determinaba que todo ser humano fuera titular de un derecho en general a la libertad sobre su cuerpo, persona y actos. Suárez caracterizó a este sector de la libertad individual como una *quasi qualitas moralis*. Pero notemos que las libertades de las personas entendidas de este último modo no se relacionan con las libertades que surgen para cada sujeto desde las naturalezas objetivamente racionales de las cosas, como es el derecho del dueño a beber su bebida. Es más, parece percibirse una cierta oposición entre una y otra noción de los derechos naturales de libertad, porque los que surgen desde las naturalezas de las cosas suponen un estilo metafísico (platonizante) de pensar, mientras que esta segunda libertad individual, que es una ‘casi cualidad moral’, es una realidad inmotivada, que existe al margen de cualquier esencia objetiva. En esta segunda acepción de la libertad, Molina y Suárez enlazaron con Scoto, Ockham o Gerson, y de haber sido más coherentes (como lo fueron Ockham o Gerson), debieran haber rechazado la teorías de las esencias racionales objetivas. Pero estos jesuitas intentaron acoger ambas explicaciones juntamente, sin querer reparar en que las actitudes vitales —más allá de las ideas intelectuales— que subyacen a ambos modos de pensar la libertad humana son inconciliables.

Durante medio siglo (1610-1670) las universidades europeas enseñaron estas teorías, insistiendo normalmente en las explicaciones sobre las naturalezas racionales inmutables. Pero los dos fermentos de vida antitéticos que vivían en ellas acabaron manifestándose —de forma poco clara— en la obra de Samuel Pufendorf.

2. Los ‘entes morales’: nominalismo y derecho

Es preciso no dejarse dominar por la capacidad persuasiva de este alemán, que oculta tanto como enseña. Porque una vez que ha establecido que la sociabilidad es el principio supremo del derecho natural, y que esta sociabilidad nos la ha infundido contingentemente Dios a los hombres, mantiene una noción de ley o derecho natural que poco se diferencia de la tradición estoica-cristiana: “Bastantes convienen en que el derecho natural fluye desde la misma razón del hombre, de la cual surgen un dictamen recto... y así dicen las Sagradas Escrituras que la ley natural habla porque está inscrita en el corazón de los hombres”.⁸⁰⁵ Por eso entendemos —prosigue Pufendorf— que la ley natural es congénita a los hombres desde su nacimiento, y que los principios generales están como impresos, al modo de distinciones y proposiciones actuales [de vigencia actual], de forma que el hombre puede conocerlos sin ulterior información o mediación.⁸⁰⁶ Más adelante reafirma esta última idea cuando indica que “Es evidente que estos principios no sólo han de ser necesarios y verdaderos, sino también propios y como domésticos de esta disciplina, de modo que el ánimo, a causa de su certeza, los admita plácidamente sin más pruebas”.⁸⁰⁷ Expresándose así parece que estamos otra vez ante los *Prima principia communia et indemonstrabilia* de la ciencia jurídica anterior, esos *principia* que se conocían ‘sin necesidad de raciocinio’. Anteriormente ha establecido la doctrina más o menos oficial acerca de los *entia moralia*, con la que Welzel entiende que Pufendorf intenta oponerse al mecanicismo social de Hobbes. En efecto, al comienzo de este tratado ha dejado establecido que tales ‘entes’ son los mandatos que Dios ha dirigido a los hombres para que estos compongan su vida de forma ordenada y honesta y se diferencien así de los animales.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵ “In eo plerique conveniunt, *jus naturale* ex ipsa hominis ratione eruendum, idemque adeo ex istius recte habendi dictamine profluere... quo nomine etiam sacra Literae eandem cordibus hominum inscriptam pronuntiant”. *De jure naturae...*, cit., l. II, cap. III, § 13, p. 196.

⁸⁰⁶ “Quam ad rem tamen vix necessarium arbitramur praefecte contendere, animis hominum ab ipsa nativitate congenita, et velut impressa esse Juris naturalis saltem generalia praecepta, ad modum distinctarum, et actualium propositionum, quae statim atque usus sermonis accesserit, citra ulteriorem informationem aut mediationem ab homini possit exprimi”. *Idem*.

⁸⁰⁷ “Sed et indolem demonstrationum intelligentibus facile patet, principia non solum necessario vera, et prima esse, debere, sed etiam propria, et velut domestica huic disciplina, de qua inquiritur, et ita perspicue, ut animus, percepta ex illis assertionis causa, placide adquiescat, nec ulterioribus probationibus immineat”. *Ibidem*, p. 199.

⁸⁰⁸ “Nobis illud iam est dispiciendum, quomodo ad dirigendos voluntatis potissimum actus certum attributi genus rebus et motibus [hominum] naturalibus sit superimpositum, ex quo peculiaris quaedam convenientia in actionibus humanis resultant, et insignis quidem decor atque ordo vitam hominum exorneret. Et ista attributa vocantur Entia moralia, quod

En esta primera versión de los *entia moralia* Pufendorf insiste en desvincularlos de la realidad ontológica humana. Por ello, recaba que no son ‘sustancias’, sino modos o *modi* que no provienen de los principios intrínsecos de las sustancias de las cosas, según su terminología; que son realidades ya existentes que se ‘sobreañaden’ al arbitrio de los seres inteligentes por obra de una voluntad superior.⁸⁰⁹ Está algo preocupado porque es consciente, o así lo parece, de que corta definitivamente con la jurisprudencia de los juristas. Esta jurisprudencia partía desde la consideración de la justicia como un *medium rei*. A Pufendorf le sobra la palabra ‘*rei*’, que indica que la justicia o la ciencia jurídica es también cuestión de las cosas, no solamente personal; y precisamente él quiere establecer claramente que la justicia es cuestión estrictamente de las personas, ya que estamos ante cualidades morales de las personas y no ante la consideración y medición de lo que reclaman las cosas. Por esta razón escribe que el derecho no se ocupa de las cosas: “No tenemos en cuenta las cosas, en cuanto son objeto del derecho, porque no son entes morales”.⁸¹⁰ El derecho se compone, pues, de cualidades morales que son propias de las ‘personas’. Las personas quedan aisladas unas de otras, cada cual con sus dominios propios.⁸¹¹

A. La voluntad de Dios y la sociabilidad humana como las instancias creadoras de la ley natural

Por un lado mantuvo una noción de la ley natural que la presentaba como una ley divina que muestra mandatos de Dios a los hombres. Francisco

ad ista exiguntur, et iisdem temperantur modo actionesque hominum, quo diversum ab horrida brutorum simplicitate habitum faciemque induant”. *Ibidem*, l. I, cap. I, § 2, p. 5

⁸⁰⁹ “Exinde commodissime videtur entia moralia posse definire, quod sint modi quidem; rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum... Porro uti modus originarius producendi entia physica est creatis; ita modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possis exprimere, quam per vocabulum impositionis. Scilicet quia illa non ex principiis intrinsicis substantiae rerum proveniunt, sed rebus iam existentibus et physice perfectis, eorundem effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, absque unice per eorundem determinationum existentiam nanciscuntur”. *Ibidem*, l. I, cap. I, §§ 3 y 4, pp. 5 y 6 de esta edición.

⁸¹⁰ “Res, quatenus sub objectum Juris, in censum entium moralium proprie referemus, opus non videtur “. *Ibidem*, l. I, cap. I, § 16, p. 16.

⁸¹¹ Beuchot nota que Tomás de Aquino se ocupaba del ‘título jurídico’ por el que alguien tenía un derecho, aunque llamándolo dignidad o causa, con lo que resaltaba el hacer algo a través de los otros. En cambio, con este nominalismo, los derechos aparecen más bien como facultades para hacer por uno mismo. Véase *Derechos humanos. Juspositivismo y jusnaturalismo*, México, UNAM, 1995, pp. 27 y 28.

Suárez había mantenido algo externamente parecido, ya que entendió que el derecho natural se componía de los contenidos racionales existentes en la mente de Dios; la objetividad de estas ideas racionales vinculaba también a Dios, pues Dios no puede mandar el matrimonio y al mismo tiempo permitir los adulterios. Suárez matizaba a Gabriel Vázquez y Luis de Molina, que habían sostenido que esta racionalidad objetiva ‘es así’, sin más, de forma que desde su existencia incondicional se sigue su imposición, su deber-ser o su *ratio debili*, al margen de cualquier voluntad, también al margen de la voluntad de Dios. Suárez no siguió esta última solución, y volvió a la antigua distinción escolástica que distinguía dos vertientes de la misma ley natural: la *lex indicans* y la *lex imperans*: la ley tiene fuerza de ley porque está ordenada o mandada por Dios.

Pufendorf retuvo únicamente la noción de la *lex imperans*: la ley natural *debe* ser obedecida porque está dictada por Dios. Pero negó la *lex indicans*, porque mantuvo que no existe tal racionalidad objetiva ni en la mente divina ni en la mente humana: solamente permanecen los mandatos de Dios a los hombres.

De todos modos, esta explicación primera de la ley natural (que prácticamente es la única conocida por los historiadores) parece seguir los carriles del aristotelismo, porque lo cierto es que conocemos claramente los mandatos de Dios que se expresan en el Decálogo. Él no se detiene en los mandamientos expresamente revelados, sino que establece una doctrina más amplia, que se basa en la necesidad de fomentar la sociabilidad del ser humano. Considera —de acuerdo con la tradición— que el hombre es un ser débil que necesita de los demás para desarrollar la mayoría de los fines de su vida, de forma que el *principium* del derecho natural es el fomento de la sociabilidad, la *sociabilitas*.⁸¹² Pretende exponer un extenso código de leyes naturales deducidas desde este principio primero. El hombre sería un ser sociable que dispone, además, para regir su vida, de los mandamientos de Dios.

Del mismo modo que Grocio, él erigió la exigencia de la sociabilidad en el *principium unicum et summum* del derecho natural, de modo que todas las conductas que favorecieran la sociabilidad humana constituirían derecho natural, y las que no, serían opuestas a este derecho.

⁸¹² “Necessarium est, ut sit sociabile, id est, ut coniungi cum sui similibus velit, et adversos illos ita se gerat, ut isti causam accipient eum laedendi, sed potius rationem habeant eiusdem commoda servandi, aut promovendi... Inde fundamentale lex naturae isthaec erit: *Cuiuslibet homini, quantum in se, colendam et conservandam esse pacificam adversus alios socialitatem, indoli et scopo generis humanis in universum congruentem*”. *De iure naturae...*, cit., l. II, cap. III, § 15.

Pero Grocio había mantenido la existencia de la ley eterna, que es la razón misma de Dios, y la existencia de un orden objetivo racional, al modo de Vázquez, Molina y Suárez, a los que él cita tan frecuentemente. Si Pufendorf no puede recurrir ni a la ley eterna ni al orden racional inmutable, ¿cómo proceder en sus argumentaciones? Es consciente del cambio que está introduciendo en el pensamiento de los escolásticos españoles: un tema grave, porque todo el siglo XVII estudiaba a Molina y Suárez. Podría haberse remitido a Scoto, Ockham, Gerson, Biel, etcétera para aclarar su actitud mostrando sus bases intelectuales reales, pero de hecho le estaba prohibido mencionar a los escolásticos. Se vio forzado a seguir el pensamiento suareziano, pero negándolo en puntos importantes, con lo que su época se encontró algo desorientada.

B. *La negación del medium rei*

¿Cómo explicar el fundamento último del derecho, en aquella época, manteniendo un voluntarismo a ultranza? Los nominales se habían podido permitir ser voluntaristas porque afirmaban la “Primera justicia de Dios” desde la que nacen para los hombres derechos, facultades libertades o dominios. Pero Pufendorf, activo en un ambiente bastante secularizado, no podía remitirse a un *depósito* de normas justas o santas, como era la “Primera justicia divina”. Solamente tenía a mano remitirse inmatizadamente a la ‘voluntad de Dios’, pues Él dictó con su voluntad el Decálogo, y Él creó al hombre libremente, y lo hizo tal como es, dependiente de los demás y necesitado del fomento de la sociabilidad.

Existe un segundo momento del voluntarismo, que es el *nominalismo*, al que estas actitudes suelen llevar: no es lícito confundir el voluntarismo de Dios con el nominalismo humano, pero son actitudes muy próximas. Frente a estos nominalismos fáciles, Tomás de Aquino mantuvo el criterio del *medium rei*, porque es evidente, y no necesitado de más pruebas, que el profesor debe explicar con claridad y el conductor ha de conducir con prudencia: luego la claridad y la prudencia se deducen desde las ‘cosas mismas’ de la docencia y de la conducción. Pero como Pufendorf quiere deshacer cualquier posibilidad de la ontología en el derecho, se ve forzado a negar este tipo de conocimiento del ‘justo medio’ jurídico. ¿Por qué quiso negar las virtualidades de la ontología? La única respuesta es que desde el siglo XVII a hoy, todos los no creyentes han negado la posibilidad de los conocimientos metafísicos y ontológicos. Es cierto que también Scoto y Suárez se opusieron al *medium rei*, pero lo podían hacer porque disponían de otros puntos de

referencia para la valoración de las acciones; pero Pufendorf, una vez que hubo negado el *noúmeno* de los jesuitas, se había quedado sin reservas para las valoraciones, excepto su remisión genérica a la ‘voluntad de Dios’.⁸¹³

¿Cómo se puede negar el *medium rei*? Si el profesor examina su vida, le resulta de la máxima evidencia que como profesor debe explicar con la claridad adecuada, y que como conductor ha de respetar las reglas de la conducción: es un criterio que no puede negar sin contradecirse él a sí mismo en su vida cotidiana. Seguramente Samuel Pufendorf tendría la misma vivencia, y lo que le preocupaba era encontrar un cauce retórico por el que abordar el problema de esta negación. La expresión ‘medio de la cosa’ designa de algún modo un objeto ‘físico’, como es esa cosa mencionada. El profesor sabe que su docencia no es exactamente un objeto físico, como sí lo son sus lápices, pero a Pufendorf le interesa ahora llevar la discusión a su terreno; es decir, al de los cuerpos físicos, de modo que el medio aludido sea vinculado a la noción de un cuerpo medible en número y figura.

El tema le era difícil, y el lector debe renunciar desde ahora a encontrar una explicación sencilla. En un primer momento —en el capítulo 1 del libro I— ya explica a sus lectores que la ‘cantidad moral’ (por seguir su modo de expresarse) no se calcula matemáticamente.⁸¹⁴ Es necesario recurrir a otras consideraciones, a “Otro género de cantidad que es distinto de la cantidad física o matemática”. Esta nueva forma de medir que él propone la llama “cantidad desde la imposición” (esto es, desde el mandato del superior),

⁸¹³ Si nos preguntamos sobre la función que jugaba la naturaleza en la fundamentación de estas reglas, la respuesta ha de ser necesariamente algo confusa. Pues, según Pufendorf, una es la estructura natural del hombre (un ser aislado, vanidoso, petulante, más bien egoísta), y otra es su estructura moral: la estructura moral no la obtienen los hombres desde la naturaleza, sino desde los mandatos de Dios (los *entia moralia*), que carecen de base metafísica o real porque solamente son eso: mandatos contingentes que Dios nos ha dado como podría habernos dado otros. La naturaleza como tal desaparece en la explicación de Pufendorf, aunque él se consideraba a sí mismo un ‘jurnaturalista’ porque el mandato supremo de Dios era el de fomentar la sociabilidad humana, y todas las conductas que fomentaran esta sociabilidad debían ser entendidas como ordenadas por el derecho o ley natural, y todas las que la menoscabaran, opuestas a tal derecho. En realidad, Pufendorf —cuando sigue esta línea moderada suya— no expone derecho natural, sino derecho ‘divino’. De hecho, su época —los siglos XVII y XVIII— se quedó colectivamente con la idea de que tanto Grocio como Pufendorf habían enseñado el principio de la sociabilidad, y por este motivo algunos autores alemanes de finales del siglo XVIII llamaban a estos dos autores los ‘socialistas’.

⁸¹⁴ “Jam pauca quoque subnectenda de modis aestimativis seu quantitativis moralibus. Adparet enim, in vita communi personas et res aestimari non tantum secundum extensionem substantiae physicae, aut quantitate motus, et quantitate physicarum, prout considerantur tanquam aliquid ex principiis naturalibus resultans”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. I, § 22, p. 21.

que surge por la determinación de la potencia racional.⁸¹⁵ Realmente, no ha explicado gran cosa, pero al menos no ha soslayado el tema de la medición según el *medium rei*, y ha declarado que es preciso seguir otro tipo de medida. Es algo más explícito cuando explica que la ‘cantidad moral’ posee una naturaleza distinta a la cantidad física, porque ésta es algo natural, y por ello es también inmutable y perpetua.⁸¹⁶ “Pero las cantidades morales provienen de la imposición y de la estimación de seres inteligentes y libres, cuyo juicio y *placitum* no cae bajo la medida física, sino que conciben y determinan la cantidad como cosa suya, de modo que no pueden ser revocados [sus juicios] por una medida similar,⁸¹⁷ sino que retienen esa como libertad y laxitud que poseían en su origen”.⁸¹⁸ Es preciso subrayar el arbitrio (*placitum*) de cada cual en la determinación de la cantidad de derecho, porque “Esta determinación tan precisa no proviene tanto de las mismas cosas o de las circunstancias del momento como de la imposición y del arbitrio de los hombres”.⁸¹⁹

El problema le preocupaba, ciertamente: debía ser consciente de que al insertarse en la tradición de Scoto, Gerson y —a su modo— de Suárez, estaba atacando la garganta de la *jurisprudencia* existente. Quizá por esta razón dedica todo el capítulo VIII del libro I del *De jure naturae et gentium* a tratar este tema, negando la posibilidad de una medición objetiva de la justicia. El argumento que está en la base de su argumentación es claro: la cantidad moral proviene exclusivamente de la coincidencia o congruencia de la conducta del hombre con lo dispuesto en la ley, porque no existe ninguna medida supralegal.⁸²⁰ De este modo, la actividad específicamente prudencial desaparece en Pufendorf. No existe cálculo de la medida desde eso mismo

⁸¹⁵ “Sed et secundum aliud quantitatis genus, et diversum a quantitate tam physica quam mathematica; quae quantitas ex impositione, et determinatione potentiae rationalis oritur”. *Idem*.

⁸¹⁶ “Cujus ratio dependet a diversa natura quantitatis physicae, et moralis... Ac sunt praeterea quantitates istae aliquid naturale, eoque inmotum et perpetuum”. *Ibidem*, l. I, cap. II, § 10, p. 35.

⁸¹⁷ Entiendo que quiere decir que la estimación que hace una persona sobre su vida no puede ser revocada por la estimación que haga otra persona: todos los arbitrios tienen el mismo valor.

⁸¹⁸ “Ast quantitates morales proveniunt ex impositione et aestimatione entium intelligentium et liberorum; quorum judicium atque placitum uti sub mensuram physicam non cadit; ita quod ista tanquam quantitatem sua impositione concipiunt atque determinant, ad similem mensuram revocare nequit, sed velut libertatem ac laxitatem suae originis retinet”. *Idem*.

⁸¹⁹ “Ista tamen tan praecisa determinatio non tam ex ipsis rebus, aut tempora momentis, quam ex impositione et placito hominum provenit”. *Ibidem*, p. 36.

⁸²⁰ “Cum ipsa bonitas in coincidentia seu congruentia cum lege consistat, cujus nulla esse mensura intelligitur...”. *Ibidem*, l. I, cap. VIII, § 1.

que es medido: solo hay normas o leyes, que él supone preexistentes siempre a la actuación concreta, y únicamente cabe preguntarse por la adecuación de nuestra conducta a esas normas. El peso de la argumentación jurídica (si es que ahora es posible seguir usando esta terminología) se desplaza simplemente al conocimiento de las leyes. “Es necesaria aquella acción que es obligatoria según la ley o el mandato del justo superior. En esto consiste la necesidad de las acciones morales”.⁸²¹ El único criterio de la bondad o maldad de los actos es la congruencia con la norma del superior: “Decimos que es moralmente buena la acción que es congruente con la ley; mala, la que discrepa de ella. Es decir, la razón formal de la bondad o maldad de las acciones consiste en el hábito o en la relación determinativa a la norma directiva que llamamos ley”.⁸²²

Puede mantener esta actitud tan voluntarista y legalista porque su nominalismo es fuerte (una influencia de Hobbes). Al parecer, no reconoce la existencia de las cosas: solo aprecia signos. Explica en este sentido que hay que proceder desde las cosas conocidas a las desconocidas, y desde lo que es congruente con la ley hasta lo que no parece congruente. Las nociones universales se forman desde las singulares, y así llegan a ser abstractas. De este modo obtenemos signos que nos permiten comunicarnos y comparar las medidas y los pesos morales.⁸²³ Obviamente, si los hombres únicamente disponemos de signos y de nociones abstractas, no es posible una medida objetiva. La realidad se disuelve en esos signos y solo queda la voluntad expresable a través de ellos. Para mostrar su rotundidad en el nominalismo, sostiene que, si Dios quisiera, se le daría culto mediante las blasfemias y el desprecio, tal como mantuvo —según él cita— Fernando Vázquez de Menchaca en las *Controversias ilustres*, l. I, cap. 27, parágrafos 9 y siguientes.⁸²⁴

Trasladó al derecho algunas exigencias de los Reformadores, porque así como éstos eliminaron toda instancia intermedia entre los hombres y Dios

⁸²¹ “Actio necessaria est, quam ex lege aut justis superioris omnino facere tenetur jus, cui ea lex aut jussum fuit datus. In hoc enim consistit haecce actionum moralium”. *Ibidem*, l. I, cap. VII, § 2, p. 112.

⁸²² “Actionem bonam moraliter... dicimus, quae cum lege congruit; malam, quae ab eadem discrepat. Scilicet formalis ratio bonitatis et malitiae actionum consistit in habitudine, seu relatione determinativam ad normam directivam, quam dicimus legem”. *Ibidem*, § 3.

⁸²³ “Quo cum primis facit, quod ex notioribus ignotiora queat colligere, et quid sibi congruat, vel non congruat, indicare; notiones universales a singularibus, abstractas formare; signa, per quae notiones in animo haerentes aliis communicari queant, commisci, numerum, pondera, ac mensura intelligere, atque ista inter se comparare”. *Ibidem*, l. I, cap. II, § 4, p. 145.

⁸²⁴ “Deum, si voluisset, potuisset constituere, ut blasphemii aut contemtu coleretur. Quod facit Vasquius Controv. illustr. L. I, cap. 27, n. 9 seqq.”. *Ibidem*, l. II, cap. III, § 4, p. 180.

(negaron para ello la Iglesia y buena parte de los sacramentos), Pufendorf enfrentó directamente a cada individuo libre con el poder político, negando para ello la existencia o validez de las cosas o *relationes* que estudia la ciencia jurídica: de este modo, cada ser humano se relacionaba directamente con las leyes, prescindiendo de la necesaria mediación normativa que acarrea ser esposa, hijo, funcionario, comprador de bien inmueble, etcétera. Su nominalismo hizo que las leyes, que ya solamente podían ser órdenes del único poder existente, fundamentaran su validez únicamente en las voluntades que las soportaban, y las relaciones propiamente jurídicas (siempre filtradas, hechas posibles y condicionadas por ‘las cosas’, según los juristas) quedaron sustituidas por la potencia de las voluntades reunidas. No en vano sus discípulos más inmediatos, como Christian Thomasius, a comienzos del siglo XVIII, destacaron la voluntad como prácticamente la única potencia humana.⁸²⁵

C. *Hubo de negar la normatividad de la naturaleza*

Quedaba un último obstáculo, que era el de desconectar la naturaleza del derecho natural. Cosa que parece difícil en un autor que se hizo mundialmente famoso con dos libros en los que se refiere, en sus mismos títulos, al derecho natural y a la naturaleza.

Si un autor dice escribir un estudio sobre el derecho natural, ello es posible porque ese autor entiende que, de algún modo, la naturaleza proporciona derechos y deberes a las personas a través de las ‘leyes naturales’. Es decir, la naturaleza no es algo que simplemente ‘esté ahí’ para ser conocida y dominada por el hombre, sino que tiene un valor normativo para nosotros a través de sus leyes, porque un creyente entiende que la naturaleza está creada por Dios, y toda tendencia natural es expresión de un deseo del autor de la naturaleza.

Las leyes naturales habían sido entendidas hasta entonces en dos sentidos algo distintos: desde la naturaleza física, y desde la naturaleza intelectual o racional de ser humano. Desde la naturaleza física: como los seres humanos vivencian ‘naturalmente’ un deseo a vivir o no estar sometidos al capricho de otros, pronto establecieron los filósofos y juristas que ‘naturalmente’ (esto es, por derecho natural) todos tenemos derecho a la vida o

⁸²⁵ Thomasius emprendió una campaña contra el *intellectus*, al que privó de casi cualquier virtualidad. En el capítulo de I trata ampliamente este tema, y en el cap. II, “De passionibus animi”, acaba de remachar el clavo. Véase *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, Halae et Lipsiae, 1718.

a ser libres; entendieron que todo lo que está muy próximo a los instintos más fundamentales constituye derecho natural; por eso escribía Tomás de Aquino que “El orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre”. Desde la naturaleza racional: los escolásticos tardíos renovaron y exageraron una vieja doctrina, a saber: existen ‘naturalmente’ las ideas, esencias o naturalezas de cada cosa, y si el comprador ha de pagar el precio de la cosa que ha comprado, esto es y debe ser así porque la naturaleza de la compraventa exige el pago del precio; si el comprador no hubiera de pagar un precio, entonces la naturaleza de ese acto sería necesariamente la de una donación (si la cosa fuera entregada gratuitamente), o la de una permuta (si la cosa fuera entregada a cambio de otra cosa). Pero si se trata de una compraventa, la estructura racional humana exige que se entregue una cosa a cambio de un precio, pues existen las naturalezas objetivas de la compraventa, de la donación o de la permuta.

La naturaleza y sus leyes pueden ser entendidas de una forma u otra, o ambas a la vez: pero este filósofo afirma exponer derecho natural en sus libros, y mantiene al mismo tiempo que la naturaleza no tiene relevancia para regular nuestras vidas porque no nos dicta unas leyes que contengan derechos y deberes para todos.⁸²⁶ Pufendorf explica que la naturaleza no nos presta (a través de sus leyes) como una fuerza para actuar. Él argumenta que si consideramos a las cosas creadas y a los seres racionales como ‘contradistintos’ (*contradistinctae*) de Dios, la naturaleza ‘no es activa’, porque el hombre no puede recibir la capacidad para obrar desde las leyes de la naturaleza: la naturaleza está ‘determinada’ por estas leyes y desde ellas no puede surgir ninguna capacidad o *jus* propiamente humano. Porque, del mismo modo que para los Nominales y los modernos la naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas por necesarias, y el derecho, por el contrario, sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas para su servicio.

Es curiosa la contradicción de Pufendorf, típica por lo demás de toda esta línea jusnaturalista que toma por fundamento las ‘cualidades morales’

⁸²⁶ Los Nominales negaron la relevancia moral y jurídica de la naturaleza, que para ellos era solamente acacer regular, pero ciego y sin sentido para el hombre. Esta visión de la naturaleza se afianzó en el siglo XVII, porque Descartes y Galileo estudiaron a la naturaleza únicamente desde el ángulo de sus leyes causales, según el peso, número y figura, con lo que acentuaron —esta vez desde un plano más geométrico, físico y matemático (no necesariamente más científico)— la visión de la naturaleza como aquello que carece de libertad, y por tanto de funciones morales.

El problema es que Pufendorf dependía ante todo de los Nominales, no de Aristóteles, Tomás de Aquino o Francisco de Vitoria, y por ello hizo suya esta visión de lo natural que era la propia de los Nominales y de los científicos de su momento.

del individuo: por un lado niega que la naturaleza proporcione ninguna cualidad moral o derecho, y por otra parte mantiene el derecho a la libertad originaria o ‘natural’. Pufendorf declara que este derecho a la libertad existe porque Dios nos lo ha concedido, y que es inútil plantearse la cuestión de si este derecho ‘es verdad’: “Inane est distinctio illa legis naturalis, ut est praeceptum, ut est veritas”.⁸²⁷

Una cuestión incidental: ¿de dónde obtiene el término ‘contradistinta’ cuando afirma que hemos de considerar a la naturaleza como ‘contradistinta’ de Dios.⁸²⁸

Un pensamiento que prolonga el que ya vimos en Gerson y Conrado, y que lanzaron a la Edad Moderna Luis de Molina y Francisco Suárez. Pufendorf lo recoge sin citar a estos jesuitas (la cita de un escolástico español hubiera supuesto una descalificación instantánea) y reintroduce en la teoría del derecho natural y de la justicia la visión mecanicista del universo propia de la Modernidad, tal como ya hizo Scoto. La naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas e inexorables, y el derecho sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas. Lo único natural al hombre, en el plano propiamente humano, sería su libertad. Esta tesis no era ninguna novedad: lo novedoso era el contexto secularizador en el que fueron lanzadas, porque nadie se engañó sobre las nuevas pretensiones de esta doctrina. De ahí el escándalo que de hecho suscitó su obra.

Esta es una radiografía de una de sus explicaciones, en la que se muestra más conciliador, seguidor, en buena medida, de lo tradicional entonces. La otra doctrina suya es la que insiste en las esferas morales de libertad.

3. *Persona y libertad individual*

Si ha partido desde los mandatos de Dios a los hombres (los *entia moralia*), lo procedente sería exponer —como efectivamente él expuso la mayor parte de las veces— que el derecho natural se compone de ese conjunto de

⁸²⁷ *Eris scandica...*, cit., *Spicilegium Controversiarum circa jus naturae ipsi motarum*, cap. I, § 1, p. 330.

⁸²⁸ Este filósofo, con ésta y otras declaraciones, trataba de secularizar la doctrina del derecho natural. Hervada indica que “La tarea fundamental que Pufendorf se impuso consistió en la configuración de una ciencia propia del derecho natural, distinta de las otras ciencias y, a la vez, en la construcción de un sistema completo de sus principios, normas y conclusiones. Por una parte, Pufendorf postuló la autonomía del derecho natural frente a la teología —en general, frente a la religión— entendiéndola no como una autonomía meramente científica, sino como una autonomía en los mismos principios. La ciencia del derecho natural debía encontrar en ella o, en todo caso, en la filosofía, la totalidad de sus principios”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 282.

órdenes. Pero él quería innovar realizando la libertad de la persona. Le era preciso negar la noción del derecho natural como compuesto por los mandatos divinos, y sustituirla por la noción teológica de ‘persona’, que la entendía como un ser incomunicable y solitario, y desde esta base diseñar una noción del orden jurídico que enlazaba de hecho con la de los Nominales. Tenía ante sí la tarea de desarrollar secularizadamente la segunda parte de las doctrinas jusnaturalistas de Molina y Suárez que, junto a las naturalezas de las cosas, constituían la libertad ‘natural’ de cada hombre. Como es patente, hubo de recurrir a contradicciones, y su problema, también literario, fue el de cómo presentar dos tesis opuestas que habían de componer aparentemente una unidad.

Para lograr este efecto, Pufendorf siguió en varios primeros momentos la noción jurídica de persona, que la presentaba como cada una de las dimensiones más importantes de cada ser humano, fijadas y reguladas ya por el derecho. Pero al llegar a un momento determinado se enfrentó directamente al problema y aclaró que la expresión ‘persona’ solamente designa al individuo aislado y libre.⁸²⁹ Pero hasta ahora solo ha considerado derecho natural a los mandatos de Dios al hombre, y se ve obligado *malgré lui* a introducir la cuestión de la persona individual desde la teoría de los *entia moralia*.

Los comienzos de su explicación son ambiguos: “Los entes morales, que los concebimos al modo de substancias, se dicen que constituyen personas morales”.⁸³⁰ (Ahora sí recurre a la noción de ‘sustancia’, siendo así que ha insistido en la naturaleza ‘modal’ de los entes morales). La noción jurídica más antigua de persona entendía que esta figura constituía bien un ser humano, bien una de las dimensiones permanentes de cada hombre. Pufendorf se enfrenta directamente a este tema: “Cada persona moral — explica en un primer momento — es un hombre singular en tanto que está vinculado en un sistema por un vínculo moral, de forma que se le considere en su *status* o *munus*”.⁸³¹ Pero en el párrafo 15 de este capítulo rompe con cierta brusquedad con esta consideración, y explica que “Pero, en reali-

⁸²⁹ Yo entendí, hace algunos años, encontrar el origen de la expresión persona o ‘persona jurídica’, en el sentido específicamente moderno, en la obra kantiana. Véase “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1987), pp. 477-522, pero aún desconocía los antecedentes medievales y teológicos de las explicaciones de Pufendorf.

⁸³⁰ “Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur personae morales”. *De jure naturae...*, *cit.*, l. I, cap. I, § 12, p. 12.

⁸³¹ “Dicuntur personae morales, quae sunt homines singuli, aut per vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere, in quo vita communi versantur”. *Idem*.

dad, las verdaderas personas morales que produce cualquier imposición son libres”.⁸³² (Seguimos con las contradicciones: trató de conciliar dos nociones del derecho natural: una como el conjunto de los mandatos divinos —los entes morales—, y la otra como la libertad de cada individuo, pero son unas libertades individuales que han de ser extraídas desde los mandatos de Dios: su gran problema, al que nunca contestó, era cómo extraer libertades desde los mandatos u órdenes).

Efectivamente, la persona será de ahora en adelante aquel ser dotado de arbitrio indeterminable sobre sus acciones, porque no reconoce superior.⁸³³ La ciencia del derecho anterior había considerado que “Persona hic nobis est homo juris communicationem habens”; esto es, una persona es el hombre que vive ya la vida del derecho.⁸³⁴ Pero frente a esta visión, Pufendorf mantiene que el hombre posee unas ‘cualidades morales operativas’ que, en caso de ser activas, pueden ser llamadas *jus, potestas et obligatio*.⁸³⁵ La *potestas* es aquel ‘modo’ por el que alguien “legítimamente y con efecto moral” puede actuar.⁸³⁶ Pufendorf introduce la palabra *legitimus* en la base de la explicación del derecho, del mismo modo que había hecho sesenta años antes Luis de Molina, y como hizo Gabriel Biel a finales del siglo XV. No es extraño que recurra a este recurso, porque él mismo dedica bastante espacio a rebatir lo que se solía llamar la medición objetiva o real de la justicia; falto de un título o causa jurídica concreto, el hombre solo puede actuar porque está *legitimado naturalmente*. Consecuentemente, la potestad sobre la propia persona y los propios actos se llama ‘libertad’, aunque encuentra re-

⁸³² “Ast veras personas morales quae producit impositio haudquicquam ita est libera”.

⁸³³ “Sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involvit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore proveniens”. *Ibidem*, l., cap. I, § 19, p. 20

⁸³⁴ Así, Althusius. Véase *Dicaeologia libri tres...*, *cit.*, l. I, cap. V, § 1. Anteriormente, en el cap. II, § 9, había tratado este tema: “Ideoque res et personae atque circumstantiae illarum, per universam dicaeologiam sunt diffusae. De rebus vero et personis in dicaeologia tractatur, quatenus ob illarum qualitatem, affectionem et conditionem variam, jus varium et diversum constituitur”. De este modo, aparte de la ‘persona jurídica’ admite que pueden existir otros tipos de personas: “Naturam et affectionem rerum, vel personarum physicam, politicam, ethicam, theologicam, historicam, logicam, aliis artibus relinquimus”.

Althusius realizó el último gran esfuerzo reivindicando las categorías doctrinales del derecho común. Es un continuador de las obras de Bologninus o Hopper, pero de una forma más completa que aquellos otros autores. Más tarde aparecieron las obras de Vico, Gravina o Eisenhart, pero falta en ellas el tono enciclopédico de Althusius.

⁸³⁵ “Operativae qualitates morales sunt activae vel pasivae. Illarum nobilissimae species sunt potestas, jus et obligatio”. *De jure naturae...*, *cit.*, l. I, cap. I, § 19, p. 19.

⁸³⁶ “Potestas est, quae quis legitime, et cum effectu morali agere potest”. *Idem*.

ticencias para usar este término por las ambigüedades a que se presta.⁸³⁷ Y tal libertad no puede ser entendida como “Un principio dividido de aquel al cual se le atribuye, sino como una facultad de disponer de sí mismo y de sus actos según su propio arbitrio”.⁸³⁸

Planteadas así las cosas, la noción de ley también cambia su significado usual. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad, como dejó establecido la tradición medieval a la que siguió Hobbes. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades, la expresión ley natural es una *contradictio in terminis*. “El término derecho significa frecuentemente lo mismo que ley, especialmente cuando se lo entiende como el conjunto de las leyes; ten cuidado, no vayas a entenderlo así por ley, como cuando la ley divina ordena hacer algo: entonces no se puede hablar de derecho, sino de precepto de la ley divina”.⁸³⁹ Porque ‘el uso del habla’ nos lleva a entender que solo puede ser derecho una facultad de hacer (*jus agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad.⁸⁴⁰ “En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural”.⁸⁴¹ Es lógico que explique más adelante, ya en el libro segundo de esta obra, que la expresión ‘ley natural’ es inadecuada⁸⁴² cuando nos queremos referir a un ‘modo de actuar’ (*modus agendi*); porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran ‘con derecho’.⁸⁴³ La ley nada tiene que ver con el derecho, aunque hablemos de la ley natural como fundamento de nuestra actuación.

Desde la persona surgen las cualidades morales; esto es, las potestades, facultades o derechos. El derecho es siempre una ‘condición de la persona’,

⁸³⁷ “Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum)”. *Idem*.

⁸³⁸ “Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda... sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi”. *Ibidem*, p. 20.

⁸³⁹ “Denique Juris vocabulum uti cum lege saepe idem significat, ubi cum primis pro complexu legum ponitur; ita cavendum, ne pro lege id accipiamus, quando hoc vel illud lege divina faciendi jus esse dicitur, putemus, idem lege divina praeceptum...”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. VI, § 3, p. 89.

⁸⁴⁰ “Inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interduntur, ex illa lege eadem agendi jus esse dicatur, igitur in hoc quidem significato jus ad libertatem pertinet”. *Idem*.

⁸⁴¹ “Lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur”. *Idem*.

⁸⁴² “Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando notat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: Sic et impropria potentia et modus agendi”. *Ibidem*, l. II, cap. II, § 2, p. 156.

⁸⁴³ “Sic et impropria potentia et modus agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspiciuntur, Juris nomine vocatur. Nam proprie illum duntaxat jus ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit”. *Idem*.

sin que puedan ser tenidas en cuenta las vertientes que presenta las realidades que vinculan a los seres humanos. Hemos visto que, preparando esta tesis, Pufendorf explicó que las cosas son ajenas al arte jurídico, porque no puede existir el *medium rei*. Pero el problema inmediato que presenta el derecho entendido como una condición de la persona, como un conjunto de cualidades morales de libertad que fluyen desde un ser indeterminable heterónomamente, estriba en que la persona es inconmensurable: no hay criterios para medir lo que se le debe a cada cual una vez que se han perdido de vista las cosas.

4. La teoría de las ‘Esferas de libertad’

Esta persona así concebida goza de una especie de cerco o coto de libertad en torno suyo, que ha de ser entendida al modo espacial (*ad analogiam spatii*), como una facultad de hacer al modo de una ‘cualidad activa’.⁸⁴⁴ Es lógico que los últimos jusnaturalistas, kantianos, hablaran de ‘esferas de libertad’ (*Freiheitsphären*) para referirse a la cualidad práctica fundamental que es propia del ser humano.⁸⁴⁵ El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica. El autor más radical que explicó coherentemente esta tesis en el siglo XVIII fue Koehler, y ya en el siglo XIX fue Brückner, que entendía que la realidad humana estaba constituida ante todo por una *lex permissiva originaria*.⁸⁴⁶ Cada sujeto tiene bien asegurada esta esfera de libertad, porque esta cualidad originaria tiende a difundirse en la mayor medida posible (*est maxime velut diffusiva sui*),⁸⁴⁷ y está de tal modo unida a la persona que a nadie le es lícito determinar los actos de otro.⁸⁴⁸ La ciencia jurídica romanista distinguía, en cambio, entre la voluntad, la facultad, y el acto mismo.⁸⁴⁹

⁸⁴⁴ “Sic v. gr. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae”. *Ibidem*, l. I, cap. I, § 11, p. 11.

⁸⁴⁵ Véase mi estudio *La Cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, pp. 53 y ss., y 88 y ss.

⁸⁴⁶ Koehler, *Juris socialis et gentium ad jus naturale revocati specimina VII*. Francofurti ad Moenum, 1738. Brückner, *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*, Leipsic, 1810, § 145. Se apoya ampliamente (aunque no los cite) en los estudios de Wilhelm Traugott Krug.

⁸⁴⁷ “Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui”. *De jure naturae...*, *cit.*, l. I, cap. I, § 19, p. 19.

⁸⁴⁸ “Quaedam enim potestates ita arcte cum persona sunt coniunctae, ut earum actus per alium recte exerceri omnino nequeant”. *Idem*.

⁸⁴⁹ Althusius escribía “Factum hoc, quod diximus, tria requisita essentialia conjunctim habet: nimirum 1. Facientis voluntatem. 2. Facultatem facientis... 3. Habet ipsum actum facientis”. *Dicaeologiae libri tres...*, *cit.*, l. I, cap. IX, § 5.

Por este camino, indica Solari que la racionalidad se hizo equivalente a ‘libertad’, y esta libertad fue entendida como el derecho originario de todo hombre al libre desarrollo de sus actos. “El derecho del ciudadano —completa Solari esta idea— es entendido abstractamente, como puro y simple derecho, independientemente de cualquier concepto de deber. Porque el derecho ya no es la expresión de una norma objetiva de conducta, sino sólo la expresión subjetiva del querer”.⁸⁵⁰ Según explicaba unos años después Adam Smith, el derecho según Pufendorf consiste en un conjunto de libertades o derechos que competen a todos los seres humanos, tales como el derecho a ejercer libremente el comercio, al uso del propio cuerpo, a casarse, etcétera.⁸⁵¹ Al ser un derecho que no depende de ninguna ley preexistente, sino que deriva directamente de la personalidad de cada sujeto, recibió el nombre de *qualitas moralis* (cualidad moral).

Tenemos, de este modo, como una tríada inicial que irá indisolublemente ligada a la sustancia misma del pensamiento jurídico moderno: la noción de cualidad moral activa, a la que se añade la de expansión *ad analogiam spatii*, dando lugar a la representación geométrica de una esfera de libertad, y que es completada por la negación de la doctrina tradicional de la causa o título: en su lugar entra el término *legítimo*, con todos sus derivados adverbiales. Esta cualidad moral activa no la entiende al modo de un derecho moral, como los que pocos años después defendió Johann Gottlob Schmauß: más bien entiende que es un derecho ya adquirido.⁸⁵² El derecho es, pues, en su sentido más exacto, una cualidad activa que permite exigir algo de otro.⁸⁵³ Afirma que solo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada de coercibilidad.⁸⁵⁴ Pero como el derecho natural, que es el derecho del hombre aislado en el estado de naturaleza, no es coercible, no fue extraño que más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico.

Fue lógico que los últimos jusnaturalistas, kantianos, hablaran —según este modo de entender el nuevo derecho natural— de ‘esferas de libertad’ (*Freiheitssphären*), para referirse a la cualidad moral fundamental que es pro-

⁸⁵⁰ Solari toca este tema reiteradamente. Véase, por ejemplo, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca, 1911, p. 56.

⁸⁵¹ Véase *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 8.

⁸⁵² “Jus autem proprie et perspicue indicat, recte eum fuisse acquisitum, et recte iam obtineri...”. *De jure naturae...*, *cit.*, *idem*.

⁸⁵³ “Referimus autem jus ad qualitates activas eo respectu, quod propter illud aliquid ab altero possit exigi”. *Idem*.

⁸⁵⁴ “Tertia secundum quam nos alterum vel invitum ad quid exhibendum possumus adigere, et ipse idem plene est obligatus ex lege aliqua poenam definitam dicitante”. *Idem*.

pia del ser humano, y que lo constituye como tal.⁸⁵⁵ El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica. Los seres humanos hemos de respetarnos mutuamente la libertad así entendida porque el primer deber del hombre (el *officium absolutum*) es “considerarnos a nosotros como iguales”.

5. *La oposición entre el jus y la lex*

Pufendorf propuso igualmente, en los mismos textos, otra noción del *jus naturale*, que es incompatible con la anterior, a saber: el derecho natural como realidad opuesta a la ley natural. Normalmente procede de la mano de Hobbes, que suele ser su interlocutor habitual: el *jus* otorga libertad, y la *lex* ha de recortar la libertad ‘naturalmente’ concedida por el *jus*, a fin de que los hombres lleven una vida más segura y cómoda. El derecho y la ley son, pues, realidades opuestas: ésta no se deriva desde aquel, ni aquel de esta última. Él establece originariamente un *jus permissivum originarium*, que posteriormente sería recortado *odiosamente* por la *lex naturalis* en la medida en que lo exigieran las necesidades humanas. Estamos ante los fundamentos de la ideología política y jurídica liberal. (No era nada original: este planteamiento era típico de los Nominales de la Baja Edad Media: pero como el siglo XVII despreciaba a la Edad Media, muchos entendieron que Hobbes y Pufendorf estaban proponiendo teorías políticas y jurídicas nuevas).⁸⁵⁶

Planteadas así las cosas, la noción de ley no encuentra acomodo en su explicación. Porque el término ‘ley’ denota ante todo un vínculo, no una libertad, como ya dejó establecido Hobbes y como él mismo repite. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades de libertad, la expresión “ley natural” es una *contradictio in terminis*. Porque el “el uso del habla nos lleva a entender que sólo puede ser derecho o *jus*, una facultad de hacer (*jus agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad”. “En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural”.⁸⁵⁷ Es lógico que explique bastante más adelante, que la expresión ley natural es inadecuada cuando

⁸⁵⁵ Véase mi estudio *La Cabeza de Jano*, cit., pp. 43 y ss.

⁸⁵⁶ Véase mi estudio “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso) XXV (2003), pp. 341-373.

⁸⁵⁷ “Inde usus loquendi, ut quae legis alicuius speciei non interduntur, ex illa lege eadem agendi jus esse dicatur, igitur in hoc quidem significatur jus ad libertatem pertinet, lex vero vinculum aliquod denotat, quo libertas naturalis constringitur”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. VI, § 3, p. 89.

nos queremos referir a un ‘modus agendi’; porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran ‘con derecho’.⁸⁵⁸

Afirma que solo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada de coercibilidad. Pero esto plantea serios problemas, porque ¿desde qué instancia recibirá una cualidad moral la coercibilidad si se trata de un simple derecho ‘natural’? Y si las normas del derecho natural no disponen de coacción, ¿puede ser llamado ‘jurídico’ un orden normativo cuyo cumplimiento queda abandonado a la buena voluntad de cada cual? No es extraño que más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico. Es comprensible el problema que él mismo plantea en el l. I, cap. VII, § 15 del *De jure naturae et gentium*: estamos ante una alternativa en la que es preciso optar: porque únicamente disponemos bien del derecho natural, que no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, o bien hay que recurrir a los pactos que dan origen a las leyes. Porque el mismo Pufendorf sobreentiende continuamente que el derecho natural no es más que moral. Fue lógico que Otto von Gierke llamara *jus inutile* al derecho natural propuesto por Pufendorf.⁸⁵⁹

6. *El nuevo derecho natural que él propuso: una teoría de la legislación*

Si los hombres son ‘libres’ para constituir sus leyes jurídicas, porque disponen de la cualidad moral de libertad, el derecho natural será la doctrina que enseñe que solamente podemos admitir como derecho ‘justo’ aquel que haya sido pactado libremente por los ciudadanos. La doctrina del derecho natural deviene así una doctrina procedimental sobre el derecho justo, y acaba siendo, en definitiva, lo que llamamos una ciencia de la legislación.

⁸⁵⁸ Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando constat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: sic at impropria potentia et modum agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspicitur, juris nomine vocatur. Nam proprie illud duntaxat jus ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit. *De jure naturae...*, cit., l. II, cap. II, § 2, p. 156. Algo más adelante añade que “Sed et propria naturaliter determinata illa res sunt, agentibus liberis contradistinctae: eoque homines circa actiones, quarum direction ipsos est, non a natura, sed a lege ad certū quid determinati sunt; et inde non statuit illis jus ad agendum competit, quid intra vires naturae ipsorum est”, *Ibidem*, p. 157.

⁸⁵⁹ Hervada escribe con precisión que “Paradójicamente, el jusnaturalismo racionalista llevaba en sí el germen de una concepción positivista del derecho, pues al escindir el orden jurídico en dos, el derecho emanado del Estado se debía entender como mero derecho positivo —aún cuando recogiese las leyes ‘rationales’ de la naturaleza—, puesto que el sistema de normas naturales es ‘otro’ orden jurídico, separado del positivo”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 257.

¿Por qué, entonces, Pufendorf declara estar haciendo derecho ‘natural’ y que expone tal cosa en sus libros? El problema era ante todo de nombres: tituló sus obras más conocidas como *Los ocho libros del derecho natural* y *El deber del hombre y del ciudadano según la ley de la naturaleza* porque el rótulo de ‘derecho natural’ poseía especial prestigio en aquel tiempo; había titulado a su primera obra extensa como *Elementos de jurisprudencia universal*, pero pronto comprendió que usando la palabra ‘jurisprudencia’ y sin referirse al derecho natural, su audiencia sería menor. ¿Qué hizo, en realidad, para sentirse en el derecho de llamar a sus libros tratados de derecho natural? El *jus naturale* de la Edad Moderna consistió en hacer partir las consideraciones pretendidamente jurídicas desde el estudio del hombre aislado en el ‘estado de naturaleza’. La ciencia del derecho, por el contrario, había arrancado desde el ‘hombre viviendo en sociedad’ (*homo in societate implicatus*), y por ello estudiaba los problemas que les surgían a una madre, al propietario de un bien inmueble, a un comprador, o a una prostituta.

Pero los *moderni* —siguiendo la tradición de los Nominales— rechazaron las estructuras de estas relaciones (la de madre, propietario, etcétera), y quisieron estudiar al hombre ‘naturalmente’, esto es, suponiendo un estado originario en el que cada sujeto solo se tiene a sí mismo, como si estuviera al comienzo del mundo; ellos supusieron que estudiando al ser humano ‘por sí mismo’, antes de iniciarse cualquier cultura, obtendrían las notas fundamentales de lo humano. Así obtendrían una antropología que nos situaría en condiciones de hacer un derecho más ajustado a lo que el hombre es, menos artificioso, más natural o sencillo, y más justo: era el viejo sueño de los humanistas del siglo XVI, que querían prescindir de la complejidad y enmarañamiento de los estudios jurídicos y sustituirlos por las reglas de la ‘equidad natural’.

Por esta razón, la mayor parte de los libros de derecho natural de los siglos XVI y XVII se componían de dos partes: la primera se titulaba “Derecho natural absoluto”, y en ella estudiaban al hombre tal como es aisladamente; en realidad consistían en primitivos estudios antropológicos rudimentarios, sin especial base experimental, en los que mostraban al hombre como un ser libre, vanidoso, chismoso, razonablemente egoísta, etcétera.⁸⁶⁰ Esta última categoría —la del egoísmo o *philautia*— tuvo una importancia

⁸⁶⁰ Él escribía que “Ex hisce positis facile est fundamentum legis naturalis invenire. Scilicet manifeste apparet, hominem esse animal sui conservandi studiosissimum, per se egenum, sine sui similibus auxilio servari ineptum, ad mutua commoda promovendam maxime idoneum, idem tamen saepe malitiosum, petuleus et facile irritabile, ac ad noxam inferendam promptum, ac validum”. *De jure naturae...*, cit., l. II, cap. III, § 15.

decisiva en estos tratados, porque les era imprescindible para explicar razonadamente el paso desde el estado de naturaleza a la sociedad civil: pues si los hombres fuéramos buenos ‘naturalmente’, no haría falta la sociedad (que con sus relaciones de mando y obediencia, y por tanto de desigualdades, era presentada necesariamente como un mal menor), y permaneceríamos viviendo en el estado de naturaleza. Si hemos pasado desde el *status naturae* a la sociedad política es porque nos molestamos mutuamente, y es necesario crear una autoridad común que cuide de que no sean violados los derechos de las personas. Ellos diseñaron de este modo, ya en el siglo XVII, lo que después llamamos el ‘Estado gendarme’, que es el cuerpo político que no ayuda ni promueve especialmente, sino que únicamente asegura el disfrute en paz de los propios derechos. Como las leyes tienen un carácter represivo (existen para castigar o para desanimar de las violaciones de los derechos) todo el derecho —reducido a leyes generales— cobró ahora un cariz negativo y penalista.

La segunda parte de estos tratados era titulada “Derecho natural hipotético”, porque partía desde la ‘hipótesis’ del hombre implicado en la sociedad, que ya era padre o hijo, ciudadano, propietario de bienes muebles e inmuebles, etcétera. Estudiaban las llamadas ‘sociedades adventicias’, que son aquellas que le ‘advienen’ al hombre una vez que ha abandonado el estado de naturaleza: el matrimonio la primera de ellas, después las relaciones de patria potestad y filiación, las relaciones políticas, y las diversas sociedades civiles, mercantiles y religiosas. Samuel Pufendorf expuso cientos de reglas morales —tomadas normalmente de los libros de los escolásticos españoles—, reglas que él dice fundamentar en el derecho natural, para regular estas otras relaciones que surgían desde las sociedades adventicias creadas mediante pactos.

El derecho o ley natural desaparece en Pufendorf para quedar sustituido por una cascada de pactos entre individuos libres, y el derecho natural, tal como lo concibe este autor, viene a ser más bien la exigencia antropológico-jurídica de considerar que todos los sujetos son igualmente libres porque nadie posee el privilegio para normar la conducta de otro.⁸⁶¹ El derecho sustantivo estaría constituido bien por los pactos efectivamente concluidos, bien por las condiciones de perfecta simetría que exige la naturaleza o el *jus naturale* en la conclusión de estos contratos. El Pufendorf que enumera muchas reglas concretas de moralidad, normalmente extraídas de tratados escolásticos, es inconsecuente: ni su nominalismo ni su consiguiente volun-

⁸⁶¹ Véase mi estudio “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la escuela del derecho natural”, *Persona y Derecho*, 13 (1985), pp. 82 y ss.

tarismo le permiten establecer normas concretas y materiales de la conducta humana, a menos que las afirme incoherentemente. Además, él ya ha establecido que el único criterio de justicia son los pactos.⁸⁶² Incluso la justicia distributiva la reduce o la hace depender de los pactos sociales.⁸⁶³ Contra Hobbes, que redujo según él toda justicia posible al pacto, explica que el derecho penal no se rige por pactos, que hay por tanto una justicia anterior a las convenciones entre los hombres.⁸⁶⁴ Podemos suponer lícitamente, *a sensu contrario*, que estamos ante una declaración más, explícita, en la que reduce todo el derecho (excepto los casos penales) a pactos.

A la vista de este panorama podemos acercarnos a la complejidad contradictoria de las diversas teorías de Pufendorf: ha declarado reiteradamente que la bondad o maldad consiste únicamente en la congruencia de los actos de los hombres con las leyes divinas, y esto sería el derecho natural. Pero como en su pensamiento domina la tesis de la cualidad moral de la persona, que se concreta en esa libertad *diffusiva ad analogiam spatii*, las leyes divinas brillan por su ausencia, y todo queda reducido a la exigencia moral-jurídica de una situación de igualdad o simetría en la conclusión de los pactos. Esta es quizá la más genuina doctrina del derecho natural de la Modernidad. Las declaraciones sobre la ley o el derecho natural, las primeras teorías sobre los *entia moralia* entendidos como los mandatos del superior legítimo, etcétera, sólo cumplen la función de un decorado que facilita la introducción del rasgo dominante, espíritu propio del jusnaturalismo moderno. Es comprensible el problema que él mismo plantea en el l. I, cap. VII, § 15 del *De jure*

⁸⁶² *De jure naturae...*, cit. *Idem*. Además de los condicionantes de su inicial actitud nominalista, Pufendorf declara expresamente que “Es suficientemente manifiesto que son necesarios los pactos entre los hombres. Para que se difundan ampliamente las obligaciones de humanidad hacia la vida humana, es suficiente con que los hombres pacten sobre aquello que ellos perciben como beneficioso, y esta sola idea es suficiente. Porque no hay nadie que, de la sola idea de la humanidad, aunque él tenga una mente excelente, pueda deducir todo lo que es preciso... Así pues fue necesario para los hombres convenir entre sí sobre las cosas que se deben unos a otros, y que proceden de la socialidad; porque desde la sola ley de la humanidad no se pueden deducir. Además, ya establecí anteriormente que tanto aquello que alguien debe dar a otro, como aquello que otro puede exigir de él, debe ser hecho por promesas y pactos”. *De Officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali, libri duo*, edición de Giessen, 1731, l. I, cap. IX, § 1, p. 156 de esta edición. La traducción es mía.

⁸⁶³ “Jus porro isthoc oritur vel singulis ex pacto (tacito, aut expresso) cum societate aliqua inito hoc fine, ut ipsius membra fiant; vel societate ex pacto eodem cum singulis, ut eos sibi membra adiungat... Ubi exercetur ea, quae ex pacto societatis cum membro, aut membri cum societate ob finem iam dictum inito debentur, vocatur justitia distributiva”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. VII, § 9, p. 118.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, l. I, cap. VII, § 13, pp. 122 y 123. La misma idea la reitera en el § 15.

naturae et gentium: el derecho natural no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, y hay que recurrir a los pactos.⁸⁶⁵

De este modo, el derecho o *jus* ya aparece en Pufendorf como una *qualitas moralis*, designada bajo los nombres de *potestas* o *facultas*. Se trata de una cualidad moral que surge desde la misma libertad de la persona —si es que es posible dissociar los términos de persona o *juristische Person* (como la llamarán Kant y sus discípulos), y el de libertad—. Porque lo constitutivo de la persona, en el nuevo sentido que adquiere con Pufendorf esta palabra, es esa libertad expansiva a que he aludido. La persona es, así, un ser desvinculado del ‘mundo’ que le rodea, que es naturaleza regida y sometida a sus leyes; es obvio que derecho y ley han de oponerse, en un sentido un tanto similar al de la teoría hobbesiana. Y esta persona que no reconoce superior ni encuentra en la naturaleza puntos de apoyo para su actuación; solo tiene el camino de pactar libremente con las otras personas iguales a ella buscando su utilidad o comodidad. El eudemonismo juega un papel importante en la doctrina política de Samuel Pufendorf.

7. Comentarios

He dedicado una extensión quizá inusual a la exposición de la doctrina de Pufendorf porque él fue quien dio la pauta para la reflexión sobre el derecho más propia de la Edad Moderna. Sus bases fueron medievales-escolásticas, pero hubo de rehacerlas para secularizarlas en medio de fuertes contradicciones. Explicó que solamente contamos con los mandatos de Dios a los hombres —los entes morales— pero que toda verdadera imposición (hay que suponer que de Dios) nos hace libres. Una vez que ha sentado la existencia de los mandatos de Dios como la base del derecho natural, prescinde completamente de Dios. Que los mandatos expresan una *obligatio*, pero que crean en nosotros libertades y facultades. Que él hace derecho natural, pero que la naturaleza, al ser considerada como ‘contradistinta’ de Dios, no nos proporciona leyes o libertades; de ahí el carácter de simple decorado de sus declaraciones teológicas. Que contamos ante todo con el derecho natural, pero que este es un derecho inane, porque ha de ser sustituido por leyes coercitivas que terminan con la ‘libertad natural’.

⁸⁶⁵ “Circa priorem modum est observandum, debere aliquid alicui vel ex mero jure naturae, ita tamen, ut ad ea perfectio jus non habeat, uti sunt officia humanitatis, beneficentiae, gratia animi; vel ex pacto, eoque vel peculiari, vel contento in obligationi nostra ad leges civiles, quae nos adstringimus ad praestanda ea, quae leges istas alteri iubent exhibere”. *Ibidem*, l. I, cap. VII, § 5, p. 125.

Trató de presentar a individuos libres negando la existencia de cualquier implicación ontológica de la ciencia del derecho, de la relación de Dios con la naturaleza; finalmente le quedaron unos individuos —las ‘personas’— que eran libres porque él lo afirmaba así, sin dar ningún argumento a favor de la libertad de las personas. Resultó así un hombre que es libre frente a Dios, y que, exento de condicionantes ontológicos, sería también libre porque no encuentra normas que haya de seguir en las estructuras de las ‘cosas’ que vive. Hizo de puente entre los últimos escolásticos españoles y el siglo XVIII porque partió desde presupuestos similares a los de aquellos escolásticos y, mediante negaciones contradictoriamente oportunas, propuso una visión del ser humano que no suponía la actividad de Dios. No argumentó el estatus filosófico (llámesele ontológico, metafísico o epistemológico) de las personas de las que hablaba, pero sus dos obras extensas relacionadas —al menos en sus títulos— con el derecho natural, el latín de excelente calidad, la erudición clásica que muestra, su innegable calidad literaria a pesar de sus insultos, y las contradicciones que dieron a su pensamiento fama de complejo, hicieron que sus libros pesaran fuertemente en el transcurso de la filosofía del derecho moderna.

Como resumen valorativo de las aportaciones de este autor, es expresivo el juicio de López Hernández:

De todos los pensadores modernos que estamos analizando, Pufendorf es sin duda el más ecléctico y el menos original. No destaca por sus aportaciones en el plano filosófico ni por su especial dominio de la técnica jurídica. Es ante todo un sistematizador y vulgarizador de la doctrina moderna del derecho natural, en la cual sí tuvo especial fortuna. Representa en cierta manera un anticipo de los derroteros que habría de seguir la Filosofía del derecho en los siglos siguientes.⁸⁶⁶

IV. DISTINTAS TENDENCIAS DEL NUEVO DERECHO NATURAL

El movimiento del derecho natural cobró vida propia (es decir, al margen de los juristas que, como Vázquez de Menchaca, o de los escolásticos que como Molina o Suárez propusieron ya maduras las tesis básicas de esta Escuela) en la conjunción de algunas tesis de Grocio con el método de Hobbes, con Samuel Pufendorf, que hizo suyo el individualismo presente desde

⁸⁶⁶ *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 274.

los inicios de esta Escuela, y que también asumió el juego del “Jus seu libertas-Lex quae constringit” propio de la tradición bajomedieval y que volvió a popularizar Hobbes en el siglo XVII. Pufendorf fue una figura que llenó la segunda mitad del siglo XVII, de forma que podríamos decir que a partir de 1680 se es amigo o enemigo de él. Sus enemigos se ampararon en el *De jure belli ac pacis* de Grocio, y constituyeron la línea doctrinal que podríamos llamar la escolástica grociana. Eran personas que creían en Dios, y por tanto en la ley eterna y en una ley natural derivada desde la ley eterna.

Las líneas doctrinales que arrancan del magisterio de Pufendorf se bifurcaron desde finales del siglo. John Locke se le mostró extraordinariamente afín, pues también afirmó las *qualitates morales* del individuo, y a la *qualitas moralis libertatis* añadió la de la propiedad privada sin límites —bien que Locke no usó la terminología escolástica de *qualitas moralis* sino la de derechos innatos, o simplemente la de los derechos—. Locke recogió la doctrina de Juan de Lugo, al que comprensiblemente no cita. La filosofía de Locke fue brillante y convincente para la época. Los historiadores actuales, desde Solari, entienden que está puesta al servicio de la conservación y aumento de las propiedades.⁸⁶⁷ Su fama como teórico de la economía política va creciendo de día en día, y tiende a eclipsar a la de Adam Smith. Locke suavizó y domesticó la filosofía de Hobbes, y su filosofía teórica y práctica, expuesta en los inicios mismos de la Ilustración, fue la gran triunfadora del materialismo y del fenomenismo del siglo XVIII: en cierto modo Hobbes triunfó a través de Locke. Suárez, Grocio y Pufendorf habían puesto de moda la cualidad moral o personal de la libertad individual, y Locke le añadió (tras el precedente de Lugo) la también cualidad moral de ser propietario.

Los otros discípulos de Pufendorf se mostraron seriamente influidos por el sensismo de Locke: tal fue el caso de Christian Thomasius, Nicolás Jerónimo Gundling, Henricus Koehler y muchos más, que llevaron durante el siglo XVIII el individualismo y consiguiente contractualismo del maestro a su más alta expresión, aunque en claves filosóficas más materialistas.⁸⁶⁸ Entre ellos no hubo unidad de propósitos: Gundling y Koehler (hacia 1730) propugnaron el individualismo político republicano, y Tho-

⁸⁶⁷ Desde bastantes puntos de vista, las obras de Gioele Solari siguen sin estar superadas, a pesar de los años. Por lo que se refiere a este punto de Locke, véase *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, cit., p. 24.

⁸⁶⁸ J. López Hernández considera que “Los representantes académicos más importantes de esta escuela [se refiere al derecho natural moderno] son Grocio, Pufendorf, Thomasius y Wolff”. *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 247. Más adelante, en las páginas 392 y ss. de esta obra, incluye a Christian Thomasius en el grupo de los jusnaturalistas ‘metafísicos’ que parten desde el noúmeno de una idea inmutable, etcétera, de la naturaleza humana. No

masius proclamó la dictadura de los *sapientes* sobre los *stulti*, según demandaba la teoría política de la monarquía del momento, porque Thomasius se puso al servicio del Despotismo Ilustrado, a diferencia de su maestro y sus compañeros de escuela, que prepararon eficazmente las ideas revolucionarias que estallaron en 1789. La línea de Gundling y Koehler continúa con altibajos por todo el siglo XVIII, y fue la recogida, de forma bastante singular, por la metafísica del derecho de Kant, quien la proyectó al siglo XIX alemán a través de sus numerosos e influyentes discípulos. Ésta fue la dirección revolucionaria y burguesa del derecho natural moderno, la que hizo posible la revolución norteamericana y la de 1789. En nombre de la nueva noción de persona, reaccionaron contra los vínculos jurídicos y cualquier sujeción política que no surgiera del propio consentimiento.

1. *Diversas direcciones del nuevo derecho natural*

Javier Hervada nos advierte que

Hasta épocas cercanas a nosotros, la Escuela moderna del Derecho natural ha sido llamada sencillamente ‘Escuela del derecho natural’ o ‘jusnaturalismo’. En esta Escuela se ha solido incluir a un variado conjunto de filósofos, juristas y escritores políticos de los siglos XVII y XVIII; en este sentido el ‘jusnaturalismo’ o ‘jusnaturalismo moderno’ se extiende a un gran número de escritores muy variados e incluso contradictorios.⁸⁶⁹

Para no despistarnos en la turbamulta de nombre de autores poco conocidos que siguieron a Pufendorf, o reaccionaron contra él, reproduzco unas tablas que se encuentran en la obra de Samuel Christian Hollmann, *Jurisprudentiae naturalis Primae Lineae*:⁸⁷⁰

1) Iniciadores de la Escuela del derecho natural: Oldendorp, Hemming, Winckler, Gentili, Selden.

2) Grocio y sus discípulos:

Commentatori operis Grotiani:

Boecler

Simon

Henniges

Barbeyrac

Ziegler

Becmanus

Obrechts

Coccejus

parece que sea así: Thomasius no considera a la naturaleza humana de un modo mucho más cercano a Hobbes que no a Locke, y muy distanciado de Grocio y sus discípulos.

⁸⁶⁹ *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 260.

⁸⁷⁰ Gottingae, 1751, *Prolegomena*.

Epitomes de Grocio:

Klenck	Vitriarius	Kulpis	Willenberg
Schaffer	Gul. Grotius		

3) Hobbes permaneció sin escuela. Contradictores: Gribner, Gundling, Glafey (extrañamente, no menciona al primero de ellos, Richard Cumberland). Budde añade Bramhall, Coccejus, Sharrock, Schaft, Strimesius.⁸⁷¹

4) Pufendorf y su escuela:

Adversarios: Veltheim, Zentgrav, Strimesius, a los que Juan Francisco Budde añade Beckmann, Schwarz, Gesenius, Scherz.⁸⁷²

Defensores: Thomasius: scriptisquis suis strenue defenderat.

Buddeus	Beyerus	Heineccius	Wernherus
Hochstter	Gribner	Strubius	Gundling
L. B. de Wolff	Coccejus	Ludovicus	De Coccejus
Willenbergius	Weidler	De Holberg	Gehardus. ⁸⁷³

2. *La influencia del movimiento codificador*

Los deseos de una nueva idea del derecho que mostró el siglo XVI llevaron a requerir una creación y exposición breve y clara de lo que entendían que era el derecho verdaderamente racional. Aludí a que autores como François Hotmann y Sebastián Derrer publicaron en el siglo XVI códigos de derecho civil —al menos parciales— que entonces no lograron reconocimiento público. Pero Hotmann y Derrer se habían adelantado a su época: el espíritu racionalista no estaba suficientemente formado en el siglo XVI. Sí lo fue estando a lo largo del siglo siguiente, y el Káiser encargó a Samuel Coccejus la redacción de un Código civil para el Estado prusiano; esto sucedía hacia 1700. Los compendios romanistas del *Usus modernus pandectarum* se prestaban a ser usados como materiales de construcción de los nuevos códigos nacionales, y Coccejus compuso una primera parte del código según

⁸⁷¹ *Selectas juris naturae et gentium, cit.*, § 26.

⁸⁷² *Ibidem*, § 34.

⁸⁷³ Johann Friedrich Weidler nos hace otra enumeración: escritores del derecho natural anteriores a Grocio: Vázquez de Menchaca, Covarrubias, Hopper, Gentili, Winckler, Adam, Seduardus, Ayala, Selden. Véase *Institutiones Juris Naturae et Gentium methodo geometrica digestae collataeque sparsim jure positivo illustratae*, Vitembergae, 1731, cap. 1, § 22. Como puede comprobar el lector, incurre en errores groseros, porque Seduardus es solo el personaje literario que lleva el protagonismo en la obra dialogada de Joachim Hopper, “Seduardus, seu de vera jurisprudentia...”, ya citada.

un derecho romano suavizado y algo edulcorado,⁸⁷⁴ porque el derecho de Roma era demasiado montaraz para la exigencia de simetría y orden que reclamaba la nueva mentalidad. Éste fue el momento doctrinal por excelencia de la jurisprudencia romanista idealizada, porque los juristas veían la posibilidad real de que sus tratados pretendidamente jusnaturalistas se convirtieran en el derecho privado de toda una nación. Daniel Nettelbladt, Joachim Georges Daries y Heinecke (latinizado Heineccius) trabajaron en este sentido, y sus libros se presentaron ante el siglo XVIII como el derecho privado que exigía la razón. Estos autores no estaban movidos por el ímpetu reformista que aleteaba en las páginas de Pufendorf y sus discípulos; como juristas que eran, eran más conservadores.

Los proyectos del código civil que presentó Coccejus fueron rechazados porque exponían un derecho excesivamente apartado de la tradición jurídica prusiana. El Káiser pidió ayuda a otros expertos, y Prusia tuvo el primer código civil que ha existido, publicado en el último tercio del siglo XVIII, conocido como el *Allgemeines Landrecht*. Pero no estaba destinado al éxito, porque respondía a la sociedad estamental del Antiguo Régimen. En Austria, Franz von Suarez, ministro de justicia, hizo publicar un código civil que sí respondía a la exigencia moderna de la libertad igual de los ciudadanos. Pero prácticamente todo el prestigio se lo llevó, más tarde, el Code Napoleon, que fue considerado colectivamente como la manifestación genuina de la racionalidad en el derecho.

3. *La subida del materialismo*

El materialismo de Hobbes y Locke estalló en el Iluminismo en varias lenguas. Los alemanes no podían mantenerlo abiertamente, porque la censura del Káiser estaba atenta. El materialismo de Thomasius y Gundling fue tácito, y tácitamente aceptado. Las obras jurídicas de Christian Wolff influyeron de forma desigual según los ambientes,⁸⁷⁵ porque no fueron ni originales ni radicales. Wolff también prescindió de Dios, aunque al final de cada capítulo o párrafo suele hacer una declaración de estilo en la que indica que lo que él expone es obligatorio, porque, además, lo ordena Dios. Este materialismo sí fue profesado abierta y beligerantemente por Helvetius o D'Holbach, quienes, influidos por Locke, influyeron a su vez sobre los

⁸⁷⁴ Solari, G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, cit., pp. 49-58.

⁸⁷⁵ Alfred Dufour mantiene que la teoría del derecho natural de Wolff suplantó completamente, de 1720 a 1750, a las de Pufendorf y Thomasius. Véase *Le mariage...*, cit., p. 168. Es posible que fuera así, pero el talante triunfador en última instancia no fue el de Christian Wolff.

ingleses. Voltaire era considerado el embajador de la mentalidad cientifista y observacionista inglesa en París. La situación no dejó de tener ribetes confusos, porque el nuevo espíritu científico se movía según la mecánica de Descartes y las reglas de Newton⁸⁷⁶ (una mixtura por sí confusa), y aunque Isaac Newton publicó un extenso apéndice a la segunda edición de sus *Principios*, que consistía en un tratado de teología natural en el que explicaba que el método de los físicos no prejuizaba nada sobre temas teológicos, el nuevo método científico fue deificado como el único cauce epistemológico posible para captar la única ley de causa-efecto que movía el Todo universal. Esta fe en la única máquina movida por una sola fuerza que operaba siempre en la misma dirección con una energía de una sola naturaleza debió contribuir notablemente a aceptar el postulado del *principium unicum y evidens* en que se asentó la mentalidad jusnaturalista del momento. La aplicación de los patrones mecánico-geométricos (no en vano el derecho natural moderno fue llamado *mos geometricus*) al diseño de la sociedad racional se nos muestra en la tendencia constante de proceder desde el punto a la línea, de la línea a la extensión, desde esta a la figura. Todo ello mediante cálculos de naturaleza pretendidamente aritmética.⁸⁷⁷

⁸⁷⁶ La ciencia experimental tardó paso en abrirse camino, y no triunfó plenamente hasta que se impuso el espíritu experimentador *ad casum* de Galileo y Newton, y que David Hume llevó hasta extremos exasperantes. Hasta entonces, Randall nos informa que “Todavía la nueva ciencia (se refiere al siglo XVIII) no había inducido a los hombres a abandonar el ideal aristotélico de un cuerpo de conocimientos que pudiera ser deductivo, universal e infalible: Un gran sistema lógico... Es característico del ideal científico del siglo XVIII el hecho de que, por mucho que se atendiese a la experiencia, al sugerir estos axiomas y formular las leyes específicas que gobiernan los fenómenos, no se consideraba que una ley se había establecido de modo concluyente hasta haberla podido introducir en el gran sistema deductivo y universal. Encantados por la física Matemática triunfante, los hombres se volvieron optimistas y creyeron que una ciencia tan completa e infalible pronto agotaría toda experimentación y podría progresar sin recurrir para nada a la experiencia... El racionalismo de tipo geométrico fue el método intelectual que halló eco popular en la Edad de la razón”. *La formación del pensamiento moderno, cit.*, p. 267.

Fueron espíritus ‘experimentadores’, sin tanta confianza en las virtualidades de la razón que deducía desde las verdades innatas o experimentadas, Voltaire, Lamarck, Saint-Hilaire, Buffon, Linneo, Cavendish, Lavoisier, por citar algunos conocidos. La pugna entre el método experimental y el método *more cartesiano* axiomático-deductivo llegó ampliamente hasta el siglo XIX que, bajo la influencia de la crítica de David Hume fundamentalmente, no se convenció de que todo fenómeno puede tener su contrario, y que solamente por la experiencia aprendemos que el agua moja y que el fuego quema. En opinión de Randall, fue Newton el que anticipadamente estableció la concordancia de ambos métodos, reconociendo la relativa parte de corrección de cada uno. Véase *La formación del pensamiento moderno, cit.*, pp. 269-271.

⁸⁷⁷ Hobbes había explicado que razonar era sino sumar y restar. Un siglo después, N. J. Gundling lo volvía a recordar: “Mens scilicet est una, et habet primo potentiam intelligendi, hoc est numerandi, addendi, subtrahendi, multiplicandi, dividendi; deinde habet etiam po-

Europa no estuvo siempre a la altura de las exigencias filosóficas que planteaba el nuevo materialismo. Los discípulos de Descartes, ridiculizados por el prestigio de las mentalidades que rodeaban a Newton, que insistían en la inducción científica, siguieron con sus síntesis deductivas, y frente al espíritu inductivista y sensista que ascendía imparablemente, ellos opusieron métodos axiomático-deductivos que partían desde las primeras ideas conocidas directamente ‘en’ la esencia divina: tal fue el caso de Malebranche, Shaftesbury o Berkeley. Marin Mersenne requeriría de un estudio especial. El atomismo sensista y asociacionista atacó todo el método cartesiano negando las ideas innatas,⁸⁷⁸ entre las que incluía no solamente esas primeras ideas evidentes de Descartes, sino cualquier referencia a la conciencia moral del ser humano; por ironías de la historia, los excesos cartesianos llevaron al desprestigio de cualquier conciencia moral, que ahora necesitaba ser sustituida por construcciones racionalistas que partían normalmente desde los individuos aislados. Lord Shaftesbury alegó, frente a este atomismo asociacionista, la existencia de un *moral sense* que no funcionaba asentado físicamente en algún sentido.⁸⁷⁹ Pero el *moral sense* de Shaftesbury era demasiado dependiente de Descartes y sobre todo de Malebranche, como para ser aceptado por una persona de *common sense*.

4. *El grupo conservador*

Indiqué que los creyentes se agruparon en torno al *De jure belli ac pacis* de Grocio. Todos sabían que ya había ateos a comienzos del siglo XVII,⁸⁸⁰ pero durante todo este siglo, y durante la mayor parte del siglo siguiente, el ateísmo siguió siendo considerado un delito en la mayor parte de las monarquías europeas. Ante este problema, los autores de la Escuela Moderna del Derecho Natural que no eran creyentes buscaron una señal distintiva de su

tentiam volendi”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii...*, cit., l. I, cap. 1, § 3. Dufour indica que “C’est en fait que la méthode physico-mathématique, alliant la certitude de l’expérience à la rigueur de la déduction, va proprement fasciner les philosophes et les théoriciens du Droit et de l’État”. *Droits de l’homme...*, cit., p. 51.

⁸⁷⁸ Casi toda la pugna secularizadora se hizo en torno a la negación o afirmación de las ‘ideas innatas’. Véase Dufour, A., *Le mariage...*, cit., pp. 148-150.

⁸⁷⁹ *Characteristics of Men, Manners, Opinions*, Hidesheim-New York, reprint de C. Olms de la edición de 1711, vol. II, pp. 42-44.

⁸⁸⁰ Suárez escribía que “Unde constat, Politicos qui doctrinam illam suadent principibus saecularibus, si sentiant id eis licere, et jure posse talia praecepta, quae sunt contraria religione verae... haereticis esse, vel certe atheos, quod verosimilius est”. *Tractatus...*, cit., l. III, cap. 12, § 5. El énfasis del adjetivo ‘verosimilius’ que usa Suárez nos indica que, ya en 1610, estaban activos los ateos en las Universidades.

identidad, y la encontraron tanto en el rechazo del orden metafísico inmutable que habían propuesto los últimos escolásticos españoles como en la negación del deber de cumplir el derecho. Esta referencia a la negación de lo que usualmente se llama ‘el deber jurídico’ requiere una breve aclaración.

El deber es una de las realidades máximamente metafísicas de la vida humana, de forma que quien se declare nominalista no puede aceptar su existencia. Pero ningún autor del siglo XVII se atrevió a mantener expresamente que no existe el deber de obedecer a las leyes. Este tema lo he estudiado en dos trabajos, uno sobre la negación del deber que fue la usual en este tiempo, y otro sobre el surgimiento de la categoría de la imputación.⁸⁸¹ Los teóricos no creyentes afirmaron colectivamente en este tiempo que existe el deber de obedecer a las leyes cuando la ley prevé una pena para el caso de su incumplimiento. Pero los creyentes les argumentaron que no existe el deber porque se prevé una pena, sino que la pena se impone solo cuando se ha incumplido el deber. Importaron poco los razonamientos: lo cierto es que triunfó la mentalidad secularizadora en la Edad Moderna, y hasta finales del siglo XX los materialistas han negado la existencia del deber jurídico como una vinculación en conciencia.

Pero esta explicación materialista del deber era aún demasiado rudimentaria, porque no explicaba cómo o por qué se aplicaba una pena al infractor de la ley. Las leyes más elementales, como son las penales, han de suponer una *culpa* propiamente moral en la persona enjuiciada, pues nadie ha mantenido que se puede castigar al inocente. La solución a este problema la proporcionó Christian Thomasius cuando rehabilitó la figura de la imputación. Thomasius explicó que las nociones de culpa y mérito que usaban los escolásticos eran demasiado complicadas, ya que distinguían entre mérito ‘congruo’, ‘de condigno’, etcétera. Era más sencillo y preciso seguir la forma de proceder de los comerciantes, quienes determinaban quiénes eran sus deudores simplemente mediante anotaciones en sus libros de cuenta. Si alguien ‘constaba en cuenta’ por algo, *zur Rechnung halten*, debía lo indicado en el libro. Era mejor prescindir de la noción de culpa y sustituirla por la de *Zur Rechnung* o *imputatio*. La noción de imputación era medieval, pero servía para indicar que se le imputaba algo a alguien que lo hubiera merecido. Thomasius propuso, por el contrario, esta especie de responsabilidad objetiva al estilo comercial, y obtuvo un éxito inmediato y universal. Desde entonces, la *imputatio* se designa en lengua alemana también como

⁸⁸¹ “Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico”, *Obligatoriedad y derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 151-182, e “Imputatio”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* LXXXI (2004), pp. 25-78.

Zurechnung. La explicación progresista quedó más clara: se imputa a alguien lo previsto en la norma si esa persona cumple lo previsto en la ley. El uso prácticamente universal del término “imputación” hizo superfluo de hecho, al de deber; desde el siglo XVIII hasta finales del siglo XX, el tratamiento doctrinal del deber jurídico ha estado ausente en la mayor gran parte de los libros de filosofía o teoría del derecho.

Por el contrario, los creyentes mantuvieron la existencia de un verdadero deber para estar en condiciones humanas de exigir lo previsto en el derecho. ¿Quiénes fueron estos jusnaturalistas conservadores? Los podemos encontrar en la tabla de autores que reproduje antes; a éstos habría que añadir otros que no constan ahí, pero no parece pertinente ocuparnos ahora de ellos, ya que compusieron una vía muerta de la historia, que fue superada en poco tiempo por la corriente de los contractualistas y de los materialistas. Triunfó la doctrina nominal, abanderada ahora por Pufendorf, sobre la *Qualitas moralis libertatis*, sobre los hombres independientes y libres en el estado de naturaleza, los contratos sociales, etcétera. En esta línea de pensamiento, autores como Nicolás Jerónimo Gundling, Henricus Koehler o Georg Joachim Daries fueron extraordinariamente influyentes. El materialista más conocido de Alemania fue Christian Thomasius, que tuvo, sin embargo, la habilidad de hacerse pasar como un auténtico jusnaturalista en los ambientes de la nobleza prusiana. Pero la historia es siempre complicada, y la idea del derecho natural como un código detallado compuesto por verdades racionales permaneció con cierta firmeza. Quien más se distinguió, en la etapa iluminista, en esta doctrina fue Christian Wolff, que publicó ocho volúmenes sobre el derecho natural y de gentes. Durante la segunda mitad del siglo XVIII los conservadores volvieron a ganar terreno en los territorios alemanes, y fueron publicadas las obras de G. Achenwall, A. G. Baumgarten, L. J. Fr. Höpfner o B. C. Fr. Schott.⁸⁸²

En los ambientes de la Isla, algunos ingleses se sumaron al movimiento revolucionario, y tal fue el caso de Paine, Tyndal o Priestley. Frente a ellos reaccionaron los ideólogos conservadores, como fue el caso de Edmund Burke, a quien siempre se le puede reprochar —como en general a los legitimistas— que no supo apreciar lo que había de positivo en los movimientos revolucionarios, y este mismo juicio merecen los empeños de De Bonald, De

⁸⁸² Achenwall, *Prolegomena Juris Naturalis in usum auditorium*, 4a. ed., Gottingae, 1774; Baumgarten, *Jus Naturae*, Halae Magdeburgicae, 1763; Höpfner, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 2a. ed., Gießen, 1783; Schott, *Dissertationes Juris Naturalis*, Erlangen, 1784. Este “Philosophiae et Theologiae Doctor” se preocupó especialmente por la noción del deber. Achenwall fue un autor que influyó especialmente sobre Kant, ya que Kant explicó el *Naturrecht* basándose en esta obra de Achenwall.

Maistre, Adam Müller o Ludwig von Haller: basta leer los comentarios desdeñosos de Hegel en su *Filosofía del derecho* contra este último autor alemán. Estos teóricos quisieron volver al pasado por el pasado mismo, pretendiendo una especie de justicia o necesidad inmanente en lo que ya había sido, y no realizaron reflexiones propiamente jurídicas, pues en aquellos momentos todo el fundamento del derecho parecía diluido en consideraciones políticas a favor o en contra de los cambios recientes.

Lo realmente interesante en la literatura de lengua inglesa (sería más preciso decir escocesa) del siglo XVIII no fueron las obras revolucionarias ni las contrarrevolucionarias, sino las reflexiones sobre la ética y el derecho. Porque rara vez ha habido en la historia una secuencia de teóricos del derecho y de la ética con más sentido de la realidad, formación jurídica y buen escribir. Lord Shaftesbury, lord Kames, David Fordyce, Adam Ferguson, Francis Hutcheson, compusieron la mejor reflexión ético-jurídica que podemos encontrar en Europa durante la Edad Moderna. En un plano más propiamente jurídico, su talante fue continuado en el siglo XIX por James Lorimer y John M. Lightwood, a los que hay que añadir muchas páginas del siempre complejo John Austin. Por contra, Thomas Erskine Holland más pareció un teórico del Estado que no del derecho.

5. *El individualismo jurídico-político*

No estamos siempre ante corrientes que podamos señalar distintamente, porque unas y otras tienen elementos propios, pero también comunes, y si se diferencian desde unos puntos de vista, se asemejan desde otros aspectos. Desde luego, el gran triunfador, de hecho, del derecho natural moderno fue la categoría del 'estado de naturaleza', que hizo posible concebir imaginativamente un hombre aislado y autónomo proporcionando así la palanca para remover la sociedad política existente hasta entonces. Esta figura fue rechazada por los materialistas franceses y los conservadores ingleses, aquellos en nombre del Todo universal, en el que no existe ningún movimiento independiente, y éstos en nombre de la ciencia del derecho. Pero la Edad Moderna está asociada a la categoría del *status naturae*, e incluso los autores que, como J. J. Rousseau, se situaron en las antípodas de la Ilustración, la hubieron de adoptar para ser leídos. Se produjo un chantaje histórico más: o individualismo ético-político apoyado en los derechos naturales del hombre, o una actitud monárquica y antirrepublicana que hablaba de una ley natural eterna e inmutable que fundamentaba el derecho divino de los reyes: no hubo *media via*, y quienes quisieron hacer comprender la relativa

razón de unos y otros acabaron incomprendidos, como fue el caso de Jaime Balmes en España.⁸⁸³

Desde la primera actitud se hicieron las revoluciones, en nombre del derecho natural; esto es, de los derechos del hombre, y como la dinámica revolucionaria prescindió de sus padres, porque al hacer realidad las exigencias jusnaturalistas de la generación anterior se situó ella en el lugar de toda la historia, el derecho natural revolucionario se consumió a sí mismo, de modo que acabó en la letra de las leyes dictadas por la Revolución y el *Code Napoleon*. Estas nuevas leyes (que ya no eran llamadas ordenanzas ni pragmáticas, sino que se arrogaron sin discriminación de contenidos el nombre de *leges civiles*) se impusieron por la fuerza del Estado, y el movimiento de los derechos del hombre fue sustituido tendencialmente a lo largo del siglo XIX por el Estado fuerte de Rousseau.⁸⁸⁴ Frente a un Estado que ordenaba de arriba a bajo, como si toda la vida humana fuera cuestión de orden militar, los que no lo aceptaban opusieron la ley natural inmutable. Así, aquella variante nueva que apareció en su día en las manos de los últimos escolásticos españoles que hablaban de las naturalezas inmutables de las cosas se prolongó a través de Hugo Grocio y de la polémica contra el nominalismo de Samuel Pufendorf, en las manos de Mevius, Alberti, Ziegler, Veltheim y otros. Esta interpretación del derecho natural fue la recogida por los católicos del siglo XVIII que trataron el derecho natural, y este fue el caso de Ignatius Schwarz, Anselm Desing o Juan Francisco Finetti, para los que el origen directamente divino de la ley natural era un dato incuestionable. Esta es la doctrina del derecho natural que ha llegado al siglo XX.

⁸⁸³ Véase el estudio de Enrique V. de Mora Quirós, *La filosofía política de Jaime Balmes*, Universidad de Cádiz, 2003.

⁸⁸⁴ La reflexión político-jurídica anterior a la Modernidad había constituido una 'filosofía de las sustancias', como la hubiera llamado Hegel, porque entendía que cada hombre y grupo tenía su bien, y existía además un bien o interés específicamente social. De ahí el criterio del bien común. Ni aquellos bienes individuales anulaban el bien común, ni este a aquellos. Rousseau quiso cortar con esta dicotomía en la que el hombre se hallaba escindido cuando consideraba dos criterios posiblemente distintos para su conducta: el personal y el general, y estableció que la inteligencia o racionalidad era más asunto de la especie que no del individuo. Por ello, el bien de la comunidad es 'el' del hombre, que no dispone de otro criterio moral que de la *volonté générale*.

CAPÍTULO OCTAVO

LA CIENCIA NUEVA LLEVÓ HACIA EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO-POLÍTICO

Los juristas siempre hemos sido reacios al estudio de la filosofía, y es posible que las páginas que siguen cansen al lector. Pero he de trabajar así si quiero ser fiel a la historia, porque en el siglo XVII se produjo la primera gran revolución científica, y el nuevo método científico afectó también a los modos bajo los que fueron estudiados los fundamentos de la filosofía práctica, es decir, del derecho y de la moral.

Para situar este tema en un contexto más pedagógico, podemos abordar el problema desde su ángulo más sencillo, el que todos entienden inmediatamente, que es el de la relativización de las reglas que muestra la filosofía práctica, y el lector puede preguntarse por qué los Romanos, que no han pasado a la historia precisamente como ejemplo de virtudes, condenaron con tanta fuerza los adulterios o por qué tuvieron en tanta estima a la virginidad; si salimos del ámbito de la moral sexual, vemos que las propiedades estaban defendidas en Roma en mayor medida que hoy, o que el deshonor que recaía sobre el que no cumplía la palabra dada era mayor que la vergüenza que hoy puede producir este hecho. Usualmente se dice que hemos relativizado la moral, tanto la moral personal como la moral que ha de estar en la base mínima del derecho, pero no es un problema de relativizaciones; si alguien quiere una doctrina ética montada en buena medida sobre *relatives*, tiene a mano la filosofía práctica de Tomás de Aquino (tan poco estudiada y peor expuesta) y, obviamente, los cambios producidos en estos últimos siglos no se han debido a una profundización exagerada en la filosofía práctica tomista.

Alguien que tenga fe en la ideología del progreso perenne e irreversible puede pensar que estos cambios se han debido a la liberación de los prejuicios antiguos. Pero quien tenga ante su vista lo que sucede en España, es decir, el poco valor que se concede al incumplimiento de un contrato, la facilidad con que las personas públicamente relevantes que se han apropiado de dinero público cumplen pequeñas condenas sin devolver nada de lo ro-

bado, o el hecho de que haya sido preciso despenalizar el pago con cheques sin fondos, difícilmente verá en estos hechos muestras de progreso humano.

Pero el decurso de la historia reciente no se ha basado solamente en la impunidad ante las inmoralidades. Gracias al espíritu revolucionario y republicano hemos pasado de una sociedad estamental, con divisiones entre los ciudadanos que a veces lesionaban seriamente la dignidad humana, a una sociedad de *citoyens* iguales ante las leyes. El crecimiento económico y la mayor conciencia de la solidaridad han hecho nacer las instituciones de la seguridad social. El poder político actual está sometido a límites, de forma que la expresión Estado de derecho no designa solo el sometimiento de los gobernantes a las leyes, sino también la operatividad de exigencias éticas que sin duda dignifican la vida humana. Desde este punto de vista, el problema es implementar los valores revolucionarios, tan alegados como ocasionalmente descuidados.

Han cambiado bastante las facetas de la afectividad colectiva que están en la base de las instituciones jurídicas, y procede que nos preguntemos cómo ha sido posible este cambio. No hablo en pretérito, como si únicamente quisiera conocer, al modo de un historiador, lo que sucedió en otros tiempos. Ya que han cambiado los fundamentos de la ética social, hay que indagar si los nervios de las fuerzas humanas que hicieron posibles esos cambios siguen teniendo valor hoy. Y, lo que no es menos importante, si aquellos vectores de fuerzas de lo humano han alcanzado sus objetivos; pues los fallos que aquejan hoy a nuestra convivencia tanto se pueden deber a seguir direcciones equivocadas como a la insuficiente realización de las aspiraciones que se han quedado a medio camino. Si creemos en un Estado social y democrático de derecho, hemos de profundizar en lo contenido en los adjetivos de democrático y de social.

I. EL CAMBIO MODERNO DE LA CIENCIA

Hablo en este capítulo de los cambios científicos al tratar de la filosofía práctica, porque lo que podemos llamar tan imprecisamente ‘lo humano’ se cocina siempre en un solo puchero. Nuestra razón es tímida, poco segura de sí misma, y busca en cada momento los criterios que le permitan afirmarse como racionalidad de confianza. Aunque puede parecer algo paradójico, el problema histórico ha sido el de determinar cómo llega la razón a ser racional, y desde el siglo XVII hasta el siglo XX la razón se ha aferrado a los moldes del nuevo método científico, que, aunque pensado inicialmente para las ciencias ‘naturales’, pronto fue traspasado a las reflexiones sobre el dere-

cho y sobre la ética. Es más, un sector de ese movimiento tan amplio como fue la Escuela Moderna del Derecho Natural se adelantó a la proclamación definitiva del nuevo método, cosa que sucedió solamente con la publicación de los *Principia* de Newton; pues cuando Newton publicó, el mecanicismo ya estaba ampliamente desarrollado en parte de las nuevas teorías jusnaturalistas, unas teorías que, como destaca Javier Hervada, se erigieron en la filosofía, la ciencia y la moral (con tintes como religiosos) de los nuevos *progresistas* de la Edad Moderna.

Este jusnaturalismo hubiera sido impensable sin la ciencia nueva, la que inician Galileo y Descartes y culmina Newton. Corresponde a este momento de la exposición señalar, aunque solo sea muy groseramente, los rasgos más generales de aquel espíritu colectivo que se manifestó de formas tan diversas, pero siendo fiel a sí mismo.

II. UN PANORAMA DESALENTADOR

Aristóteles había propuesto dos momentos en la investigación científica: el primero consistía en estudiar directamente cada problema, dividiéndolo en sus elementos más básicos; el segundo momento llegaba cuando el investigador, ya seguro de lo que observaba en estos análisis, establecía una ley general, que expresaba las correspondencias observadas. Newton estableció los tres momentos de la investigación en el análisis, la formación de leyes, y la repetición del experimento bajo otras condiciones (verificación). La enseñanza de Aristóteles cumplía los dos primeros requisitos, porque no exigió la verificación de la ley. Galileo procedió como Aristóteles, y por esto se ha considerado incompleta su teoría científica, aunque algunos historiadores de la ciencia entienden que en Galileo la verificación estaba presente en todos los momentos del estudio, sin necesidad de constituir un momento distinto y separado.

El espíritu científico basado en los dos momentos del análisis-síntesis estuvo vivo en las Escuelas de derecho. En ellas, los alumnos, de la mano del profesor, se enfrentaban a los problemas prácticos que les venían ofrecidos por el Digesto y la Instituta. En las glosas que hacían entre las líneas comentaban cada palabra de significado dudoso, aunque fuera un simple adverbio o adjetivo; en las glosas al margen relacionaban el texto que estudiaban con otros lugares ‘parecidos’. De la mano de la literalidad de las palabras analizaban cada texto llevándolo hasta sus elementos más básicos, y solo en un momento posterior relacionaban el texto estudiado con otros pasajes del Corpus Juris según la técnica de los ‘lugares paralelos o contrarios’. Así

buscaban “*Illa aequitas quae in paribus casibus paria jura desiderat*”. El casuismo del derecho de Roma les evitó caer en la trampa de los conceptos generales y los acostumbró al estudio de lo más concreto y cotidiano; para un jurista del siglo XIII era sencillamente evidente que había de hincar su estudio en un caso concreto, y que solamente más tarde estaba en condiciones de relacionar ese problema con otros casos parecidos o análogos. El estudio del derecho era un estudio de lo concreto, y solo mediante la ‘analogía’ podía el jurista formar conexiones de sentido más amplias.

Pero éste fue el ambiente científico de las Escuelas de derecho, no el que dominó en las restantes escuelas bajomedievales. Ya indiqué que los juristas, precisamente por su afincamiento en la cotidianidad, fueron vistos por los estudiantes de las otras escuelas como hombres *rudi* o *rustici*, brutos, en una palabra. Los estudiantes de artes, en cambio, estudiaban las categorías de la lógica, de la dialéctica y de la retórica; aprendían a hacer distinciones y a combinar conceptos, y entendían que esta capacidad los volvía *subtiles*, espíritus finos o cultos. Nadie sabe explicar el porqué de este intelectualismo propio de la Baja Edad Media. Es bien sabido que quien estudia obras filosóficas, lógicas o teológicas de este tiempo se sumerge en un mar de consideraciones abstractas, que poco le dicen sobre la vida real de las personas que redactaron o leyeron esos libros. Esta tendencia hacia el momento más intelectual de la vida humana les hacía apreciar más los estudios de lógica que no los de derecho, y de ahí la enemistad gremial y secular entre los estudiantes de derecho y los de las otras Escuelas.

Pronto aparecieron en los libros escolares estratos de conceptos generales bien articulados lógicamente, y sobre estos primeros estratos se formaron otros sedimentos conceptuales más refinados, siempre desde el punto de vista de la lógica. Su método no fue inductivo, sino el más intelectual, el deductivo. Amaron los axiomas y despreciaron la ‘vileza de lo singular’. En sus dos ciclos escolares estudiaron ciencias especulativas, tales como la lógica, la dialéctica o la geometría; en menor medida, ciencias más próximas a la cotidianidad humana, como la música o la retórica. No tuvieron disciplinas que se ocuparan de lo que hoy llamamos ciencias naturales, ni tampoco la ética (aunque fuera comprensiva de la moral y del derecho) llegó a constituir una asignatura independiente. Esto conllevó que las ciencias naturales y la ética fueran estudiadas desde el punto de vista de los conceptos más generales cuyos posibles contenidos se desgranaban axiomáticamente.

La doctrina aristotélica hubiera debido ser suficiente para crear una ciencia analítica-deductiva, pero sucedió que la mayor parte de los autoproclamados aristotélicos no fueron fieles al espíritu de su maestro. Notemos que la corriente aristotélica fue amplia: en el primer milenio la Escuela de

Alejandría estudió profunda y extensamente sus obras, y los alejandrinos produjeron obras de especial calidad, ante todo la de Alejandro de Afrodiasias. Pero a partir del renacimiento cultural que se produjo en el siglo XI, la suerte de las enseñanzas de Aristóteles fue muy dispar: casi todos hablaron de él, pero pocos lo habían leído, y eran aún menos los que lo habían entendido. Existieron dos autores fiables en su interpretación, uno Tomás de Aquino (siglo XIII) y otro Konrad Koellin (siglo XVI), pero el resto de la escolástica se dividió entre los discípulos de Scoto —a los que podemos llamar los Nominales— y los ‘tomistas’: estos últimos, ¿fueron fieles al espíritu de Tomás? Vitoria, Soto, Báñez, Caño, Zumel, Navarrete, etcétera, ¿pueden ser llamados discípulos del de Aquino? Es un tema demasiado difícil para exponerlo de una forma general.

Este tema se acabó de complicar a lo largo del siglo XVI, cuando se fue afianzando la corriente racionalista que observamos en Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez, y fueron muchos los que dieron completamente la espalda a la faceta experimental de la ciencia y se entregaron a hacer juegos lógico-conceptuales creyendo que a través de la trabazón rígida entre los conceptos desvelaban el secreto del mundo. Se incrementó una nueva profesión: la de los ‘pensadores’ que sin moverse de su mesa de trabajo, mediante asignaturas que llamaron psicología, cosmología, etcétera, exponían conjuntos conceptuales que pretendían ser completos. Generalizaron un estilo aparentemente aristotélico que jugaba con las nociones de las cuatro causas, del intelecto agente, con las categorías de potencia y acto, materia y forma, de los esquemas gramaticales de sujeto-verbo-predicado o sujeto-verbo-complemento directo, con los siete tipos de conjunciones gramaticales, etcétera, todo ello sin contacto con la realidad conocida. Produjeron algo así como una filosofía de conceptos, en la que las combinaciones lógicas daban lugar a nuevas ideas, que suponían científicas por el rigor lógico que las enlazaba unas con otras. Esto motivaba un estancamiento de la investigación, y, lo que quizá era peor, las inteligencias estaban satisfechas en un quehacer normalmente inútil, sin ocuparse de investigar la realidad más directamente.

Sir Francis Bacon denunció lúcidamente y en tono muy general los problemas que acarrearía esta actitud. Él sabía que Aristóteles había propuesto un método ante todo analítico, y se quejaba de que los escolásticos obtenían conceptos desde el estudio de lo singular, pero pasaban con demasiada rapidez al desarrollo axiomático de los primeros conceptos obtenidos mediante el análisis. Según él, faltaba la atención suficiente al estudio de lo concreto y de los pasos intermedios que van desde los axiomas primeros a las conclusiones finales. Bacon no era muy original: desde el siglo XVI, los astrónomo-

mos estaban consiguiendo resultados espectaculares aplicando las matemáticas al conocimiento de los movimientos de los astros, y Copérnico había mostrado un mundo de posibilidades impensables desde el deductivismo de la ciencia al uso entonces.

III. RENATO DESCARTES PUSO LAS BASES DEL NUEVO SABER TEÓRICO Y PRÁCTICO

Renato Descartes estudió en el colegio de La Flèche estos manuales, que no lograron conquistar sus simpatías. Él era un espíritu inquisitivo y libre, y a partir de un momento de su vida decidió dedicarse a la investigación de la verdad. Nos dice de sí mismo: “Yo he nacido, lo confieso, con un espíritu tal, que el mayor placer de los sentidos ha consistido siempre para mí, no en escuchar las razones de los otros, sino en ingeniármelas yo mismo por descubrirlas”.⁸⁸⁵

La innovación cartesiana fue total, pues no propuso solamente una filosofía nueva, al modo como decimos que Scoto propuso una filosofía distinta de la de Tomás de Aquino, sino que cambió el método de la filosofía, y le asignó un objeto nuevo, mucho más reducido que anteriormente.

1. *Dos dificultades motivaron ante todo el cambio científico*

Descartes nos dice sobre estos autores escolásticos decadentes:

Asimismo vemos que casi nunca ha ocurrido que uno de los que siguieron las doctrinas de esos grandes ingenios haya superado al maestro: y tengo por seguro que los que con mayor ahínco siguen hoy a Aristóteles, se estimarían dichosos de poseer tanto conocimiento de la naturaleza como tuvo él, aunque hubieran de someterse a la condición de no adquirir nunca un saber más amplio. Son como la hiedra, que no puede subir más alto que los árboles en que se enreda y muchas veces desciende después de haber llegado hasta la copa; pues me parece que también los que siguen una doctrina ajena descienden, es decir, se tornan en cierto modo menos sabios que si se abstuvieran de estudiar; los tales, no contentos con saber lo que su autor explicaba ininteligiblemente, quieren además encontrar en él las soluciones de varias dificultades, de las cuales no habla y en las cuales acaso nunca pensó. Sin embargo, es comodísima esa manera de filosofar para quienes poseen ingenios muy medianos, pues la oscuridad de las distinciones y principios que usan, les

⁸⁸⁵ *Reglas para la dirección de la mente*, trad. de Francisco de F. Samaranch, Buenos Aires, Aguilar, 1981, pp. 80 y 81.

permite hablar de todo con tanta audacia como si lo supieran, y mantener todo cuanto dicen contra los más hábiles y los más sutiles, sin que haya medio de convencerles.⁸⁸⁶

No cree imprescindible ir rebatiéndolos punto por punto, y nos explica que “Para esto no será necesario que vaya examinándolas una por una, pues fuera un trabajo infinito, y puesto que la ruina de los cimientos arrastra necesariamente consigo la de todo el edificio, bastará que dirija primero mis ataques contra los principios sobre los que descansaban todas mis opiniones antiguas”.⁸⁸⁷ Aunque en realidad Descartes no solamente se dirigía contra los aristotélicos indicados, sino contra Aristóteles y toda la sabiduría antigua y medieval, porque no veía fecundidad en unos métodos que habían llevado a tales abusos.

Existe otro punto, quizá tan decisivo como el expuesto, que habitualmente es poco conocido. La Baja Edad Media supuso un avance tecnológico grande: los bárbaros que comenzaron el segundo milenio apenas sabían construir un edificio digno de este nombre, pero en poco tiempo estaban levantando las catedrales románicas y góticas. Aplicaron inteligentemente la geometría y la aritmética a sus necesidades, y se convirtieron en expertos matemáticos y geómetras prácticos. La obra de geometría universalmente conocida y aceptada eran los *Elementos* de Euclides, del siglo III a. C., que expresan puro sentido común: si había motivo para dudar de Euclides, entonces se podría cuestionar si el sol sale todos los días. Además, esta obra de Euclides posee tal unidad lógica que si se duda de algunos de sus axiomas o postulados cae toda ella.

Pero los problemas con la geometría euclidiana comenzaron pronto, porque existen axiomas de Euclides que, formalizados matemáticamente, llevan a contradicciones, y tal cosa sucedía especialmente con el postulado V, que trata de las líneas paralelas, y, en otro orden, con la noción de simultaneidad. Ignoro cuándo comenzó la ciencia escolástica a percatarse de estas incongruencias matemáticas de Euclides, pero, desde luego, muy pronto, ya en el siglo XII, aquellos escolásticos supieron que lo que es evidente para los sentidos (las líneas paralelas) conducen a absurdos cuando hay que explicarlas y desarrollarlas matemáticamente.⁸⁸⁸ Pero ¿se puede dudar de

⁸⁸⁶ *Discurso del método*, trad. de M. García Morente, México, Espasa-Calpe, 1982, pp. 90 y 91.

⁸⁸⁷ *Reglas...*, *cit.*, p. 116.

⁸⁸⁸ Alejandro de Hales, en el siglo XIII, dudaba de la adecuación de la geometría a la matemática, y nos escribía que “Similiter de Geometria; non enim videtur, quod sensibiles lineae sunt tales, quales sunt illae, de quibus determinati cum enim omnis scientia sit circa

que existen líneas paralelas, y de que dos cosas suceden al mismo tiempo? Porque si cuestionamos esto no hay más remedio que poner en entredicho las percepciones más intuitivas que nos proporcionan los sentidos. Los medievales no se preocuparon gran cosa de estas contradicciones, porque ellos seguían por lo general el criterio del *subjecta materia*, y entendían que cada realidad conocida exigía su propio método, y solo se dejaba conocer en cierta medida, de modo que el conocimiento de algunas realidades era más exacto, o más preciso, que los de otras cosas. Pues tanto Aristóteles como Tomás de Aquino habían reiterado que “No podemos buscar la misma certeza en todos los conocimientos”, y que hay que conformarse con saber lo que sucede habitualmente, aunque esto pueda fallar a veces. Era la misma capacidad evidente o noérgica de lo presentado a la conciencia interna la que determinaba por sí misma el contenido del conocimiento y el método para alcanzar estos contenidos. Al existir diversos cauces epistemológicos, todos ellos con la misma autoridad, no erigieron a una ciencia en concreto como el prototipo o la medidora de la corrección de las otras. La pretensión de unificar las ciencias tomando como criterio máximo a una sola de ellas es humanista, más bien del siglo XVI.

Reparemos más expresamente en el problema latente en el fondo de esta cuestión: la vista nos hace conocer las líneas paralelas, y el sentido común nos hace ver que dos cosas suceden simultáneamente. Pero la aritmética nos muestra que las líneas paralelas no pueden existir: son absurdas matemáticamente. En esta oposición entre lo que nos muestran los sentidos y la evidencia de la racionalidad (matemática), ¿por qué tipo de saber hay que tomar partido?

Descartes decidió erigir a la matemática en el modelo de todos los conocimientos, y nos indica, en pleno *Discurso del método*, que “Puesto que los sentidos nos engañan, a las veces quise suponer que no hay cosa alguna que sea tal y como ellos nos la presentan en la imaginación; y puesto que hay hombres que yerran al razonar, aún acerca de los más simples asuntos de geometría, y cometen paralogsismos...”.⁸⁸⁹ Esos hombres no eran personas concretas, a las que pudiera acusar de poca ciencia o poco rigor: uno de

rerum, et multa, quae dicit Geometra, non sunt vera, in sensibilibus lineis, videtur quod aliae sunt lineae Geometriae, aliae sensibiles, et aliae figurae ambarum: multo enim rectum de numero sensibilibus, nec rotundum est tale, quale est illud, de quo determinat Geometra, quia non habent proprietates illius: circulus enim secundum Geometram tangit planum in puncto; circulus autem sensibile non tangit res, hoc est planum in puncto; ita quod aliae sunt proprietates verum Mathematicarum, et aliae et rerum sensibilibus”. In *Duodecim Aristotelis Metaphysicae Libros dilucidissima Expositio*, Venetiis, 1572, p. 60-D. El tema ya lo había introducido en la p. 8-A.

⁸⁸⁹ *Reglas...*, cit., p. 61.

ellos era él mismo, porque “Las artes mismas de la aritmética y de la geometría, aún cuando sean las más ciertas de todas, son sin embargo una fuente de error... ¿Qué géometra, a pesar de sus principios, no oscurece la evidencia de su objeto juzgando que las líneas carecen de anchura y las superficies de profundidad?”⁸⁹⁰ Esto era una declaración de guerra contra Euclides.

No perdamos de vista el terreno en el que se originó esta discusión, que fue el geométrico-matemático. Descartes dudaba de las verdades de la geometría y de las matemáticas, no de si él estaba sentado junto al fuego. Aunque bien es verdad que, llevado por la propia dinámica de su filosofía, pronto decidió aplicar su duda metódica a todo lo que conocemos.

2. Res cogitans y res extensa: *quedaron separados el sujeto que conoce y la realidad exterior al sujeto*

Frente a este engaño era preciso que el sujeto cognoscente se distanciara de lo que conoce y reflexionara sobre la forma de conocer. Por eso escribe que

Hay que admitir respecto a esto que el entendimiento no puede ser engañado por ninguna experiencia, con la sola condición de que posea la intuición precisa de lo que le es presentado... y con la condición además de que no juzgue que la imaginación reproduce fielmente los objetos de los sentidos, ni que los sentidos se visten de las verdaderas figuras de las cosas, ni, finalmente, que las cosas exteriores son tales como se nos aparecen... nunca afirmaré que eso mismo ha pasado por entero y sin sufrir ningún cambio de las cosas exteriores a los sentidos y de los sentidos a la fantasía.⁸⁹¹

La crisis moderna de la filosofía y de la ciencia estuvo motivada ante todo por la crisis de la geometría tradicional. Pero del hecho contrastado de que nos engaña la intuición de los cuerpos en el espacio no deduce Descartes que el testimonio de los sentidos sea siempre inútil:

Pero aunque los sentidos nos engañen a veces, acerca de cosas muy poco sensibles o muy remotas, acaso haya otras muchas, sin embargo, de las que no puede dudarse razonablemente, aunque las conozcamos por medio de ellos: como son, por ejemplo, que estoy aquí, sentado junto al fuego, vestido con una bata, teniendo este papel en las manos, y otras por el estilo. ¿Y cómo negar que este cuerpo y estas manos sean míos, a no ser que me empareje a algunos insensatos, cuyo cerebro está turbio y ofuscado?⁸⁹²

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 128.

⁸⁹¹ *Ibidem*, pp. 102 y 103.

⁸⁹² *Meditaciones metafísicas*, trad. de M. García Morente, México, Espasa-Calpe, 1982, p. 116.

La filosofía aristotélica había mantenido que ‘La razón es medida por las cosas’ y que el hombre tiene tantas potencias o facultades cognoscitivas como tipos de cosas ha de conocer, con lo que suponía como adecuación natural entre el sujeto cognoscente y los objetos conocidos. Tomás de Aquino, que posiblemente conocía ya las limitaciones matemáticas cuando las matemáticas eran aplicadas a la geometría, se había mostrado reiteradamente poco optimista sobre las posibilidades de conocer la realidad física. Pero Tomás no se había retirado a la interioridad de la razón, mediante la reflexión sobre el propio yo, para dar una respuesta al problema del conocimiento. Descartes, por el contrario, dedicó toda una obra, las *Meditaciones metafísicas*, a la reflexión introspectiva del yo sobre sí mismo. Siguiendo posiblemente lo que le parecía el sentido común, Renato Descartes mantuvo que “En el conocimiento no hay más que dos puntos, a saber: nosotros que conocemos, y los objetos, que son conocidos”.⁸⁹³ Lógicamente, el trabajo del científico ha de comenzar por la investigación de la capacidad cognoscitiva humana: “El conocimiento del entendimiento es el primero de todos, pues de él dependen todos los demás conocimientos”.⁸⁹⁴ Posiblemente esto era una falacia básica, pues Hobbes demostró, pocos años más tarde, que si dudamos de los objetos que son conocidos, hay las mismas razones para dudar de la existencia de una razón o entendimiento que conoce. Tomás de Aquino había expresado reiteradamente que conocemos los objetos conocidos, pero que no podemos conocer lo que sea en sí nuestro mismo conocimiento. Pero la suerte estaba echada, y Descartes entendió que el hombre posee tres tipos facultades o potencias: el entendimiento o razón, la imaginación, y los cinco sentidos.⁸⁹⁵

Descartes exige una sola ciencia de certeza apodíctica que no debe admitir nada que no sea necesariamente verdadero.⁸⁹⁶ Pero lo ‘necesariamente verdadero’ es muy poco en el conjunto de los conocimientos humanos, y esto implicaba ante todo una reducción enorme de lo que el ser humano podía conocer, por lo que Descartes titula la regla II de sus *Regulae ad directionem ingenii* como “Solamente hemos de ocuparnos de aquellos objetos para cuyo conocimiento cierto e indubitable parezcan ser suficientes nuestras mentes”.⁸⁹⁷ Porque él cree (quizá considerando que el sujeto que conoce es siempre uno y el mismo) que todos los conocimientos han de ser igual de

⁸⁹³ *Reglas...*, cit., p. 89.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁸⁹⁵ *Idem*.

⁸⁹⁶ *Meditaciones metafísicas*, cit., p. 124.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 36.

exactos,⁸⁹⁸ y exige una ciencia unitaria en la que las matemáticas han de constituir el soporte.⁸⁹⁹ Todas las ciencias constituyen en su conjunto la sabiduría humana, que es siempre una, por muy grande que pueda ser la diversidad de temas de los que trata.⁹⁰⁰ La intuición de Descartes, que es antigua, y de la que encontramos ya trazas en el siglo anterior, consiste en suponer “Que todas las ciencias están ligadas entre sí de tal manera que es mucho más fácil aprenderlas todas juntas que separar una de ellas de las otras... Las ciencias están todas unidas entre sí y dependen las unas de las otras”.⁹⁰¹

Descartes reintrodujo al hombre en el interior de sí mismo; es decir, en el conocimiento y elaboración de las ideas sencillas y simples que cada sujeto encontraba en su interior. Recluido en su propio interior, él se encontró a sí mismo como un ser pensante, de forma que se atrevió a expresar “Yo soy porque pienso”. Pero el pensamiento no es algo privativo suyo, sino común a todos los hombres, por lo que vino a decir “Somos porque pensamos”. El hombre, en tanto que hombre, es pensamiento, *res cogitans*; lo que permanece fuera de la cosa pensante —es decir, fuera de la razón humana— es pura extensión material, *res extensa*. Llevado por su afán de coherencia, se vio forzado a separar las percepciones que nos llegan desde la *res extensa*, a través de los sentidos, de los pensamientos que componen la *res cogitans*. No le faltaron motivos para proceder así: a comienzos del siglo XVII todos sabían que —en contra de la evidencia que nos proporciona la vista— no era el Sol el que giraba en torno a la Tierra. Los astrónomos habían teorizado sobre el espacio infinito, y el espacio infinito es una idea incomprensible o absurda para la razón humana. Lo mismo sucedía con otras ‘evidencias científicas’. Fue comprensible que él buscara un criterio nuevo para discernir lo que era verdad de lo que componía simple sabiduría popular. Él encerró al hombre en el interior de su racionalidad: de puertas para adentro, la razón conoce cuerpos simples, y no puede dudar de su objetividad o validez racional: no objetividad en absoluto, como afirmaban los escolásticos, como Molina o Suárez, sino objetividad simplemente para la mente. Siguiendo viejas incitaciones de la Escuela de los nominales, puso las bases para separar al hom-

⁸⁹⁸ “Los conocimientos de las cosas no deben ser considerados más oscuros unos que otros, puesto que todos son de la misma naturaleza y no consisten más que en una composición de cosas conocidas por sí mismas”. *Reglas...*, *cit.*, p. 108.

⁸⁹⁹ “Advertirá con facilidad que en nada pienso yo menos aquí que las Matemáticas ordinarias y que estoy exponiendo otra disciplina de las que ella son la vestidura más bien que las partes. Esta disciplina debe contener los primeros rudimentos de la razón humana y extender su acción hasta hacer brotar las verdades de cualquier tema”. *Ibidem*, p. 49.

⁹⁰⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 35.

bre de su entorno exterior, y el ser humano quedó encerrado en un mundo puramente simbólico de ideas claras y simples, cuya validez no podía ser puesta en duda.

Se vio abocado a *separar* la cosa pensante de la cosa extensa, y esta separación planteó con el tiempo más problemas que problemas resolvía.⁹⁰² Cuando la mecánica clásica, formada entre Galileo, él mismo y Newton entró en crisis a comienzos del siglo XX (Planck, Heisenberg), hemos descubierto que los movimientos que estudia la física no son siempre mecánicos, y que la *res extensa* aparentemente siempre al margen de la razón, está plagada de formas distintas, por lo que es mucho más pensante de lo que afirmó el mecanicismo moderno.

IV. DESCARTES Y EL CONSTRUCTIVISMO POLÍTICO-JURÍDICO

Aristóteles había propuesto una forma de proceder resolutivo-compositiva, de forma que al estudiar la ciudad y la convivencia política era preciso ir hasta los individuos. Pero el análisis aristotélico individualista no tenía pretensiones totalitarias, pues si es cierto que la ciudad se compone de personas que pueden ser consideradas una a una, no es menos cierto que esas personas no se nos presentan siempre en su estricta individualidad, sino también como padres, maridos, amigos, propietarios, etcétera. No solía partir desde los individuos solitarios, porque no es esto lo que siempre nos manifiesta la experiencia. Su noción de naturaleza humana se basaba indistintamente en las personas como individuos (*persona ut persona*) y en las personas revestidas de sus condiciones de padres o propietarios, las *personas jurídicas*.⁹⁰³

Pero Descartes, en su empeño de encontrar en el interior de su mente las ideas más simples de las que nadie pudiera dudar, entró por un camino

⁹⁰² Entre otros problemas, Descartes destacó al hombre como un ser conocedor, no como un ser moral. Véase Beuchot, *Derechos humanos...*, cit., pp. 21 y 22. Su tendencia a axiomatizar desde los primeros principios sentó las bases para los constructivismos ético-jurídicos.

⁹⁰³ Bártolo de Sassoferrato, en el siglo XIV, ya escribía que “Pro solutione hujus contrarii distinguitur, secundum Guglielmum Ant. consideratur persona ut persona: et tunc una persona non potest sustinere vice plurium personarum. Aut consideretur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem se competuntur, aut non. Primo usu potest sustinere vice plurium”. Cfr. *Corpus Juris Civilis, cum Commentariis Accursii...* Reprint de O. Zeller, Osnabrück, 1965, de la ed. de Lyon de 1628. Se trata de una *additio* de Bártolo a la glosa “a” de Accursio al Digesto, l. I, tit. VII, “Si consul”.

John Austin reparaba en que la persona del derecho romano y del *jus commune* nada tenía en común con la noción de persona que habían propuesto los jusnaturalistas de la Edad Moderna. Véase *Lectures on Jurisprudence...*, cit., p. 68.

disolvente de las relaciones sociales, y en general humanas. No es que él estudiara la sociedad —no se preocupó especialmente de las cuestiones políticas o jurídicas—, pero sí puso las bases metódicas para proceder de este modo. Él nos indica que “El orden que he llevado en esto ha sido el siguiente: primero he procurado hallar, en general, los principios o causas primeras de todo lo que en el mundo es o puede ser”.⁹⁰⁴ La averiguación de estas primeras causas más generales implicaba ante todo centrar la atención en una cuestión, abstraerse de todo concepto superfluo, reducirla a su mayor simplicidad, y dividirla en partes tan pequeñas como sea posible, enumerándolas.⁹⁰⁵ Estas partes más pequeñas son, en las ciencias del hombre, los individuos. Su método será el siguiente, guiado por estos principios:

Fue el primero en no admitir como verdadera cosa alguna como no supiese con evidencia que lo es... el segundo, dividir cada una de las dificultades que examinare en cuantas partes fuera posible, y en cuantas requiriese su mejor solución. El tercero, conducir ordenadamente mis pensamientos, para ir empezando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ir ascendiendo, poco a poco, gradualmente, hasta el conocimiento de los más compuestos.⁹⁰⁶

Pensemos en el enorme valor de esta teoría para la filosofía sobre el derecho, que desde entonces comenzará su estudio por los individuos en su supuesto más simple, esto es, aislados.

Pero en este proceso tropieza con una dificultad: ¿cómo saber qué es lo más simple? “Caer en la cuenta de qué es lo más simple... contiene el principal secreto del arte”.⁹⁰⁷ Él confía ante todo en la intuición interna, que es ese conocimiento directo que tenemos sobre una cosa, y que se impone al espíritu con tal evidencia que no es posible dudar de que existe tal cosa, y que esa cosa es tal como la percibimos. La filosofía de Descartes se basa en la intuición interna en la razón, que es el único conocimiento —según él— que no nos lleva al error.⁹⁰⁸ Mediante la intuición captamos verdades absolutas: “Llamo absoluto a todo aquello que contiene en sí la naturaleza pura y simple que es objeto de una cuestión: por ejemplo, todo lo que se mira como independiente, causa, simple...”.⁹⁰⁹ Necesitamos una intuición

⁹⁰⁴ *Discurso del método, cit.*, p. 87.

⁹⁰⁵ *Reglas..., cit.*, p. 111.

⁹⁰⁶ *Discurso del método, cit.*, p. 49.

⁹⁰⁷ *Reglas..., cit.*, p. 56.

⁹⁰⁸ “Hemos dicho ya que sólo en la intuición de las cosas, bien sean simples, bien sean unidas, es donde no hay error”. *Reglas..., cit.*, p. 113.

⁹⁰⁹ *Reglas..., cit.*, p. 57.

‘clara y distinta’ de cada cosa, y hemos de limitar nuestro conocimiento a lo que podemos conocer así.⁹¹⁰

Él tomó como modelo a la aritmética y a la geometría,⁹¹¹ y se hizo el propósito “de no recibir cosa alguna por verdadera que no me pareciese más clara y más cierta que las demostraciones de los geómetras”.⁹¹² Apreciaba especialmente a estas dos ciencias por los objetos ‘puros y simples’ que manejaban,⁹¹³ tan simples y puros, que eran captados con toda facilidad bajo los sentidos: “No hay nada que caiga más fácilmente bajo los sentidos que la figura: se la toca, en efecto, y se la ve”.⁹¹⁴ Lo mismo sucede con los números.⁹¹⁵ Así habría que componer una ciencia nueva, una *Mathesis universalis*, que buscaría el orden y la medida en cualquier cosa.⁹¹⁶ Tenía gran confianza en este método, porque ya estaba dando grandes resultados y, según su propia confesión, quería que toda la humanidad se beneficiara de él. Se trataba de una prueba circular que, en última instancia, se justificaba por su éxito.⁹¹⁷

El mos geometricus sustituyó a la ciencia del derecho

Descartes, ante todo con su actitud personal, volvió desinhibida a la imaginación científica. Hasta el siglo XVII la ciencia había estado vinculada a las autoridades, ante todo a la autoridad de cada objeto que debía ser conocido. Aunque la metafísica de Aristóteles y algunos tratados medievales de dialéctica habían intentado mostrar la retícula necesariamente común a todo lo conocido, para la mentalidad de la Antigüedad cada objeto se imponía al observador con fuerza imperiosa. La mente humana había estado más ligada a los datos plurales de cada realidad jurídica, porque uno era el camino a seguir para conocer los derechos de un padre, y otro para conocer las diversas posibilidades de la contratación. Cada cosa poseía su propio

⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 79.

⁹¹¹ *Ibidem*, p. 38.

⁹¹² *Discurso...*, *cit.*, p. 69.

⁹¹³ *Reglas...*, *cit.*, p. 40.

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁹¹⁵ *Discurso...*, *cit.*, p. 50.

⁹¹⁶ *Reglas...*, *cit.*, p. 53.

⁹¹⁷ “Si alguna de las cosas de las que hablo al principio de la *Dióptrica* y de los *Meteoros* producen extrañeza, porque las llamo suposiciones y no parezco dispuesto a probarlas, téngase la paciencia de leerlo todo atentamente, y confío que se hallará satisfacción, pues las razones se enlazan unas con otras de tal suerte que, como las últimas están demostradas por las primeras, que son sus causas, estas primeras a su vez lo están por las últimas, que son sus efectos”. *Discurso...*, *cit.*, p. 96.

método de aproximación, y se dejaba conocer solo hasta donde ella dejaba. Esto permitía mantener simultáneamente afirmaciones aparentemente contradictorias, como que todos los hombres son libres por derecho natural, y que el padre está sin embargo obligado —también por el derecho natural— a la *educatio* de sus hijos: eran realidades antitéticas pero igualmente racionales porque surgían desde las racionalidades de lo estudiado.

Pero las pretensiones de los humanistas ya se acomodaron mal a este pluralismo epistemológico. Vimos que los renacentistas quisieron un método claro, sencillo y uniforme, en el que los enrevesamientos propios de la ciencia del derecho fueran sustituidos por un cuerpo de normas extraído desde la sola razón. La incipiente mentalidad moderna reclamaba unidad, ante todo en el campo estrictamente científico, y Renato Descartes fue el primer teórico de la ciencia que ofreció a su época lo que ella pedía: él proporcionó un criterio unitario de la racionalidad observadora, que también podía ser aplicado a los temas humanos. Propuso un criterio de justificación que, por la fuerza de su propia evidencia, ofrecía tanto el método a seguir como los objetos que concretamente podían ser conocidos; pues se trataba de un método que, en virtud de las limitaciones que él ponía, determinaba autoritariamente lo que podía ser estudiado. Descartes buscó evidencia, aunque no en el sentido dominante hasta entonces, que encontraba tal evidencia en la inmediatez de los objetos proporcionados por los sentidos, sino de otra forma más interior y, según él, más precisa. Era un método que creaba por sí mismo sus objetos, a veces contra de la evidencia de lo conocido en la cotidianidad. Al oponer la evidencia interior a la evidencia de lo conocido sensorialmente, rompió con el sentido común que es más inmediato al ser humano, y desde él la filosofía adquirió un tono algo misterioso y paradójico.

El *mos geometricus* se desarrolló mediante síntesis a priori que escondían definiciones genéticas. Este modo de trabajar requería situar en el comienzo de la argumentación un dato que tanto era positivo como negativo. Era positivo porque afirmaba la existencia de individuos en el estado de naturaleza; era negativo porque, por la sola presentación de estos individuos, el autor constructivista introducía una carencia necesariamente presente en esas personas así entendidas. Se trataba de una sola carencia, igual para todos los hombres: reitero que esta unidad de perspectiva era imprescindible. Desde la índole de los hombres ya presentados, y desde el carácter de la carencia o necesidad propia de estos hombres, cada autor *construía*, paso a paso, fundamentando cada teorema nuevo en el contenido (carenencial) propio del teorema anterior. Por eso se dice que fueron desde el punto a la línea, de esta a la figura. Si el lector de estas obras se pregunta sobre cuál es

la ‘fuerza’ (por decirlo así) que hace avanzar el razonamiento desde un paso o teorema al siguiente, debe entender que la definición inicial del hombre, ya anticipada de una sola vez —de ahí que podamos hablar de síntesis a priori—, presenta unas carencias que, precisamente por su carácter de necesidades, son exigentes, ya que las necesidades que han de ser resueltas crean —mediante la figura más amplia del *horror vacui*— como una ‘succión’ del teorema anterior en el posterior: este último atrae hacia sí a los pasos anteriores. Superficialmente se podría pensar que los datos iniciales recaban por sí mismos los desarrollos argumentativos posteriores; esto es cierto, pero solo a condición de tener en cuenta que estos datos primeros son auténticos factores o autores de los razonamientos subsiguientes, de forma que los inicios cumplen la función de ser una meta final que atrae hacia sí activamente a los datos primeros.⁹¹⁸

⁹¹⁸ Una vez que el derecho fue identificado con un sector del espacio humano ya estaban puestas las bases para la geometrización del derecho, pues el filósofo contaba con los puntos —actos de voluntades— y con las líneas o vectores de fuerza —las leyes creadas mediante las voluntades— para producir las figuras, de modo que orientara esos puntos de formas admisibles socialmente. Es preciso pasar desde el punto a la línea, desde esta a la figura, desde la figura a la extensión determinada. Esto es, el *mos geometricus* implica un movimiento para avanzar o construir, y lo más procedente es aludir a cómo se produce o qué es ese movimiento. Sabemos que está operativa una retroalimentación permanente que proviene desde el fin último que quiere alcanzar cada investigador (la figura que acota la extensión), de modo que una vez que el filósofo argumenta ya ha caracterizado a los elementos iniciales (los puntos) de la forma más adecuada para la consecución de su finalidad.

En esta forma de trabajar todos los movimientos han de ser binómicos, modelados sobre el sí/no, es decir, sobre una afirmación y su negación. El primer momento, que es el de la igualdad de los puntos en el espacio monomorfo, ya está puesto; solo queda negarlo. Este es el punto de partida de las teorías de la justicia actuales. Rawls, por ejemplo, trata de introducir a sus lectores en una ratonera lógica, en la que la primera vivencia desplaza a otra vivencia primera; es decir, el deseo de igualdad se ve contradicho por las desigualdades existentes, o son estas desigualdades las que fuerzan la emergencia del deseo de la igualdad individual. Es necesario en este tipo de pensamiento ‘poner’ dos puntos o cualidades humanas irreductibles y mutuamente excluyentes, por lo que son argumentaciones *ex terminis*, es decir, determinadas concluyentemente, y sin otra vía de escape; porque la negación de un punto o término ha de suponer necesariamente la exclusión negativa del otro: de ahí su capacidad persuasiva para quien ha aceptado algún tipo de estos planteamientos *ex terminis*.

El lector atrapado en ellos irá de un lado para otro sin encontrar una respuesta que no sea la negación de lo que ha sido puesto en primer lugar. Algunos politólogos hablan actualmente del Estado paternalista-perfeccionista (que nos fuerza a todos para actuar ‘bien’) y del Estado humanista-permisivista: quien haya aceptado este planteamiento habrá caído en un dilema ya que, decida lo que decida, decidirá mal, aunque —cso sí— decidirá con gran rigor lógico. Condición *sine qua non* de estos planteamientos teóricos es adelgazar extraordinariamente los términos del problema propuesto, de modo que el lector solo pueda contestar un sí/no o un no/sí.

Al final del proceso, todo ‘encaja’. Este tipo de métodos suelen tener éxito de público porque proporcionan una imagen visual⁹¹⁹ que capta casi irresistiblemente la atención del lector. La perspectiva en la pintura y en la escultura jugaron una función determinante, ya que los isomorfismos entre la pintura y el lenguaje, también el lenguaje escrito, son fuertes.⁹²⁰ En el lenguaje hablado basta, por ejemplo, una inflexión en la voz, y en la pintura el pintor establece un eje de fugas para realzar una figura según sus intereses. El escritor establece su propio eje de fugas; es decir, un eje de argumentos implícitos que convergen para hacer realidad el mismo fin; prepara premisas primeras que ya contienen los datos relevantes de las premisas segundas, y las combina con premisas posteriores que contienen los datos que reclaman las premisas anteriores. Si consigue esto, su discurso será especialmente convincente. De estos modos, el escritor o el pintor consigue presentar un cuadro, imagen, *Bild* o *picture* en el que el lector puede quedar enredado eficazmente si no capta los artificios que fundamentalmente se deben a las preferencias del autor del texto. Para leer con libertad, el lector habría de estar en condiciones de poder individuar, al menos, los fondos destacados, las imágenes resaltadas, las técnicas con las que el autor ha resaltado estas imágenes jugando con los fondos pictóricos, o el entronque del texto con el sentido común predominante en ese momento; es decir, ha de estar en condiciones de superponer él la *picture* que le es ofrecida sobre los recursos lingüísticos que hacen posible ese cuadro que tiene ante sí.⁹²¹

⁹¹⁹ Arnold Gehlen nos advertía que “En el trato o intercambio, las cosas son tomadas en consideración y apartadas por orden; a consecuencia de este proceso son enriquecidas también inadvertidamente con una elavada carga simbólica, de tal manera que, finalmente, sólo el ojo, sentido incansable, las abarque con la mirada, las ‘super-ve’ y vea ‘al mismo tiempo’ en ellas sus valores de uso y trato, de forma que, finalmente, la plenitud irracional y sorpresiva de las impresiones es reducida a series de centros (cosas) abarcables con la mirada”. *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, trad. F-C. Vivia, Salamanca, Sígueme, 1980, p. 46.

Ciertamente, el proceso al que alude Gehlen es una constante del espíritu humano. Pero los focos visuales pueden ser robustecidos en medidas distintas, y el autor sistemático los fortalece en la medida máxima: así le resulta más fácil llevar al lector hasta los ejes de su obra.

⁹²⁰ No siempre está claro lo que es un morfismo. Podríamos decir que aparece esta figura cuando Y y X encajan en la misma categoría.

⁹²¹ En las teorías del derecho las convergencias o ejes que hunden en un primer momento el discurso para, al mismo tiempo, realzar lo que el autor en cuestión quiere imponer al lector, suelen estar presentes desde la primera línea. El que se expresa pintando ha de crear él los fondos en los que converge la mirada, y esto lo hace él a sus expensas, porque él ha de elegir aún los escorzos desde los que quiere construir sus planos. Pero históricamente, en la disciplina de la teoría jurídica, aparece como obvio ante el que quiere comenzar a escribir o a leer, que el derecho se compone de normas. Otto Mayer, Nawiasky, o Kelsen, ya disponían

Hoy, el lector de Rawls y de Habermas —que también usan este método constructivo— pasa por un proceso psicológico interesante: cree comprender estos libros cuando está en condiciones de recorrer sin grandes dificultades el proceso de ida y vuelta que es propio de una síntesis a priori: ha entendido finalmente la médula de la propuesta doctrinal que estudia, y se regocija porque él cree que ha comprendido estas teorías.⁹²² Se le escapa que solamente ha reconciliado en él mismo el desarrollo argumentativo de estas obras con la imagen que le ofrecen estas explicaciones.⁹²³ Ferdinand

de un objeto individuado sobre el que trabajar, incluso antes de comenzar las redacciones de sus ensayos. La mayor parte de los trabajos que suscitan las creaciones desde las perspectivas ya las tenían resueltas.

⁹²² A veces es realmente así gracias a la racionalidad que es común al autor y al lector. En el caso de máxima comunicación, esta comunidad en la racionalidad es la que permite entender los motivos que tuvo el autor. Habermas indica que “Este proceso se explica en función de la racionalidad inmanente con la que cuentan los intérpretes. Por ello, los intérpretes sólo aclaran el significado de una expresión oscura cuando explican cómo se ha producido dicha oscuridad”. *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Barcelona, Península, 1985, p. 44.

El problema para aceptar sin reservas este momento de Habermas reside en que él concede una importancia especial a la hermenéutica, término bajo el que engloba los mundos simbólicos en los que viven los seres actuantes, ya que entiende que existe un contexto de precomprensión de naturaleza holista que hace posible cada acto de comprensión concreto.

⁹²³ Bajo estas teorías está operativo un cierto materialismo que imagina un todo sistemático y en cierto modo material capaz de ocupar el espacio o de ser representado en él: ¿quién no entiende la figura de la pirámide normativa? Hasta el siglo XVII fue desconocido este tipo de representación del orden jurídico: el derecho común, el derecho canónico, el derecho dictado por el rey, los órdenes jurídicos locales y el derecho consuetudinario, compartían un mismo ‘espacio’. Los libros de derecho premodernos, algunos de ellos de gran calidad técnica, no poseían pretensiones lógico-sistemáticas. Los del derecho común comentaban los problemas expuestos en el Digesto y en la Instituta y, con el pasar de los siglos, perfilaron con bastante claridad los fundamentos, supuestos, alcances o relaciones de cada institución jurídica. La suya fue una *jurisprudencia* de instituciones comentadas según los negocios a los que ya habían sido aplicadas.

En cambio, el espíritu de la *Analytical School*, o el de los *Juristische Grundbegriffe*, parecen tener en su base la idea de que el ordenamiento jurídico, al constituir un todo tan material como cerrado (algo como un acotamiento en el espacio plano), habría de reposar sobre estructuras formales que tenían que ser descubiertas a través de la inducción. Así llegaron a un formalismo conceptual, pero con un relativismo en los contenidos del derecho. Esta tesis es bastante discutible, porque también el idioma posee estructuras formales, y el idioma, aunque sí es entendido como un todo, no evoca tan inmediatamente la figura de un cuerpo material.

Pero la forma de proceder de Kelsen arroja alguna luz sobre esta idea. Kelsen exige una figura formal, que es el ordenamiento jurídico que se exhibe ante nosotros, y que el fundamento de la intuición de ese orden sea el territorio el Estado en que existe. Pues el tema básico para la comprensión de la *Rechtslehre* no es el deber-ser de las normas jurídicas, ni los *Hilfsbegriffen* que los juristas extraen desde ellas, sino el territorio en el que ‘vive’ ese ordena-

de Saussure nos explicita este mismo hecho desde otro punto de vista: “La imagen gráfica de las palabras nos impresiona como un objeto permanente y sólido, más idóneo que el sonido para constituir la unidad de la lengua a través del tiempo. Aunque este vínculo sea superficial y cree una unidad puramente científica, es mucho más fácil de captar”.⁹²⁴ Aunque es preciso reconocer también que una obra de arte merece este nombre cuando la representación sobrepasa en capacidad representativa a lo aparentemente solo presentado en el texto; en tal caso el lector logra entender más que lo que ‘vería’ si contemplara lo original en lo que se inspiró el pintor. A la vista de este hecho continuamente repetido, ¿existe el original? Tratándose de textos escritos, el lector incorpora la imagen que él crea, tenga o quiera, a lo expuesto en esas páginas. Pero normalmente el momento creativo se detiene en lo que presenta el texto según estos contextos de justificación.⁹²⁵

La ciencia del derecho acusó inmediatamente este cambio de la mentalidad científica. Desde el siglo anterior los juristas estaban abrumados por los reproches de los humanistas, y pareció que había llegado el momento de romper con el proceder inquisitivo y detallista propio del jurista y situar en su lugar un solo cuerpo metódico que creara sus objetos al mismo tiempo que desarrollaba el método. Ya no mandarían más ni los hombres ni los objetos diversos, sino la razón universal, siempre exacta, que nos proporcionaría un conjunto de reglas tan evidentes y precisas como el propio proceso racional. La razón dejaba de ser un instrumento más en el conocimiento de las cosas (una medida ya medida por lo que había de medir) y extendió su uniformidad simultáneamente justificativa y presentativa, porque ofrecía lo evidente al mismo tiempo que lo descubría. La jurisprudencia perdió su autonomía en un doble sentido: por un lado, ya no sería distinta de las otras ciencias; por otra parte, ya no dependería de los objetos plurales que el razonamiento jurídico habría de individuar para más tarde regular.

Esta era la entraña del nuevo *mos geometricus seu arithmeticus* aplicado al derecho. En la física estaba consistiendo ante todo en despojar a los objetos de sus cualidades secundarias para reducir su estudio solo a lo que pudiera

miento, que es el ámbito más originario por intuitivo para conocer el derecho. Sucede que el territorio, especialmente cuando es visto en el mapa, es preferentemente captable por la mirada.

⁹²⁴ *Curso de lingüística general*, trad. de M. Armiño, Madrid, Akal, 1987, p. 54.

⁹²⁵ Lo que suele venir después en el tiempo suelen ser los resultados de actitudes epigonales que giran reiterativamente en torno a la obra original; por ejemplo, ¿hay alguien que pueda leer con gusto los comentarios de Cayetano a Tomás de Aquino? ¿Hay quien pueda leer con interés los libros de los kantianos a la obra de Kant? No convencen los profesionales de la reventa de ideas.

ser conocido según peso, número y figura: esta era una exigencia básica en Descartes y Galileo. Aplicada al derecho, significaba que el nuevo jurista había de dejar de lado las *qualitates* (la de ser padre o hijo, propietario o arrendador, porque estas serían cualidades secundarias) para considerar únicamente voluntades individuales aisladas e iguales. Tenían disponibles los materiales para la construcción, pues la figura romana del *status naturae* les brindaba la posibilidad fácil y sin estridencias para hacer una nueva ciencia jurídica que partiera desde esta consideración individualista. Entre los juristas del siglo XVII, Hermann Conring, Johannes Althusius y Hugo de Roy se levantaron expresamente contra esta posibilidad. Pero sobre sus obras recayó un *altum silentium*, porque después de seiscientos años de comentar y aplicar el derecho romano, la jurisprudencia tradicional parecía agotada: *Mensura non suffert perpetuitatem*.

La suma de las voluntades individuales, empujada por alguna necesidad que suponían la dominante entre los hombres, llevaba directamente a la formación de la voluntad colectiva. Grocio estableció que la necesidad que movía a los individuos era el deseo de la sociabilidad; lo mismo mantuvo Pufendorf en una de las versiones de sus teorías; para Thomasius, la necesidad primera era la de vivir bien, *vivire diuturne et foelissime*; para John Locke, la protección de las propiedades privadas; para Kant, el hacer posible la esfera de libertad de cada individuo de forma que cada uno estuviera en condiciones de hacer real su plan moral de vida.

Recordemos que la descripción del individuo aislado compuso la primera parte de muchos tratados de derecho natural, llamada “Derecho natural absoluto”. La segunda parte era llamada “Derecho natural hipotético”, porque estaban redactadas bajo la hipótesis de que los hombres contrajeran matrimonios, que formaran una sociedad familiar, o política, etcétera. La continuidad metódica funcionaba perfectamente, porque el único patrimonio del hombre aislado era su voluntad libre, y precisamente mediante el ejercicio de esta voluntad libre creaba la sociedad política y, más tarde, la familia. Todo el derecho natural procedía desde un único nervio —el prosilogismo de los escolásticos— que servía tanto para explicar la formación de la sociedad política y sus leyes como las sociedades ‘adventicias’. Fue la edad de oro de todo tipo de doctrinas contractualistas, unas más coherentes con este nervio universal, otras apartadas de él solamente en parte.

El *mos geometricus* no tuvo, sin embargo, nada de diáfano. Los nuevos jusnaturalistas, una vez que, obedeciendo a la mentalidad que encarnó Descartes, habían suprimido las *qualitates secundariae*, consideraron el yo-tú-él, y obtuvieron así un agregado simplemente aritmético: la *multitudo*, el *populus* o *coëtus*. Pero ¿acaso en el pueblo no hay padres e hijos, empleadores y em-

pleados, y la afirmación de la objetividad de la relación paterno-filial o de la contratación no es tan exacta como la individualidad del hijo o del padre o del empleado y de su empleador? No respondieron a esta pregunta: como consideraban unidades aritméticas, iguales por definición, solo contestaron que por naturaleza nadie tiene un privilegio para dictarle la conducta a otro.

Renato Descartes no propuso expresamente ninguna teoría de este nuevo derecho natural. Pero reitero que él volvió desinhibidos a los teóricos de la sociedad política y jurídica, porque la forma magnífica como su mecánica se imponía sobre la mecánica de Aristóteles y en general de los escolásticos, animó a varias generaciones a emprender un camino que chocaba con la evidencia, pero que había demostrado —en la pluma de Descartes— su mayor utilidad. Se hizo realidad lo que explica Solari: “El cartesianismo, extrayendo el saber del fondo mismo del espíritu, de algunas ideas simples y claras contenidas en él, ofreció el medio de dar un nuevo fundamento al derecho objetivo y subjetivo”.⁹²⁶

V. THOMAS HOBBS: LA CONSOLIDACIÓN DEL CONSTRUCTIVISMO FILOSÓFICO

Descartes, al emancipar las realidades racionales de los objetos del mundo exterior, había roto un criterio fundamental de la racionalidad, a saber: la propia racionalidad de la evidencia de lo percibido por los sentidos, y la adecuación de nuestras nociones intelectuales con los objetos externos. La historia dio el segundo paso, más allá de esta negación de la racionalidad de lo suministrado sensorialmente, y este otro paso fue cuestionar la verdad de las mismas nociones interiores operativas en la mente y afirmar que constituyen únicamente contenidos contingentes de nuestro psiquismo. Esto lo hicieron los empiristas ingleses y, en el área de cultura alemana, Christian Thomasius y sus discípulos. Emergió un problema nuevo: si no son fiables los datos proporcionados por los sentidos, ni tampoco las ‘ideas’ que tenemos en la mente, ¿qué podemos conocer *realmente*? Negada la objetividad de los datos de los sentidos y de los contenidos mentales, la reflexión filosófica cayó en el empirismo; esto es, en afirmar que solamente podemos conocer los datos sensoriales tal como se presentan; es decir, aislados, pues estos filósofos entendieron gratuitamente que los datos de los sentidos llegan al hombre deslavazados; estos datos nos transmiten simples fenómenos, impresiones aisladas, sin que el hombre pueda afirmar que tras ellas, o debajo de ellas como soporte suyo, existan ningún tipo de sustancias.

⁹²⁶ *L'idea individuale...*, cit., p. 8.

Perdido de vista ese equilibrio delicado, siempre frágil, entre las sensaciones y la racionalidad, parece que la razón humana se asusta, y tiende bien a recluirse a sí misma (actitud de Descartes), o a negarse a sí misma, como hicieron Hobbes o Hume. Tomás de Aquino había establecido que no podemos conocer qué es la razón, sino que la razón se nos manifiesta oblicua o indirectamente, a través del conocimiento de sus contenidos. Pero la Edad Moderna puso su confianza en una razón que se contempla a sí misma, y que trata ella de comprenderse desde sí misma: desde esta actitud tanto se puede afirmar incondicionalmente la racionalidad como negarla.

Las fuerzas renovadoras estallaron con Thomas Hobbes de una forma radical. Hobbes calificó a la cultura existente como Reino de las Tinieblas, y entendió que desde los sofistas que recoge Platón hasta entonces (circa 1640) no se había hecho nada aprovechable.⁹²⁷ Todo había sido pura demencia, y en lugar de los libros complicados que se enseñaban en las escuelas era preciso dejar en libertad el ‘pensamiento natural’ del hombre,⁹²⁸ que proporcionaría una filosofía sencilla y asequible a todos. Él entendía que la filosofía es el conocimiento de las causas, que nos ha de llevar a un conocimiento cierto e indubitable (el tono dogmático es especialmente fuerte en este inglés), por lo que hay que rechazar los conocimientos basados solamente en la experiencia que dan lugar a la prudencia, pues la experiencia y lo que se sigue de ella únicamente nos proporcionan datos de valor contingente,⁹²⁹ y la ciencia nueva que él quiere desarrollar ha de ser axiomática, de modo que conduzca a resultados indubitables gracias al rigor matemático por el que han sido demostrados unos por otros. Fue estrictamente materialista⁹³⁰ y rigurosamente nominalista.

1. *La estructura de la nueva racionalidad*

De la misma forma que Descartes, él entiende que los sentidos nos engañan, también en la regulación de las conductas personales y políticas, y dedica un capítulo entero de sus *Elementos de la política* a mostrar este tema con el significativo título de *The main deception of sense*. Nosotros solamente conoce-

⁹²⁷ *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*, Londres, 1839, p. 668, por ejemplo.

⁹²⁸ “Every man brouht Philosophy, that is, natural reason”, *Elements of Philosophy*, Londres, 1840, § 2.

⁹²⁹ *Leviathan...*, *cit.*, pp. 37 y 90.

⁹³⁰ Cincuenta años más tarde, John Locke oponía el cristiano al *Hobbist*. Véase “Essay of Human Understanding”, *The Works of John Locke*, London, 1823, vol. I, p. 37.

mos apariencias.⁹³¹ La gran piedra de escándalo que le llevaba a pensar así ya la conocemos: falla la intuición de los objetos en el espacio. Si los sentidos nos engañan, ¿para qué proponer una teoría del conocimiento y una filosofía nueva? En estos autores del siglo XVII estaba extendida la idea de que poco o nada podemos conocer en sede de conocimiento teórico; esto es, no podemos conocer qué es la naturaleza. Pero podemos obtener muchos conocimientos prácticos que mejorarán nuestra situación. El lema que movió a toda esta época fue “Saber para poder”, y este fue el *motto* de Hobbes: *The end of knowledge is power*.⁹³²

Está especialmente preocupado por la geometría y sus problemas. De hecho, sus *Elements of Philosophy* constituyen, fundamentalmente, un tratado de teoría de la geometría.

Los materialistas siempre han concedido gran atención a los cinco sentidos del hombre, porque entendieron que ellos son la única fuente de todo conocimiento. No solamente el origen, sino el continente, la forma, los movimientos y transformaciones de las sensaciones. Para los empiristas no existe la razón o racionalidad como una facultad humana distinta de las percepciones, sino que lo que llamamos así es solamente la sensación ya transformada por los sentidos y la memoria. Así explicaron al hombre ya Empédocles y Demócrito, y Tomás de Aquino escribía que “Los antiguos filósofos naturales, como Demócrito, Empédocles y otros, mantuvieron que el intelecto no es algo distinto de los sentidos, ya que los sentidos son cierta fuerza corpórea que se sigue de algún movimiento de los cuerpos, y tal cosa es el entendimiento”.⁹³³

Descartes había mantenido que solo existen dos realidades: el hombre que piensa (la *res cogitans*), y aquello que él ha de conocer en el mundo exterior (que solo puede ser *res extensa*), con lo que afirmó que los sentidos son propiedades, facultades o potencias de los hombres que se diferencian, e incluso se oponen de algún modo a las cosas que han de ser conocidas. Pero Hobbes no puede aceptar ni siquiera este planteamiento porque él, en su materialismo estricto, solamente reconoce la existencia de percepciones

⁹³¹ “*The main deception of sense*. And from hence is also followed, that whatsoever accidents or qualities our senses make us think there be in the world, they be not there, but are seeming and apparition only: the things that really are in the world without us, as those motions by which these seeming are caused. And this is the *great deception of sense*”. *Human nature, or the Fundamental Elements of Politics*, Londres, 1840, p. 8. Las cursivas son de Hobbes.

⁹³² *Elements of Philosophy, cit.*, p. 7.

⁹³³ “*Antiqui enim Philosophi naturales, ut Democritus, Empedocles et hujusmodi, possunt quod intellectus non differt a sensu, cum sensus sit quaedam virtus corporea sequens corporum transmutationem, quod ita esset etiam de intellectu*”. *Sum. Gent.*, *cit.*, § 2591.

motivadas por el movimiento: la única realidad que existe es el movimiento universal, del que el ser humano es una parte. Explica por ello que la causa de las cosas más simples es solo *motiōn*, y “El movimiento no puede ser entendido como si tuviera otra causa distinta del propio movimiento”.⁹³⁴ Todo cambio es movimiento,⁹³⁵ y el movimiento no es otra cosa que un continuo abandonar un lugar para ocupar otro nuevo.⁹³⁶ Todo movimiento es generado por un cuerpo contiguo y que se mueve.⁹³⁷

En los *Elements of Philosophy* nos explica que

El sentido, en el que siente, no es otra cosa sino movimiento en algunas partes internas del cuerpo del que siente... de forma que el primer origen del sentido es ser tocado o presionado... y de esta manera, la presión o movimiento es propagado por todas las partes del órgano hacia el interior... desde lo que derivamos el fantasma o la idea que es producida en nosotros por nuestro sentido.⁹³⁸

Notemos que ahora no está describiendo la simple sensación, sino lo que son los sentidos, porque él no reconoce la existencia de estas facultades en el hombre, sino solamente el movimiento que presiona los órganos de la vista, el tacto, etcétera, que es llevado por los órganos de la vista o el tacto hasta el cerebro y el corazón y que, gracias a una resistencia que tal movimiento encuentra en nosotros, se nos hace perceptible.⁹³⁹ El origen del conocimiento no reside en el hombre que conoce, sino que está en las cosas que, gracias a su movimiento, invaden, por así decir, al ser humano, haciendo presión sobre sus órganos sensoriales. “Originalmente todas las representaciones son producidas por la acción de las cosas mismas... y cuando

⁹³⁴ “Motion cannot be understood to have one another cause besides motion”. *Elements of Philosophy, cit.*, p. 69.

⁹³⁵ “All mutation is motion”. *Ibidem*, p. 126.

⁹³⁶ “Motion is a continual relinquishing of one place and acquiring of another”. *Ibidem*, p. 109.

⁹³⁷ “No motion is generated but by a body contiguous and moved”. *Ibidem*, p. 390. Añade que “La causa del sentido es un cuerpo externo u objeto, que presiona el órgano propio de cada objeto, bien inmediatamente, como sucede en el gusto y en el tacto, o mediatamente, como pasa con la vista, el oído o el olor. Esta presión, por la mediación de los nervios y otros componentes y membranas del cuerpo, invade continuamente el cerebro y el corazón y causan una resistencia”. *Leviathan...*, *cit.*, p. 2.

⁹³⁸ “Sense, therefore, in the sentient, can be nothing but movit in some internal parts of sentient... that the first organ of sense is touched and pressed... and, in this measure, the pressure or motion is propagated trough all the parts of the organs to the innermost... we derived the phantasm or idea that is made in us by our sense”. *Elements of Philosophy, cit.*, p. 390.

⁹³⁹ Explica reiteradamente que “All sense is made by reaction”. *Ibidem*, p. 393.

esta acción está presente, la concepción producida es llamada sentido”.⁹⁴⁰ Cincuenta años más tarde, John Locke, tras los pasos de Hobbes, usando su misma terminología, hablará del *Power of things* como un principio activo de todo conocimiento.

En realidad, en este empirismo radical tampoco existen los sentidos: todo lo que conocemos (en el mundo exterior que estudia la física, en el mundo humano compuesto por los sentidos y la mente) solamente son partes o manifestaciones del único movimiento, de una sola y misma naturaleza, que va adquiriendo caras distintas según cada percepción sensorial o cada reflexión de la mente. Los sentidos de los hombres, y el hombre mismo, son solamente el protoelemento sensación, que reelaborado por la sustancia gris del cerebro da lugar a lo que conocemos. Cassirer nos indica, sobre esta filosofía, que “Todo lo que denominamos realidad psíquica no es en el proceso sino una repetición y transformación de una determinada cualidad fundamental que se halla ya implícita en la más simple impresión sensible”.⁹⁴¹ Hobbes, que explicó que el pensamiento es un ‘discurrir’, añadió que este discurrir ordenado es “Produced by sense”, porque “En los sentidos hay ciertas coherencias o concepciones que podemos llamar capacidad de ordenar”.⁹⁴² Además, a él le era preciso mantener que, aparte de los cinco sentidos usuales (vista, oído, olfato, gusto, tacto), ha de existir un sexto, el que nos produce placer y dolor.⁹⁴³

Hobbes hizo suya la tesis básica de la *Mathesis universalis* de Descartes, y mantiene que lo único que conoce la razón humana son las magnitudes, proporciones y figuras,⁹⁴⁴ de modo que la racionalidad humana (que no es cosa distinta de su funcionamiento) consiste únicamente en sumar y restar,⁹⁴⁵ porque todo razonamiento es necesariamente un cálculo aritmético: “Contar consiste en coleccionar la suma de varias cosas, que quedan así juntas, o saber qué queda de una cosa cuando se le retira otra. Porque el raciocinio es lo mismo que la suma y la resta”.⁹⁴⁶ En el *Leviathan* estudia las

⁹⁴⁰ “Originally all conceptions proceed from the action of the thing itself... now when the action is present the conception it produceth is also called sense”. *Human nature...*, *cit.*, p. 3.

⁹⁴¹ *La filosofía de la Ilustración*, *cit.*, p. 41.

⁹⁴² “In the sense there are certain coherences or conceptions, which we may call *ranging*”. *Human nature...*, *cit.*, p. 15.

⁹⁴³ *Elements of Philosophy*, *cit.*, p. 406.

⁹⁴⁴ *Ibidem*, p. 75.

⁹⁴⁵ La explicación en *Leviathan...*, *cit.*, pp. 29 y 30.

⁹⁴⁶ “Now to compute is either to collect the sume of many things that are added together, or to know what remains when one thing is taken out of another. Ratiocination, therefore, is the same with addition and subtraction”. *Elements of Philosophy...*, *cit.*, p. 3.

cuatro operaciones aritméticas, y concluye que la multiplicación no es más que una suma, y la división es solo una resta. Con él comenzó a andar el estilo científico que describe Hervada: “El racionalismo fue una mentalidad para la cual toda ciencia, incluidas las ciencias morales, podían coexistirse según modelos matemáticos, con similar metodología e igual rigor y certidumbre que la ciencia de la cantidad (la matemática) porque se consideraba que todo el universo tiene una estructura racional necesaria”.⁹⁴⁷

Pero un empirismo tan radical había de chocar con contradicciones, como muestra la historia de la filosofía, más allá de la doctrina de Hobbes. Porque cuando un hombre ve un caballo, siempre ve un caballo, y cuando ve una gaviota, siempre ve una gaviota. Luego, ha de existir un poder o facultad en el hombre que le lleva a agrupar las sensaciones de acuerdo con alguna idea o forma; de no ser así, las sensaciones se amontonarían en el cerebro caóticamente, y llamaríamos gaviota al caballo y álamo a la gaviota.

2. *Persona y doctrina ética*

Los movimientos de las cosas, siempre por impulsiones físicas, nada dicen sobre lo bueno y lo malo. Su relativismo ético es total, al menos programáticamente. Él manifiesta que lo que consideramos bueno o malo varía de lugar en lugar, de tiempo en tiempo.⁹⁴⁸ Tampoco existen las personas como seres que actúan voluntariamente, con deliberación y voluntariedad, eligiendo lo que quieren hacer y existiendo realmente como personas independientes más allá de lo que hacen. “Una persona es aquel cuyas palabras o acciones son consideradas bien como suyas, bien como representando las palabras o acciones de otras personas u otra cosa a la que le son atribuidas, ya sea verdaderamente, ya por ficción”.⁹⁴⁹ La palabra ‘persona’, explica, es latina; en griego se designaba como *prosopon*, y significaba la cara, mientras que en latín significa disfraz o apariencia externa de un hombre.⁹⁵⁰ Así, toda persona es un actor (como de teatro), que tiene como propias sus palabras y acciones, y es su autor, por lo que actúa con autoridad. De este modo, cuando hablamos de bienes o posesiones, es un propietario, en Latín un *dominus*.

⁹⁴⁷ *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 253.

⁹⁴⁸ *Leviathan...*, *cit.*, p. 146.

⁹⁴⁹ “A person, is he, whose words or actions are considered, either as his own, or as representing the words or actions of another man, or of any other thing, to whom they are attributed, wheter truly or by fiction”. *Ibidem*, p. 147. Las intensidades son de Hobbes.

⁹⁵⁰ *Ibidem*, p. 137, 2o. §

Y como el derecho de posesión es llamado dominio, el derecho de hacer una acción es llamado autoridad, por lo que, bajo autoridad, entendemos siempre el derecho de hacer una acción.⁹⁵¹

El hombre es un momento más del devenir universal, y no tiene sentido hablar de libertad. “Si por libertad entendemos estar libre de la necesidad, de forma que haya de ser encontrada en la voluntad, esto no existe en el hombre ni en los animales”.⁹⁵² El ser humano dispone de voluntad, ciertamente, pero la voluntad no es más que el último apetito, que es el que vence en la deliberación.⁹⁵³

Si la libertad no consiste en hacer lo que se quiere hacer, ¿cómo entenderla? “La libertad significa, hablando con propiedad, la ausencia de oposición, y por oposición yo entiendo los impedimentos externos para el movimiento”.⁹⁵⁴ Las nociones de movimiento y libertad fueron muy unidas en Hobbes, pues siempre que se refiere a la una, hace referencia al otro: “Libertad... no es otra cosa que la ausencia de impedimentos para el movimiento”.⁹⁵⁵ La libertad interna consiste, lógicamente, en la ausencia de impedimentos internos.⁹⁵⁶ La noción misma de libertad adquirió así un carácter ante todo negativo, ya que consiste en un vacío o en una ausencia. Es lógico que defina la libertad civil como “el silencio de las leyes”.⁹⁵⁷

Si ha negado la libertad en el sentido usual, carece de sentido también la noción del deber. Hasta entonces, la reflexión sobre el derecho había girado fundamentalmente sobre las condiciones que ha de reunir el derecho para *exigir* obediencia, tema que conocemos usualmente como el del deber jurídico. Pero si el hombre no es un ser libre, es ilógico hablarle de deberes, y Hobbes declara reiteradamente que el deber de cumplir los *laws* no es otra cosa que el miedo al castigo previsto para el caso de su incumplimiento, de modo que se cumple el derecho no por razón del mismo derecho, sino por

⁹⁵¹ *Ibidem*, p. 148.

⁹⁵² “And therefore such a liberty as is free from necessity is not to be found in the will of men or beast”. *Elements of Philosophy...*, *cit.*, p. 409.

⁹⁵³ “Will, therefore is the last appetite in deliberating”. *Leviathan...*, *cit.*, p. 49.

⁹⁵⁴ “Liberty, or freedom, signifieth, properly, the absence of opposition; by opposition I mean external impediments of motion”. *Ibidem*, p. 196.

⁹⁵⁵ “Liberty... is nothing else but an absence of the lets and hindrances of motion”. *Philosophical Rudiments concerning Government and Society*, en “The English Works of Thomas Hobbes”, London, 1841, vol. II, p. 120.

⁹⁵⁶ “But liberty is understood, according to the proper signification of the word, the absence of internal impediments”. *Leviathan...*, *cit.*, p. 116.

⁹⁵⁷ “Other liberties, they depend on the silence of the law”. *Ibidem*, p. 206.

el castigo anexo a la ley.⁹⁵⁸ Hobbes no exigía que las personas *obedecieran* el derecho, sino que lo cumplieran.

3. *La filosofía ‘creadora’*

Hasta Descartes, la filosofía había consistido en reflexionar sobre la vida humana, y por ello Beckmann escribía que “philosophare est bene ratiocinare circa ea, quae occurrunt”,⁹⁵⁹ esto es, filosofar es explicar lo que nos sucede en la vida cotidiana. Pero este reflexionar sobre la cotidianidad implicaba aceptar esta vida de algún modo, sin pretensiones de recrearla desde su raíz. La situación de Hobbes fue muy peculiar, al menos desde este ángulo, porque el punto de vista teórico le había enseñado a desconfiar de la intuición, incluso en lo aparentemente más incontrovertible, y la práctica política que le había tocado vivir, con dos guerras civiles, le llevaba a no confiar en los tratados usuales de la ciencia ética y política. Obviamente, él no trataba de reflexionar sobre una realidad de la que tenía motivos para desconfiar, sino que pretendía construir una sociedad nueva gracias a su filosofía.

Consecuentemente, entendía que “La Filosofía es el conocimiento que adquirimos, mediante un raciocinio verdadero, yendo desde las apariencias, o los efectos aparentes, al conocimiento que tenemos de una posible producción o generación de lo mismo, de modo que [conozcamos] tal producción, tal como ha sido o puede ser, desde el conocimiento de tales efectos”.⁹⁶⁰ La filosofía sirve para conocer las causas y, una vez conocidas éstas, dominar los efectos posibles de ellas, para lo que era imprescindible descender hasta lo más elemental. Todavía Descartes había aceptado lo que le venía dado a la razón, sin analizarlo hasta el final, pero Hobbes rechazaba de plano esta actitud. No perdamos de vista que Descartes, Hobbes o Locke discurrían ante todo sobre la geometría, intentando aplicar el método de los geómetras a la totalidad del conocimiento humano. Descartes proponía el ejemplo del triángulo: todos entendemos lo que es un triángulo de un solo golpe de vista, sin necesidad de dividirlo en sus líneas y ángulos. Hobbes se enfrenta a Descartes:

⁹⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Leviathan...*, *cit.*, p. 131. En *De corpore politico*, London, 1840, p. 60, expone que “A man should order all this action so much as belong to external obedience, just as the law commands, but not for the law’s sake, but by reason of some punishment annexed unto it”.

⁹⁵⁹ *Doctrina juris ex Jure naturae, Jure Gentium, Canonico, Divino, Jure Civili Romano, Jure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*, Jena, 1678, voz “Philosophia”.

⁹⁶⁰ “Philosophy is the knowledge we acquire by the ratiocination, of appearances, or apparent effects, from the knowledge we have of some possible production or generation of the same; and of such production, as has been or may be, from the knowledge we have of the effect”. *Elements of Philosophy*, *cit.*, p. 65.

Ellos dicen que la causa de las propiedades de una cosa es la cosa misma, y esto es decir un absurdo. Por ejemplo, si consideramos un triángulo, vemos que en todos ellos la suma de sus ángulos equivale a la dos ángulos rectos, y de esta consideración se sigue que todos los ángulos de esta figura son iguales a dos ángulos rectos, y ellos dicen, por este motivo, que la figura misma es la causa de esta igualdad.⁹⁶¹

Le parece absurda una tautología de este tipo, y él propone estudiar el triángulo dividiéndolo en sus líneas y ángulos para, desde estos elementos atómicos, crear nosotros la figura. Quiere crear porque quiere poder para cambiar lo que conoce.

Condición *sine qua non* para crear es saber ir desde las causas a los efectos y desde éstos a las causas, de forma cierta y sin dudas. “Por consiguiente, hemos de decir que la Filosofía dispone de dos métodos. Uno, desde la generación de una cosa hasta sus posibles efectos; otro, desde sus efectos o apariencias a su posible generación”.⁹⁶² Si buscamos las causas más elementales de lo que conocemos, llegaremos a los primeros principios de la justicia.⁹⁶³ Parece que el método ha de ser analítico en un primer momento y, después, sintético: “Namely, that which proceeds from sense to the invention of principles; and the rest synthetical”.⁹⁶⁴ Si no es posible concebir la generación de la cosa, el conocimiento no puede ser filosófico.⁹⁶⁵ Es lógico que nos preguntemos sobre el porqué de esta autolimitación únicamente a lo que podemos dar origen. Horkheimer-Adorno nos contestan que “No debe existir ya nada ‘afuera’, puesto que la simple idea de ‘afuera’ es la fuente genuina de la angustia”.⁹⁶⁶

Trataba de explicar la sociedad humana partiendo desde los cuerpos simples; esto es, aquellos cuerpos que no admitían un análisis ulterior. En la

⁹⁶¹ “But when they say, the cause of the properties of any thing, is the thing itself, they speak absurdly. For example, it is a figure be propounded which is a triangle; seeing every triangle has all its angles together equal two rights angles, from whence it follows that all the angles of that figure are equal to two right angles, they say, for this reason, that that figure is the cause of that equality”. *Ibidem*, p. 37.

⁹⁶² “There are, therefore, two methods of Philosophy. One, from the generation of thing to their possible effects; and the other, from their effects or appearances to some possible generation”. *Ibidem*, pp. 387 y 388.

⁹⁶³ “Concerning my method... proceeded to its generation and form, and the first beginning of justice”. *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, The Preface, p. XIV.

⁹⁶⁴ *Elements of Philosophy...*, *cit.*, p. 75.

⁹⁶⁵ “The subject of Philosophy, or the matter it treats of, is every body of which we can conceive any generation”. *Ibidem*, p. 8.

⁹⁶⁶ *Dialéctica del iluminismo*, trad. de H. A. Murena, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1987, p. 29.

filosofía política, tales cuerpos eran las pasiones de los individuos humanos, por lo que la explicación de la sociedad humana, es decir, de su origen, derecho y posible justicia, había de partir desde el análisis de las pasiones de los individuos. Hobbes tenía a mano la noción romanista del estado de naturaleza, ya usada por autores anteriores, y él también la usa para describir unos hombres extremadamente solitarios que originariamente (esto es, antes de constituir el poder político único) son juez y parte en sus problemas.⁹⁶⁷ Por la misma naturaleza, todo hombre dispone del *Right of nature* o *derecho natural*: “El derecho de naturaleza, que los escritores llaman comúnmente derecho natural es la libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza; es decir, para conservar su vida; y, consecuentemente, para hacer todo aquello que su juicio o razón le indique ser apto como medios para ello”.⁹⁶⁸ Los juristas romanistas habían entendido que el derecho natural era simultáneamente libertad natural y un orden racional que corregía posibles desviaciones. Pero Hobbes emancipó la categoría de la libertad o derecho natural de consideraciones morales, y la dejó como la simple posibilidad física que tiene cualquiera para hacer lo que quiera al servicio de sus fines.

Diseñó un hombre que no es bueno ni malo. Él tiene ante su consideración lo que ve cotidianamente y lo que ha visto en la guerra. Los hombres competimos, porque lo normal es que varios hombres quieren la misma cosa al mismo tiempo.⁹⁶⁹ Sucede además que, aunque algunos hombres concretos sean más fuertes que otros, en general todos los hombres somos iguales en poder;⁹⁷⁰ por lo que está asegurada la discordia permanente. El ser humano, además, no descansa, porque “La felicidad es un progreso continuo del deseo de una cosa a otra, de forma que alcanzar una no es sino el camino para la siguiente”.⁹⁷¹ Además, los hombres vivimos en continuo temor unos de otros; si no, ¿por qué las fronteras están guardadas por soldados armados?⁹⁷² De esto concluye que “Es manifiesto que mientras viven sin un poder común que

⁹⁶⁷ Así describe el origen de los problemas del *status naturae* en *De corpore politico*, Londres, 1840, p. 83.

⁹⁶⁸ “The right of nature, which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing any thing, which in own judgement, and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto”. *Leviathan...*, *cit.*, p. 116.

⁹⁶⁹ “But the most frequent reason which man desire to hurt each another, ariseth hence, that many men at the same time have an appetite to the same thing”. *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, p. 8.

⁹⁷⁰ *Leviathan...*, *cit.*, p. 110.

⁹⁷¹ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁷² *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, The Preface, pp. XIV y XV.

los mantenga a todos con el mayor miedo, viven en situación de guerra; una guerra en la que cada hombre va contra todos los demás. Pues la guerra no consiste solamente en una batalla, o en el acto de la lucha, sino en la sucesión de tiempo en la que la voluntad de luchar es suficientemente conocida”.⁹⁷³ Esta situación es calamitosa, pues “En tal condición no hay sitio para la industria, porque no es seguro que se pueda gozar de ella y, por tanto, no hay cultura sobre la tierra; no existe navegación, ni las comodidades que se pueden importar por el mar; no hay edificios cómodos, ni máquinas...”.⁹⁷⁴ Y, lo que es peor, “Se vive en miedo continuo y en peligro de una muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, asquerosa, brutal y corta”.⁹⁷⁵

Usualmente se suele contraponer la antropología de Hobbes a la de Rousseau: la de aquel sería pesimista, y la de éste, optimista. Hobbes no profesó ninguna antropología especialmente pesimista: él describió lo que veía en las relaciones internacionales y lo que había visto en dos guerras civiles en su misma patria. A su vez, Rousseau solo consideró a unos hombres en el ‘estado de naturaleza’ que vivían unos indiferentes a otros, y que habían acabado con la libertad al instituir las propiedades privadas.

Para evitar el peligro de esta vida pobre y corta, en esta situación entra en juego la razón, esto es, los *Laws of nature* o *leges naturales*, que son preceptos o reglas generales, encontradas por la razón, por la que se le prohíbe hacer aquello que sea destructivo de su vida, o prescindir de los medios que sean imprescindibles para ello. Pues el *right* consiste en libertad de hacer o de omitir, mientras que el *law* determina y vincula al nombre a algo, de forma que *right* y *law* difieren como la libertad y la obligación.⁹⁷⁶

El hombre debe entrar en sociedad civil y política, pero ¿tiene realmente el *deber* de hacer esto? En algunos momentos, Hobbes declara que

⁹⁷³ “Hereby it is manifest, that during the time men live without a common power to keep them in all own, they are in that condition which is called war; and such a war, as if of every man, against every man. For war consisth not in battle only, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the will to contend by battle is sufficiently know”. *Leviathan...*, cit., p. 113.

⁹⁷⁴ “In such condition, than is no place for industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no culture on the earth; no navigation, or use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving...”. *Idem*.

⁹⁷⁵ *Idem*.

⁹⁷⁶ “A law of nature, *lex naturalis*, is a precept or general rule, found on by reason, by which a man is forbidden to do that, which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the same. For though they that speak of this subject, use to be distinguished; because *right*, consisted in liberty to do, or to forbear; whereas *law*, determinateth, and bindeth to one of them: so that law, and right, differ as much, as obligation, and liberty”. *Leviathan...*, cit., p. 117.

no se trata de un verdadero deber, ya que él solamente expone teoremas relativos a la propia conservación.⁹⁷⁷ En otros momentos hace entrar en juego su formación de geómetra, y declara que, por el principio de no contradicción, el hombre, que desea vivir en paz y en un estado de pleno derecho, no puede destruirse a sí mismo.⁹⁷⁸ El hombre debe entrar en sociedad política. La filosofía sirve para crear el Estado; no explica su génesis en el tiempo, sino en la razón. Como aclara Cassirer, “El análisis, cuya fuerza se demostró hasta ahora en el dominio de los números y de las magnitudes, se aplicará en delante de un lado al ser psíquico, y de otro lado al ser social del hombre”.⁹⁷⁹

La solución para acabar con esta guerra de todos contra todos está en poner el poder en manos de una única persona, que gobierne de acuerdo con su criterio. No le convence el Estado de derecho de Aristóteles, en el que gobernarían las leyes y no las personas, porque no asegura suficientemente la paz social.⁹⁸⁰ Él prefiere suponer que los hombres celebran un pacto social por el que crean el poder político y atribuyen todo el poder de gobernar y hacer las leyes a una sola persona.⁹⁸¹ La jurisprudencia romanista, siguiendo los textos romanos, había insistido en que la única obligación natural es la que origina el propio consentimiento, y Hobbes, sin citar a ningún jurista romano ni medieval, lleva esta idea hasta sus últimas consecuencias, de forma que la única fuente de la justicia serán los pactos o contratos.⁹⁸² En Latín la injusticia era llamada *injuria*, y Hobbes explica que la injuria consiste en romper el contrato,⁹⁸³ de forma que aquel que incumple un pacto o reclama lo ya regalado (esto es, se contradice) comete una injuria.⁹⁸⁴ Cualquier jurista estaría de acuerdo con esta afirmación, pero la novedad de Hobbes es que reduce la injuria solamente a estos supuestos. Hay que reiterar, para comprender el gran nervio de este contractualismo geométrico, que el in-

⁹⁷⁷ Véase, entre otros lugares, *Philosophical Rudiments...*, cit., vol. III, cap. IV, p. 60.

⁹⁷⁸ “The estate of hostility and war being such, as thereby nature itself is destroyed, and men kill one another ... he therefore that desireth to live in such an estate as is the estate of liberty and right of all to all, contradiceth himself”. *De Corpore Politico*, cit., p. 84.

⁹⁷⁹ *La filosofía de la Ilustración*, cit., p. 31.

⁹⁸⁰ “And therefore this is another error of Aristotle’s politics, that in a well-ordered commonwealth, not men should govern, but the laws”. *Leviathan...*, cit., p. 683.

⁹⁸¹ *Ibidem*, p. 157.

⁹⁸² En *ibidem*, p. 123, escribe que “He that performeth the first in the case of contract, is said to merit that which he is to receive by the performance of the other; and he hath as *due*”.

⁹⁸³ “The breach or violation of covenant, is that which men call injury”. *De Corpore Politico*, cit., p. 95.

⁹⁸⁴ *Philosophical Rudiments...*, cit., p. 30.

cumplimiento de un contrato constituye una *injuria* porque quien otorga su palabra y no la cumple, incurre en una contradicción.⁹⁸⁵

Todos celebran un contrato con todos en que renuncian a su *natural right*. A partir del momento en que comienza la sociedad política, solo está vigente el derecho civil, esto es, el derecho positivo, y carece de valor el derecho natural.⁹⁸⁶ El derecho positivo no es el derecho romano ni el derecho común, sino el conjunto de las órdenes o *commands* dictados por el poder. Como esta tesis era novedosa, él dedica un espacio a exponerla, normalmente comparando las órdenes con los consejos, y explica que el consejo es aquel precepto en el que la razón de la obediencia radica en la cosa misma que es aconsejada, mientras que el *command* es el precepto en el que la razón de la obediencia se deduce desde la voluntad del que dicta la orden.⁹⁸⁷

“El derecho civil es para cada hombre, aquellas reglas que la sociedad (*commonwealth*) le ha ordenado por palabra, por escrito, o por otro signo suficiente de la voluntad, para que haga uso de ellas, para la distinción de lo justo y de lo injusto, es decir, de lo que es contrario y de lo que no es contrario a la regla”.⁹⁸⁸ En la sociedad política, las leyes constituyen el único criterio de justicia, y en este punto Hobbes se vuelve extrañamente rotundo y coherente.⁹⁸⁹ Explica que el derecho natural es, en la sociedad, el derecho civil, porque el derecho positivo es la verdadera interpretación del derecho natural en cada caso controvertido.⁹⁹⁰ Como es lógico, desde estos presupuestos, solo es admisible la interpretación de las leyes hecha por el mismo legisla-

⁹⁸⁵ “There is a great similitude between that we call injury, or injustice in the actions... and that which is called *absurd* in the arguments and disputations of the Schools. For as he, which is driven to contradict an assertion by him before maintained, is said to be reduced to an absurdity... and there is in every breach of covenant a contradiction properly so called... And so injury is an absurdity of conversation, as absurdity is a kind of injustice in disputation... For injury consisteth in violation of covenant by the definition thereof”. *De Corpore Politico*, *cit.*, p. 96.

⁹⁸⁶ *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, p. 187.

⁹⁸⁷ “But counsel is a precept in which the reason of my obeying it is taken from the thing itself which is advised; but command is a precept, in which the cause of my obedience depends of the will of the commander”. *Ibidem*, p. 183.

⁹⁸⁸ “Civil law, is to every subject, those rules, which the commonwealth had commanded him, by word, writing, or other sufficient sign of the will, to make use of, for the distinction of right, or wrong; that is to say, of what is contrary, and what is not contrary to the rule”. *Leviathan...*, *cit.*, p. 251.

⁹⁸⁹ Fue lógica la réplica que le hizo Rousseau: “On vit tranquille aussi dans les cachots”. *Du contrat social*, París, Garnier, 1975, p. 239.

⁹⁹⁰ “The interpretation of the law of nature, is the sentence of the judge constituted by the sovereign authority, to hear and determine such controversies, as depend thereof; and consisteth in the application of the law to the present case”. *Leviathan...*, *cit.*, p. 263.

dor.⁹⁹¹ En otros momentos se muestra más conciliador con la idea usual del derecho natural, y expone que este derecho y el derecho civil son la misma cosa, pues el derecho natural consiste en equidad, justicia, gratitud y otras virtudes morales que dependen de estas otras, por lo que este derecho no es propiamente un *law*, sino cualidades que predisponen para la obediencia al derecho.⁹⁹²

Explica que la esencia del poder político consiste en la no resistencia de sus miembros,⁹⁹³ pero en su obra más conocida, *El Leviathan*, lleva esta exigencia hasta sus últimas consecuencias, a veces en tono provocador. Así, explica que el poder del soberano es tan grande, que no puede ser acusado de asesino, pues si condena a muerte a un inocente no comete ningún crimen, pues todos han consentido en el pacto social en transmitir todo su poder al soberano, y nadie se causa injuria a sí mismo.⁹⁹⁴ Las propiedades quedan en manos de la sociedad, esto es, del poder, ya que antes de la sociedad nadie era propietario, porque regía la *communis omnium possessio*. Al ser las propiedades una creación social, la sociedad puede disponer de ellas.⁹⁹⁵ Siguiendo la tradición anglicana, el gobernante extiende su poder indistintamente a los ámbitos civil y religioso.⁹⁹⁶ Nadie puede pretender tener derechos frente al poder,⁹⁹⁷ y la libertad civil es meramente residual, y consiste en la libertad que le queda a cada cual en aquellas cosas que no han sido reguladas por las leyes.⁹⁹⁸

Hobbes fue un autor paradójico, a veces francamente desconcertante. En el *Leviathan*, su obra más conocida sobre la política, lleva hasta sus últimas consecuencias el carácter fuerte del poder. Pero en otros escritos suyos se muestra como un hombre de buenas intenciones que quiso que hubiera paz y que se viviera el derecho y la justicia, pues, como él explica, “The safe-

⁹⁹¹ *Ibidem*, p. 262.

⁹⁹² “The law of nature, and the civil law, contain each other, and are of equal extend. For the laws of nature, which consits in equity, justice, gratitude, and other moral virtues on those depending, in the condition of mere nature, as I have said before... are not properly law, but qualities that dispose men to peace and obedience”. *Ibidem*, p. 253.

⁹⁹³ “The power of a politic body, the essence thereof is the not-resistance of the members”. *De Corpore Politico*, *cit.*, p. 136.

⁹⁹⁴ *Leviathan...*, *cit.*, p. 199.

⁹⁹⁵ *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, p. 84.

⁹⁹⁶ *Leviathan...*, *cit.*, p. 105.

⁹⁹⁷ Esta tesis le acarrió fuertes críticas de Rousseau. Véase el “Discours sur cette question proposée par l’Académie de Dijon: Quelle est l’origine de l’inégalité parmi les hommes”, *Du contrat social et autres oeuvres politiques*, París, Garnier, 1975, p. 57.

⁹⁹⁸ “The liberty of a subject, lieth therefore only in those things, which in regulating there actions, the sovereign has praetermitted”. *Leviathan...*, *cit.*, p. 199.

ty of the people is the supreme law”,⁹⁹⁹ Bajo el nombre de seguridad debe entenderse todo tipo de beneficios,¹⁰⁰⁰ y esos beneficios para los que se ha instituido el cuerpo político consisten fundamentalmente en la paz y seguridad de cada persona,¹⁰⁰¹ por lo que deben extenderse igualmente al poder soberano y a cada ciudadano.¹⁰⁰² La función de gobierno consta fundamentalmente de cuatro aspectos: el cuidado de la multitud, la comodidad de la vida, la salvaguarda de la paz, y la defensa contra poderes exteriores.¹⁰⁰³ Los ciudadanos deben gozar de la máxima libertad posible, ya que así lo ordena un *law of nature*.¹⁰⁰⁴ Y, ante todo, es necesario que cada persona tenga claramente determinado cuál es su propiedad y cuáles son sus bienes, con los que ha de trabajar y obtener los beneficios de su propio trabajo.¹⁰⁰⁵ En segundo lugar, el *law of nature* ordena que se distribuyan las cargas de la sociedad de forma proporcional, de acuerdo con los beneficios que cada cual reciba del cuerpo político.¹⁰⁰⁶

Otra exigencia de la paz es la administración justa de la justicia.¹⁰⁰⁷ En un texto realmente singular, parecido a otros de un siglo más tarde, habla de la división de poderes: “Algunos, para evitar la condición de absoluta sujeción, que han llamado de esclavitud, han pensado en un gobierno mixto con tres tipos de poderes. Por ejemplo, ellos suponen el poder de hacer leyes, concedido a una gran asamblea democrática. Otro es el poder de la judicatura, concedido a otra asamblea. Y el tercero es el poder de ejecutar las leyes, concedido a otro hombre”.¹⁰⁰⁸ Usa la tercera persona, refiriéndose a otros, a ellos, pero es su propia opinión, a juzgar por el contexto, y porque

⁹⁹⁹ *Philosophical Rudiments...*, *cit.*, p. 166.

¹⁰⁰⁰ “By safety is understood all manner of benefits”. *Ibidem*, p. 167.

¹⁰⁰¹ “The benefit is that for which a body politic was instituted, namely, the peace and preservation of every particular man”. *De Corpore Politico*, *cit.*, p. 161.

¹⁰⁰² “All this benefit extendeth equally both to the sovereign power, and to subjects”. *Ibidem*, p. 162.

¹⁰⁰³ *Ibidem*, p. 214.

¹⁰⁰⁴ “To leave man as much liberty as may be, et c. is the duty of a sovereign by the law of nature”. *Ibidem*, p. 215.

¹⁰⁰⁵ “And first, it is necessary to set out to every subject, his property, and distinct lands and goods, upon which he may exercise and have the benefit of his own industrie”. *Ibidem*, p. 216.

¹⁰⁰⁶ “Secondly, to divide the burthens and charges of the commonwealth proportionably ... there is proportionably to his benefit by commonwealth: and this, which is according to the law of nature”. *Ibidem*, p. 216.

¹⁰⁰⁷ “Another thing necessary for the maintance of peace, is the due execution of justice”. *Ibidem*, p. 217.

¹⁰⁰⁸ “Others, to avoid the hard condition, as they take it, of absolute subjection, which, in hatred therets, they also call slavery, have devised a government, as they think, mixed of the three sorts of sovereignty. As for example: they suppose the power of making laws, given to

no rebate nada de lo expuesto. Quiso ser empirista y atenerse exclusivamente a la contradicción de las causas físicas que originaban el único movimiento que existe. En realidad, se nos muestra como un buen hombre que reinaran la paz y la justicia en su patria, y por esto introduce matizaciones decisivas que son muy poco empiristas y que rompen la unidad lógica de su doctrina.

López Hernández resume este juego entre libertad y ley en Hobbes indicando que el *derecho natural* lo concibe como libertad absoluta del hombre en el estado de naturaleza; es un derecho de todos a todas las cosas, pero en el juego de las relaciones intersubjetivas esta libertad y ese derecho se anulan mutuamente, y su resultado es cero: una libertad y un derecho nulos. Las *leyes naturales* son meros productos del cálculo racional que hace cada individuo, pero no obligan a su cumplimiento hasta que no exista un poder común que garantice la efectividad de ellas; por ser leyes que no obligan a nada, hemos de concluir que son leyes nulas o que no son leyes. Por consiguiente, la teoría del hombre o filosofía moral nos ofrece análisis que son solo premisas (en sentido negativo) para construir la teoría política y jurídica. Según aquellos análisis, los individuos son una realidad natural, cuya interacción produce resultados no deseados. La formación de una sociedad, cuyo fin responde al deseo de una convivencia pacífica, no es un hecho natural, sino el resultado de un esfuerzo humano; combinando las pasiones, la razón, la voluntad y el poder se construye un artefacto llamado sociedad o Estado.¹⁰⁰⁹

4. *Su legado*

Hobbes fue el creador doctrinal del Estado, la nueva forma de dominación y convivencia que comenzó a andar doctrinalmente en el siglo XVII y que se hizo realidad viva a partir de la Revolución francesa. El Estado se caracteriza, frente a los modelos anteriores de convivencia, en la unidad del poder: ya no existe distinción entre los estamentos, las corporaciones, los municipios, etcétera, y el poder 'civil'. Ahora existirá un poder único que dictará un derecho igualmente único, con lo que dejarán de estar vigentes el *jus commune*, el derecho romano, el derecho canónico y los derechos locales. El motivo alegado para todas estas supresiones (pues en sus orígenes el Estado

some great assembly democratical, the power of judicature to some other assembly, and the administration of the laws to a third, or te some one man". *Ibidem*, p. 134.

¹⁰⁰⁹ *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., pp. 307 y 308.

se distinguió más por lo que negó que por lo que afirmó) fue el mantenimiento de la paz civil, para la que era imprescindible conseguir la unidad.

Las argumentaciones de Hobbes, que fundamentaban el poder del Estado en el vaciamiento de la propia voluntad por el contrato que daba origen a la sociedad política, era aún poco creíble: para acabar de completar doctrinalmente esta explicación de la realidad humana hizo falta la aportación de Rousseau, un siglo más tarde. Este contractualismo político estaba destinado al éxito, pues como explica Cassirer “La doctrina del Estado contractual se convierte en el siglo XVII en un axioma evidente del pensamiento político... Pues todo misterio queda desvanecido... No hay nada menos misterioso que un contrato. Un contrato tiene que concertarse con plena conciencia de su significación y consecuencias; presupone el libre consenso de todas las partes afectadas”.¹⁰¹⁰ En efecto, el pensamiento que inaugura Hobbes solamente puede entender lo que él ha construido: se le escapa la noción de lo no diseñado expresamente.

Hobbes fue expresamente repudiado por los siglos XVII y XVIII, pero su método ejerció la más poderosa influencia. Él fue el que marcó la pauta de la filosofía sensista y fenomenista que se adueñó de la Ilustración: solamente hizo falta que John Locke la suavizara para quedar en condiciones de ser admitida por los triunfadores del siglo XVIII.¹⁰¹¹ Además, él estableció los patrones de la ideología liberal mediante el juego del *jus-lex*, del *jus* primero que es libertad, y de la *lex* posterior, que siempre obliga o constriñe. Fue Samuel Pufendorf quien supo aprovechar oportunamente este recurso de Hobbes, y lo puso al servicio de los derechos naturales o innatos del hombre. Es preciso López Hernández cuando explica que

Hobbes pudo elaborar una teoría del Estado y del derecho que, además de ser la primera teoría moderna por su método, por su amplitud y profundidad, constituye un punto de referencia ineludible para comprender la realidad política de los últimos siglos. Él puso los cimientos de una concepción del Estado, partiendo del análisis de los individuos hasta llegar a la definición del cuerpo político, la soberanía, las leyes y el derecho. Sobre estos cimientos siguieron edificando su teoría los demás autores modernos, desarrollando temas como la libertad, la igualdad, la democracia, la legitimidad, los derechos naturales, etc. La amplitud de su concepción hace de Hobbes un autor bifronte, no por incoherencia, sino porque la nueva época exigía un sistema

¹⁰¹⁰ *El mito del Estado*, trad. de E. Nicol, México, FCE, 1985, p. 205.

¹⁰¹¹ Joseph Priestley destacaba que Locke no era sino el discípulo de Hobbes. Véase *The doctrine of philosophical necessity*, London, 1777, The Preface, p. XXIX.

conceptual que tuviera en cuenta la coexistencia de fenómenos contrapuestos, tales como individualidad y sociedad, seguridad y libertad, etc.¹⁰¹²

Debería haber añadido que estas incoherencias eran también más fuertes, ya que exigían simultáneamente el nominalismo, o el materialismo, y la existencia de derechos innatos, como vemos ante todo en Locke. Y que la ‘actitud bite’ de Hobbes se manifiesta, al final de la lectura de sus obras, en la conciencia de la inadecuación entre sus innegables buenos deseos y las teorías —demasiado distintas— que él propuso para hacer realidad aquellos deseos de seguridad, paz y comodidad

VI. EL NUEVO CONSTRUCTIVISMO POLÍTICO-JURÍDICO

Locke, Gundling y otros autores expusieron, siguiendo el ambiente que había creado Hobbes, que no existen ideas innatas en la moral, sino que lo único natural, a este respecto, es la capacidad del hombre para razonar.¹⁰¹³ Este razonamiento, al que debemos llamar ahora ‘jusnaturalista’ únicamente porque fue desarrollado en los libros del nuevo *jus naturale et gentium*, se presentó a modo de una teoría constructivista que tenía como punto de partida una situación ideal o natural desde la que se debía argumentar. Tal situación ideal se conseguía, explicita Sharrock, prescindiendo de las ‘naciones comunes’ que hemos recibido de nuestros padres, a través de la educación, o de los usos de la vida social, o que constituyen juicios extendidos en tiempos y lugares determinados; de este modo, desaparecidos estos prejuicios, solo nos quedamos con los ‘juicios naturales’.¹⁰¹⁴

Como esta expresión, la de constructivismo filosófico, puede quizá llamar demasiado la atención de algún lector, procedo a explicar algunos ras-

¹⁰¹² *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 285.

¹⁰¹³ Gundling escribía que “Non dantur ideae innatae in moralibus. Daher ist die Redens-Art quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen, als ob wir ideas innatas de lege naturali hätten, sondern daß wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorfs...*, cit., liber I, cap. IV, § 12. Hollmann consideraba ridícula la doctrina según la cual “quasi leges naturales cordibus hominum insitae, connataque, sint”. *Jurisprudentiae naturalis...*, cit., pars I, cap. I, § 62.

¹⁰¹⁴ “Duplici autem Methodo (si hanc morali historiam placeat) istam moliebar indaginem: Primo devestiebam meipsum a notionibus quibuscumque receptis, et aliunde quam a natura ipsa haustis: Quicquid a parentum et praeceptorum institutione, quicquid a vitae communis usu, aut loci, temporisque (quibus utebar) moribus iudicio accrevit, studiosè exueve, atque amovere conabat: quae autem, his semotis, supererant, humana censui, soliusque naturae restare atque esse iudicia”. *De Officio...*, cit., Praefatio ad lectorem.

gos de las filosofías que no se presentan como constructivistas, pues muchas tesis filosóficas se entienden mejor una vez que se ha conocido lo que ellas no son o aquello contra lo que ellas reaccionan.

1. *Aquello contra lo que reaccionaban*

En el siglo XVII un sector de intelectuales manifestaron cierto cansancio ante la filosofía entonces dominante, que era escolástica. Luis de Molina y Francisco Suárez eran considerados la culminación de esta filosofía, con lo que la mentalidad más extendida confundía a los aristotélicos con los Nominales y con estos defensores del orden racional inmutable. Se levantaron dos escuelas: la de los Conimbricenses (preferentemente jesuitica) y la de los Salmanticenses (preferentemente dominica), pero esta división no contribuyó de forma significativa a mostrar las profundas diferencias entre Tomás de Aquino y Francisco Suárez. Desde luego, Aristóteles y Tomás de Aquino habían sido perdidos de vista mucho antes, y solamente permanecía vigente por lo general la filosofía suareziana. Siendo este el estado de cosas en el momento, podría parecer que los nuevos filósofos reaccionaron contra Suárez; esto es cierto, porque también rechazaron a Molina y a Suárez, pero las filosofías constructivistas tiraron con mucha elevación y trataron de hacer desaparecer no solo las filosofías de las esencias racionales eternas, sino, ante todo, lo que podríamos llamar el estilo aristotélico de reflexionar sobre el hombre.

Veamos: una filosofía aristotélica no puede ser llamada constructivista porque este tipo de filosofía no se imagina una situación ideal dominada por un solo rasgo de lo humano desde el que el filósofo del derecho y de la sociedad puedan argumentar. Aquella situación ideal fue llamada por los modernos ‘estado de naturaleza’, y actualmente es llamada situación ideal de habla o ‘diálogo ideal’ (Habermas) o ‘posición original’ cubierta con el ‘velo de la ignorancia’ (Rawls). Una filosofía no constructivista no arranca sus consideraciones desde algunas propiedades que son atribuidas a los individuos aislados o que se desprenden desde los caracteres de un diálogo ideal, sino que parte desde las determinaciones y concreciones tan permanentes como cotidianas de las personas. Tomás de Aquino habla a veces de los hombres en general, pero normalmente se refiere a los seres humanos *a propósito* de alguna concreción de ellos: por ejemplo, al tratar de las virtudes habla del ‘virtuosus’, y en los temas políticos usa términos como *princeps* o *subditus*. Apenas usa la palabra ‘persona’, porque entiende que este término expresa solamente al *homo larvatus*; es decir, al hombre en potencia para recibir alguna concreción. No considera ante todo a un hombre o persona

que, en un segundo momento, será padre, comprador o gobernante. Inicia su estudio desde el ser humano que ya es padre, comprador o miembro del gobierno, y el estudio recae también sobre las exigencias objetivas que implica el ser gobernante, comprador o padre.

Esto no implica que él no reconozca la cualidad personal de cada ser humano, sino que supone esa cualidad, y cuando ha de tratar las acciones humanas centra su estudio en aquello que el sujeto ha de hacer, por lo que no discurre sobre un hombre abstracto, sino sobre las necesidades humanas concretas, sean necesidades individuales sean necesidades sociales. Por ejemplo, la ira es un pecado grave para la moral cristiana: Tomás se plantea si un hombre puede airarse, y explica que no solo puede, sino que debe, porque la experiencia muestra que si un hombre no reacciona airadamente cuando es ofendido, y especialmente cuando es ofendido personalmente, ese hombre deviene triste, y la tristeza es lo peor que existe, porque hace que el hombre pierda hasta su propia naturaleza.¹⁰¹⁵ Desde el punto de vista social, tomar las cosas que son propiedad de otro es un acto que constituye un robo. Pero si alguien pasa extrema necesidad puede lícitamente —de acuerdo con la doctrina romanista del *jus necessitatis*— tomar lo que es ajeno, y cuando le lleguen tiempos mejores no está obligado a restituir, porque él obró con derecho (con el derecho de necesidad), y quien actúa con derecho no tiene que restituir nada.

Vemos que estudia las estructuras de las acciones humanas, y refiere esas estructuras al hombre, que ya no es un hombre simplemente, un *homo larvatus*, sino el sujeto de una acción determinada. Como es obvio, normalmente le resulta fácil explicar los derechos y deberes de los que actúan, porque no necesita suponer pactos entre las personas: para él es evidente que el profesor, por el simple hecho de serlo, tiene el deber de explicar con la claridad suficiente para que le entiendan los alumnos que en cada clase asisten a sus explicaciones.

Pero este tipo de filosofía del derecho estaba condenado momentáneamente al olvido. ¿Razones de este hecho? Quizá el fundamento principal residía en que la sociedad premoderna (en la que se desarrolló el derecho romano y el *jus commune*) era una sociedad estamental en la que los ciudadanos estaban clasificados por las funciones sociales que desempeñaban, y lo

¹⁰¹⁵ En los *Com. Eth.*, § 201, Tomás se plantea si es bueno dejarse llevar por la ira, pues la ira constituye un pecado grave. Concluye que no solo es bueno, sino que es necesario, porque si un hombre no reacciona airado cuando se le insulta, la experiencia muestra que deviene triste, y la tristeza es lo peor que existe, porque destruye hasta la misma naturaleza humana. Más tarde, en esta misma obra, en el § 805, explica que no es fácil calcular el *medium rei*, pues no siempre sabemos con quién airarnos, y de qué modo y por cuánto tiempo.

normal fue dividirlos —además de la casa de rey— en aristocracia, clero y pueblo llano; a su vez, el clero se dividía en el alto y el bajo clero según los orígenes sociales de cada clérigo. Los parlamentos medievales solían componerse de dos cámaras: la de los aristócratas y la del pueblo llano o los ‘comunes’. La adscripción a cada estamento estuvo determinada (salvo parcialmente en el caso del clero) por el nacimiento, por lo que el hijo de un tejedor sabía que no podía aspirar a la mayor parte de los cargos públicos y que siempre sería una persona ‘vil’.

Aquella estamentación poseía también serias ventajas: el tejedor que formaba parte de su gremio sabía que siempre tendría resueltas sus necesidades básicas, lo que no era poco en una época en la que aún no se había introducido en Europa el cultivo del trigo de tallo corto y de la patata. Vivía, además, una vida tranquila, porque sabía que la sociedad no esperaba de él más de lo que él ya era.¹⁰¹⁶ Pero era un hombre vil que formaba parte de la canalla, y Carlos III, en el último tercio del siglo XVIII, prohibió que se llamaran ‘viles’ a los trabajos mecánicos, es decir, manuales; pero este rey también dictó los estatutos del ejército, con disposiciones que van dirigidas (es su tenor literal) a los oficiales y a la “ restante canalla de mis ejércitos”.

Esto no conlleva necesariamente que el ejercicio de la ciencia jurídica haya de basarse en este tipo de divisiones sociales. Pero hay dos observaciones que vienen a la cabeza inmediatamente. Una, que sí es cierto que el estilo jurisprudencial las permite en mayor medida que no las filosofías político-jurídicas que parten desde los individuos iguales en algún tipo de estado de naturaleza; de hecho, tal como mostraron Gierke y Carlyle, la literatura política de la baja Edad Media está plagada de teorías organicistas de la sociedad en las que sus autores desplegaron los conocimientos anatómicos de la época para explicar las funciones distintas de cada estamento social. La otra observación es más delicada de describir; podríamos decir que al estudiar a las personas desde el punto de vista de una mediación social objetiva, esto es, como padre, comprador o gobernante, cada ser humano tiende a quedar atrapado en alguna de estas condiciones suyas, y ésta no parece una actitud humanista, porque procediendo así, el derecho resalta más la objetivación social que no a la persona en su univesalidad. Esto no tiene por qué

¹⁰¹⁶ Hace años llevé este tema a una sesión de seminario con mis alumnos. La sociedad igualitaria y capitalista hace que cada cual tenga por delante todo el futuro imaginable, de forma que el hijo de un trabajador manual puede aspirar a ser millonario o jefe del gobierno. Pero esta posibilidad permanentemente abierta genera ansiedad, y de ahí el actual consumo masivo de medicamentos ansiolíticos y antidepresivos. Los alumnos que participaban en el seminario dividieron sus opiniones: la mayoría entendieron que una vida tranquila, con tiempo libre, era mejor que una vida dominada por la ansiedad que genera la realización de las metas usuales en nuestro tiempo.

ser así, pero, *de hecho*, la actitud jurisprudencial ha ido unida históricamente al mantenimiento de las desigualdades humanas.

2. *Las síntesis a priori o definiciones genéticas*

Volvamos al tema que nos ocupa, que es la descripción del *mos geometricus* en el derecho y en la política. Estas nociones comunes y estos juicios naturales de los que hablaba Sharrock son, en realidad, nociones altamente complicadas, normalmente inexistentes en la vida cotidiana, pero que fueron justificadas por su capacidad doctrinal constructora. Ya indiqué que este *mos geometricus* se desarrolló mediante síntesis a priori que escondían definiciones genéticas. Si reitero ideas ya expuestas, vemos que este modo de trabajar requería situar en el comienzo de la argumentación un dato que tanto era positivo como negativo. Era positivo porque afirmaba la existencia de individuos en el estado de naturaleza; era negativo porque, por la sola presentación de estos individuos, el autor constructivista introducía una carencia necesariamente presente en esas personas así entendidas. Se trataba de una sola carencia, igual para todos los hombres: esta unidad de perspectiva era imprescindible.

Desde la índole de los hombres presentados así, y desde el carácter de la carencia o necesidad propia de estos hombres, cada autor *construía*, paso a paso, fundamentando cada teorema en el contenido (carenzial) propio del teorema anterior. Si el lector de estas obras se pregunta sobre cuál es la ‘fuerza’ (por decirlo así) que hace avanzar el razonamiento desde un paso o teorema al siguiente, debe entender que la definición inicial del hombre, ya anticipada de una sola vez —de ahí que podamos hablar de síntesis a priori— presenta unas carencias que, precisamente por su carácter de necesidades, son exigentes, ya que las necesidades que han de ser resueltas crean —mediante la figura más amplia del *horror vacui*— como una ‘succión’ del teorema anterior en el posterior: este último atrae hacia sí a los pasos anteriores. Superficialmente se podría pensar que los datos iniciales recaban por sí mismos los desarrollos argumentativos posteriores; esto es cierto, pero solo a condición de tener en cuenta que estos datos primeros son los auténticos factores o autores de los razonamientos subsiguientes, de forma que los inicios cumplen la función de ser una meta final que atrae hacia sí activamente a los datos primeros.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁷ Una vez que el derecho fue identificado con un sector del espacio humano ya estaban puestas las bases para la geometrización del derecho, pues el filósofo contaba con los puntos —actos de voluntades— y con las líneas o vectores de fuerza —las leyes creadas mediante las voluntades— para producir las figuras, de modo que orientara esos puntos de formas

3. *El mos geometricus seu arithmeticus*

La literatura sobre la política y el derecho ha usado la expresión *mos geometricus* para referirse a esta forma de proceder. Esta es una expresión acertada, porque, aparte de que bastantes de estos autores manifestaron su intención de seguir el método de los geómetras y matemáticos, la figura óptica que ellos proponían era, efectivamente, de naturaleza entre geométrica y matemática. Estos autores (poco importa ahora que nos refiramos a Pufendorf, Gundling, Habermas o Rawls) suponen un espacio humano que es una superficie plana, sin relieves, habitada por puntos aislados.¹⁰¹⁸ Los puntos son, por definición, iguales entre sí: de ahí la igualdad individual, que sólo puede ser alterada por las voluntades de los que pactan.¹⁰¹⁹ La

admisibles socialmente. El *mos geometricus* implica un movimiento para avanzar o construir, y lo más procedente es aludir a cómo se produce o qué es ese movimiento. Sabemos que está operativa una retroalimentación permanente, que proviene desde el fin último que quiere alcanzar cada investigador (la figura que acota la extensión), de modo que una vez que el filósofo argumenta ya ha caracterizado a los elementos iniciales (los puntos) de la forma más adecuada para la consecución de su finalidad.

En esta forma de trabajar todos los movimientos han de ser binómicos, modelados sobre el sí/no, es decir, sobre una afirmación y su negación. El primer momento, que es el de la igualdad de los puntos en el espacio monomorfo, ya está puesto; solo queda negarlo. Éste es el punto de partida de las teorías de la justicia actuales. Rawls, por ejemplo, trata de introducir a sus lectores en una ratonera lógica en la que la primera vivencia desplaza a otra vivencia primera; es decir, el deseo de igualdad se ve contradicho por las desigualdades existentes, o son estas desigualdades las que fuerzan la emergencia del deseo de la igualdad individual. Es necesario en este tipo de pensamiento ‘poner’ dos puntos o cualidades humanas irreductibles y mutuamente excluyentes, por lo que son argumentaciones *ex terminis*, es decir, determinadas concluyentemente, y sin otra vía de escape; porque la negación de un punto o término ha de suponer necesariamente la exclusión negativa del otro: de ahí su capacidad persuasiva para quien ha aceptado algún tipo de estos planteamientos *ex terminis*.

El lector atrapado en ellos irá de un lado para otro sin encontrar una respuesta que no sea la negación de lo que ha sido puesto en primer lugar. Algunos politólogos hablan actualmente del Estado paternalista-perfeccionista (que nos fuerza a todos para actuar ‘bien’) y del Estado humanista-permisivista: quien haya aceptado este planteamiento habrá caído en un dilema, ya que, decida lo que decida, decidirá mal, aunque —eso sí— decidirá con gran rigor lógico. Condición *sine qua non* de estos planteamientos teóricos es adelgazar extraordinariamente los términos del problema propuesto, de modo que el lector solo pueda contestar un sí/no o un no/sí.

¹⁰¹⁸ Estuvo tan extendida la pretensión de explicar incluso las realidades humanas mediante figuras de la geometría, que Kant estableció que la razón no adquiere forma de una llanura, sino una esfera. Véase *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1988, A762.

¹⁰¹⁹ La suma de las voluntades individuales, empujada por alguna necesidad que era supuesta como la dominante entre los hombres, llevaba directamente a la formación de la voluntad colectiva. Grocio estableció que la necesidad que movía a los individuos era el

superficie en la que habitan ha de ser llana y uniforme, porque los relieves introducirían desigualdades entre esos puntos personales. De ahí que se declaren ‘nominalistas’ los filósofos que se integran en estas corrientes.

El jurista sí ha de reconocer relieves en el espacio humano, porque los seres humanos no existimos sin más, sino que el *homme situé* se presenta ante la sociedad siendo padre, comerciante, niño necesitado de cuidados, o propietario de diversos bienes. El jurista no puede ser nominalista, porque a poco que recapacite sobre su trabajo, observa cómo él ha de seguir forzosamente unos principios ante el problema de una adopción, y cómo ha de seguir otros índices necesariamente distintos ante el impago de una hipoteca. A su vez, estos ‘índices’ primarios lo llevan hacia una legislación especializada, necesariamente distinta según cada tema. En cambio, los representantes del *mos geometricus* suponen unos puntos en un espacio imaginado, formado por la conciencia objetiva propia de los geómetras y que todos portamos,¹⁰²⁰ y como todo punto es la negación del espacio, tal como destacó Hegel,¹⁰²¹ cada individuo ha de traicionar la igualdad del espacio en el que vive. Ante este hecho anómalo para la justicia, el jurista-geómetra ha de negar esa primera negación, y con esto pone en marcha un proceso puramente teórico, que es especialmente fácil de enseñar y de transmitir.¹⁰²²

Estos teóricos de la justicia expusieron teorías fáciles de entender y de enseñar, porque la negación de aquella primera negación, que busca la se-

deseo de la sociabilidad; lo mismo mantuvo Pufendorf en una de las versiones de su teoría; para Thomasius, la necesidad primera era la de vivir bien, *vivire diuturne et foelissime*; para John Locke, la protección de las propiedades privadas; para Kant, el hacer posible la esfera de libertad de cada individuo, de forma que cada uno estuviera en condiciones de hacer real su plan moral de vida.

¹⁰²⁰ Descartes prefiere la palabra ‘imagination’. Véase “Seconde méditation”, *Œuvres et Lettres*, París, Gallimard, 1953, p. 280. Saumells define a la conciencia objetiva como “El ámbito de una cierta forma de presencia propia de los objetos en tanto que están destinados a su conocimiento”. *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*, Madrid, Rialp, 1970, p. 34.

¹⁰²¹ *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Zweiter Teil, § 254, donde explica que “Der Punkt, das Fürsichsein, ist deswegen vielmehr die und zwar in ihm gesetzte Negation des Raums”, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1970.

¹⁰²² Henri Gergson destacaba que la geometría es la ‘metafísica natural’ del espíritu humano. Él explicaba que hemos modelado nuestra forma de pensar sobre los cuerpos inorgánicos. Véase “L’évolution créatrice”, *Œuvres*, 5a. ed., París, PUF, 1991, p. 506. Frey, yendo más allá en esta línea de comprobaciones, extiende esta tesis más allá de la mecánica de Newton, e indica que los agrupamientos más corrientes de números, de 10 en 10 o de 20 en 20, están relacionados con el número total de los dedos de la mano y de los pies del cuerpo humano. El número, cualquiera que sea su origen, está íntimamente vinculado con una realidad empírica objetiva y, como todos los instrumentos de cálculo, están diseñados por el hombre. Véase *La matematización de nuestro universo*, trad. de J. Barrio, Madrid, Gregorio del Toro Editor, 1972, p. 39.

guridad, la sociabilidad o la protección de las propiedades (hoy se distingue Robert Nozick en este último punto), solo puede hacerse siguiendo y afirmando a ultranza un solo rasgo humano. Es obvio que se trataba, y se trata también hoy, de un pensamiento puramente binómico, que juega únicamente con el 0-1; es decir, con la pérdida de la seguridad y con la negación de esa primera pérdida afirmando las condiciones políticas que hacen posible la seguridad en la sociedad. No pueden superar este pensamiento binómico, que se basa en la restauración de un primer rasgo disminuido, porque si propusieran simultáneamente varios principios volverían complejas sus teorías y acabarían entrando, en definitiva, por una actitud similar a la de los juristas, y esto les haría perder su aparente diafanidad. Hay que subrayar la palabra *teoría* porque una doctrina sí tiene en cuenta la pluralidad de puntos de vista, y se ocupa de la complejidad; una teoría, en cambio, puede ser complicada, pero nunca llegará a ser compleja. Lo complejo es aquello que posee varias dimensiones que se penetran mutuamente, de modo que el jurista ha de asumir frecuentes contradicciones. El pensamiento binómico no tiene en cuenta complejidades, sino el estudio de desarrollos lineales, y en lugar de las dimensiones solamente puede considerar sectores. Por esto, cuando Luhmann y los filósofos sistémicos hablan de reducir la complejidad, hablan en falso, porque ellos no reconocen complejidades, sino simples complicaciones.

Estas teorías suelen tener un éxito fácil y rápido, porque satisfacen a un pequeño y breve estrato de la conciencia intelectual. La gente no soporta las argumentaciones propiamente jurídicas, en las que no saben reconocerse. Les agradan, en cambio, los constructos intelectuales breves y coherentes que están montados sobre conceptos extremadamente generales. El desconocimiento eterno de la mentalidad jurídica se nos muestra en la poca valoración de los juristas si los comparamos con los literatos, los poetas o los pintores.¹⁰²³

4. *Los resortes del movimiento de esta nueva forma de proceder*

Estos *moderni* disociaron lo que es una realidad de sus movimientos. De acuerdo con una observación elemental, los movimientos son las formas de expresarse de cada cosa, por lo que la indagación sobre lo que es algo ha

¹⁰²³ Sólo conozco dos reconocimientos públicos hechos a juristas. Uno es una lápida de piedra en una calle junto al monasterio de Guadalupe, en Extremadura, que está dedicada a Gregorio López, el comentador de Las Partidas. El otro es el nombre de una calle: la *Savignystraße* de Frankfurt am Main.

de comenzar por el estudio de los movimientos de lo que queremos conocer. ¿Podemos conocer lo que son las cosas en sí? Tomás de Aquino, frente a Platón, reiteró que no. Estableció que los hombres solamente conocemos las cosas por ‘algunos’ de sus efectos,¹⁰²⁴ y dejó establecido que es la fuerza o el movimiento de cada cosa lo que nos muestra lo que es esa cosa: *Virtus naturam rei monstrat*.¹⁰²⁵ Como es lógico, para el de Aquino la naturaleza de una cosa no es algo estático: es esa fuerza interna de cada ser que le lleva a desarrollarse con toda la fuerza de su ser.¹⁰²⁶ Esta es la actitud del biólogo que estudia al hombre, es decir, del antropólogo.

El hombre no se manifiesta como tal, a no ser que el estudioso lleve las abstracciones hasta límites poco recomendables. El derecho considera a los hombres como seres que pueden constituir sociedades anónimas, que ingresan en un club, que compran o venden, que tienen intereses en la administración pública, o que han de pagar impuestos. Solamente el derecho penal, que no suele distinguir entre la causa próxima de un derecho o deber y el título último por el que es exigible ese deber o derecho, considera al *homo qua talis*; pero el derecho penal es una rama del derecho bastante distinta de las demás, y no sirve como paradigma único en el momento de la explicación del orden jurídico.¹⁰²⁷ Desde este punto de vista, junto al derecho penal están los derechos humanos; pero estos derechos, al ser operativos, se disuelven en el conjunto abigarrado de las instituciones que componen el ordenamiento jurídico y forman parte de cada instituto, pues nadie dice: a) como ser humano tengo derecho a las compraventas; b) hago uso de este derecho en esta compra concreta. Soy consciente de estar elementalizando cuestiones que son más complejas, pero la idea que dirige ahora el discurso permanece inalterada: los hombres vivimos como hombres, y se nos ha de estudiar como seres humanos, cuando realizamos la diversidad de los movimientos que son propios y específicos nuestros.

Los autores constructivistas en el derecho y en la política prescindieron entonces y prescinden también hoy de esta pluralidad de movimientos. Ellos quieren una teoría unitaria que arranque desde un solo rasgo de lo humano y que prosiga argumentativamente ese dato solitario: proponen éticas socia-

¹⁰²⁴ En *In Post.* § 15 explica que solo conocemos el *quia*, no el *quid* de las cosas. Una declaración más contundente la encontramos en *Sum. Gent.*, § 2188, en donde afirma que no conocemos lo que las cosas ‘son’, sino que solo las conocemos por sus efectos. Lo mismo en *Sum. Gent.*, § 2325.

¹⁰²⁵ *Ibidem*, § 852.

¹⁰²⁶ “Esse secundum totam suam essendi potestatem”. *Ibidem*, § 260.

¹⁰²⁷ Véase mi estudio “El derecho penal en la definición del derecho”, *Persona y Derecho*, 40 (1999), pp. 307-322.

les de *línea recta* que han de prescindir de las diversas formas de manifestarnos los hombres. En la Edad Moderna, los teóricos a los que aludo inician normalmente sus razonamientos normalmente, sin ninguna explicación, desde la libertad e igualdad iniciales de los hombres en el estado de naturaleza, que es un estado o situación que presentan como evidente o de valor obvio. Es así como proceden también hoy Habermas o Rawls. La forma de razonar que hay que seguir para hacer avanzar el razonamiento práctico desde esta libertad inicial es la forma matemática: “Cuando un hombre razona, no hace sino concebir una suma total por adición de parcelas, o concebir un resto por sustracción de una suma en relación con otra. Pues la razón no es sino cálculo”, había indicado Hobbes programáticamente.¹⁰²⁸ En este razonamiento práctico-matemático la regla fundamental es el principio de no contradicción. Así, Gundling entendía que todas las personas saben que han de cumplir sus promesas y pactos si no quieren llevar una vida infeliz y vivir incómodamente. Y es un loco quien hace un pacto y no lo cumple, pues no existe nada más demencial que contradecirse; la contradicción, según Gundling, pertenece *ad dementia et furorem*.¹⁰²⁹

Diseñaron una razón que ya no es medida por las cosas, sino que es ella misma la constructora de la vida práctica del hombre¹⁰³⁰ según las leyes de la mecánica; es decir, el principio de acción-reacción, y el principio de no contradicción.¹⁰³¹ Desde el estado *natural* del hombre, esto es, desde las diversas representaciones imaginativas que cada cual hizo acerca de los

¹⁰²⁸ *Leviatán*, cit., pp. 148 y 149. Esta tesis se mantiene firme a lo largo de la Modernidad, y Daniel Nettelbladt escribía que “Insignem hic praestat usu matheseos cognitio, cum ea contineat maxime perspicuam ideas exemplares de genuina problematum resolutione”. *De optima Jurisprudentia practica docendi methodo instructiva*, Halae Magdeburgicae, 1747, p. X. El primer estudio del que tengo noticia en el que se pretende aplicar este nuevo método es el de Georg Mars-Mann, *Tractatus mathematicus-juridicus*, Jenae, 1674. El estudio de Johann Balthasar Wernher, *De methodo genuina leges Naturae et Gentium investigandi*, Lipsiae, 1698, fue otro escrito programático más.

¹⁰²⁹ “Alle die vor honette Leute passiren wollen, müssen ihre Promise und pacta halten, sonst werden auch ihre promise und pacta ebenfalls nicht halten, und sie werden Zeit Lebens unglücklich seyn, und incommode leben müssen. So ist auch derjenige ein Narre, der pacta macht, und hält sie nicht. Denn es ist nicht närrischer, als wenn sich einer contradicirt; ja sich contradiciren gehört ad dementia et furorem”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorfii...*, cit., liber I, cap. 9, § 3.

¹⁰³⁰ Una muestra de la fe en las posibilidades y en la impositividad de la ‘razón’ la tenemos en la obra de Johann Christian Edelmann, *Die Göttlichkeit der Vernunft*, 1742, que por su solo título es expresiva. Existe *reprint* de Frommann-Holzboog, de 1977.

¹⁰³¹ Los *moderni* tuvieron una visión aritmética de la razón, de forma que entendieron que todo pensamiento humano era sumar-restar. Por lo que se refiere al espíritu, ellos tendieron a disolverlo en neumatología. Thomasius, por ejemplo, comentaba que “Ad istum absurdum refero totam scholasticorum Pneumaticam, seu Philosophia de Spiritibus”. *Institutiones Juris-*

individuos aislados, cada autor acentuó un rasgo determinado y fundamental al hombre, y desde esta supuesta tendencia fundamental cada jusnaturalista desarrolló su propia doctrina. Lo realmente singular estuvo en que todos estos autores se remiten a una noción de la *natura hominis*, que suponen acabada, o por lo menos suficiente para sus fines, como el pozo inagotable desde el que podemos obtener todas las normas de conducta. Ciertamente, entre la actitud metafísica de Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez (que fueron los que popularizaron en mayor medida esta tendencia intelectual), y el nominalismo que invade la *Juris naturalis disciplina* de la mano de Samuel Pufendorf y sus discípulos, hay diferencias notables. Pero en este punto más pragmático estuvieron de acuerdo: todos ellos afirmaron una *pura natura hominis*, que es tan refractaria a Dios como a la historia. La noción griega de *praxis*, que implicaba volver sobre los propios pasos para rehacer continua y contingentemente lo ya hecho para hacer mejor lo que hacemos ahora, le es ajena. Hegel recabó, expresamente frente a ellos (que personificaba en Kant) la figura del círculo como la más adecuada para describir la vida del hombre.¹⁰³² Pero los datos estaban echados para los siglos XIX y XX, y desde entonces las teorías sobre la justicia y el derecho natural han ido asociadas a alguna teoría sobre la naturaleza humana. Sucedió como si a estos autores (normalmente filósofos, no juristas), les resultara humillante que la filosofía buscara lo que no era capaz de descubrir, de forma que el presupuesto inicial constituyera realmente el problema.

Se trataba de establecer un principio supremo y único (cada autor propuso el que quiso)¹⁰³³ para construir desde él, de una forma pretendidamente

prudentiae Divinae libri tres, Halae, 1702, l. I, cap. 3, § 66. A lo largo del siglo XVIII se crearon en diversas universidades de Europa cátedras de Pneumatología y Ética.

¹⁰³² *Principios de filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. de Juan L. Vermal, Buenos Aires, Sudamericana, 1973, § 2, agregado.

¹⁰³³ Las polémicas acerca del único principio fundamental del derecho natural comenzaron muy pronto. Véase, por ejemplo, Röhrensee, Christian, *Dissertatio de Fundamento Juris naturalae*, Witerbergae, 1687. Gottlieb Alert, *Fundamentum legis naturalis brevis evolutio*. Lubeck, 1701. En 1702 aparece, en Frankfurt, el *Tractatum Juris Gentium de Principis Juris naturalis unico, vero et adaequato*, de Samuel Coccejus, que ataca agudamente este método pretendidamente deductivista. Jacobo Ludovici publica al año siguiente, en Marburg, sus *Dubia circa hypothesim de principio Juris naturae ejusque vindicias*, en donde muestra la falta de precisión y la arbitrariedad de la exactitud de los que dicen seguir este modo de proceder; su ataque se dirige fundamentalmente a Pufendorf. Estas obras provocaron un alud de escritos, normalmente *Dissertationes*. Véase Proeleus, Immanuel, *De origine diversorum Juris naturae principiorum, quatenus nec unica, nec adaequata vera sunt*, Lipsiae, 1703; Joachim Henricus Sibbrand, *An datur principium Juris naturae verum, primum, unicum, adaequatum et evidens, nec ne*, Rostock, 1703. Más tarde, aparecen los dos estudios de Friedrich Alexander Kühnhold, *Origines dissensuum in doctrina Jurisprudentiae naturalis*, Lipsiae, 1722, y *Oratio de logomachis circa principium juris naturae*, Lipsiae, 1723.

te deductiva, un sistema del derecho natural.¹⁰³⁴ Un escrito didáctico acerca de este método en el derecho fue el de Johann Ulricus Roeder, *De principiis Juris naturalis*,¹⁰³⁵ que, aunque tuvo escasa difusión en su tiempo, resume bien los ideales metódicos del nuevo jusnaturalismo. Por su parte, Gribner, siempre entusiasta de la nueva filosofía práctica, expuso la confianza que depositaron los jusnaturalistas en el método axiomático-deductivo, y él entiende que sería el siglo XVIII el que lo haría realidad, felizmente, en el derecho.¹⁰³⁶ Pero, aparte de la confianza en este método, mostrada en muchos escritos programáticos, normalmente redactados en tonos ditirámicos, es poco lo que encontramos acerca del pretendido método axiomático-deductivo aplicado a la ciencia práctica humana. Rübél se contentó con indicar que era necesario,¹⁰³⁷ y el Barón de Ickstatt (el único católico conocido que en el siglo XVIII participó en el movimiento jusnaturalista)¹⁰³⁸ recordaba la necesidad de establecer unas *definitiones* y *postulata* ciertos e indubitables desde los que obtendremos *axiomata et propositiones*; los *axiomata* participarían del carácter indemostrable de las definiciones.¹⁰³⁹ Y no añadió más.

¹⁰³⁴ Esta forma de proceder ya estaba presente en los innovadores del siglo XVI. Véase acerca de este tema, Schüling, H., *Geschichte der axiomatische Methode im 16. Jahrhundert*, reprint de Georg Olms, 1969. El escrito programático quizá más divulgado en su momento fue el de Johann Christian Claproth, “Vertheidigung der mathematischen Lehrart in der Jurisprudenz”, *Sammlung juristisch-philosophisch und kritischen Abhandlungen*, Zweyte Stück, Göttingen 1743. Ésta es una obra de calidad.

¹⁰³⁵ Hildburhusea, 1783.

¹⁰³⁶ “Cum proximo saeculo Jurisprudentiam naturalem in ordinem redigere, atque ab incertitudine et confusione liberare certatim...”. *Principiorum juris prudentiae...*, cit., cap. IV, § 1.

¹⁰³⁷ “Wenn wir das Recht der Natur durch eigenes Nachsinnen heraus bringen wollen, so ist vor allem Dingen nöthig, daß wir unsere Natur auf das sorgfältige untersuchen, damit wir die Principia nach und nach bekommen, an welche wir uns in dem Fortgange dieses Werkes halten werden... Principium nennen wir alles dasjenige, welches den Grund von einem andern in sich hält... Man siehet schon hieraus, da wenn ein Principium und principiatum richtig seyn soll, so müssen sie mit einander connex seyn, und muß sich das principiatum aus dem Principia begreifen lassen”. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*, Wittemberg, 1735, cap. I, § 1.

¹⁰³⁸ Véanse noticias sobre él en Dufour, *Le mariage...*, cit., p. 204, nota 528.

¹⁰³⁹ “Caput IV: De methodo docendi atque discendi Jurisprudentiam... In numerum principiorum demonstrandi non assumuntur, nisi definitiones exasciatae, experientiae indubitatae, axiomata, et propositiones iam demonstratae (Wolf. Log. lat. 562) quapropter, cum methodus demonstrandi in omnibus disciplinis eadem sit...”. XII. Axiomata Juris sunt propositiones theoreticae, quas in Systemate Juris absque demonstratione sumere licet... XVI. Axiomata Juris sunt principia demonstrandi tum Iura, tum Leges. Enimvero principia demonstrandi debent esse certa, ergo et axiomatis sua constare debet certitudo. XX. Postulatum dicitur propositio practica indemonstrabilia; est ergo postulatum Juris propositio practica, qua aliquid in Jure absque demonstratione fieri posse sumitur”. *Meditationes praeliminare de studio Juris ordine atque methodo scientifica instituendo*, Wirceburgi, 1731, caput IV, § 5.

Ya muy tarde, en el periodo crepuscular del *jus naturale et gentium* (a finales del siglo XVIII), cuando estos autores siguen masivamente la filosofía crítica kantiana, tampoco proporcionaron explicaciones más prolijas acerca del método sistemático.¹⁰⁴⁰ Schmalz pretendió haber procedido, según declara él expresamente, de forma axiomática-deductiva.¹⁰⁴¹ Pero todo quedó en declaraciones de intenciones. En las obras jurídico-jusnaturalistas que efectivamente se publicaron, el método se redujo a proceder desde lo general, que se suponía más evidente, a lo particular, siguiendo los consejos que ya diera en su día Petrus Ramus. Lo más general eran los rasgos que observaban en el hombre aislado en el *status naturae*, y lo particular eran las categorías jurídicas concretas, como la familia, la propiedad o los contratos. Por lo demás, tanto Coccejus como Ludovici ya mostraron, a comienzos del siglo XVIII, las insuficiencias y absurdos en el derecho del *principium unicum, evidens et adaequatum*, y en general, del pretendido método deductivo-matemático.

Tal modo de proceder resultó inviable en la ciencia práctica, según demostró ya el mismo siglo XVIII con las disputas de base entre los jusnaturalistas que decían seguir el mismo método, pero situaban ‘principios únicos’ distintos y llegaban a resultados también diferentes, y el problema que se presenta al investigador de hoy es, ante todo, el de la sinceridad de aquellos teóricos del derecho. Nadie duda de que Hobbes, a su modo y a pesar de sus contradicciones, sí procedió (al menos parcialmente) de forma rigurosa. Pero Grocio, Pufendorf, Thomasius, Locke, etcétera, ¿hicieron lo mismo? El primer inconveniente que encuentra el lector de estas obras son las contradicciones internas de cada cual: Grocio explica en los *Prolegomena* de su *De jure belli ac pacis* que en las verdades prácticas existe la misma necesidad que en los desarrollos matemáticos. Pero después, en esta misma obra, se suele remitir al pacto que dio origen a cada relación jurídica que él considera, y desaparece de la vista tal necesidad moral: en su lugar entra la voluntad de los que han pactado, y en otros momentos aparece esa fuente de principios, que es la *participatio*, a través de la que la razón humana se comunica con la razón de Dios. Pufendorf tiene varias lecturas para un mismo lector: por

¹⁰⁴⁰ Véase mi estudio *La Cabeza de Jano, cit.*, pp. 30-32.

¹⁰⁴¹ Schmalz escribía que “Ich glaubte die Methode der Mathematik hier nachahmen zu müssen, so weit nämlich analytische Form der Syntetische nachahmen kann. Schon in der zweyte Auflage meiner *Encyclopädie des gemeinen Rechts* (1804) habe ich darum das Recht der Natur in Aphorismen, in dieser Strengen mathematischen Form dargestellt. Wie aber der Mathematiker von Axiomen ausgeht; so musste ich von Definitionen ausgehen, von den Begriff der Freiheit sicher zu bestimmen, dessen Entwicklung dann das Geschäft der Wissenschaft ist”. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, 1807, Vorrede, p. VI.

un lado, habla de unos *entia moralia*, que solo son los mandatos contingentes de Dios al hombre; por otra parte hace suyo el juego de *jus seu libertas-lex quae constringit*, que ya expusiera Hobbes. Si queremos enterarnos de lo que realmente propusieron, más vale dejar de lado las declaraciones sobre sus propios métodos y atenerse a los puntos de anclaje reales de sus argumentaciones, que frecuentemente son diversos aun en un mismo autor.

Esta forma constructivista de proceder fue más que un movimiento centrado en el estudio del derecho natural. Aquella época quería cambios (en realidad revolucionarios, como se mostró en 1789), y la válvula de escape de las nuevas ideas científicas, jurídicas, morales y prácticamente religiosas se centró en los libros del nuevo derecho natural.¹⁰⁴²

Sobre los constructivismos éticos siempre planea la denuncia de MacIntyre:

La descripción más influyente del razonamiento moral que surgió en respuesta a la crítica emotivista estaba de acuerdo con ella en un punto: que un agente sólo puede justificar un juicio particular por referencia a una regla universal de la que puede ser lógicamente derivado... pero puesto que cada cadena de razonamientos debe ser finita, un proceso de razonamiento justificatorio siempre debe acabar en la afirmación de lo que no puede darse más razón... Cada individuo, implícita o explícitamente, tiene que adoptar sus primeros principios sobre la base de una tal elección. El recurso a un principio universal es, a la postre, expresión de las preferencias de una voluntad individual y para esa voluntad sus principios tienen y sólo pueden tener la autoridad que ella misma decida conferirles al adoptarlos. Si los que pretenden poder formular principios con los que cualquier agente racional estaría de acuerdo, no pueden asegurar este acuerdo para la formulación de aquellos principios básicos por parte de unos colegas su propósito filosófico básico y su método, hay una evidencia, una vez más, *prima facie*, de que el proyecto ha fracasado.¹⁰⁴³

¹⁰⁴² Hervada explica que “Característica de la concepción moderna del derecho natural fue la ruptura —en línea similar a lo que ocurrió en otros campos de la cultura— de esa visión de la sociedad y sustituyó la teología por el derecho natural como ciencia de los principios supremos de la convivencia social. En definitiva, el derecho natural, de ser una de las leyes de la convivencia humana, pasó a ser la ley básica de esa convivencia. Y como consecuencia lógica, la ciencia del derecho natural se transformó en el sustitutivo de la teología moral como ciencia suprema de la vida del hombre en sociedad. Naturalmente, esto implicaba la aparición de la disciplina del derecho natural como ciencia específica”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 252.

¹⁰⁴³ *Tras la virtud*, cit., pp. 36 y 37.

CAPÍTULO NOVENO

PENSADORES IRREDUCTIBLES A UNA ESCUELA

Parecería que tras la remoción científica de Galileo y Descartes que culminó Newton, y que con el triunfo del individualismo que se desarrollaba según el *mos geometricus*, los cambios operados en el siglo XVII habían sido suficientes como para calmar el ansia de novedades de la conciencia colectiva. Pero la Modernidad ha sido la etapa más creativa que hemos tenido en nuestra historia, porque el capitalismo —más allá de las ideas individualistas o democráticas— pugnaba por encontrar su justificación jurídica y política; de ahí la obra de John Locke. El materialismo contaba con una exposición doctrinal poco desarrollada, porque las obras de Helvetius y D'Holbach anunciaban sonoramente que reclamaban igualmente sus propios planteamientos políticos. La obra de Rousseau supuso un jarro de agua fría para los individualismos contractualistas, tan en boga entonces, porque reclamó los derechos de la totalidad de los ciudadanos sobre los intereses de los individuos, que no podían aspirar a elevarse hasta el rango de derechos; este ginebrino reclamó una naturaleza o una esencia de lo jurídico que trascendiera los intereses simplemente individuales. Kant se lanzó sobre las huellas de Rousseau y buscó igualmente un orden a priori que calificara definitivamente lo que pertenece a la filosofía práctica, discerniendo lo admisible o universal de lo meramente empírico o sensible.

Locke, a pesar de su éxito, aportó pocas explicaciones nuevas, y los materialistas se habían cerrado a sí mismos, desde sus restricciones metódicas, la posibilidad de diseñar una nueva teoría jurídica o política. Hubo que esperar a que Carlos Marx proclamara la inanidad de las ideas sobre el derecho y la política para tener a la mano, paradójicamente, la teoría política del materialismo. Pero Rousseau buscó un a priori —al que llamó la *volonté générale*— absolutamente universal que fuera el criterio definitivo para separar la justicia frente a lo injusto; él, y no Pufendorf, Locke o Gundling, fue quien escindió a la conciencia entre lo necesariamente justo y lo que, por no poseer este carácter, solo podía ser calificado de necesidad o de prepotencia. Kant recogió esta tendencia universalizante, que solo reconoce

el sí/no absoluto en los temas políticos que tratan de la justicia. Rousseau y Kant inauguraron el estilo moderno y contemporáneo de la exposición apodíctica que conduce a teorías que solamente admiten su aceptación o su exclusión.

I. JOHN LOCKE (1632-1704)

Hobbes fue demasiado rotundo y coherente. Ciertamente, dio a buena parte de su época lo que ella demandaba, pero la forma en que lo expuso hizo que su doctrina fuera expresamente rechazada, a causa, fundamentalmente, de su materialismo y consiguiente ateísmo. Pero el siglo XVII se fue convirtiendo en la cuna del ateísmo, y lo que parecía demasiado fuerte hacia 1640 era más admisible cincuenta años después. El tono apologético de la fe cristiana que toman los *Pensamientos* de Pascal nos muestra hasta qué punto, a finales del siglo, había crecido el número y la influencia de los que exigían una interpretación mecanicista excluyente de la naturaleza y del hombre.

Locke fue médico de profesión, preceptor en la casa de los condes de Shaftesbury, y estuvo dotado de una fuerte formación escolástica. Desde la extensión de la mentalidad que corporeizó Descartes en sus obras, habían cambiado muchas cosas y se habían facilitado otras extraordinariamente. Todavía Hobbes tuvo que hacer muchos esfuerzos por explicar los fundamentos de su filosofía, pero lo que era nuevo en 1640 estaba de moda en 1690, y podríamos decir que, en cierto modo, Locke fue oportunista, porque combinó incongruentemente, pero con gran éxito, la teoría de los derechos naturales innatos con una doctrina materialista y mecanicista del hombre. Fue el gran triunfador de la Ilustración.

Él recoge la tesis más básica de Descartes y de la teoría de la nueva ciencia (el *método científico*), y considera solamente ‘cualidades primarias’ de los cuerpos en el espacio. Los científicos del siglo XVII habían separado las cualidades primarias de las cualidades secundarias de los cuerpos. Las primeras eran las que podían ser medidas según número y figura, y las segundas, las que parecían depender más de la intuición de la estructura cognoscitiva humana que no de cualidades medibles de los cuerpos, como eran los olores, sabores, el gusto estético, la utilidad colectiva, etcétera. “Llamo cualidades originales o primarias de los cuerpos a aquellas que observo que producen ideas simples en nosotros, como son la solidez, la extensión, la figura, el movimiento o el reposo, y los números”.¹⁰⁴⁴ Las cualidades secunda-

¹⁰⁴⁴ *Essay...*, *cit.*, vol. I, p. 120.

rias no son nada en los objetos mismos, sino poderes (*powers*) que producen sensaciones en nosotros a través de las cualidades primarias.¹⁰⁴⁵ Porque “La figura particular, el número, la figura y los movimientos del fuego, o de la nieve, existen realmente en ellos, sean percibidos o no por los sentidos, por lo que podemos llamarlos cualidades reales, porque existen realmente en los cuerpos”.¹⁰⁴⁶ Los números miden todo lo que el hombre puede medir.¹⁰⁴⁷ Como podemos observar, los sentidos tienen una función, ante todo pasiva, del mismo modo que en Hobbes, porque las impresiones les llegan no por su propio poder, sino por el *power of things*.¹⁰⁴⁸

1. *Las sustancias y las ideas innatas*

Locke continuamente con dos tesis: una es la negación de los principios innatos, ya sean teóricos o prácticos; y la otra es la de la negación del conocimiento de las ‘sustancias’, porque los números nos muestran solamente magnitudes, no ‘cosas’. Él explica que el filósofo indio cree en las sustancias, porque el mundo es soportado por un gigante, el gigante es soportado por un elefante, y una tortuga soporta al mundo. El filósofo europeo procede igual, porque cree en las sustancias, que soportan los accidentes, y no sabe de lo que habla. De hecho, en esta confusión lingüística, llaman sustancias a Dios, a las almas, a los cuerpos.¹⁰⁴⁹ Debemos confesar que nos es desconocida la sustancia de los cuerpos.¹⁰⁵⁰ Si no podemos conocer lo que son las cosas, mucho menos conoceremos su cualidad moral, y vemos cómo en las convicciones morales domina el relativismo histórico y geográfico.¹⁰⁵¹ Pide perdón por el uso de la palabra idea,¹⁰⁵² que él usa por simple comodidad, como sinónima de cualquier contenido mental. Su formación escolástica se nos revela una vez más cuando explica que las ideas son *modos* (otra vez la terminología de los Nominales y de Pufendorf), y las ideas compuestas son modos compuestos.¹⁰⁵³ Ha sido interesante la evolución del uso de la noción de modo, que fue rechazada por los últimos escolásticos

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*, p. 123.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, p. 207.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, vol. 2, cap. 1, § 1.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p. 166.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹⁰⁵¹ *Ibidem*, pp. 40, 41, 44 y 53.

¹⁰⁵² *Ibidem*, p. 6.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, p. 294.

españoles, que no atendían a los *parva logicalia*, pero fue recuperada por Pufendorf y Locke para hacer viable —escolásticamente— su nominalismo. Un modo es lo que no existe por sí, sino adherido a una sustancia. Si Locke ha rechazado la posibilidad misma de hablar de sustancias, debería eliminar igualmente el uso de la categoría modal. Pero constituiría una ingenuidad difícilmente disculpable exigir coherencia a Locke

La suya es una filosofía extremadamente razonada, muy argumentativa, en la que todo paso es explicado, de forma reiterativa y pesada, desde la premisa anterior. Nos dice, en este tono, que los sentidos nos proporcionan ideas particulares, que decoran un gabinete vacío; la mente crece familiarizándose con algunas de ellas, que son alojadas en la memoria, y busca nombres para ellas; más tarde, la mente las vuelve abstractas, y gradualmente aprende el uso de los nombres generales.¹⁰⁵⁴ Estamos ante un proceso cuya génesis sería la siguiente: los cuerpos y sus poderes, la impresión en los sentidos, alcanzar la mente, el almacenamiento en la memoria, el otorgamiento de los nombres y, finalmente, el proceso abstractivo que permite usar ideas abstractas o generales. Todo ello explicado con mucho rigor y detenimiento.

Su otra gran preocupación fue la negación de las ideas innatas. Sucedió que aquellos ilustrados entendían que el elemento peculiarmente teológico de la ley natural (la *participatio* de la razón humana en Dios) estaba constituido por ideas innatas. Esto no es cierto referido a la Edad Media, porque Tomás de Aquino y Duns Scoto no entendieron los primeros principios de la razón práctica como ideas o principios innatos. Pero Descartes habló mucho de las razones seminales; es decir, de ciertas tendencias y principios que Dios ha colocado naturalmente en nosotros, y esta mentalidad fue más allá en sus muchos discípulos que llenan el siglo XVII. De forma que Locke, secularizador ante todo, se ocupó extensamente de tales ideas de forma reiterativa. Su tesis es muy simple: no existen ideas innatas en el hombre,¹⁰⁵⁵ y como nadie puede demostrar que existen, tampoco es posible proporcionar argumentos contra su existencia. No admite ningún principio teórico ni práctico, ni siquiera el principio de no contradicción.¹⁰⁵⁶ Como la conciencia moral estaba entonces muy vinculada a los principios innatos, concluye que tampoco el hombre tiene conciencia moral de forma innata.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰⁵⁵ Dedicó los capítulos II y III del Book I del *Essay of Human Understanding* a esta negación.

¹⁰⁵⁶ *Essay...*, *cit.*, vol. I, p. 14.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, p. 39.

2. *La intuición humana: ideas simples y compuestas*

Él entiende que las ideas humanas han sido adquiridas por cada cual por sensación o *reflection*.¹⁰⁵⁸ Cada experiencia sensorial nos produce una idea simple, y una vez que tenemos en la mente varias ideas simples, ellas se combinan de infinitas maneras y dan lugar, mediante la *Reflection of the mind*, a las ideas compuestas.

Las ideas simples son los elementos atómicos del pensamiento. Pero no queda clara su propuesta sobre este punto, porque él (sin duda aplicando la teoría cartesiana del espacio y de los cuerpos al discurrir de la razón) admite la infinita divisibilidad de estas ideas, por lo que siempre pueden ser más simples.¹⁰⁵⁹ En efecto, si el espacio es infinitamente divisible, ese otro *corpus* de ideas ha de ser igualmente divisible: hubiera sido muy poco empirista afirmar la absoluta divisibilidad de lo que existe, y excluir de ella a un sector de la realidad. Las ideas simples son solamente los efectos del ‘poder de las cosas’, y ellas son adecuadas realmente a estos poderes.¹⁰⁶⁰ Repite con insistencia la expresión ‘poderes de las cosas’ porque quiere dejar claro que los sentidos y la razón del hombre son puramente pasivos; en realidad, no existen ni tales sentidos ni esa razón como realidades autónomas frente al resto de la realidad, sino solamente las cosas que nos impresionan a través de los sentidos. Además de la adecuación perfecta entre la cosa y la idea, le era preciso añadir que la intuición sensorial es siempre irresistible;¹⁰⁶¹ esto es, que el hombre no puede dejar de percibir cuando realmente percibe algo. Como la realidad es una sola (una tesis necesaria a todo materialista), los poderes de las cosas no son distintos o diferentes: todos tienen la misma naturaleza.¹⁰⁶²

Las ideas simples son acumuladas en la mente o memoria, y allí son combinadas, y originan así otras ideas.¹⁰⁶³ Pero si la mente, o razón, es una facultad autónoma, tendríamos una realidad distinta de las percepciones, y esto se opone al dogma materialista de la unidad de lo existente. Explica que las ideas adquiridas *by reflection* son provocadas por causas extrínsecas a

¹⁰⁵⁸ “Whence has it all the materials of reason and knowledge? To this I answer, in one word, from experience: in that all our knowledge is founded. Our observation employed either about external objects, or about the internal operations of our minds, perceived and reflected on by ourselves”. *Essay... cit.*, vol. I, p. 82.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*, p. 125.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, p. 320.

¹⁰⁶² *Ibidem*, vol. I, p. 239.

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 147.

esas ideas y a la propia mente.¹⁰⁶⁴ Del mismo modo que Hobbes, concibe al pensamiento como un fluido que es tal por ser continuo y coherente. “Las ideas primarias que tenemos de un cuerpo, como contradistinto del espíritu, son la cohesión de lo sólido y, consecuentemente, de partes separables, y del poder de comunicar el movimiento mediante impulsos. Yo pienso que éstas son las ideas originales propias y peculiares del cuerpo”.¹⁰⁶⁵ Cuando escribe estas líneas no está disertando sobre la filosofía de la física, sino sobre el razonamiento humano. Si pensamos la cohesión de las partículas del aire —escribe él a propósito del pensamiento humano— los poros de estas partículas las conectan entre sí, e inciden en ángulos distintos las unas sobre otras, dando origen a gran diversidad de figuras.¹⁰⁶⁶ El pensamiento o razón, que es un cuerpo más, participa de las cualidades necesarias a todo cuerpo, a saber: la cohesión y la continuidad.¹⁰⁶⁷

Otra idea que tenemos del cuerpo es la del poder de comunicar el movimiento mediante impulsos, y en lo que respecta al alma, el poder de excitar movimientos a través del pensamiento. La experiencia cotidiana nos informa sobre estas ideas, una del cuerpo, otra del alma... que, ya consideremos el movimiento y su comunicación en el cuerpo y en el espíritu, la idea que pertenece al espíritu es más clara que la que corresponde al cuerpo.¹⁰⁶⁸

Esto es, es más clara y fácil la física espiritual que no la física material.

El tratamiento del pensamiento o razón como un ‘cuerpo’ le da ocasión de exponer su visión de la realidad. La idea de solidez que recibimos por el tacto surge desde la resistencia que encontramos en los cuerpos,¹⁰⁶⁹ y es la idea, entre todas, cuya sensación recibimos más constantemente.¹⁰⁷⁰ También Hobbes mantenía que las ideas nacen en nosotros por la resistencia que oponemos a las sensaciones. La idea de solidez es distinta de la idea de espacio, pues un hombre que percibe dos cuerpos distanciados, que se aproximan uno a otro, recibe esta sensación sin tocar o desplazar ningún cuerpo sólido.¹⁰⁷¹ Pero tras la crítica de Descartes a la noción antigua de la mecánica, con sus explicaciones nuevas acerca del espacio, del tiempo

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*, p. 97.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*, p. 21.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

¹⁰⁶⁷ “The extension of body being nothing but the cohesion or continuity of solid...”, *Essay...*, *cit.*, vol. I, p. 109.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, p. 105.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*, p. 106.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, p. 105.

y del movimiento, a Locke le resulta fácil negar que exista el espacio al modo antiguo.

Nuestra idea [del espacio] no es otra que la de la relativa posición de cada cosa... Yo pienso que esto es claro, y que lo admitiremos fácilmente si consideramos que no puede haber una idea del espacio en el universo... porque tras ella no tenemos la idea de un ser fijo, distinto y particular, en referencia al cual podamos imaginar una relación de distancia; sino que detrás de esta idea sólo hay un espacio o extensión uniforme, en donde la mente no encuentra variedad ni señales.¹⁰⁷²

Las ideas generales provienen del ‘trabajo del pensamiento’, y de este trabajo resultan también las verdades matemáticas.¹⁰⁷³ Porque el pensamiento dispone de una capacidad para abstraer que forma estas ideas tan especiales.¹⁰⁷⁴ De hecho, la idea de sustancia proviene de una combinación de ideas simples.¹⁰⁷⁵ Pero tenemos el derecho de preguntar si existe la razón como una facultad que aporta el hombre, y por ello no reductible a las sensaciones. La doctrina de Locke oscila entre dos extremos: por un lado, ha de mantener que la razón no puede ser nada distinto de las sensaciones, si es que quiere ser fiel a su empirismo; por ello explica que las ideas complejas son siempre verdaderas,¹⁰⁷⁶ pues carecen de cualquier referente, y que el poder del hombre no alcanza más allá de ‘componer y dividir’ ideas simples.¹⁰⁷⁷ Por otro lado, reconoce que la razón es una facultad que nos conduce desde lo conocido hasta lo desconocido,¹⁰⁷⁸ a través de teoremas y demostraciones, y que en cada paso de la argumentación ha de haber una evidencia intuitiva.¹⁰⁷⁹ No explica por qué debe asentir el hombre a estas evidencias silogísticas.

3. *La libertad*

Si el ser humano es un simple momento de un devenir único, no es posible hablar de libertad. Pero la actitud aparentemente conciliadora de Locke

¹⁰⁷² *Ibidem*, p. 162.

¹⁰⁷³ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰⁷⁴ *Ibidem*, p. 148.

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*, p. 156.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*, vol. II, p. 127.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, vol. I, p. 101.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰⁷⁹ *Ibidem*, vol. II, p. 323.

no le permite establecer directamente una tesis como esta. Él manifiesta en un primer momento que la libertad consiste en hacer u omitir de acuerdo con la determinación o pensamiento de la mente,¹⁰⁸⁰ y ya ha indicado que el hombre realiza dos tipos de acciones: la *perception or thinking* y la volición *or willing*.¹⁰⁸¹ Pero es a partir del capítulo 21 del *Book II* cuando trata extensamente este tema en un tono especialmente argumentativo y hasta cierto punto coloquial.

¿Por qué no es libre una bola de tenis? Si el puente se rompe y un hombre cae al agua, tampoco ese hombre es libre.¹⁰⁸² Además, hacemos voluntariamente cosas que no queremos.¹⁰⁸³ Puede resultar que un hombre tenga el baile de San Vito (*choreas sancti viti*), y esto tampoco es voluntario.¹⁰⁸⁴ Todos observamos que tenemos en la mente ideas que no queremos tener, por lo que no somos libres para pensar o dejar de hacerlo.¹⁰⁸⁵ Sucede en realidad que la cuestión acerca de la libertad del hombre, así planteada, es absolutamente impropia,¹⁰⁸⁶ y preguntarle a un hombre si es libre es como preguntarle si duerme con suavidad, porque la libertad es tan poco predicable de la voluntad como la suavidad del movimiento del sueño.¹⁰⁸⁷ Es manifiesto que la voluntad no es más que un poder o capacidad, y la libertad es otro poder o capacidad, por lo que preguntar si la voluntad es libre es como preguntar si un poder tiene otro poder.¹⁰⁸⁸ La cuestión es demasiado grande, y es absurdo esperar una respuesta a esta pregunta, pues ¿quién no ve que los poderes solamente pueden pertenecer a un agente, que son atributos de sustancias, y que no podemos hablar de los poderes por sí mismos?¹⁰⁸⁹ Pero ahora sí recurre a la noción de sustancia: no se detiene ante las contradicciones.

Su tesis de fondo es que la voluntad, de la que podríamos predicar la libertad, no es una facultad aislada, sino que corresponde a todo el hombre.¹⁰⁹⁰ El hombre come y hace la digestión: ¿podemos hablar de la facultad

¹⁰⁸⁰ “According to the determination or thought of the mind”. *Essay..., cit.*, vol. I, p. 240.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁰⁸² *Ibidem*, vol. II, p. 241.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, p. 241.

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*, p. 242.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, pp. 242 y 243.

¹⁰⁸⁶ “That the question itself is altogether improper”. *Essay..., cit.*, vol. II, p. 243.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, p. 243.

¹⁰⁸⁸ “It is plain than, that the will is nothing but a power or ability, and freedom another power or ability: to that to ask wheter the will has freedom, is to ask wheter one power has another power”. *Essay..., cit.*, vol. II, p. 244.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, p. 245.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, p. 246.

de comer y de hacer la digestión?¹⁰⁹¹ No hay que plantearse si la voluntad es libre, “But wheter a man be free”.¹⁰⁹² Con una argumentación que no es precisamente un monumento a la claridad, explica que cuando existe una idea presente a la mente y a la voluntad, que se le propone al hombre para hacerla, él no es libre, porque no puede evitar querer la existencia o no existencia de esa acción, por lo que es absolutamente necesario que quiera una cosa u otra: no tenemos libertad para elegir o no elegir, y desde el momento en que el hombre debe seguir necesariamente una de las dos opciones “Is under the necessity and so cannot be free”, porque a menos que la necesidad y la libertad puedan coexistir, el hombre no puede ser libre sin más ni más.¹⁰⁹³ Da a entender que la libertad sería un predicado de la voluntad, pero un predicado que se refiere también a la misma voluntad, y entonces habría que preguntarse: ¿acaso el hombre puede querer lo que quiere?¹⁰⁹⁴ Ciertamente, hablamos de la persona, que es un término que parece conllevar la nota de la libertad; pero el de persona es solamente un término forense.¹⁰⁹⁵

4. *La ley natural*

“Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en el que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona”.¹⁰⁹⁶ “Pero, aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia... esa libertad no le confiere el derecho de destruirse a sí mismo, ni siquiera a alguna de las criaturas que posee... El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna... La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, libertad o posesiones”.¹⁰⁹⁷ Estas tres últimas palabras nos dan la clave del contenido de la ley natural en Locke: vida, libertad y propiedad privada.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 247.

¹⁰⁹² *Ibidem*, p. 248.

¹⁰⁹³ *Ibidem*, p. 249.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*, p. 250.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁹⁶ *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de A. Lázaro Ros, Barcelona, Orbis, 1984, § 4.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*, § 6.

Locke fue el primer autor conocido de nuestra cultura que popularizó que la propiedad privada de las cosas era un derecho natural, o innato, del hombre. Esta tesis la había sentado cuarenta años antes Juan (Cardenal) de Lugo, pero permaneció en los ámbitos escolásticos. Reitero que hasta entonces, diversos juristas habían entendido que la propiedad privada se fundamentaba en ese sector del derecho natural que viene creado contingentemente por las necesidades de los hombres en la historia, como mantuvieron, entre otros, Alberto Bolognnetus, François Conan, o Pierre de La Grégoire, en la segunda mitad del siglo XVI. No era un derecho innato del ser humano, sino una institución exigida por las necesidades históricas actuales, de forma que si cambiaban las circunstancias y las necesidades fueran distintas, la propiedad dejaría de estar fundamentada en el derecho natural.¹⁰⁹⁸ Locke, en el marco de la Escuela del Derecho Natural Moderno, proclamó que el derecho a ser propietario era un derecho innato o absoluto del ser humano.

Dedicó mucha tinta a la libertad individual:

De ahí se deduce que si alguien trata de colocar a otro hombre bajo su poder absoluto se coloca con respecto a éste en un estado de guerra... La única seguridad que yo tengo de mi salvaguardia consiste en libertarme de semejante fuerza, y la razón me ordena que tenga por enemigo de esa salvaguardia mía a quien intenta arrebatarle la libertad que constituye mi única muralla defensiva.¹⁰⁹⁹

Es función de la ley (Locke tampoco distingue entre ley y derecho) castigar las transgresiones del *jus* inicial. Para él, “La libertad natural del hombre consiste en no verse sometido a ningún otro poder superior sobre la tierra, y en no encontrarse bajo la voluntad y la autoridad legislativa de ningún otro hombre”.¹¹⁰⁰ La ley natural solamente otorga libertades,¹¹⁰¹ y esta libertad en general se fundamenta en el hecho de que el hombre está dotado de razón:¹¹⁰² la misma justificación que proporcionaban los escolásticos de siglo y medio antes.

La ley natural es la ley del hombre, tan máximamente objetiva que, así como obliga a todos, faculta también a todos para obligar a que se cumpla, de modo que

¹⁰⁹⁸ Megías, José Justo, *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable*, ya citado.

¹⁰⁹⁹ *Segundo ensayo...*, cit., § 17.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*, § 21.

¹¹⁰¹ *Ibidem*, § 87.

¹¹⁰² *Ibidem*, § 63.

Para impedir que los hombres atropellen a los demás, que se dañen recíprocamente, y para que sea observada la ley de la naturaleza, que busca la paz y la conservación del género humano, ha sido puesta en manos de todos los hombres, dentro de ese estado (se refiere al estado de naturaleza) la ejecución de la ley natural; por eso cualquiera tiene el derecho de castigar a los transgresores de esa ley.¹¹⁰³

Sigue las ideas vulgares de la época que entendían que por naturaleza nadie tiene poder sobre otra persona, y añade que tal poder lo tiene el hombre “Únicamente para imponerle la pena proporcionada a su trasgresión, según dicten la razón serena y la conciencia; es decir, solamente en cuanto pueda servir para la reparación y la represión. Éstas son las dos únicas razones por las que un hombre puede infligir a otro un daño, y a eso es a lo que llamamos castigo”.¹¹⁰⁴ Un lector crítico diría que desde el propio derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad no se sigue el poder de corregir a los demás. Pero los lectores de Locke estaban poco preocupados por la coherencia: la obra de Locke estaba destinada al éxito, porque afirmaba la libertad individual y la propiedad privada, y si con aquella se favorecía la causa antiabsolutista, con ésta se fundamentaba el capitalismo que ya existía en Europa, y que aún carecía de suficiente justificación doctrinal. Locke fue su primer gran fundamentador, y hoy domina la impresión, entre los historiadores de la teoría económica, de que la economía política hecha por Locke fue de mejor calidad que la de Adam Smith.

En su proclama contra la monarquía absoluta nos muestra el motivo para salir del estado de naturaleza: evitar que cada hombre sea juez y parte en sus problemas.¹¹⁰⁵ “¿Existen o existieron alguna vez los hombres en ese estado de naturaleza? De momento bastará como respuesta a esa pregunta el que estando, como están, todos los príncipes y los rectores de los poderes civiles independientes de todo el mundo en un estado de naturaleza, es evi-

¹¹⁰³ *Ibidem*, § 7.

¹¹⁰⁴ *Ibidem*, § 8. Resume su doctrina sobre el derecho penal escribiendo que “Cada trasgresión puede ser castigada en el grado y con la severidad que sea suficiente para que el culpable salga perdiendo con su acción, tenga motivo de arrepentirse e inspire a los demás el miedo a obrar de la misma manera”. *Op. cit.*, § 12.

¹¹⁰⁵ “Ahora bien, yo desearía que quienes hacen esta objeción tengan presente que los monarcas absolutos son únicamente hombres. Si el poder civil ha de ser el remedio de los males que necesariamente se derivan de que los hombres sean jueces en sus propias causas, no debiendo por esa razón tolerarse el estado de naturaleza, yo quisiera que me dijese qué género de poder civil es aquel en que un hombre solo, que ejerce el mando sobre una multitud, goza de la libertad de ser juez en su propia causa y en qué ventaja ese poder civil al estado de naturaleza”. *Ibidem*, § 13.

dente que nunca faltaron ni faltarán hombres que vivan en ese estado”.¹¹⁰⁶ Pero él afirma, en nombre propio, que todos los hombres se encuentran naturalmente en estado de naturaleza.¹¹⁰⁷

5. *La sociedad civil*

Su obra política tiene un tono combativo, porque él ataca las pretensiones de la monarquía absoluta en nombre del liberalismo librecambista que estaba comenzando a triunfar de hecho en el Reino Unido.¹¹⁰⁸ No era un rebelde, ni un atrevido: se colocó descaradamente a favor del mejor viento, y de ahí su insistencia en la libertad individual, que era simultáneamente insistencia en la libertad de los propietarios: “Por eso afirmo que cualquiera que sean los errores que se cometan sobre este punto, que la finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla”.¹¹⁰⁹ Esos errores a los que alude eran las críticas al binomio, típicamente liberal, del “*Jus* o libertad-*Lex*, que obliga”. Él está íntegramente de acuerdo en el planteamiento liberal (fue uno de sus mayores fundadores doctrinales), pero no asume las críticas. Es notable que mientras niega filosóficamente la existencia de la libertad, la apoya sin ningún tipo de tapujos cuando se trata de la acción política y económica subordinando las ideas políticas a las económicas.

Una vez constituida la sociedad civil mediante un contrato, todos quedan igualmente sometidos a las leyes. Locke habla muy poco del pacto o contrato fundacional de la sociedad, y es que él ya es un autor ilustrado, y en el siglo XVIII sonaba descaradamente a antigualla hablar del contrato social. Rousseau tituló así su obra más conocida, pero no en vano el conjunto de su obra es conocido como la “Antiilustración”. La insistencia de Locke en el igual sometimiento a las leyes surge desde su deseo de evitar el despotismo, que lo entiende como quedar bajo la arbitrariedad ajena:¹¹¹⁰ “La

¹¹⁰⁶ *Ibidem*, § 14.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, § 15.

¹¹⁰⁸ “Quien cree que el poder absoluto purifica la sangre de un hombre y corrige las bajezas de la naturaleza humana se convencerá de lo contrario con sólo leer la historia de esta u otra época cualquiera. El hombre que habitando en las selvas de América es indolente y agresivo, no mejorará posiblemente gran cosa al ser colocado sobre un trono”. *Ibidem*, § 92.

¹¹⁰⁹ *Ibidem*, § 57.

¹¹¹⁰ “¿Puede alguien ser libre si cada cual puede ser tiranizado por el capricho de los demás? De lo que se trata es de que cada cual tenga libertad para disponer, como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a lo que ordenan las leyes bajo las cuales vive, para no verse sometido, de ese modo, a la voluntad arbitraria de otro, y poder seguir libremente la suya propia”. *Ibidem*, § 57.

libertad del hombre en sociedad consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado... es decir, la facultad de seguir mi propia voluntad en todo aquello que no está determinado por esa regla; de no estar sometido a la voluntad inconstante, insegura y arbitraria de otro hombre”.¹¹¹¹

Locke defiende abiertamente la forma democrática. Como es consciente de que nunca habrá unanimidad,¹¹¹² sostiene sin más argumentos que la voluntad de la mayoría es siempre vinculante: “Todos cuantos consienten en formar un cuerpo político bajo un gobierno, aceptan ante todos los miembros de esa sociedad la obligación de someterse a la resolución de la mayoría, y dejarse guiar por ella; de otro modo nada significaría el pacto inicial por el que cada uno de los miembros se integra con los demás dentro de la sociedad, y no existiría tal pacto si cada miembro siguiera siendo libre”.¹¹¹³ Pues “Al reunirse los hombres por primera vez para formar un poder civil, la totalidad del poder de la comunidad radica naturalmente en la mayoría de ellos”.¹¹¹⁴ En el Estado se entra y se sale voluntariamente: “Nadie puede hacer a un hombre miembro o súbdito de un Estado sino su ingreso en él por compromiso positivo, promesa expresa y pacto”.¹¹¹⁵ Pero matiza esta voluntariedad fuertemente, porque hace depender la condición de ciudadano de la condición de propietario: “Ahora bien: no teniendo el gobierno jurisdicción directa sino sobre la tierra, y no alcanzando esa jurisdicción al poseedor de la misma... sino mientras vive en dicho Estado y disfruta de dichas tierras, la obligación que tiene por el disfrute de vivir sometido al gobierno empieza y acaba con ese disfrute”.¹¹¹⁶ Esta fue una mentalidad que se extendió ampliamente en el siglo XVIII, y un buen sector de los discípulos de Kant seguían manteniendo, a comienzos del siglo XIX, que la condición de sujeto del derecho dependía de la de propietario.¹¹¹⁷

6. *Las propiedades individuales*

Locke afirma que “Todos los hombres nacen con un doble derecho. El primero es de libertad sobre su propia persona, y ningún otro hombre tiene autoridad sobre ella, porque en cada hombre reside la libre disposición de

¹¹¹¹ *Ibidem*, § 21.

¹¹¹² *Ibidem*, § 98.

¹¹¹³ *Ibidem*, § 96.

¹¹¹⁴ *Ibidem*, § 132.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, § 122.

¹¹¹⁶ *Ibidem*, § 121. Lo mismo había anticipado en el § 73.

¹¹¹⁷ Véase mi estudio *La Cabeza de Jano*, *cit.*, pp. 141-145.

la misma. El segundo es el derecho de heredar con sus hermanos los bienes de su padre, antes que ninguna otra persona”.¹¹¹⁸ Entonces (él publica su *Segundo tratado* hacia 1690) era evidente a todos —por así decir— que naturalmente reinaría la *communis omnium possessio*, y que la propiedad privada, con lo que implica de exclusión egoísta, era opuesta a la equidad del derecho natural. Lo procedente es preguntarse: ¿cómo llega el hombre a ser propietario? La argumentación de Locke sobre este punto es francamente tortuosa, porque él no podía afirmar sin más que todo hombre nace con el derecho a poseer bienes privadamente sin limitación en la cantidad de esos bienes: hubiera chocado de forma excesivamente brusca con lo que entonces era una tradición dos veces milenaria.

Comienza explicando que “Dios, que dio en común la tierra a los hombres, les dio también la razón para que se sirvan de ella de la manera más ventajosa para la vida y más conveniente para todos”.¹¹¹⁹ No se separa, pues, en un primer momento, del pensamiento tradicional. Líneas más adelante escribe que “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sirven en común a todos los hombres, no es menos cierto que cada hombre tiene la propiedad de su propia persona”.¹¹²⁰ Sitúa el tema en los límites en que lo habían dejado los escolásticos españoles, quienes también afirmaron la propiedad sobre el propio cuerpo y los propios actos. En un tercer momento añade que

Podemos también afirmar que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también verdaderamente suyos. Por eso, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es suyo; y, por ello, lo ha convertido en propiedad suya... Siendo el trabajo o el esfuerzo, propio e indiscutible del trabajador, nadie puede tener derecho a lo que resulta después de esa agregación.¹¹²¹

Parecería que el título de la propiedad es el propio trabajo, ya que, como expresa en una metáfora más literaria “Aunque el agua que mana de la fuente es de todos, ¿quién puede dudar de que la recogida en un recipiente pertenece al que lo llenó?”.¹¹²² Si la causa (en sentido romanista) de la propiedad es el trabajo, las propiedades vendrán simultáneamente limitadas

¹¹¹⁸ *Segundo ensayo...*, *cit.*, § 190.

¹¹¹⁹ *Ibidem*, § 25.

¹¹²⁰ *Ibidem*, § 26.

¹¹²¹ *Idem*.

¹¹²² *Ibidem*, § 28.

por esa causa: “El hombre puede apropiarse de las cosas por su trabajo en la medida exacta en que le es posible utilizarlas con provecho antes de que se echen a perder. Todo aquello que excede a ese límite no le corresponde al hombre”.¹¹²³

Faltaban todavía dos pasos lógicos más: uno, que la propiedad también recae sobre la tierra; el otro, que cualquiera puede poseer tierras sin limitación. Con respecto al primero, Locke escribe que “Sin embargo, el objeto principal de la propiedad no lo constituyen hoy los frutos de la tierra... sino la tierra misma... yo creo evidente que también en ese aspecto se adquiere la propiedad de igual manera que en el anterior. La extensión de tierra que un hombre labra, planta, mejora, cultiva, y cuyos productos es capaz de utilizar, constituyen la medida de su propiedad”.¹¹²⁴ Locke recurre frecuentemente a Dios, cosa impensable en Aristóteles o Tomás de Aquino. Y es que, además de contrarrestar su fama de ateo, tiene que fundamentar cosas muy nuevas y nada fáciles, con lo que ha de hacer hábiles transacciones entre lo viejo y lo nuevo. Escribe, cuando usa el tono como clerical, que “Dios ha dado el mundo a los hombres en común; pero, puesto que se lo dio para beneficio suyo... no es posible suponer que Dios se propusiese que ese mundo permaneciera siempre como una propiedad común y sin cultivar”.¹¹²⁵ Él sabe que esta argumentación es mentirosa en el marco de su obra, pues poco antes explicó que “Tenemos como ejemplo las dehesas comunes, que siguen siéndolo por convenio expreso; la propiedad de sus frutos se inicia con el acto de recoger los que son comunes, sacándolos del estado en el que la naturaleza los dejó”.¹¹²⁶ En esta misma línea añade que “Vemos, pues, que poner la tierra en labranza, cultivarla y adquirir su propiedad constituyen operaciones unidas entre sí. La una daba título a la otra. De modo que, al ordenar Dios el cultivo de la tierra, daba al mismo tiempo autorización para apropiarse de la cultivada”.¹¹²⁷

El trabajo parece ser tanto el título como la medida de este nuevo capitalismo:

Tampoco es extraño que la propiedad del trabajo de cada hombre pueda sobrepasar en valor a la comunidad de tierras, porque es el trabajo, sin duda alguna, lo que establece en todas las cosas la diferencia de valor... Yo creo que es quedarse muy corto en el cálculo afirmar que nueve décimas partes de los

¹¹²³ *Ibidem*, § 30.

¹¹²⁴ *Ibidem*, § 31.

¹¹²⁵ *Ibidem*, § 33.

¹¹²⁶ *Ibidem*, § 27.

¹¹²⁷ *Ibidem*, § 34.

productos de la tierra útiles a la vida del hombre, son consecuencia del trabajo. Más aún: si valoramos debidamente las cosas, tal como nos llegan para consumirlas, y sumamos los gastos realizados hasta entonces, es decir, lo que hay en ellas debido exclusivamente a la naturaleza, y lo debido exclusivamente al trabajo, descubriremos que en la mayoría de tales productos, es preciso atribuir al trabajo un buen noventa y nueve por ciento del total.¹¹²⁸

Pero hace intervenir el dinero. El problema del agricultor (que es la única profesión que él tiene en cuenta para describir la génesis de su teoría económica) es que los frutos que recoge son demasiados para poder consumirlos él y su familia antes de estropearse, por lo que el agricultor buscará cambiar lo que es perecedero por algo que no lo sea, como son los metales preciosos. Lógicamente, una persona puede acumular una buena cantidad de metal precioso: “Así como se introdujo el empleo del dinero, es decir, de alguna cosa duradera que los hombres podían conservar sin que se echase a perder, y que los hombres, por mutuo acuerdo, aceptarían a cambio de artículos útiles para la vida y de condición perecedera...”.¹¹²⁹ Es muy razonable que con esta mayor cantidad de dinero compre más tierras: “De la misma manera que de los distintos grados de actividad dependían las cantidades de productos adquiridos, el descubrimiento del dinero dio a los hombres ocasión de seguir adquiriendo y aumentando sus posesiones”.¹¹³⁰ Para sostener esta tesis escribe que

Es evidente por ello mismo que los hombres estuvieron de acuerdo en que la propiedad de la tierra se repartiese de una manera desproporcionada y desigual; es decir, independientemente de sociedad y de pacto, porque allí donde existen gobiernos, son las leyes las que reglamentan esa posesión. Por un acuerdo común, los hombres encontraron y aprobaron una manera de poseer legítimamente y sin daño para nadie mayores extensiones de tierras de las que cada cual puede servirse para sí, mediante el arbitrio de recibir oro y plata.¹¹³¹

La sociedad civil existe ante todo para volver seguras las propiedades: “Tenemos, pues, que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en un Estado o comunidad, sometiénose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes”.¹¹³² Reitera farragosamente esta idea una y

¹¹²⁸ *Ibidem*, § 40.

¹¹²⁹ *Ibidem*, § 47.

¹¹³⁰ *Ibidem*, § 48.

¹¹³¹ *Ibidem*, § 50.

¹¹³² *Ibidem*, § 124.

otra vez, y llega a llamarla la “Ley fundamental de la propiedad”.¹¹³³ Una cuestión que se le plantea al lector de Locke es si las leyes han de proteger la libertad, las propiedades, etcétera, o si el poder político existe solamente para defender el *statu quo* de la repartición de la propiedad. No cabe duda de que él insiste también en la defensa de la libertad individual, pero a veces presenta a la propiedad como el único bien humano que merece protección civil, como cuando escribe que “Esté el gobierno en manos de quien esté, quien lo detenta lo ha recibido con la condición y para la finalidad ya expuesta, es decir, para que los hombres puedan poseer con libertad sus propiedades”.¹¹³⁴ Y poco antes ha indicado que “En tercer lugar, el poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste, siendo la defensa de la propiedad la finalidad del gobierno, y siendo ése el móvil que nos llevó a entrar en sociedad”.¹¹³⁵ Pues “El sargento, que tiene autoridad para hacer avanzar al soldado hasta la boca de los cañones, o situarlo en una brecha donde morirá con toda seguridad, no puede ordenar a ese mismo soldado que le entregue un penique de su patrimonio”.¹¹³⁶

Las leyes que afecten a la propiedad, como son las que establecen impuestos, han de hacerse

Con su propio consentimiento, es decir, con el consentimiento de la mayoría, otorgado directamente por sus miembros, o indirectamente por los representantes que la mayoría ha elegido. Quien reivindicase para sí el derecho a señalar impuestos a la población, y los cobrase por su propia autoridad, sin el consentimiento de esta última, violaría la ley fundamental de la propiedad y subvertiría la finalidad del gobierno.¹¹³⁷

Los impuestos han de ser proporcionales a los recursos de cada cual.¹¹³⁸

La lectura del *Segundo ensayo* de Locke deja la impresión de que, ante todo, la doctrina política ha de defender las propiedades tal como se encuentran repartidas hoy, y que es función de cualquier gobierno asegurar el disfrute de esas propiedades, de modo que la libertad de los ciudadanos sería una simple función o exigencia de la libertad en el uso de las propiedades privadas. Ya hemos visto que vincula la condición de sujeto de derecho a la

¹¹³³ *Ibidem*, § 140.

¹¹³⁴ *Ibidem*, § 139.

¹¹³⁵ *Ibidem*, § 138.

¹¹³⁶ *Ibidem*, § 139.

¹¹³⁷ *Ibidem*, § 140.

¹¹³⁸ *Idem*.

de propietario, y cuando trata de la finalidad de la patria potestad, le asigna la única finalidad de la defensa de la propiedad:

Quien se ponga a meditar en la diversidad de origen que, alcance y finalidad de estos diferentes poderes, comprenderá claramente es tan inferior en su alcance al del magistrado, como el de éste al poder despótico; y que la soberanía absoluta, cualquiera que sea, dista tanto de constituir una forma de sociedad civil, que resulta tan incompatible con ella como la esclavitud lo es con la propiedad. El poder paternal no existe sino donde la minoría de edad hace que al niño incapaz de cuidar por sí mismo de su propiedad; el poder político, allí donde los hombres no pueden disponer de sus propiedades; y el poder despótico no existe sino sobre aquellos que no tienen ninguna propiedad.¹¹³⁹

II. JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)

Es todo un problema opinar sobre la obra política de este ciudadano de Ginebra, porque es irreductible a las doctrinas que hemos estudiado hasta ahora. Ha sido uno de lo grandes clásicos de la lengua francesa, y el vigor de su estilo presta a sus ideas una fuerza muy singular. Muestra en sus obras un espíritu fuerte que desprecia las convenciones sociales. Una de sus claves es su patriotismo, y sin él poco entenderemos de su obra. Las virtudes castrenses, tales como la sobriedad, la disciplina o el valor se ven premiadas entre sus manos, ya que él es un *républicain* más cerca de Alejandro Magno o Catón que no de Juvenal o Terencio: despreció a este último tipo de personas, como muestra reiteradamente en su extensa *Carta a d'Alembert*.

Él se inserta en una corriente típica del Iluminismo francés, que rechaza de plano la época que le ha tocado vivir, a la que considera humanamente miserable, y propone una rehabilitación pública de toda la sociedad, desde la sociedad entera, esto es, uniformemente. Pues, a diferencia de los jusnaturalistas más individualistas, que proponían defender los derechos personales de cada uno como remedio de los males, y también a diferencia de los que proponían doctrinas morales para que los más ilustrados reformaran a los menos inteligentes, la Francia del siglo XVIII asiste al nacimiento de un modo de pensar que tiene en cuenta el conjunto, entendido uniforme, de toda la sociedad, y recurre a una mística *volonté générale* que ha de regenerarnos. Esta forma de sentir más que de pensar la reconocemos en el círculo de la enciclopedia, y también en su primer director, d'Alembert, y en algunos materialistas como d'Holbach y Helvetius. El problema era cómo crear o reconocer esa voluntad general para que cumpliera esta función.

¹¹³⁹ *Ibidem*, § 174.

1. *La degeneración del hombre*

El sector progresista de los filósofos franceses del siglo XVIII se encontraba profundamente decepcionado. La corte de Versalles ofrecía un manierismo que ante todo mostraba una clase aristocrática sin función social, pero viviendo de privilegios obsoletos, mientras las teorías de los derechos individuales, centradas en el derecho a la libertad, chocaban con las obras rancias de Bossuet y Fénelon.

La Academia de Dijon había convocado un concurso público para presentar obras que estudiaran si el avance de las artes y las ciencias había contribuido al progreso propiamente humano. Rousseau concurreció a este concurso con su *Discours sur les sciences et les arts*. A tenor de lo que expone en él, su visión de la sociedad en la que vive es francamente pesimista: no encuentra una cultura que forme hombres en el sentido noble de esta palabra. Todos se esconden tras su máscara de propietarios, de aristócratas, de los empleos públicos.¹¹⁴⁰ La cultura nos ha traído educación, *politesse*, pero el gran público ha caído en una uniformidad mediocre en la que todos siguen la costumbre o la moda, no su propio genio.¹¹⁴¹ ¡Qué acompañamiento de vicios los siguen! No hay amigos sinceros, ni estima verdadera, ni confianza. La sospecha, la frialdad, el miedo, la traición se esconden tras este velo uniforme y pérfido de *politesse*.¹¹⁴² “Así es como hemos llegado a ser gente de bien”.¹¹⁴³ El desarrollo de las ciencias y las artes ha tenido un efecto depravador, y nuestras almas se han corrompido a medida que ellas avanzaban hacia su perfección.¹¹⁴⁴

La desigualdad reina por todas partes, y no es una falta de igualdad basada en las dotes naturales, sino puramente artificial.¹¹⁴⁵ ¿Cuál debe ser nuestro criterio para orientarnos en medio de esta locura?¹¹⁴⁶ Haría falta prescindir de lo artificioso para volver a lo natural; esto es, al estado de naturaleza. Pero ¿qué filósofo ha sabido llevarnos hasta este estado? Ninguno.¹¹⁴⁷

¹¹⁴⁰ “L’homme de bien est un athlète qui se plaît à combattre nu; il méprise tous ces vils ornements qui gêneraient l’usage de ses forces, et dont la plupart n’ont été inventés que pour cacher quelque difformité”. *Discours sur les Sciences et les Arts*, París, Garnier, 1875, p. 5.

¹¹⁴¹ *Idem*.

¹¹⁴² *Idem*.

¹¹⁴³ “C’est ainsi que nous sommes devenus gens de bien”. *Ibidem*, p. 6.

¹¹⁴⁴ *Idem*.

¹¹⁴⁵ *Discours sur l’origine de l’inégalité parmi les hommes*, París, Garnier, 1975, pp. 39 y 64.

¹¹⁴⁶ “Dans cette foule de sentiments différents, quel sera notre criterium pour en bien juger”. *Discours sur les sciences...*, *cit.*, p. 13.

¹¹⁴⁷ “Les philosophes, qui ont examiné les fondements de la société, ont senti la nécessité de remonter jusqu’à l’état de nature, mais aucun d’eux n’y est arrivé”. *Discours sur l’origine de l’inégalité...*, *cit.*, p. 39.

Ante todo, hay que denunciar la propiedad privada: el primero que cercó un terreno y dijo “Esto es mío” fue el verdadero fundador de la sociedad actual, con los crímenes, guerras, miserias y horrores que ha traído sobre el género humano. Hubiera hecho falta alguien que hubiera dicho: “Guardaros de este impostor”, pero no lo ha habido.¹¹⁴⁸ El derecho de propiedad fue el primer cimiento de la sociedad, la magistratura el segundo, y el cambio del poder legítimo en poder arbitrario, el tercero.¹¹⁴⁹ Vemos cómo la opresión crece continuamente, y cómo crece también toda una clase oprimida que aumenta sin cesar y que, aunque toma precauciones, no sabe qué medio usar para acabar con este estado.¹¹⁵⁰ No hay costumbres virtuosas, y como reina el despotismo, *cui ex honesto nulla est spes*, la multitud ya no soporta a nadie. No hay probidad, ni sentido del deber, y la obediencia más ciega es la única virtud que les queda a los esclavos. Aquí es donde todos nos volvemos iguales, porque no somos nada.¹¹⁵¹ El hombre social se ha perdido a sí mismo: porque el esclavo vive para él, y el ciudadano vive para los demás, porque existe en la opinión de los otros, sin libertad de espíritu.¹¹⁵² Como indica al comienzo del “Du contrat social”, “El hombre ha nacido libre, pero por todas partes está encadenado”.¹¹⁵³ Es preciso analizar las circunstancias que han degenerado a la razón humana deteriorando la especie, volviéndonos sociales, pero *méchants*.¹¹⁵⁴

2. ¿Qué es la razón moral?

Ésta es la pregunta más urgente, pero es también la más descuidada, pues los filósofos se entregan a sus juegos metafísicos, que nadie comprende.¹¹⁵⁵ Es preciso volver a considerar qué es la naturaleza del hombre; esto es, qué es el hombre en el estado de naturaleza, aunque este es un estado que probablemente no ha existido ni existirá jamás.¹¹⁵⁶ Pero esta inexistencia no es un problema, porque se trata de hacer arrancar los razonamientos desde simples hipótesis que sean adecuadas para esclarecer la naturaleza de las

¹¹⁴⁸ *Discours sur l'origine de l'inégalité...*, *cit.*, p. 66.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 87.

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 89.

¹¹⁵¹ *Ibidem*, p. 90.

¹¹⁵² *Ibidem*, p. 92.

¹¹⁵³ *Ibidem*, p. 236.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹¹⁵⁵ “Ils établissent tous sur des principes si métaphysiques, qu'il y a, même parmi nous, bien peu de gens en état de comprendre ces principes”. *Ibidem*, p. 36.

¹¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 35.

cosas y su origen, del tipo de las que emplean los físicos para estudiar la formación del mundo.¹¹⁵⁷

Despojando al hombre de todos los dones sobrenaturales que ha podido recibir y de todas las facultades artificiales que ha podido adquirir en el curso del tiempo, en una palabra, viéndolo como salió de las manos de la naturaleza, él ve un animal menos fuerte que otros, menos ágil, pero mejor organizado que los demás.¹¹⁵⁸ Hobbes mantenía que el hombre es naturalmente agresivo, apto para atacar y combatir; por el contrario, Cumberland y Pufendorf han mantenido que es uno de los seres más tímidos de la naturaleza, asustadizo ante cualquier ruido.¹¹⁵⁹ Conforme avanzó la sociedad, se hizo esclavo, y devino débil y tímido, y la manera de vivir cómoda y afeminada acabó de privarle de su fuerza y coraje.¹¹⁶⁰ Es un animal que tiene ideas, puesto que recibe sensaciones, y es capaz de combinar sus ideas hasta cierto punto: en esto no difiere de los animales, y algunos filósofos han mantenido que hay más diferencia entre un hombre y otro, que entre un hombre y un animal:¹¹⁶¹ bastaría exponer las investigaciones publicadas por el Abbé de Condillac para entender este tema.¹¹⁶² Pero, desgraciadamente, nuestros filósofos hablan de materia, espíritu, sustancia, modo, figura, movimiento, que son palabras que representan ideas puramente metafísicas, que no encuentran ningún modelo en la naturaleza.¹¹⁶³

En el estado de naturaleza, los hombres se mueven con indiferencia los unos hacia los otros. Es difícil imaginar por qué, en este estado primitivo, un hombre habría tenido necesidad de otro hombre: ¿acaso los monos requieren de sus semejantes? Ni, supuesta la hipótesis de una necesidad, podemos entender qué llevó a uno a cooperar con otro ni en qué términos se pusieron de acuerdo.¹¹⁶⁴ Porque en el estado de naturaleza, los hombres carecen de conciencia moral, por lo que no tienen idea del deber, y no pueden ser buenos o malos, por lo que no tenían vicios ni virtudes, a no ser que tomemos estas palabras en un sentido físico.¹¹⁶⁵ Solamente cuando comenzó

¹¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 41.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

¹¹⁶² *Ibidem*, p. 51.

¹¹⁶³ *Ibidem*, p. 55.

¹¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 56.

¹¹⁶⁵ “Il paroît d’abord que les hommes dans cet état, n’ayant entre eux aucune sorte de relation morale ni de devoirs connus, ne pouvoient être ni bons ni méchants, et n’avoient ni vices ni vertus, à moins que, prenant ces mots dans un sens physique...”. *Ibidem*, p. 57.

la sociedad y las relaciones ya establecidas entre los hombres exigieron de ellos cualidades diferentes de las que tenían en su constitución primitiva, la moralidad comenzó a introducirse en las relaciones humanas.¹¹⁶⁶ No puede estar de acuerdo con Hobbes cuando este afirma que, al no existir idea del bien y del mal, el hombre es naturalmente malo, porque en el estado de naturaleza el hombre no puede ser un vicioso, porque no conoce la virtud. Hobbes ha visto bien los fallos de las explicaciones anteriores sobre el derecho natural, pero ha sacado conclusiones equivocadas.¹¹⁶⁷ En este estado no tenían relaciones mutuas, y no conocían la vanidad, ni la estima, ni el desprecio, ni la menor noción de lo tuyo y lo mío, como, en general, no poseían ninguna idea sobre la justicia.¹¹⁶⁸ Vagando por los bosques, sin lenguaje, sin casa, sin guerras ni relaciones, sin necesidad de sus semejantes, como tampoco sin deseos de hacerles daño, puede que incluso sin reconocer a los otros individualmente, el hombre salvaje, sometido a pocas pasiones y bastándose a sí mismo, no disponía más que de la inteligencia propia de este estado.¹¹⁶⁹

En realidad, sucedía que no existía el derecho de propiedad y, como expresa el sabio Locke, donde no hay propiedad no hay injuria.¹¹⁷⁰ La sociedad comenzó con el establecimiento de las propiedades, y en cuanto el hombre cayó en la cuenta que era útil tener provisiones, la igualdad desapareció, la propiedad se introdujo, el trabajo se hizo necesario, grandes bosques se transformaron en campos de cultivo, y pronto creció la esclavitud y la miseria. La metalurgia y la agricultura fueron las dos artes cuya invención produjo esta revolución. Para el poeta, fueron el oro y la plata; para el filósofo, el hierro y el trigo.¹¹⁷¹ Es un absurdo mantener que la sociedad se creó mediante la prolongación del poder paternal. Este derecho, del mismo modo que todos los derechos, no es la causa de la sociedad, sino su consecuencia.¹¹⁷² En esta sucesión de acontecimientos aparecieron infini-

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 72.

¹¹⁶⁷ “N’allons pas surtout conclure avec Hobbes que pour n’avoir aucune idée de la bonté, l’homme soit naturellement méchant; qu’il soit vicieux, parce qu’il ne connoît pas la vertu; qu’il refuse toujours à ses semblables des services qu’il croit pas leur devoir; ni qu’en vertu du droit qu’il s’attribue avec raison aux choses dont il a besoin, il s’imagine follement être le seul propriétaire de tout l’univers. Hobbes a très bien vu le défaut de toutes les définitions modernes du droit naturel: mais les conséquences qu’il tire de la sienne montrent qu’il la prend dans un sens qui n’es pas moins fausse”. *Ibidem*, p. 57.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 61.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 63.

¹¹⁷⁰ “Car, selon l’axiome du sage Locke, *il ne sauroit y avoir d’injure où il n’y a point de propriété*”. *Ibidem*, p. 72. Las cursivas son de Rousseau.

¹¹⁷¹ *Ibidem*, p. 73.

¹¹⁷² *Ibidem*, p. 82.

dad de problemas morales que los filósofos no supieron resolver. Más bien ha sucedido que el género humano de una edad no es el género humano posterior, porque el alma y las pasiones humanas se han alterado de forma desapercibida, y el hombre ha cambiado, por así decir, de naturaleza.¹¹⁷³

¿Qué hacer ante este estado de cosas? Dejando de lado los libros científicos, que nos enseñan los hombres tal como son ahora, y meditando sobre las operaciones primeras y más simples del alma humana, Rousseau encuentra dos principios anteriores a la razón: uno que se refiere al bienestar y a la conservación de nosotros mismos, y otro que inspira una repugnancia natural por ver morir o sufrir a cualquier ser sensible y, sobre todo, a nuestros semejantes. Nuestro espíritu combina estos principios, sin que sea necesario hacer entrar el de la sociabilidad, y desde ellos resultan todas las reglas del derecho natural, unas reglas que la razón debe someter inmediatamente a otros fundamentos cuando, por acontecimientos sucesivos, el hombre ahoga la voz de la naturaleza.¹¹⁷⁴

3. *La sociedad moral y política*

Rousseau no tiene en cuenta tanto al individuo como al género humano en su conjunto, pues la moralidad y con ella la juridicidad, no son asuntos personales, sino colectivos. No se trata de que desconozca al individuo, sino que el individuo es tal por referencia a la comunidad, de la que recibe su eticidad y sus derechos.

El hilo conductor de su obra política es la reivindicación de la libertad humana, esto es, de todos. Su gran enemigo no es Hobbes, sino Hugo Grocio, al que siempre se refiere en tono despectivo, porque —según él— Grocio no hizo de la libertad el factor sistemático de toda la teoría jusnaturalista, sino que dio por buenos también los regímenes despóticos,¹¹⁷⁵ ya que el holandés se remitió a “*Quod accidere potest*” en el momento de determinar el régimen político de cada nación. Además, Grocio tampoco condenó la esclavitud, lo que es lógico —según Rousseau— en una persona que establece el derecho por el hecho.¹¹⁷⁶ Él quiere establecer una teoría ideal sobre la legislación (aunque no usa expresamente estas palabras), del tipo —añadimos nosotros— de la actual de John Rawls, que ha de ser una teoría operativa, sin esas cargas metafísicas que él condena en los autores del derecho

¹¹⁷³ Véase la explicación más amplia y completa en *Discours sur l'origine de l'inégalité...*, cit., p. 91.

¹¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 37.

¹¹⁷⁵ *Du contrat social...*, cit., p. 237.

¹¹⁷⁶ *Idem*.

natural. “Yo quiero buscar si puede haber en el orden civil alguna regla de administración legítima y segura, que tome a los hombres tal como son y a las leyes tal como deben ser. Trataré de aliar siempre, en esta búsqueda, lo que el derecho permite con lo que el interés prescribe, para que la justicia y la utilidad no se encuentren separadas”.¹¹⁷⁷ Estos principios que yo expongo —escribe Rousseau— no son los de Grocio; no están fundados sobre la autoridad de los poetas, sino que se derivan desde la naturaleza de las cosas, y están fundamentados en la razón.¹¹⁷⁸

Quiere encontrar unas *leyes fundamentales* que aseguren la rectitud del gobierno, de modo que, si son destruidas, los magistrados dejen de ser legítimos, y el pueblo será libre frente a ellos, y volverá a su libertad natural.¹¹⁷⁹ Algunos jusnaturalistas, como Burlamachi (uno de los pocos autores al que Rousseau cita amigablemente), entendían que por derecho natural ha de gobernar el más fuerte. Rousseau replica que

El más fuerte no será nunca lo suficientemente fuerte como para el gobernante si no transforma su fuerza en derecho, y la obediencia en deber. De ahí surge el derecho del más fuerte; derecho tomado irónicamente en apariencia y realmente establecido por principio. Pero ¿cómo explicaremos esta idea? La fuerza es una potencia física, y yo no veo qué moralidad puede resultar desde ella. Ceder ante la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; todo lo más es un acto de prudencia. ¿Cómo podrá convertirse en un deber?¹¹⁸⁰

Porque hay una gran diferencia entre someter una multitud y gobernar una sociedad.¹¹⁸¹

Establece su declaración programática más ilustrativa en el capítulo VI del libro I del *Du contrat social*: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sin embargo más que sí mismo, y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que ‘El contrato social’ da solución”.¹¹⁸² Las cláusulas del contrato social están determinadas de tal forma por la naturaleza del acto,

¹¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 235.

¹¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 241.

¹¹⁷⁹ *Discours sur l'origine de l'inégalité...*, *cit.*, p. 85.

¹¹⁸⁰ *Du contrat social...*, *cit.*, p. 238.

¹¹⁸¹ *Ibidem*, p. 242.

¹¹⁸² “Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le “Contrat social” donne la solution”. *Ibidem*, p. 243.

que la menor modificación las volvería vanas y sin valor. De forma que, aunque ellas no hayan podido ser enunciadas nunca formalmente, están tácitamente admitidas y reconocidas por todas partes.¹¹⁸³ El propósito de Rousseau es sacar a la luz pública, en letras de imprenta, lo que todo el mundo, o la mejor parte de él, piensa y siente, aunque quizá no sabe expresarlo con palabras.

Las relaciones de jerarquización y subordinación que necesariamente han de existir en cualquier sociedad hacen difícil hablar de la libertad de los ciudadanos, al menos en el sentido vulgar de la palabra. Él nos dice: “Yo hubiera querido vivir y morir libre, es decir, sometido de tal forma a las leyes, que ni yo ni nadie pueda sacudir el honroso yugo, este yugo saludable y dulce, que las cabezas más orgullosas llevan dócilmente que las que están hechas para no llevar ninguno”.¹¹⁸⁴ Quiere que el derecho a legislar sea común a todos los ciudadanos, pues ellos son los que mejor saben lo que les conviene.¹¹⁸⁵ Como es fácil advertir, nos está proponiendo una noción de libertad que consiste ante todo en la igualdad ante las leyes. Pero, precisamente, el problema reside en cómo fundamentar esta igualdad, y para esclarecerlo escribe sobre las condiciones del contrato social: “Estas cláusulas, bien entendidas, se reducen todas a una sola, a saber, a la alienación total de cada asociado con todos sus derechos, a toda la comunidad: pues, al entregarse cada uno por entero, la condición es igual para todos; y si es igual para todos, nadie tendrá interés en volverla más gravosa para los otros”.¹¹⁸⁶ Además, si la alienación se hace sin reservas, la unión es tan perfecta como pueda ser, y ningún asociado tiene derecho a reclamar.¹¹⁸⁷ Esta unión completa hace que toda la sociedad sea un solo cuerpo, de forma que no se puede atacar a un solo de sus miembros sin atacar a todo el cuerpo, y, al revés, no se puede ofender al cuerpo social sin atacar al mismo tiempo a todos sus integrantes. Así, el deber y el interés obligan a todas las partes contratantes a ayudarse mutuamente.¹¹⁸⁸ Porque en el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad civil se produce en el hombre un cambio muy importante: la justicia sustituye al instinto en su conducta, y da a sus acciones la moralidad que les

¹¹⁸³ *Idem*.

¹¹⁸⁴ *Discours sur l'origine de l'inégalité...*, cit., p. 26

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 28.

¹¹⁸⁶ “Ces clauses, bien entendues, se réduissent toutes à une seule: savoir, l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté: car, premièrement, chacun se donnat tout entier, la condition est égale pour tous; et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres”. *Du contrat social...*, cit., pp. 243 y 244.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 244.

¹¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 245.

faltaba antes.¹¹⁸⁹ “Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar: lo que el hombre pierde por el contrato social, es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y le puede atraer; lo que él gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee”.¹¹⁹⁰

Pero el problema de la justicia de las leyes aún no está resuelto, porque la experiencia demuestra que los votantes venden frecuentemente sus votos, tal como enseñaba especialmente la experiencia inglesa de aquel tiempo. Distingue por ello entre la *volonté de tous* y la *volonté générale*: La *volonté de tous* es la expresada efectivamente en las votaciones, que puede ser una voluntad moralmente mala, y por ello injusta, porque no está atenta al interés general, sino al interés de algún grupo de la sociedad. Por el contrario, “Se sigue de todo lo anterior que la *volonté générale* es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública: pero las deliberaciones del pueblo no tienen la misma rectitud. Siempre quiere su bien, pero no siempre lo ve; jamás se corrompe al pueblo, pero con frecuencia se le engaña”.¹¹⁹¹ La diferencia entre la voluntad general y la voluntad de todos está en que la voluntad general únicamente atiende al interés común, y es la voluntad de todos: “Pero si restamos de estas voluntades el más y el menos, que se destruyen entre ellos, nos queda como suma de las diferencias la voluntad general”.¹¹⁹² Rousseau intuye que si eliminamos, como restando aritméticamente, los intereses contrapuestos, resultará automáticamente la verdadera voluntad humana, que es el interés que todos tienen en común. Pero esto no es fácil: para alcanzarlo es preciso que el pueblo delibere suficientemente, que los ciudadanos no tengan comunicación entre ellos (para impedir la formación de grupos de presión o sociedades intermedias), y entonces resultará la voluntad general. El gran peligro son las asociaciones parciales (*des associations partielles*) que destruyen el interés común para imponer el de su grupo.¹¹⁹³

Esta completa homogeneidad que Rousseau requiere entre todos los ciudadanos es la única garantía de la justicia. Hace juegos de palabras para mostrar cómo la voluntad general, precisamente por ser general, no puede tender hacia algún interés particular.¹¹⁹⁴ “Por cualquier lado que nos remon-

¹¹⁸⁹ “Ce passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement très remarquable, en substituant dans son conduite la justice à l'instinct, et donnant à ses actions la moralité qui leur manquoit auparavant”. *Ibidem*, p. 246.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 247.

¹¹⁹¹ *Ibidem*, p. 252.

¹¹⁹² “Mais ôtez de ces mêmes volonté le plus et le moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale”. *Ibidem*, p. 252.

¹¹⁹³ *Ibidem*, pp. 252 y 253.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 254.

temos al principio, llegamos siempre a la misma conclusión: el pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que todos ellos se comprometen bajo las mismas condiciones y gozan de los mismos derechos”.¹¹⁹⁵ Carl Schmitt reparaba en la homogeneidad social y humana que está en la base de la doctrina de Rousseau. El hecho de que las leyes obliguen a todos por igual (una consecuencia de la homogeneidad del cuerpo social), hace que las leyes sean realmente efectivas, pues nadie duda —escribe Rousseau— de que existe una justicia basada en la naturaleza de las cosas e independiente de toda convención humana; pero si nosotros la supiéramos recibir de Dios no harían falta ni gobierno ni leyes. Sin duda existe una justicia universal emanada de la razón pura, pero esta justicia, para ser admitida por nosotros, debe ser recíproca; pues faltas de sanción, las leyes son inútiles entre los hombres, y solo originarán el bien del sinvergüenza y el mal del bueno, pues las personas buenas observarán esta ley con todos, y nadie las observará con ellas.¹¹⁹⁶

A partir del capítulo VI del libro II de *Du contrat social*, Rousseau se va dejando llevar por lo que podríamos llamar la mística de la *volonté générale*, pues reitera que “La voluntad general es siempre justa, aunque el juicio que la guía no siempre está iluminado. Es preciso ver las cosas tal como ellas son, y a veces, tal como ellas deben parecer. Es preciso mostrarle a la voluntad general el buen camino que ellas buscan, garantizarla frente a las seducciones de las voluntades particulares”.¹¹⁹⁷ ¿Qué sucede si prevalecen los intereses particulares? “¿Se sigue de ello que la voluntad ha sido aniquilada o corrompida? No: ella es siempre constante, inalterable y pura; pero está subordinada a otras voluntades que pueden con ella”.¹¹⁹⁸ Trata a la voluntad general como si fuera una persona o una cosa. Ella es “La voluntad constante del Estado”, por ella los ciudadanos son libres.¹¹⁹⁹ De hecho, cuando se propone una ley en la asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es si la aprueban o la rechazan, sino si ella es conforme o no con la voluntad general.¹²⁰⁰ Cuando prevalezca una opinión contraria a la mía, esto solo

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 255.

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 258.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 260.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 308.

¹¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 310.

¹²⁰⁰ “Quand on propose une loi dans l’assemblée du peuple, ce qu’on leur demande n’est pas précisément s’ils approuvent la proposition ou s’ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale, qui est la leur”. *Ibidem*, p. 310.

prueba que me había equivocado, y que lo que yo estimaba ser la voluntad general no lo era.¹²⁰¹

Realmente, ¿es posible separar la voluntad manifestada de hecho de una voluntad —por así decir— ideal? Rousseau inaugura la tendencia, que parece más propia del siglo XX, de oponer una voluntad o acuerdo ideal o contrafáctico a la voluntad manifestada empíricamente. Aquella ‘voluntad’ ideal e infalible se conseguiría privando a las voluntades realmente existentes de todo lo que poseen de parcial, esto es, no orientado al bien de la totalidad, por lo que su ética procedimental consistiría en una sustracción continua hasta dar con la verdad adelgazada que es común a todos. Apparentemente estamos ante una versión renovada de la vieja teoría escolástica del bien común, pero no es así en este caso, porque Rousseau parece empeñado en exigir la inexistencia práctica o moral de los individuos: para él, la inteligencia moral únicamente aparece en la sociedad, una vez concluido el contrato social, y antes no existe el *intellectus*: éste sería solamente un correlato del bien social. Y si le es duro afirmar la inexistencia de las personas en cuanto tales, más difícil le resultó caracterizar adecuadamente a la mística *volonté générale*. De hecho, su *Du contrat social* acaba con un canto apasionado a favor de la obediencia al Estado.

La religión puede ser un gran obstáculo para esta completa unión social. Los antiguos paganos tuvieron sus propios dioses, distintos en cada pueblo, y esta unidad religiosa era un gran factor de cohesión social.¹²⁰² Ellos temían a los cristianos (y de ahí las persecuciones) porque los cristianos proclamaban una verdad absoluta, y su miedo estaba justificado: “Lo que los paganos temían ha llegado. Todo ha cambiado de cara; los hombres cristianos han cambiado de lenguaje y pronto se ha visto cómo este pretendido reino de otro mundo se ha vuelto, bajo un jefe visible, el más violento despotismo”.¹²⁰³ El único autor cristiano que ha sabido resolver este problema ha sido Hobbes, que vio el remedio: reunir las dos cabezas del águila en una misma unidad política, sin la que un Estado nunca estará bien constituido.¹²⁰⁴ Porque la religión puede ser general o particular; esto es, la religión del hombre, o la del ciudadano. La primera existe sin templos, sin altares, sin ritos, limitada al culto puramente interior y a los deberes eternos de la moral.¹²⁰⁵ La otra religión, que es la propia de cada país, tiene sus propios dioses tutelares, y sus dogmas, sus ritos, su culto exterior prescrito por

¹²⁰¹ *Ibidem*, pp. 310 y 311.

¹²⁰² *Ibidem*, pp. 328 y 329.

¹²⁰³ *Ibidem*, p. 329.

¹²⁰⁴ *Ibidem*, p. 330.

¹²⁰⁵ *Ibidem*, p. 331.

las leyes; fuera de la única nación que la sigue, para las demás naciones es infiel, extranjera, bárbara. Tales fueron las religiones de los primeros pueblos, a las que se puede dar el nombre de derecho divino civil o positivo.¹²⁰⁶ Todo esto es imposible bajo el Cristianismo: “Yo mismo me equivoco al hablar de una república cristiana, porque cada una de estas palabras excluye a la otra. El cristianismo sólo predica servidumbre y dependencia. Su espíritu es demasiado favorable a la tiranía como para no aprovecharse de él. Los verdaderos cristianos están hechos para ser esclavos”.¹²⁰⁷

Ha habido fundamentalmente dos interpretaciones de Rousseau. En una disputa que tuvo lugar a comienzos del siglo XX entre Jellinek y Boutmy, aquel entendía que Rousseau había propuesto un Estado totalitario en el que los derechos de las personas quedaban diluidos en la única voluntad general posible. Boutmy le replicaba alegando el *pathos* de Rousseau por la libertad. Sin duda alguna, *Du contrat social* ha sido el más eficaz apoyo doctrinal del Estado contemporáneo.

III. IMMANUEL KANT (1724-1804)

Al nuevo derecho natural le quedaba pendiente una asignatura: la de explicar cómo puede ser el arbitrio el fundamento y el contenido de la vida práctica humana y, al mismo tiempo, cómo era posible el forzamiento de este arbitrio por obra del derecho. Notemos un deslizamiento terminológico interesante: los clásicos latinos habían distinguido la libertad, *libertas*, del arbitrio, *arbitrium*, y los autores alemanes que escriben en latín seguían distinguiendo ambos términos. En la lengua alemana la libertad se expresa como *Freiheit*, y el arbitrio, como *Willkühr*. Han existido estos términos distintos porque designan realidades distintas: la palabra ‘arbitrio’ parece designar en mayor medida un uso inmotivado y caprichoso de las capacidades propias, y aún hoy, decir de alguien que actúa arbitrariamente implica hablar mal de él. Pero la escuela jusnaturalista moderna acentuó de tal forma la indeterminación de la voluntad como el mayor patrimonio humano que debía defender el poder político, que a la altura de 1700 pocos se atrevían a distinguir entre arbitrio y libertad.

Es necesario forzar el arbitrio de los individuos, porque si el arbitrio quedaba abandonado a sí mismo, tal como planteó Hobbes, entonces jamás

¹²⁰⁶ *Idem*.

¹²⁰⁷ “Mais je me trompe en disant une république chrétienne: chacun de ces deux mots exclut l'autre. Le christianisme ne prêche que servitude et dépendence. Son esprit est trop favorable à la tyrannie pour qu'elle n'en profite pas toujours. Les vrais chrétiens son faits pour être esclaves”. *Ibidem*, p. 333.

saldríamos de la miseria propia del estado de naturaleza. Podría añadirse que mediante el contrato social nos limitamos mutuamente... pero entonces todo el derecho quedaría reducido a una cuestión de hecho, a saber: lo efectivamente convenido en ese contrato; y procediendo mediante cuestiones de hecho se legitima cualquier opresión. Era, pues, preciso hacer del arbitrio el elemento normativo y sistemático que determinara toda posible argumentación práctica. Pero si la razón es arbitrio, y éste constituye a la razón misma, ¿cómo se da a sí misma la razón o el arbitrio sus propias leyes? Pues el arbitrio necesita de una regla superior. Los siglos XVII y XVIII no supieron contestar a esta pregunta: los autores de esta época argumentaron que si un conjunto de hombres libres deciden reunirse bajo un poder común, este cuerpo creado mediante un contrato no puede tener (racionalmente) otra finalidad que la de asegurar la libertad inicial.

Este tema no fue pacífico a lo largo del Iluminismo, porque los juristas romanistas reprochaban a los nuevos jusnaturalistas estar confundiendo la libertad jurídica con la libertad natural o física del hombre.¹²⁰⁸ Thenius objetaba que la libertad de actuar no es la misma cosa que el derecho a actuar.¹²⁰⁹ Madihn explicaba sobre este tema que andaban revueltas tres realidades distintas: la naturaleza moral del hombre, su naturaleza fisicalista y la naturaleza de los objetos.¹²¹⁰ La naturaleza fisicalista daría al hombre plena autonomía, pero le faltaría normatividad, y no llegaría al plano jurídico, al no estar sancionada por Dios. Con ella solo compondríamos reglas de la prudencia (*Klugheitsregeln*).¹²¹¹ Lo específico de la naturaleza humana, según Madihn, es la libertad que compete a todo hombre frente a los demás.¹²¹² Pero, a pesar de sus distinciones, Madihn no contestaba a sus propias preguntas.

Veamos la génesis del problema en su historia concreta. Los modernos consideraron (y esta tesis fue perfilada por Kant y sus epígonos) que el universo se divide en dos grandes vertientes: la naturaleza, *Natur*, en la que domina la necesidad que se expresa mediante la ley de causalidad, y la de

¹²⁰⁸ Rössig, *De cautione in tractando jure naturae nostra in primis aetate maxime necessaria*, Lipsiae, 1758.

¹²⁰⁹ “Inde tamen non sequitur, libertatem agendi cum jure agendi plane unum idemque esse”. *Questiones Juris Naturae septem, ad amolendas opiniones recentiores quorundam erroneas*, 1756, p. 55.

¹²¹⁰ Se refiere a *die moralische Natur*, a la *physicalische Natur*, y a la *Natur der Objecte*. Véase *Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Halle, 1767, § 2.

¹²¹¹ *Gedanken von den wahren Grenzen...*, *cit.*, § 22.

¹²¹² “Es ist diese nemlich die Freiheit, welche dem Menschen von andern zusteht”. *Gedanken von den wahren Grenzen...*, *cit.*, § 18.

la *ratio* o *Vernunft*, que, por contraposición dialéctica con la necesidad propia de la naturaleza (física), había de consistir necesariamente en libertad. El elemento específicamente humano, la *ratio* que según la mentalidad moderna está llamada a dominar a la *natura*, consiste y es, ante todo, libertad o *arbitrium*, *Freiheit* o *Willkühr*. Quedaron contrapuestas las categorías de necesidad-causalidad en el mundo irracional, y ausencia de necesidad, esto es, libertad, en el mundo humano, en la razón, de forma que se impuso aceptar exclusivamente el binomio razón-libertad. No hubo *via media*, ya que la Edad Moderna hizo de este enfrentamiento una contraposición excluyente.

Pero quedaba pendiente la asignatura eterna: ¿cómo entender al arbitrio para que fuera verdaderamente racional y se pudiera hablar de libertad? Desde la contraposición entre la naturaleza, siempre operando necesariamente según la ley de causa-efecto, y del arbitrio, entendido como actuar según las ganas (*nach Gefallen*), este problema resultaba insoluble.

Kant, tras el intento fallido de la teoría de la *volonté générale* de Rousseau, intentó contestar a esta pregunta. El sistema ético y jurídico al que tendía el siglo XVIII poseía, como regla básica y suprema, el principio de no contradicción. En consecuencia, la pretensión sistemática exigía que se sometiera cualquier conducta a la exigencia de su no contradicción para comprobar si era *lógicamente* consistente. Kant encauzó ésta pretensión de identidad consigo misma de cada conducta a través de su doctrina acerca del imperativo categórico. Un imperativo es categórico si es universal, apodíctico, de forma que solamente la conducta que él expresa es la admisible con la absoluta exclusión de cualquier actitud divergente: ésta es la forma del deber, y Kant partió desde la realidad indiscutible del *deber* para ‘postular’ lo que él llamó los tres intereses de la razón: la existencia de un orden moral objetivo, la inmortalidad del alma y la existencia de Dios.¹²¹³ El imperativo categórico consiste en preguntarse: la conducta contraria a esta que yo pretendo, ¿es posible?

¹²¹³ Hervada hace notar esta novedad de Kant cuando escribe que “También en lo que respecta a la moral Kant da un giro copernicano, al situar como centro de ella el deber en lugar del bien. Hasta Kant el centro de la moral era el bien, de modo que una acción era considerada buena o mala según estuviera o no ordenada al bien. Esto suponía que el criterio de la acción estaba fuera del sujeto o, al menos, fuera de la conciencia del sujeto. Pero, según la tesis kantiana de lo que se trata es de encontrar un criterio dentro del propio sujeto que sea ‘a priori’, independiente de toda experiencia. Este criterio es el deber”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., pp. 301 y 302.

Esta observación es válida solamente en parte. Los Nominales y los jesuitas españoles de los siglos XVI y XVII acentuaron extraordinariamente el carácter preceptivo y voluntarista de la moral, de modo que habría que cumplir la moral, con buena voluntad, según la frase de Suárez, *quia praeceptum est*. Concretamente, Suárez escribía que “Aliud est Velle quod praeceptum est, aliud facere quia praeceptum est”. *Tractatus de legibus...*, cit., l. II, cap 10, § 6.

Para saber si es posible, es preciso generalizar universalmente las consecuencias que previsiblemente se seguirán de la realización de la máxima subjetiva o *Triebfeder* que lleva a actuar a cada individuo. Si esta generalización de las consecuencias destruía la máxima misma, tal pretensión no era lícita. Por eso es inmoral la mentira, explica Kant: porque si alguien desea mentir (y este es su móvil ‘natural’, *sinnlich*) ha de universalizar las consecuencias de este móvil y ha de suponer si a todos los demás les es también lícito mentir; si afirma que a todos les está permitido mentir, destruye por anticipado la confianza que hace posible que su mentira alcance su finalidad, y entonces la pretensión de mentir se destruye a sí misma. El otro ejemplo que alega en la “Dialéctica trascendental” es el del jugador tramposo: si el tahúr universaliza su móvil personal (ganar haciendo trampas) y supone que a todos los jugadores les es lícito hacer trampas, desnaturaliza lo que es el juego. Como explica Kant expresivamente: “Si lo opuesto a una cosa es intrínsecamente imposible, lo es, claro está, desde cualquier perspectiva y esa cosa es, por tanto, absolutamente necesaria”.¹²¹⁴ Cuando una acción pasa este *test*, así entendido, de la coherencia consigo misma, esa acción es la única que existe en la ‘realidad’, y por tanto es la obligatoria, pues Kant identifica el ser con el deber-ser.¹²¹⁵ La identidad de la acción consigo misma no es simplemente lógica, sino —según su teoría— propiamente real o metafísica.¹²¹⁶

¹²¹⁴ *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1988, A 325.

¹²¹⁵ Kant llega a decir en su lenguaje abstruso (al que debe buena parte de su fama) que “Podemos notar que el hombre en su cualidad de *ser visible*, aun cuando ciertamente da pruebas de una facultad de escoger, no sólo *conforme*, sino *contra la ley*, no puede, sin embargo, ser considerado como libre con una *libertad* que pueda *definirse* como la de un *ser inteligible*. En efecto, los fenómenos no pueden hacer comprensible un objeto hiperfísico (tal como el libre arbitrio), y la libertad nunca puede consistir en que el ser racional pueda adoptar una decisión contraria a la razón (legislativa)... Porque una cosa es reconocer una proposición (de experiencia), y otra cosa es erigirla en *principio de definición* (de la noción de libre arbitrio) y en carácter general (que distingue al arbitrio humano del *arbitrium brutum seu servum*)... La libertad, respecto de la legislación interior de la razón, no es propiamente más que una facultad; la facultad de separarse de esta legislación interior de la razón no es más que impotencia”. *Cfr. Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (no consta traductor), México, UNAM, 1978, p. 28.

¹²¹⁶ Esta extraña ontología basada en la coherencia lógica se encuentra guiada en todo momento por el único principio de la no contradicción según los patrones de la nueva metafísica de Suárez, Leibniz y Wolff, de modo que todo aquello cuyo contrario fuera imposible, existía necesariamente, y por existir era normativo. Si alguien no admitía este postulado, recaía sobre él la carga de la prueba en contrario: *Beati possidentes!*, repite Kant usando la terminología de las lecturas de las tesis doctorales. Véase *Crítica de la razón pura*, *cit.*, A 776-777.

Esta autoidentidad de cada conducta que lleva hacia su necesidad metafísica la obtiene universalizando las ‘consecuencias’ de las conductas. Cosa chocante, porque la ética kan-

La doctrina del imperativo categórico contenía una segunda virtualidad, a saber: cada persona ha de universalizar su máxima para comprobar si podía constituir una ley necesariamente universal. Como cada persona ha de comprobar por sí misma la licitud de su conducta, cada persona ‘verá’ por sí sola lo que es lícito o ilícito moralmente. El descubrimiento de la licitud moral adquiere así un cierto tono personal que lleva bastante más lejos, ya que Kant exige que una vez que esté descubierta la bondad o maldad de la acción, la persona que ya sabe por sí misma lo que es lícito obedezca a la norma moral por puro sentido del deber. (Si alguien no miente porque le conviene momentáneamente ser sincero, su actitud carece de relevancia ética). De este modo, cada individuo sabe por sí lo que es lícito, y se decide a cumplir lo lícito por su propia voluntad: en tal caso es *autónomo moralmente*, ya que la ley moral no le viene impuesta desde ninguna instancia exterior a él.

Pero esta doctrina la expone Kant en la segunda parte de su *Crítica de la razón pura* —a la que llamó “Dialéctica trascendental”—, y en la *Crítica de la razón práctica*,¹²¹⁷ y estas obras no tratan del derecho, sino de la moral. Volvamos a plantear la pregunta eterna, pero ahora referida al derecho: ¿cómo llega el arbitrio a ser racional externamente, en la sociedad civil? Él y sus discípulos entendieron que la ciencia del derecho no es más que la reflexión que la libertad hace sobre sí misma a fin de darse unas leyes que aseguren las esferas de libertad (*Freiheitssphären*) mayores posibles para todo individuo.¹²¹⁸ Pues toda persona ha de tener libertad para llevar a cabo su plan de vida (moral) personal: el derecho adquiere así un cierto carácter instrumental respecto a la moral.

¿Es suficiente esta explicación kantiana? La inteligencia usual de esta mentalidad, ya a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, entendió que

tiana siempre ha pasado por ser anticonsecuencialista. La actitud de Kant no deja de ser ambigua, porque él no busca algún eudemonismo o hedonismo que califica a las conductas por sus consecuencias para el sujeto que actúa: su propuesta ética no es pragmática, sino propiamente metafísica. Quizá por este cauce tan estrecho que él establece, su teoría presenta puntos inexplicables. Por ejemplo, el investigador puede plantearse si le es lícito tirar a la calle la cajetilla de tabaco ya vacía; en este caso, la elevación del móvil subjetivo a ley universal no le resuelve el problema de la licitud de esta acción, porque tanto puede pensar que si todos hicieran lo mismo las calles quedarían demasiado sucias, como que la repercusión en las personas de las calles sucias no es un dato metafísico-a priori, sino propiamente pragmático. Pues lo que nos agrada o desagradamos forma parte del mundo natural, en el que rige el principio ‘material’ o *sinnlich* del agrado-desagrado, que no nos vincula moralmente, según expresa Kant.

¹²¹⁷ Volvió a explicarla más tardíamente en la *Sittenlehre* de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

¹²¹⁸ *La Cabeza de Jano*, cit., pp. 32 y ss., 46 y ss., 103 y ss.

se hará justicia con cada cual en la medida en que nadie interfiera en la ‘esfera de libertad’ ajena, y cada cual será justo con los demás en la medida en que se ‘abstenga’ (el término técnico era el de *Enthaltung*) de irrumpir en sus vidas.¹²¹⁹ De ahí que los kantianos que historié en *La cabeza de Jano* sostuvieran colectivamente, sin fisuras, que la libertad jurídica ha de ser una libertad *formal, negativa y vacía*.¹²²⁰ Pero la vida jurídica así entendida presentaba dos deficiencias.

Una, que el poder político no se puede limitar con asegurar las esferas de libertad individuales garantizando el ejercicio de una libertad formal, negativa y vacía. El poder público, además de cumplir esta finalidad, ha de crear hospitales, construir vías de comunicación, etcétera. Con razón explicaba Thomas Erskine Holland que desde la visión kantiana del derecho era inexplicable el ministerio de educación.¹²²¹ Kant dejó al derecho extraordinariamente empobrecido. No perdamos de vista dos realidades decisivas en el momento de estudiar a Kant: una, que él era fuertemente puritano, y lo que le importaba realmente era la salvación eterna del hombre mediante la observancia de un estricto código moral.¹²²² La otra deficiencia consistía en que —de acuerdo con las ideas dominantes en la segunda mitad del siglo

¹²¹⁹ Fue Höpfner el primero que explicó expresamente que todas las omisiones son justas “Aus dem bisher gesagten erhellet, daß im urprünglichen Zustande nur gewisse Begehrungshandlungen ungerecht und verboten, alle Unterlassungshandlungen aber gerecht sind. Nämlich nur die Handlungen sind ungerecht, wodurch jemand in der Disposition, über seinen Leib, Seele, Kräfte, gestöhrt wird; man sich einer Oberherrschaft über ihn, oder eines andern Vorrechts anmaßt; ihm durch Betrug oder Lügen Schaden thut; oder ihm die Güter der Schöpfung zu gebrauchen wehret”. *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 2a. ed., Gießen, 1783, § 44.

Y, si hemos de creer a Gottlieb Hufeland, ya Pufendorf había explicado que la justicia solo consiste en omisiones. “Indessen behaupten doch schon viele von den frühern Lehrern desselben, daß sein Gegenstand nur eigentlich negative Pflichten seyn sollten. Dies gilt schon Pufendorf zu verstehen (De Off. praef. 13); und Treuer sagt sehr deutlich, daß im strengen *Naturrecht* nur negative Pflichten wäre... Jetzt ist man fast allgemein überzeugt, daß, wie Garve sich ausdrückt, “Die Gerechtigkeit nur in Unterlassungen bestehe”. *Versuch...*, cit., p. 213.

¹²²⁰ *Op. cit.*, pp. 43 y ss.

¹²²¹ Thomas Erskine Holland criticaba a la doctrina jurídica kantiana con una precisión que permanece aún hoy: “This conception is purely negative, and a wider ad positive conception is needed to embrace the operation of Public as well as of Private Law. The Kantian definition is wide enough to cover all rules which regulate the relations of individuals one to another, but it is too narrow to cover enactments providing, for instance, for the organisation of a ministry of education”. *The Elements of Jurisprudence*, 13a. ed., Oxford, 1924, p. 80.

¹²²² Para comprender la diferencia con la noción tomista de persona, cito a Tomás de Aquino, que mantenía que la felicidad última del hombre no consiste en realizar los actos de las virtudes morales: “Quod ultima hominis felicitas non consistit in actibus virtutum moralium”. Es el título del cap. 34, l. 3 de la *Sum. Gent.*

XVIII— él era profundamente liberal, y solo contemplaba al derecho como el conjunto de instituciones que castigaban las conductas desviadas socialmente. Su visión del derecho era, por tanto, estrictamente penalista; esto es, negativa y represiva. La idea de que el derecho pudiera servir para crear Universidades o crear más comercio se les escapaba por completo. Como buen liberal, tenía a la vista solamente a las personas: él contribuyó decisivamente a acuñar la expresión “persona jurídica” (*juristische Person*) como un ser que goza de libertad, en cuya vida nunca puede interferir el poder político, salvo casos extremadamente excepcionales.¹²²³

Hay otro problema algo más delicado de exponer, y sería el siguiente: Kant volcó toda su energía en *demonstrar* que existía un orden moral objetivo, que era el orden que descubría cada persona siguiendo el procedimiento indicado en su teoría del imperativo categórico. Existe el *deber*, interno y personal, de cumplir voluntariamente tal orden de moralidad. Pero él diseña una teoría en la que la figura del ‘deber’, como realidad personal y voluntaria, se agota en el cumplimiento de las leyes morales. Precisamente existe ese deber *moral* porque cada persona ha de cumplirlo autónomamente, sin tener en consideración las consecuencias sociales o individuales que pueda acarrearle el cumplimiento de lo lícito moral. Pero él también explica que en la definición del derecho interviene necesariamente la coacción (*Zwang*), de forma que la gente cumple con las normas jurídicas huyendo del castigo. Aunque no fuera así, en cualquier caso la coacción es necesaria para entender lo que es el derecho, y ya vemos que la violencia excluye al deber, que es siempre una realidad moral.

¿Por qué motivos hay que obedecer al derecho? No tiene respuesta. Reitera que así como las normas morales han de ser cumplidas por puro respeto ante ellas, lo propio del derecho es la coacción; esto es, el miedo al castigo, y que el motivo único que aporta el derecho para exigir su cumplimiento es el miedo a la pena. Los alemanes usan la expresión *Befolgungsmodus* (modo de seguir) para designar los modos distintos por los que han de ser seguidas las normas morales y jurídicas en Kant. Como el derecho solamente ha de ser cumplido por el miedo al castigo, algunos estudiosos, como Horkheimer o Marcuse, tuvieron mala opinión de la doctrina jurídica de Kant, y expli-

¹²²³ Sobre este tema realicé —por recomendación de Álvaro d’Ors— mi estudio “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1987), ya citado. Más tarde cambié de opinión, cuando comprobé que la teoría moderna de la ‘persona’ y de las ‘esferas de libertad’ individuales fue creación de Samuel Pufendorf, casi ochenta años antes de Kant. Aunque también es verdad que la ‘persona’ tal como la entiende Pufendorf fue una creación de Scoto y su escuela. Kant innovó algo porque Pufendorf no dio a sus explicaciones un tono tan perfilado y contundente como él.

caron que, según Kant, el derecho no es más que el látigo del rebañero. Al no disponer el derecho de funciones propias, quedaba como una coacción socialmente organizada que había de permitir que cada cual llevara a cabo su vida del modo indicado, y Kant definió al derecho como el conjunto de condiciones (sociales y políticas) que hacen posible la libertad de cada uno dentro de la mayor libertad posible para todos.

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS CATÓLICOS EN LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL NUEVO DERECHO NATURAL

Sabemos que la *Juris naturalis disciplina* fue propuesta, de forma bastante acabada, por los españoles de los siglos XVI y XVII. Pero, de hecho, desde 1625, cuando aparece el *De jure belli ac pacis* de Grocio, esta nueva ciencia se convirtió en patrimonio exclusivo de autores protestantes. El panorama se complicó porque, junto a los libros del derecho natural, aparecieron *sistemas de ética* propuestos normalmente por autores materialistas, tales como los de Hobbes, Schmauß o Rousseau. Y, finalmente, la filosofía práctica de Kant completó las posibilidades lógicas que aún permanecían inéditas. Como fue previsible, unos y otros se sirvieron de estos libros para plantear temas teológicos. Dada esta nota entre confesional y beligerante, es procedente preguntarse por las reacciones de los autores católicos: porque bajo las disputas teológicas no andaba solamente en juego algún tema sobrenatural, sino la noción misma del derecho natural.

Los católicos entraron en estas pugnas muy tardíamente, a mediados del siglo XVII, y rechazaron a algunos iusnaturalistas y elogiaron a otros. Pero, paradójicamente, con el paso del tiempo, los pensadores católicos fueron los únicos que mantuvieron la existencia de una ley natural.

Tras la reelaboración que experimentó la *juris naturalis disciplina* en manos de Kant y sus discípulos, que depuraron y afilaron las nociones jusnaturalistas, la ciencia del *jus naturale* cayó en un profundo desprestigio a lo largo del siglo XIX.¹²²⁴ Entonces los universitarios dejaron de creer en los estados de naturaleza y en los contratos sociales y, dado que este era el único derecho natural que conocían, rechazaron la idea misma de cualquier derecho o justicia objetiva. Pero lo realmente importante en la historia de la doctrina del derecho natural es que ya entonces, a comienzos del siglo XIX, se había

¹²²⁴ Véase mi estudio “Naturrecht” y “Rechtsphilosophie”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época III (1986), pp. 360-393. O bien *Una introducción a la ciencia jurídica*, cit., pp. 115-150. Publiqué una monografía sobre este tema, *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993.

afianzado la tesis que dominará la visión de la Edad contemporánea sobre el derecho natural, a saber: que la justicia que emana de este derecho ha de expresarse en un ordenamiento eterno e inmutable, igual para todo el universo. Los católicos se refugiaron ahora (perdido de vista Hugo Grocio) en la metafísica de las esencias inmutables de Molina y Suárez.

El lector está en su derecho de preguntar por qué concedo tanta extensión a estos escolásticos tardíos. La respuesta es que, a partir de cierto momento, únicamente la Iglesia católica, y tras ellas los católicos, han estudiado la idea de la ley natural. Ciertamente, en el siglo XVIII británico, Shaftesbury, lord Kames, Harrington o Hutcheson tocaron temas fundamentales que pueden reconducirse a los problemas básicos de la ley natural; en el siglo siguiente John Austin, James Lorimer o John Lightwood trataron problemas de este tipo. Pero pertenecen a otra tradición cultural, más centrada en torno a las discusiones sobre la libertad individual y el *moral sense* que no propiamente sobre lo que hemos entendido por derecho natural. En el continente aparecieron bastantes tratados de derecho natural de cuño diverso. Algunos historiadores hicieron creer que, al cambiar las condiciones económico-productivas, las ‘Filosofías del derecho’ (*Philosophie des Rechts o Rechtsphilosophie*) sustituyeron al derecho natural o *Naturrecht*. Lo cierto es que alemanes, franceses, italianos y algunos españoles publicaron libros sobre el derecho natural. Pero eran doctrinas iusnaturalistas sin vitalidad, como mostró la historia.

Quizá el sistema de ética más conocido en el siglo XIX fue el que propusieron los representantes de la Escuela Histórica del Derecho. Savigny o Ahrens hicieron sus aportaciones, aquel en el tono lacónico de un jurista, y este último con la pasión y brillantez más propia de un poeta. Pero el momento que hizo posibles aquellas explicaciones pasó sin dejar mucha huella en la historia; siguen en la palestra algunas observaciones de Savigny, pero la exuberancia de Heinrich Ahrens pertenece a otra época. Sus explicaciones, del mismo modo que las de Krause o Rosmini-Serbati, compusieron lo que se llamó en aquel entonces filosofía del derecho, no *Naturrecht* o *ius naturale*, y sirven más para comprender la descomposición histórica de la idea de la ley natural que no para ilustrar el desarrollo más positivo de esta doctrina.

En los siglos XIX y XX tratar de la ley o del derecho natural ha supuesto una descalificación académica fulminante, a la que se hace acreedor quien se opone al decurso de la historia. Quizá este hecho explique el tono apologético de los escolásticos de aquellos momentos y su cerrazón doctrinal sobre sus textos propios sin entrar en diálogo con el resto de una cultura que, de hecho y de derecho, debiera haber sido también suya.

I. LOS CREYENTES REACCIONARON CONTRA LA MODERNIDAD

La Segunda Escolástica o Escolástica Tardía Española acaba en los primeros años del siglo XVII. Su último gran representante fue Francisco Suárez, y años más tarde, Juan de Lugo, y con ellos dio síntomas de agotamiento. Pero esto no quiere decir que se perdiera entonces la tradición filosófica escolástica: esta filosofía siguió siendo profesada por la mayor parte de los creyentes, protestantes y católicos, solo que, una vez perdido el vigor creativo, sus seguidores quedaron presos en un marco conceptual rígido que había perdido su contacto con la realidad.

Durante el siglo XVII, los metafísicos más conocidos fueron filósofos y teólogos protestantes, de los que normalmente hoy nos queda noticia en la medida en que participaron en las discusiones sobre el nominalismo anti-metafísico. Pero la filosofía escolástica, aunque era la enseñada en los seminarios y universidades católicas, solamente emergió en la escena pública del *jus naturale et gentium* en el siglo siguiente, cuando algunos teólogos católicos se opusieron al estado de cosas que iba creando la mentalidad secularizadora y revolucionaria que era propia del sector dominante del nuevo derecho natural. Esta oposición comenzó con Ignatius Schwarz, Anselm Desing y Juan Francisco Finetti. Ellos compusieron, en el plano de la reflexión jurídica, el sector de lo que conocemos como movimiento apologético o, simplemente, Apologética. La fe cristiana, y especialmente la católica, había retrocedido a lo largo de la Edad Moderna, y ahora la tarea fundamental era defenderla de los ataques de los filósofos sensistas, materialistas, etcétera. Por este motivo, la teología moral tomó a lo largo del siglo XVIII un cariz marcadamente defensivo, y por ello negativo. En el espacio de un siglo los católicos habían pasado de tener la mayor parte del poder en la creación de la cultura, a ser vistos como seres retrógrados, enemigos del progreso, que mantenían prejuicios indefendibles.

La reacción primera, en el siglo XVIII, no fue contra los materialistas, como Helvetius o d'Holbach, sino contra los jusnaturalistas de esta época que habían usado sus libros sobre el derecho natural para atacar a la Iglesia católica y a la cultura creada desde el siglo I al XVII; no perdamos de vista que el sector más combativo de los jusnaturalistas protestantes entendía que la luz de la inteligencia brilló por primera vez con la obra principal de Hugo Grocio. Ignatius Schwarz, que fue el primer católico que rompió el fuego tras el breve estudio de Schmier, denunció como falsa la mentalidad que entendía que antes de Lutero solo existieran en la cultura las supersti-

ciones propias del *Regnum tenebrarum*.¹²²⁵ Él indicó que “Los teólogos católicos, especulativos y prácticos, en sus tratados sobre las leyes, el derecho y de la justicia, los actos humanos, y otros temas, frecuentemente habían estudiado sólidamente cuestiones relacionadas con el derecho natural en la medida en que este estudio era útil para sus propósitos”. Luego no cabía hablar de las tinieblas cimerianas propias de los tiempos anteriores a Lutero.¹²²⁶ Él aludía a Suárez, Gabriel Vázquez, Sánchez, Molina, Valencia, los de Coimbra,¹²²⁷ a los que había que añadir los que mencionaba Conring, tales como Vázquez, Henríquez, Rodríguez, Fernández, De Castillo, y los que citaba Grocio, como fueron Francisco de Vitoria, Fernando Vázquez de Menchaca y Covarrubias.¹²²⁸ Quien ignore a estos autores solo muestra su desconocimiento; si los conocen y se callan, entonces muestran su mala fe.¹²²⁹ Anselm Desing también se ocupó largamente del tema de los tratadistas católicos del derecho natural anteriores a los protestantes. (Notemos incidentalmente la ignorancia de un escolástico del siglo XVIII cuando introduce en el mismo saco a los dominicos, a los jesuitas y a Vázquez de Menchaca, y cuando menciona a bastantes escolásticos que, como Henríquez, Rodríguez, Fernández o De Castillo, no fueron conocidos por prácticamente nadie al mismo tiempo que omiten a teólogos que, como Oviedo, Medina, Zumel, Navarrete, Báñez o Cano, fueron notablemente más importantes en su momento).

El motivo de escándalo lo había dado Samuel Pufendorf al declarar que el derecho natural solo se compone de razonamientos que son válidos para pasar esta vida del modo más conveniente, sin que tengan relevancia para la salvación sobrenatural.¹²³⁰ Tampoco aceptaban la distinción de Pufendorf entre derecho y moral, porque Pufendorf había mantenido que la moral se ocupa de los actos internos del hombre, y el derecho, de los actos externos,¹²³¹ y de ello resultaría que la teología moral se ocuparía únicamente de lo *honestum*, según los principios revelados en las Sagradas Escrituras, estudiando los actos del hombre en vistas a su fin sobrenatural, mientras que el derecho natural se ocuparía exclusivamente de la felicidad natural del hombre.¹²³²

¹²²⁵ *Institutiones juris naturae et gentium*, Augustae, 1743, p. 40.

¹²²⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹²²⁷ *Idem*.

¹²²⁸ *Idem*.

¹²²⁹ “Nam si Scholasticorum eruditionem ignorant, probant se imperitos; si sciunt, et nihilominus carpunt, probant se malignus simul”. *Ibidem*, p. 50.

¹²³⁰ *Ibidem*, pp. 6 y 122.

¹²³¹ *Ibidem*, p. 6.

¹²³² Desing, *Juris naturae larva detracta*, Monachii, 1753, cap. VIII, thema 9.

Eran demasiadas novedades, y en realidad, Pufendorf, explica Schwarz, ha negado los primeros principios de la razón práctica, y en su lugar propone un *sistema de proposiciones* acerca de este derecho.¹²³³ Además, al negar que las leyes de origen humano vinculen en conciencia a su cumplimiento, Pufendorf destruyó los fundamentos de la convivencia civil.¹²³⁴ Fue lógico que los mismos protestantes lo acusaran de ateo.¹²³⁵

El lector debe disculparme si pecho de excesivamente crítico al exponer las ideas de este grupo de escolásticos. Pero sucedió que buena parte de las críticas que ellos lanzaban, por ejemplo, contra Samuel Pufendorf, no tenían más base que su propia ignorancia. Tomás de Aquino se ocupó larga y reiteradamente de criticar la teoría de la *pura natura humana*, que mantenía que el hombre disponía de dos fines últimos: uno natural y otro sobrenatural. Esta teoría fue aceptada por Juan Duns Scoto, de forma que, como ya estudiamos en su momento, lo natural en cuanto natural no crea ningún deber en la conciencia del hombre. Luego, la ley natural, en cuanto natural, nada dice in *specie supernaturali*. Esta tesis fue la dominante en Europa durante el muy influyente siglo XV, dominado por las obras de Gerson, Conrado, Almain o Biel. Estos filósofos aceptaron la tesis de Scoto sobre el estudio ‘formal’ de la realidad, y dejaron establecido claramente que la realidad moral como tal puede ser conocida con precisión gracias a su estudio ‘formal’, y que lo real así conocido es algo que “está-ahí” y que no tiene valor ante el destino sobrenatural del hombre. La ley natural puede ser conocida con precisión al margen de los mandamientos divinos y del amor de Dios, y como realidad natural que es, ejerce su influencia (mundana, *irdische*) aunque Dios no existiera. El primer autor que conozco que usó la expresión “Etiam si Deus non daretur” para referirse al valor objetivo de la ley natural fue Biel, a finales del siglo XV.¹²³⁶

¹²³³ *Institutiones...*, cit., p. 128.

¹²³⁴ *Ibidem*, p. 56.

¹²³⁵ “Non ego pertringam hic Puffendorffium atheismi stigmata, quod Protestantici moralistae illi inusserant”. *Ibidem*, p. 67.

¹²³⁶ Biel escribía “Nam per si impossibile Deus non esset, qui est ratio divina: aut ratio illa divina errans, adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam, vel humanam, aut aliam aliquam, si qua esset esset, peccaret... Peccatum est voluntaria carentia conformitatis ad rationem rectam debiti voluntati”. *Commentarii doctissimi in III Sententiarum libros*, Brixiae, 1574, l. II, dist. 35, *quaestio* unica, p. 165-E.

Esta forma de pensar la había tomado de Scoto, que escribía que “Quare non intellecto voluntatis imperio adstringentis alios ad servandum legem, quaecumque representarentur contra iudicium rationis, esse reputanda mala, non moralia, vel theologica, sed mala naturae et philosophiae... Homo faciens contrarium, contra naturam, committi malum, sed non esse talem malum reputandum demeritorium aut offensa Dei”. *Summa theologiae...*, cit., I-II, q. 91, art. 2.

Ellos ignoraban igualmente que Luis de Molina y que Francisco Suárez —más dependientes de Scoto y Gerson que no de Tomás de Aquino— habían hecho suya la teoría de la *pura natura humana*, de la que se seguía que la ley natural, para poseer fuerza para obligar, además de existir objetivamente, había de estar ordenada o mandada por Dios, de forma que si faltaba esta orden que constituía la *ratio debiti* del derecho natural, este derecho podía ser conocido tan objetiva como irrelevantemente ante el fin sobrenatural del hombre. Grocio fue por lo más general más conservador que Suárez y Molina, y Pufendorf y Thomasius solo declararon expresa y beligerantemente lo que estos jesuitas habían reiterado.

Los escolásticos del siglo XVIII eran conscientes de la escisión que se había producido en el interior de la Escuela del derecho natural, dividida entre los partidarios de Grocio y de Pufendorf,¹²³⁷ y no condenaban el movimiento del nuevo derecho natural en su conjunto. Como expresaba Juan Francisco Finetti, se trataba de hacer una *protheoria* sobre la ética¹²³⁸ que procediera rigurosamente (con ‘rigor escolástico’ según Schwarz)¹²³⁹ y que hiciera de Dios el fin último de todos los seres y acciones humanas,¹²⁴⁰ al mismo tiempo que había que delimitar los términos del derecho natural y de la teología moral, pues no podía suceder lo que estaba ocurriendo, que el tratamiento del derecho natural había ocupado el lugar de la teología.¹²⁴¹

II. LA NEOESCOLÁSTICA COMO APOLOGÉTICA

Perdida de vista de forma prácticamente completa la doctrina del de Aquino, el puesto del hombre en el cosmos fue entendido por este movimiento apologético ante todo como *dependencia* de Dios. La Apologética consideró aparentemente un mundo de fines en el que los fines próximos encajaban —por así decir— en otros fines más remotos, y todos ellos, en definitiva, en Dios. Schwarz exigía una “Unidad en cuanto al fin, porque una sola es la ley natural para todos y en todas partes”.¹²⁴² En realidad, estaban traspasando a la teoría del derecho natural el esquema constitutivo propio del Estado, que consideraba un solo legislador y una sola legislación, de forma que los demás legisladores lo serían de forma delegada. La excepción

¹²³⁷ Schwarz expone los discípulos del holandés en la p. 53 del *op. cit.*, y los de Pufendorf, en la página siguiente.

¹²³⁸ *De principiis juris naturae et gentium*, Venetiis, 1777, p. 57.

¹²³⁹ *Institutiones...*, *cit.*, p. 137.

¹²⁴⁰ *Ibidem*, p. 112.

¹²⁴¹ *Ibidem*, p. 47.

¹²⁴² “Unitas quo ad finem... nam una est lex naturae in omnibus, et ubique”. *Ibidem*, p. 141.

—bastante incompleta— a este planteamiento general fue Anselm Desing, cuya pequeña formación tomista le hacía considerar que toda acción humana es necesariamente moral,¹²⁴³ de forma que lo moralmente existente no lo es tanto en sí y por sí, como por su relación con el fin último del hombre.¹²⁴⁴

Lógicamente, el derecho hubo de ser entendido como una orden o mandato, un *jussus*. “La palabra latina *jus* —escribía Desing— parece un residuo del antiguo *Joussus*, *Jousum*, *jussus* o *jussum*, que es lo mismo que mandado u ordenado”.¹²⁴⁵ De hecho, prosigue Desing, no existe nada equitativo si no existe Dios, pues “El derecho existe activamente solamente en Dios. Para todas las demás cosas que han sido producidas por Dios, hay esencialmente un derecho pasivo (*jus passive*); esto es, dependencia y obligación esencial”,¹²⁴⁶ de modo que el derecho de un hombre sobre otro hombre se fundamenta igualmente en Dios como la primera causa de la obligación.¹²⁴⁷ El hombre no es autor de su derecho ni de su poder, y aquí vale el axioma filosófico: el modo de actuar sigue al modo de ser, como también aquel otro axioma que indica que nadie puede dar lo que no tiene.¹²⁴⁸ Finetti indicaba que

Dios posee un derecho verdadero y legítimo para imponer leyes a los hombres, pues cualquiera que reconozca el origen natural de aquel imperio, y su fundamento, ha de conocer la suma e irresistible potencia, unida a su sabiduría y bondad, pues la naturaleza divina es tanto más noble que la naturaleza humana en la medida en que Dios es el autor de la naturaleza y precede al hombre en dignidad.¹²⁴⁹

Es decir, Dios manda porque es la persona más fuerte y santa. Los medievales habían reparado en el problema de la obediencia, porque una cosa es seguir una norma y otra *obedecer* la norma. Para que un hombre tenga el ‘deber de obedecer’ ha de haber una conexión especial entre él y la norma que pretende hacerse obedecer: no basta decir que es impuesta por un

¹²⁴³ En el cap. 6, thema 3 del *Jus Naturae liberatum ac expurgatum a principiis lubricis, et multa confusione per doctores heterodoxos inductis*, Monachii, 1753, equipara los actos “humanos vel morales”.

¹²⁴⁴ “Honestum esse id, quod ultimo fini seu summo bono obtinendum idoneum est”. *Jus Naturae liberatum ac expurgatum...*, cit., cap. VII, thema 19. En el thema 24, § 1, reitera la tesis: “Quia justum est per relationem ad ultimum finem; sed haec eadem ratio est faciens honestum ac decorum: igitur quidquid habet rationem, justus reipsa habet rationem honesti, et c.”.

¹²⁴⁵ *Juris naturae larva detracta...*, cit., cap. II, thema 1.

¹²⁴⁶ *Ibidem*, thema 10.

¹²⁴⁷ *Ibidem*, thema 22.

¹²⁴⁸ *Ibidem*, thema 14, § 1.

¹²⁴⁹ *De principiis juris naturae et gentium*, cit., pp. 86 y 87.

superior, porque desde la fuerza no se sigue el deber. Ya vimos que Tomás de Aquino trató este problema, y declaró que Dios no gobierna mediante mandatos, sino mediante fines, de modo que Dios es al mismo tiempo tanto el fin natural como sobrenatural del hombre, por lo que el hombre, al tender hacia Dios, se lanza tras ‘su *propio*’ fin. Este planteamiento del problema tuvo un precio, porque hubo de mantener el carácter no imperativo de la ética, que no nos indica “¡Haz esto!” (*Fac hoc!*), sino “Esto está para que tú lo hagas”: *Hoc est tibi faciendum*. Por esto quien peca, peca ante todo contra sí mismo, porque se desvía de su fin, y el pecado no es tanto una desobediencia como una desviación del fin, *deviatio a fine*; puede suceder que un hombre no se limite, por debilidad, a desviarse del fin, sino que rechaza el fin mismo: en tal caso hay una *aversio a fine*, que es siempre un pecado grave. Si alguien no quiere seguir su camino que le es propio no es tanto una persona mala o depravada como un *stultus*, un necio: hoy diríamos, en lenguaje coloquial, que es un necio “Porque él se lo pierde”.

Scoto y sus discípulos no aceptaron las bases mínimas de este planteamiento tomista. Ellos hicieron suya la teoría de la *pura natura humana* y hubieron de establecer que para que lo natural alcance el plano sobrenatural, la ley natural ha de desdoblarse en dos leyes: una *lex indicativa*, que indica lo que naturalmente es bueno o malo, y una *lex imperans seu praecipiens*, que ordena hacer lo bueno y evitar lo malo. Luego, la ley natural crea deberes porque está ordenada por Dios. Pero ¿por qué el hombre ha de obedecer a Dios? No se puede alegar que Dios es el Creador o la persona más fuerte, porque el deber y el forzamiento son realidades distintas. Scoto hubo de alegar que el hombre ha de obedecer a Dios porque en el ser humano opera una *potentia obediencialis*¹²⁵⁰ que, al ser una potencia propiamente suya, le crea deberes que dependen de las órdenes del superior.

Pero tanto las explicaciones tomistas como las de los nominales se habían perdido en el siglo XVIII. Los escolásticos de este momento únicamente conocían algunas versiones vulgarizadas de la obra de Francisco Suárez,

¹²⁵⁰ Hablando de la persona, explicaba que “Persona est incommunicabilis existentia... Tum quia omnis entitas positiva naturae neque est in potentia obedienciali respectu personae divina”. Se responde a sí mismo: “Cum de ratione personae sit incommunicabilitas nulla persona potest esse formaliter persona per negationem... quod negatio absoluta et libera est communis enti et non enti. Negatio ista quod persona est persona non est propria isti personae nisi ponent aliqua afirmatio propria isti personae. Et ita prius est persona per affirmationem quod per negationem... Sola negatio dependentiae non sufficit ad rationem personae... quia ad personalitatem requiritur ultima solitudo sive negatio dependentiae actualis et aptitudinalis ad personam alteri naturae”. *Super Tertio Sententiarum*, Lyon, 1530, l. III, q. 1 art. 3. ¿Entonces? Se remite a Dios como causa última: “Et potentia obediencialis... pertinet ad dependentiam causati ad causam”. *Ibidem*, q. 4.

porque es patente que no habían leído en su totalidad el *Tractatus de legibus*, la *Defensio fidei* ni las *Disputationes metaphysicae*.

III. LA POLÉMICA ANTISECLARIZADORA SE HIZO DE LA MANO DE SUÁREZ

La simplicidad propia del estilo de reflexionar que se expresaba retóricamente con las expresiones *formaliter*, *proprie loquendo*, *in se et per se*, etcétera, fue el resultado de la confluencia de la negación de los distintos modos de ser y de la afirmación de un orden nouménico más o menos platonizante. Esta explicación de la realidad práctica humana que imponía la consideración de las cosas *in seipsas*, al margen de cualquier modo, respeto o razón, experimentó un fuerte espaldarazo en el siglo XVII en el sector de los jusnaturalistas conservadores, porque las pretensiones nominalistas de Pufendorf llevaron a la doctrina opuesta a afirmar inmatizadamente la existencia de una naturaleza racional inmutable, según algunas propuestas de Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez. A una exageración le siguió otra.

Los enemigos de Samuel Pufendorf (la obra de Pufendorf se convirtió, de hecho, en el punto de referencia casi imprescindible para delimitar las actitudes) destacaron beligerantemente la base teonómica de la ley natural, afirmando normalmente la inmutabilidad de la esencia del hombre y de todo aquello que es concorde con ella.¹²⁵¹ Christian Wolff, bien que podamos dudar de su fe cristiana, afirmó también esta *essentia bonitatis*.¹²⁵² No se

¹²⁵¹ A partir de la extensión de la obra de Samuel Pufendorf, la universidad europea se dividió. Pufendorf entró por un camino marcadamente nominalista y voluntarista, que insistía en la voluntad como prácticamente única potencia originaria del hombre. La escolástica a que dio lugar su obra fue extensa: Nicolás Hertius, Titius, Rechenberg, el influyente historiador Samuel Budde, Weber, Barbeyrac, que tradujo algunos de sus libros a la lengua francesa, Christian Thomasius, Laurentino Fleischer, Henricus Koehler, etcétera. El lector puede encontrar una lista más completa de los autores de esta escuela en Ignatius Schwarz, *Institutiones juris naturae et gentium*, cit., p. 54.

Ya indiqué que las personas opuestas al camino secularizador y, ya en el siglo XVIII, anticristiano de los discípulos del Pufendorf, se acogieron por lo general a las banderas de Hugo Grocio. Los *grotiani*, como los llamaron algunos jusnaturalistas del siglo XVIII, encontraron una única salida para defender la existencia de la objetividad de la ley natural, y fue mantener colectivamente la existencia de una ley natural eterna e inmutable, al modo de Gabriel Vázquez o Francisco Suárez, cuyas obras decían conocer. La única excusa que encuentro para llamar 'metafísico' a Suárez es haber leído solamente su *Tractatus de legibus*, dejando de lado sus *Disputationes metafisicas*.

¹²⁵² Wolff, en sus diversas obras (he tenido en cuenta especialmente su tratado sobre el *Menschliches Thun und Lassen*), alude a la voluntad omnisapiente y omnipotente de Dios. Pero al final de cada parágrafo, de forma reiterativa, subraya la autonomía de la ley racional, de

remitieron a la voluntad de Dios (porque esto era lo que hacía Pufendorf con su nominalismo y consiguiente voluntarismo divino), sino a la bondad misma existente eternamente en la estructura de la razón divina. La divisa para mantener el nuevo derecho natural, o para atacarlo, estuvo de hecho en la defensa de la metafísica o en su negación. El terreno aparentemente inocuo en el que podían desarrollarse las discusiones más de fondo sobre la ética era el del voluntarismo *versus* el objetivismo ético. Pero nadie se engañaba: todos sabían que tras las respectivas actitudes se ocultaba un talante más de fondo, secularizador o no. La única excepción a esta regla general la constituyó Christian Wolff, quien no dudó en afirmar un orden racional objetivo e inmutable, cognoscible metafísicamente, al mismo tiempo que la figura de Dios no tenía cabida o totalmente era superflua en él; pues Wolff expone sus soluciones racionales, y al final de cada párrafo añade que además eso es así porque así lo ordena Dios.¹²⁵³ No fue extraño que fuera expulsado de su universidad acusado de ateísmo.

Entre los católicos, Ignatius Schwarz fue el primer autor conocido que denunció el nervio secularizador del nuevo derecho natural, y volvió a reafirmar la tesis de sabor agustiniano de las naturalezas inmutables de las cosas en la razón divina. En este punto le siguió el más matizado Anselm Desing, quien en su muy extensa obra sobre el *ius naturale* destacó tanto la eternidad de las esencias racionales como la inmutabilidad de la voluntad de Dios. Y el influyente Juan Francisco Finetti, de tan amplia difusión en Italia y España, volvió a insistir en estas tesis de la mano de Francisco Suárez,¹²⁵⁴ que fue de hecho el teólogo más conocido en los ambientes católicos de los siglos XVIII y XIX. Fue lógico el rumbo que tomó la reacción católica del siglo XIX, encabezada por Luigi Taparelli d'Azeglio, más o menos seguido por Prisco, Liberatore, Ortú y Lara, Vadillo, etcétera, quienes afirmaron la inmutabilidad de la ley y del derecho natural, y buscaron una filosofía primera que otorgara refugio a la teología moral. Hasta hoy, ésta pasa por ser la posición doctrinal genuinamente católica. Todos ellos enlazaron directamente con lo que entonces parecía la tradición cristiana indiscutida: que la creación se asienta en un orden de esencias que provienen de la santidad de Dios. Que la ley natural obliga por estar dictada por Dios.

modo que *etiamsi Deus non daretur*, el derecho natural sería igualmente obligatorio para los hombres.

¹²⁵³ Véase mi estudio "La cómoda función de Dios en el jusnaturalismo otoñal", *Justicia, solidaridad, paz. Estudios en homenaje al Prof. D. José María Rojo Sanz*, Valencia, 1996, pp. 41-58.

¹²⁵⁴ *De principiis juris naturae et gentium...*, *cit.* De acuerdo con lo que ha expuesto recientemente Michel Bastit en *La naissance de la loi moderne...*, *cit.*, Suárez solo retiene de la doctrina práctica tomista la ley del hombre como *participatio* de la una ley superior. Véase, por ejemplo, *op. cit.*, pp. 313 y ss.

Los condicionantes que pesaban sobre el siglo XVIII, que es el momento en el que aparecen las obras de Schwarz, Desing y Finetti, fueron decisivos. El estilo jesuítico que insistía ante todo en las naturalezas inmutables de las cosas fue el auténtico triunfador. Ignatius Schwarz definía a la ley natural como “La ordenación de la sabiduría divina, manifestada por el dictamen de la sindéresis de la naturaleza racional, que nos ordena hacer lo que consentáneo con la recta razón y nos prohíbe lo que se aparta de ella”.¹²⁵⁵ Pero la ‘recta razón’ a que alude Schwarz ya no es aquel sector de la racionalidad humana que se nutre también desde las inclinaciones del hombre para, a su vez, regularlas desde ellas mismas. Ahora, las pasiones humanas, incluso las intelectuales, son indiferentes ante la racionalidad práctica,¹²⁵⁶ porque una vez que la doctrina del derecho natural ha pasado por las manos de los últimos escolásticos españoles, “La materia o el objeto material de la ley natural es todo aquello que conviene a la naturaleza racional”.¹²⁵⁷ Schwarz se opone a Gabriel Vázquez, porque Vázquez entendía (del mismo modo que Molina, aunque Schwarz no parece conocerle) que la naturaleza racional por sí misma no ordena ni prohíbe; pero Schwarz mantiene que la naturaleza necesita una instancia que la convierta en obligatoria,¹²⁵⁸ aunque su racionalismo es tan exquisito, que postula que la instancia que convierte en preceptivo el contenido de la ley natural no es la voluntad de Dios, sino su intelecto.¹²⁵⁹

Como todo lo racional en manos de estos nuevos metafísicos, esta naturaleza racional es antecedente a cualquier prohibición, y funda una bondad o malicia que es anterior a todo mandato.¹²⁶⁰ Como indica Suárez —escribe Schwarz malentendiendo a Suárez— esta bondad de la naturaleza racional es independiente de todo lo extrínseco.¹²⁶¹ Al llegar a este punto, la terminología neoescolástica invade las páginas de los libros, porque “Los deberes

¹²⁵⁵ “Quaenam sit vera essentia, seu definitio legis naturalis? Recte definitur: «Ordinatio Divinae sapientiae, per dictamen synteresis natura rationali manifestata, praecipiens recta rationi simpliciter consentanea, et prohibens dissentanea»”. *Institutiones...*, *cit.*, p. 138.

¹²⁵⁶ “Hae animi passionēs, in se spectatae, sunt prorsus indifferentes, hoc est, nec bonae, nec malae moraliter”. *Ibidem*, p. 90.

¹²⁵⁷ *Ibidem*, p. 141.

¹²⁵⁸ *Ibidem*, pp. 133-136.

¹²⁵⁹ *Ibidem*, p. 136.

¹²⁶⁰ *Ibidem*, p. 139.

¹²⁶¹ “Accedit, quod teste Suarezio haec judicia: honestum est faciendum, inhonestum vitandum... per se, semper et independenter ab omni extrinseco vera sint: ergo et voluntas illi discordans, seu concordans, vel mala vel bona est per se, et independenter ab omni extrinseco”. *Ibidem*, p. 91.

de los hombres hacia Dios, hacia sí mismos o hacia el prójimo, son objeto del derecho natural *formaliter, proprium, necessarium et quidem primum*".¹²⁶² Schwarz expone que la regla en general es como una medida por la que exploramos si algo es recto; esto es, si tiene un orden recto hacia su fin, y existe tal medida porque algunas cosas están prohibidas por Dios porque son malas, como es, por ejemplo, el odio a Dios o la mentira, y otras están ordenadas porque son buenas, como es el culto a Dios u honrar a los padres. Esto implica que "Tales cosas son buenas o malas antecedentemente en sí, de modo que no pueden ser objeto de la ley natural sino aquello que en sí mismo y desde su propia naturaleza, como tales, son deformes o deformes...".¹²⁶³ Como es lógico, "El derecho natural es siempre es idéntico a sí mismo, y *proprie loquendo*, absoluto e invariable",¹²⁶⁴ por lo que, como hace notar nuestro Suárez (*Suarezius noster*), es absolutamente inmutable y *absolute loquendo*, incapaz de cualquier cambio.¹²⁶⁵ El autor que no siguió esta terminología que abusaba del *intrinsece, formaliter, proprie loquendo*, etcétera, fue Desing, que no tenía tanta fe en un orden de esencias eternas. Estamos ante una cuestión de metices.

Lo paradójico fue que Ignatius Schwarz, siguiendo a Molina y Suárez (él también era jesuita), mantuvo al mismo tiempo la doctrina de la *pura natura hominis*, que mantenía que el ser humano estaba perfecto y acabado en sí mismo, al margen del orden propiamente sobrenatural,¹²⁶⁶ de forma que el hombre no necesita a Dios para ser feliz naturalmente.¹²⁶⁷

IV. LA ESCOLÁSTICA DEL SIGLO XIX

Schwarz, Desing y Finetti se quejaron de la poca buena fe de "Los doctores del derecho natural", aunque de forma distinta. Schwarz fue más constructivo, y Desing y Finetti ya indican en los mismos títulos de sus obras la intención reivindicativa que les guía. En el primer tercio del siglo XIX, el panorama había cambiado sustancialmente para los apologetas católicos.

¹²⁶² *Ibidem*, p. 126.

¹²⁶³ *Ibidem*, p. 91.

¹²⁶⁴ "Sed quia *jus naturale* semper idem in se, et *proprie loquendo absolute e invariable*". *Institutiones...*, *cit.*, p. 139.

¹²⁶⁵ *Ibidem*, p. 141.

¹²⁶⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹²⁶⁷ "Actus morales, sub aliqua ratione, necessario respiciunt Deum, saltem ut normam recti, et regulam primam honestati objectivam... Finis ultimis naturae rationalis est felicitas perfecta, seu beatitudo saltem naturalis. Finis ultimis creaturae rationalis est bonum, quod secundum rectam rationem ita propter se amatur". *Ibidem*, p. 112.

Se había producido la Revolución, y ya no se enfrentaban solamente a obras literarias difundidas por la cultura universitaria, sino, además, a toda una cultura política liberal y a veces laicista ya efectiva que los presentaba como enemigos del progreso humano. Obviamente, el tono de Taparelli, Audisio, Meyer, Liberatore, Prisco, Ortí y Lara, etcétera, fue bastante más contundente que el de los escolásticos del siglo anterior.

Tienen en común partir desde una visión catastrofista de la situación que vive la cultura. Ortí y Lara caracteriza su momento por

La supresión absoluta de toda norma de honestidad y justicia, puesta por Dios a los hombres como regla inmutable de sus derechos y obligaciones; la fuerzas puramente físicas constituidas en principio único e independiente de acción; la tierra declarada ‘patria del destino’, y los bienes de ella por único objeto y término de felicidad; la ley dictada por la voluntad humana para limitar el ejercicio de aquellas fuerzas que, por sí mismas, se destruirían, aspirando como aspiran todas ellas a todas las cosas; y una autoridad constituida por la mayoría de los ciudadanos, y asistida del número necesario de satélites en que se resuelve el derecho moderno, concebido por la Filosofía racionalista y ensayado en las naciones modernas por el Estado liberal.¹²⁶⁸

Según Taparelli, “En todas partes, repito, los resultados de estos gobiernos de moda han sido siempre los mismos; anarquía e iniquidad. La causa debe ser universal, siendo universal el efecto”.¹²⁶⁹ Como resume Ortí, “¿Qué orden de cosas hay, divino o humano, donde el derecho no sea desconocido y violado por los que mandan?”.¹²⁷⁰

Ortí entiende, del mismo modo que Taparelli, que ha de haber una causa universal de este estado de cosas:

Porque la justicia, así moral como legal, supone razones eternas o incommutables, en las cuales se funda; la iniquidad, por su parte, cuando sale al mundo adornada con los títulos y colores del derecho, supone también ciertas ideas primeras, en las que últimamente se resuelve. No hay a la verdad sistema alguno de acción que no tenga su metafísica, verdadera o falsa.¹²⁷¹

¹²⁶⁸ *Filosofía del derecho fundada en la ética*, trad. de J. B. de Hinojosa, Madrid, 1886, Prólogo, p. XI.

¹²⁶⁹ *Examen crítico del gobierno representativo*, trad. de El Pensamiento Español, Madrid, 1866, vol. I, p. 7.

¹²⁷⁰ Prólogo a J. Prisco, *Filosofía del derecho fundada en la ética*, cit., p. VI.

¹²⁷¹ *Ibidem*, p. VIII.

Según Prisco, el iniciador de la filosofía moderna, verdadero origen de todos los males, fue Lutero,¹²⁷² y ya antes Taparelli había expuesto

¿Qué me responderíais si os pidiese un hecho del orden moral que entrañase universalmente en la sociedad y le hubiese dado ese tinte por el cual la llamamos moderna? ¿Cuál sería este hecho en vuestra opinión? Parece haber oído ya la respuesta: el hecho grande de aquella época es la rebelión de Lutero, o, como suele decirse, la emancipación de la razón... No hay que crea ya que el luteranismo se funda en negar las indulgencias y la Misa privada: todo el que discurre sensatamente acerca de la reforma, sabe muy bien que aquel grande hecho tiene su germen en la independencia de una razón que protesta: protesta contra la Iglesia, contra las tradiciones en la familia, contra todo vínculo social en la humanidad.¹²⁷³

Guglielmo Audisio y Julio Costa-Rossetti expusieron sus doctrinas de forma menos combativa.¹²⁷⁴

Todos ellos tienen mala opinión de la filosofía moderna, es decir, de la filosofía no escolástica. Según Ortí, tal filosofía carece de base,¹²⁷⁵ y Meyer reconoce que sus enemigos son Hobbes y Rousseau; no así Grocio y Pufendorf, de los que expresa buena opinión,¹²⁷⁶ porque Meyer entendía que eran personas que habían buscado no el origen histórico de la sociedad, sino el origen necesariamente jurídico de cualquier sociedad.¹²⁷⁷ José Prisco, por el contrario, expresaba que “La doctrina acerca de la separación de la ética y el derecho principió en Grocio y Pufendorf y, reducida luego a una fórmula más científica por Christian Thomasio, recibió la última mano de Kant y

¹²⁷² *Ibidem*, p. 94.

¹²⁷³ *Examen crítico...*, *cit.*, p. 9.

¹²⁷⁴ Audisio, G., *Juris naturae et gentium privati et publici fundamenta*, Beneventi, 1854; Costa-Rossetti, J., *Institutiones ethicae et juris naturae secundum principia philosophiae scholasticae, praesertim S. Thomae, Suarez et Lugo*, Oeniponte, 1883.

¹²⁷⁵ “Uno de los caracteres que suelen distinguir las producciones del espíritu moderno es la absoluta carencia de pruebas que demuestren las doctrinas que contienen, y en caso de ofrecer alguna, la debilidad e incoherencia de las razones en que se fundan”. *La sofistería democrática o examen de las lecciones de D. Emilio Castelar acerca de la civilización en los primeros cinco siglos de la Iglesia*, Granada, 1861, p. 6.

¹²⁷⁶ *Institutiones...*, *cit.*, pp. 321-325.

¹²⁷⁷ “Similiter cum doctrina Hobbesii et Rousseau confundi non debet «theoria pacti socialis», quae a Grotio proposita et a Pufendorffii exulta... non ad qualescumque sociales nexus, sed ad societatem «civilem» tantum pactum sociale requirere solent, eoque originem non historicam, sed juridicam fundari contenderunt”. *Institutiones juris naturalis...*, *cit.*, p. 325.

Fichte”.¹²⁷⁸ Costa-Rossetti resumía las filosofías eudemonistas y racionalistas al mismo tiempo que las impugnaba.¹²⁷⁹

El talante personal de estos nuevos apologetas fue bastante distinto. José Prisco es más sensible a los derechos de la personalidad, y reconoce que no se deben forzar las conciencias,¹²⁸⁰ y resume su actitud exponiendo que la libertad de conciencia es “El derecho que tiene todo hombre a no creer sino la verdad rectamente conocida, y a no obrar sino en armonía con sus creencias”.¹²⁸¹ Fue lógico que reconociera que “La esclavitud fue la violación más profunda del derecho originario que tiene el hombre a que sea reconocida su libertad personal; tanto, que en ella puede decirse que se contiene virtualmente toda violación de los derechos humanos”.¹²⁸² Llevado de este estilo personal, exige que la propiedad vaya unida al trabajo personal y que tenga un fin solidario.¹²⁸³ Los otros escolásticos no participaron en la misma medida de este talante. Ortí ataca al capitalismo,¹²⁸⁴ pero Mateo Liberatore hace suya la teoría de Locke en este punto y proclama que “El derecho a adquirir una propiedad estable procede inmediatamente de la naturaleza”.¹²⁸⁵ Según Ortí, los nuevos tiempos están atacando una tradición que en realidad es un depósito cultural recibido de Dios,¹²⁸⁶ e impugnan igualmente los derechos sagrados de los Reyes, recibidos de manos de Dios, y están atentando contra la verdad infalible que proclama la Iglesia católica.¹²⁸⁷ Audisio, siempre apoyado en su buen latín y en su cultura clási-

¹²⁷⁸ *Filosofía del derecho fundada en la ética, cit.*, pp. 110 y 111.

¹²⁷⁹ *Institutiones ethicae et juris naturae...*, *cit.*, pp. 103-113.

¹²⁸⁰ “Si tanto el asenso de la inteligencia como el consentimiento de la voluntad son producto de las más nobles y elevadas facultades del espíritu humano, es imposible que no sean producidas por la actividad íntima de aquellas fuerzas. He aquí por qué ninguna autoridad o violencia exterior podrán obligar al entendimiento o a la voluntad de otro a adherirse a una doctrina, aunque sea verdadera, y por qué sería un verdadero absurdo el empleo de la fuerza con semejante fin”. *Filosofía del derecho fundada en la ética, cit.*, p. 248.

¹²⁸¹ *Ibidem*, p. 242.

¹²⁸² *Ibidem*, p. 232.

¹²⁸³ “La cosa ocupada, para llegar a ser objeto del derecho real de propiedad, debe unirse con la persona humana, de modo que forme como una secuela y extensión de ella, pues en otro caso le faltaría el carácter de la individualidad y de la exclusión. Pero esto no podría obtenerse sin el trabajo, que deja impresas en el objeto ocupado las huellas de la actividad personal del hombre. Además, la adquisición de la propiedad debe tener un fin racional, y hemos visto que la racionalidad de este fin consiste en que las cosas ocupadas sean idóneas para proporcionar ventajas a la persona humana”. *Ibidem*, p. 301.

¹²⁸⁴ *Institutiones ethicae et juris naturae*, 10a. ed., Neapoli, 1890, p. 93

¹²⁸⁵ “Jus acquirendi stabilem proprietatem immediate oritur a natura”. *Ibidem*, p. 175.

¹²⁸⁶ *La sofistería democrática...*, *cit.*, p. 101.

¹²⁸⁷ *Ibidem*, p. 59.

ca, presentó una imagen menos combativa. En Julio Costa-Rossetti resalta ante todo el escorzo estético desde el que estudia al hombre, sin perjuicio de sus abundantes contundencias. Desde luego, no formaron una escuela de pensamiento compacto por uniforme.

Su tono expositivo es también diferente. Normalmente usaron el esquema escolástico del siglo XVIII, basado en distinguir la premisa mayor de la menor, y posteriormente proceder mediante ‘niego la mayor’, ‘concedo’, etcétera. Prisco fue algo distinto, con un discurso más fluido, y Jaime Balmes constituyó la gran excepción. Hay un punto en el que coinciden: suelen aludir a las filosofías más conocidas, especialmente las de Bentham y Kant, a las que algunos añaden las de Fichte y Hegel, y las despachan con unas pocas líneas, en las que exponen algún pretendido despropósito que, según cada autor, entraña cada una de ellas. Frecuentemente su tono es grosero y algo chabacano, como quien discute irónicamente con ignorantes. No fueron conscientes de los problemas, normalmente relacionados con la teoría de la ciencia y del método científico, que latían bajo las filosofías modernas. Ellos vivían en su propio mundo, sin que les alcanzaran los problemas teóricos que planteaban la geometría o la física. Vivieron de espaldas a los problemas que ya entonces planteaban Whewell, Duhem, Maxwell o Faraday —entre otros muchos— a la mecánica de Newton y a la geometría que la sustentaba.

V. CREYERON EN LA UNIDAD

No eran tiempos para recordar la naturaleza múltiple, algo fragmentaria, del discurso práctico: toda el Iluminismo se movió detrás del dogma de la Unidad, y si los materialistas francófonos como Helvetius, D’Holbach o Condorcet consideraban un único todo universal regido en definitiva por una única ley, sus oponentes alegaron otras doctrinas materialmente distintas, pero formalmente parecidas. El Barón d’Holbach buscó un nombre nuevo para el todo universal recién descubierto: el *Nisus*,¹²⁸⁸ que los románticos alemanes llamaron pocos años después *Trabant* y *Weltall*. Solamente consideraron una única realidad, siempre homogénea consigo misma, regida por una sola ley. Era el triunfo de la mecánica cartesiana sobre la filosofía anterior.

Fue lógico que cuando se produjo la reacción contra el jusnaturalismo moderno, a comienzos del siglo XIX, aquellos que creían en principios ob-

¹²⁸⁸ El Barón D’Holbach, en los capítulos VI y XI, expone de formas diversas la naturaleza unitaria de este todo único. Véase *Système de la nature ou des lois du monde physique et du monde moral*, Londres, 1770.

jetivos de justicia echaran mano de este último modo de entender la realidad (también el derecho natural), porque no conocían otra forma de pensar. El triunfo de la mentalidad moderna ha sido la emergencia triunfante de una forma del pensamiento que únicamente considera la ‘materia’ siempre igual (pues los átomos son iguales), moldeada por formas o ideas que vienen a ser, de hecho, accidentales en la única ley del movimiento de la materia. Esta mentalidad estaba subyacente en Descartes, Galileo y Newton —aunque los tres eran creyentes practicantes—, bien como postulado metafísicamente necesario, bien como hipótesis de trabajo en la física, y acabó moldeando toda la cultura moderna y contemporánea. Karl Christian Friedrich Krause nos proporciona uno de los primeros testimonios de esta mentalidad subliminalmente presente en el derecho natural de la Edad Contemporánea cuando escribe que, del mismo modo que solo hay una naturaleza, en el conjunto del universo solo puede existir un único Estado racional, fundamentado y regulado por las leyes de la naturaleza única. Debe quedar claro, prosigue Krause, que el derecho natural, por cuanto está fundamentado en una sola y única razón, es único para todo el universo, para los cielos y la tierra, para toda la eternidad, y solo puede existir un código jurídico para este único Estado universal.¹²⁸⁹ De este modo, nuestra época hereda un rótulo el de “Derecho natural”, que se asocia al fundamento eterno de cualquier justicia. A partir del siglo XIX ya no se discutirá tanto sobre la justicia —que se había perdido de vista doctrinalmente—¹²⁹⁰ como sobre el derecho natural. Es obvio que se trata de una noción del *jus naturale* que poco tiene que ver con la de la Edad Moderna o con la vigente anteriormente. Esta-

¹²⁸⁹ “Was kann aber in den Namen *Naturrecht* Natur bedeuten? Ohne Zweifel, dass mein Recht mir vermöge meiner vernünftigen Natur zusteht, so wahr ich Mensch bin, weil ich nur in einer organischen Rechtssphäre meine Bestimmung als Mensch erfüllen kann... Es scheint auch der Beisatz «Natur» auf die absolute Nothwendigkeit, Gesetzmässigkeit und Einheit der Staatseinrichtung allegorisch hinzudeuten. So wie nur eine Natur, so soll auf Erden und im ganzen Weltall nur ein Vernunftstaat sein, der überall nach gleiche Gesetzen gegründet und verwaltet ist... Es soll daher, diess ist schon hier klar, das *Naturrecht* weil es auf die vernünftige Natur der Vernunftwesen gegründet und gestützt ist, für die ganze Welt, für Erde und Himmel, für alle Sonnenwelten und für ewigen Zeiten gelten, es soll das eine Gesetzbuch für den einen Staat der ganzen Welt sein”. *Grundlage des Naturrechts oder der philosophische Grundriss des Ideals des Rechts*, Jena und Leipzig, 1803, pp. 11 y 12.

¹²⁹⁰ Antonio Rosmini-Serbati se quejaba de que sus coetáneos iban tras una “legislazione certa, unica, universale”, que llegaría indefectiblemente, y que expresamente no aludían a la justicia: “Sia certa, unica de universale, perchè non dicono poi nulla se ella debba essere giusta ovvero ingiusta? Ben sento che si schernisce soprammodo la mia semplicità; e un gran frastuono di voci, miste fors’anco di risa e ghigate, così mi riprende: Credi tu che noi vogliamo le leggi ingiuste?”. *Filosofia del diritto*, Milán, 1841, vol. I, p. 3.

mos, pues, ante un tercer tipo de jusnaturalismo, nuevo en la historia, que vio la luz entre las manos de los jesuitas españoles de finales del siglo XVI.

Irrumpe así la tendencia a remontarse a un fundamento antropológico-filosófico único y último, trascendente a los hombres históricos concretos, para hacer una ciencia abstracta, que se llamó también derecho natural, y que poco tuvo que ver con el trabajo diario del jurista. Este tercer modelo jusnaturalista comparte con el anterior su falta de sentido de la diversidad y de la complejidad. Porque Krause, Trendelenburg, Ahrens (más o menos influidos por el modelo kantiano, como fue usual en el área de lengua alemana), o Taparelli, Liberatore, Prisco, Mendizábal, Ortú y Lara, Cathrein, Rommen, etcétera, entendían que ha de existir un principio único y universal en las relaciones humanas que garantizará el sentido de justicia de las concreciones jurídicas. Indiqué que también los escolásticos trivializaron este estilo de pensamiento, pues en realidad traspasaron inadvertidamente el esquema legal propio del Estado a la explicación de la justicia, y así como el Estado solamente contempla una única ley fundamental desde la que han derivar todas las demás, los neoescolásticos afirmaron una sola ley natural desde la que han de derivar deductivamente las leyes de origen humano, con lo que perdieron de vista el juego simultáneamente deductivo e inductivo que la jurisprudencia anterior había atribuido a la ciencia jurídica y a cualquier saber práctico. La prudencia fue sustituida por consideraciones abstractas, y el dato singular y contingente sobre el que se apoya ordinariamente el jurista para razonar fue reemplazado por la fundamentación en un pretendido orden del ser, eterno, que expresa René Marcic con la expresión *Natura=Ordo=Mundus=Universitas*.¹²⁹¹

Esta disciplina nueva que se desarrolla a lo largo del siglo pasado, primero bajo el título de *Naturrecht* y, más tarde, indistintamente como *Philosophie des Rechts*, *filosofía del diritto*, *jus naturale*, o derecho natural (la *Jurisprudence* inglesa fue cosa parcialmente distinta),¹²⁹² hizo síntesis y análisis abstractos,

¹²⁹¹ René Marcic escribe, a este propósito, muy gráficamente, que “Wenn die Rechtsontologie von Natur spricht, dann meint sich nicht jenen berechenbaren Wirkungszusammenhang von Kräften, die miteinander kausal-mechanisch verbunden sind; sie meint nicht bloß jenen objektiv feststellbaren Tatsachebereich, den die Naturwissenschaftler der Neuzeit als Natur ausgegeben haben, die Natur in Sinne des kraftbegabten Stoffes; vielmehr versteht sie darunter dasjenige, was Aristoteles in seines Physik und Metaphysik und was Thomas in seinen Kommentaren zu Aristoteles und in den übrigen Werken im weitersten Sinn darunter verstehen: natura=mundus=ordo=universitas”. “Um eine Grundlegung des Rechts. Existenziale und fundamentalontologische Elemente im Rechtsdenken der Gegenwart”, *Die ontologische Begründung des Rechts*, ed. por A. Kaufmann, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1965, pp. 549 y 550.

¹²⁹² La *Jurisprudence* buscaba esclarecer el estudio del derecho existente mostrando las nociones formales que necesariamente habrían de encontrarse en su base. A este fin, los ingle-

en los que buscaban, para partir desde un solo dato fundamental, algo así como el puesto inmutable del hombre en el cosmos. Ya fueran los teóricos alemanes que vivían en el aire kantiano, como Ahrens, o los católicos que querían un deber-ser que fundamentara la filosofía primera en el ser, como proponían Cathrein o Rommen, todos heredaron la misma orientación desde este punto de vista. Seguramente, Florentino o Bártolo se hubieran quedado muy extrañados si alguien les hubiera planteado estas cuestiones, más propias de los *poetae* que no de juristas. Cada autor, mediante síntesis a priori posibles gracias al uso de definiciones genéticas, anticipaba una totalidad desde la que posteriormente deducía reglas de comportamiento.

Fue propio de estos tratados de filosofía del derecho o derecho natural, prescindir de lo singular e irrepetible (los *agibilia*) y, en busca de certeza demostrativa, introducir esquemas universales en los que las personas quedan unificadas en una multitud de rostros iguales, en donde ya no hay situaciones específicamente humanas, sino únicamente un modelo individual multiplicado por sí mismo, *esencias racionales*, como las designaban los kantianos. Por este motivo, a partir del siglo XVIII, los ‘filósofos del derecho’ no considerarán las situaciones concretas, las de padre-hijo, arrendador-arrendatario, ser comerciante, sacerdote o militar, huérfano o propietario de un bien inmueble manifiestamente mejorable. En su lugar entraron las ‘personas’ entendidas como un bloque sin fisuras gracias a su incomunicabilidad, y la atención del investigador filosófico no recaerá ya sobre los problemas *reales*, casi siempre cotidianos y diversos, sino que su esfuerzo no dirigirá al esbozo de proyectos que tratan, normalmente, de la orientación fundamental de la legislación del Estado, llamada ciencia de la legislación, *Gesetzgebungswissenschaft*. La tardía filosofía del derecho de Stammler, a comienzos del siglo XX, supuso un ejemplo claro de esta forma de pensar. De este modo, la jurisprudencia quedó sustituida por una ciencia de la legislación o ciencia de la política, que adoptó, de hecho, direcciones y enfoques diversos: ya solo interesaba cómo orientar globalmente toda la legislación que produce el Estado contemporáneo.

VI. LA LEY NATURAL INMUTABLE

La filosofía práctica aristotélica, dentro de la que aún se enmarcaba Desing, aunque incompletamente reconocía la existencia de diversos seres, cada uno de ellos con su propia naturaleza. La palabra ‘naturaleza’ designa-

ses entendieron que era indiferente el ordenamiento jurídico que se estudiara. Véase Bryce, James, “The Methods of Legal Science”, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, vol. II, p. 178.

ba, en esta filosofía, tanto la forma de ser específica de cada ser como movimientos peculiares de cada uno de ellos tendiendo hacia su finalidad. Francesco Viola se ha ocupado recientemente de explicar este tema; en cambio, el conjunto de lo existente era designado con el término cosmos.¹²⁹³ Pero una vez que Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez afirmaron excluyentemente la existencia de unas naturalezas de las cosas inmutables, existentes *ab aeterno* en la mente divina, quedó desdibujada esta distinción entre naturalezas y cosmos, porque ahora todo participaba igualmente de la nota de la uniformidad que es propia de todo lo que es llamado ‘nouménico’ sin más matizaciones.

Schwarz y Finetti se lanzaron sin vacilaciones por el camino popularizado por Suárez. No procedió así Desing, a medio camino entre Tomás de Aquino y los escolásticos españoles; pero la actitud algo más matizada de Anselm Desing estaba destinada a perderse en la Neoescolástica del siglo XIX, que volvió la vista exclusivamente hacia las naturalezas de las cosas eternamente existentes en la sabiduría divina. De este modo, Luigi Taparelli escribía que “Conózcalo o deje de conocerlo el individuo agente, si su acto es conforme al orden moral, a la naturaleza humana, esta conformidad subsistirá siempre, porque está fundada en la naturaleza”.¹²⁹⁴

Taparelli se planteaba el problema de cómo conciliar este orden necesario con la libertad de Dios:

Según eso, me replicas aquí, la esencia de las cosas es una traba de la acción de Dios, y esto equivale a sujetar las obras divinas al arbitrio de otro ser necesario... Para responderte distingo: que las obras de Dios tienen que ajustarse a la esencia de las cosas, en cuanto esta esencia está contenida en el ser necesario, concedo; pero que sea distinta de él, niego... ¿Y por qué no cabe? Porque repugna que el ‘no ser sea’... La necesidad de las esencias de las cosas, y por consiguiente la del orden a ellas relativo, no hace de hado alguno distinto de Dios, sino de la naturaleza de Dios mismo.¹²⁹⁵

Puede suceder que cambie la ley natural, pero no porque cambien sus principios, sino la materia a la que ella se aplica.¹²⁹⁶

Julio Costa-Rossetti entendía que “El criterio objetivo para discriminar lo conveniente de lo inconveniente, que es independiente de las facultades y de los actos del sujeto humano, es interno y se funda en las esencias de las

¹²⁹³ Viola, Francisco, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la Ética contemporánea*, trad. de V. Bellver, Granada, Comares, 1998, p. 85.

¹²⁹⁴ *Curso elemental de derecho natural*, 2a. ed., trad. de G. Tejado, Madrid, 1897, p. 8.

¹²⁹⁵ *Ibidem*, p. 61.

¹²⁹⁶ *Ibidem*, p. 52.

cosas, y es inmutable y universal, y existe siempre, en todas partes y bajo todas las personas”.¹²⁹⁷ Según este autor, “La norma completa de la moralidad objetiva e interna, así considerada, es aquella que tanto a) por su comprensión, como b) por su extensión, y c) por su aplicación a los actos particulares, no falla en nada. La naturaleza racional considerada adecuadamente es así. *Ergo...*”.¹²⁹⁸ Pero Costa-Rossetti añade que

Si la naturaleza fuera la norma última de la moralidad, habría tantas normas últimas como hombres. Pues suponen que la naturaleza racional, ya considerada en abstracto, ya en concreto, es la norma última; que sea considerada la norma última en concreto, es evidente; si se la considera en abstracto, y en su aplicación a la vida práctica de los individuos, entonces se multiplica cuantos son esos individuos. Esto es, en ambos casos existen tantas normas últimas como hombres.¹²⁹⁹

Más o menos lo mismo mantiene el casi siempre complejo José Prisco:

Si existiera la naturaleza humana como suspendida en el aire, sin ningún otro principio determinante, la igualdad de derechos entre los hombres que nace del concepto abstracto de humanidad, implicaría una igualdad concreta de derechos. Pero existiendo aquella naturaleza en concreto, y por eso diferenciándose los individuos humanos por cualidades especiales, tanto físicas como morales, también el conjunto de sus derechos individuales es desigual.¹³⁰⁰

José Prisco mantiene que “La ética es una aplicación de la metafísica y, en cuanto tal, debe investigar las razones supremas de su objeto”.¹³⁰¹ Él ve claramente esta adecuación entre ética y metafísica, porque entiende que

El orden es la relación que tienen entre sí las cosas en virtud de un principio común que determina el lugar que debe ocupar cada una de ellas con respecto a las demás... No puede negarse que siendo el mundo producto de una sola inteligencia y una sola voluntad, que obran para realizar un fin único y

¹²⁹⁷ *Ibidem*, p. 59

¹²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 65 y 66.

¹²⁹⁹ “Si natura rationalis esse norma ultima moralitatis, tot normae ultimae essent, quot homines; nam natura rationalis aut in abstracto aut in concreto spectata norma ultima dicitur esse; atqui si in concreto spectata est norma ultima, id est evidens; si vero in abstracto spectata, ea in applicatione ad vitam individuorum practica multiplicatur cum in individuus; ergo in utroque casu tot normae ultima haberentur quot homines”. *Institutiones ethicae et juris naturae...*, cit., p. 114.

¹³⁰⁰ *Filosofía del derecho...*, cit., p. 223.

¹³⁰¹ *Ibidem*, p. 7.

un solo pensamiento, contiene multitud de seres debidamente dispuestos con arreglo a las leyes de finalidad y jerarquía.¹³⁰²

Pero pronto pierde esta orientación, que ve en el cosmos la obra de una inteligencia y una voluntad, y afirma que “Lo que debe decirse es que las relaciones morales son verdaderas no porque Dios las piensa y las quiere, sino que Dios las piensa y las quiere porque son verdaderas”.¹³⁰³ Esta objetividad anterior a la libertad divina la reconoce

Porque en todo orden de cosas la manera de obrar correspondiente a la naturaleza de las sustancias que obra, no hubiera podido la causa creadora dar existencia a las causas creadas y al orden que en ella admiramos, si al contemplar su esencia no descubriese los tipos inteligibles de cuanto es o puede ser creado. Por esto, las criaturas todas, antes que tener una existencia temporal, tienen una existencia eterna en los tipos inteligibles concebidos por la razón divina.¹³⁰⁴

Estos tipos inteligibles componen la ley eterna y natural, a la que “Podemos considerar bajo dos aspectos: en cuanto existe en Dios, y en cuanto se hace manifiesta al entendimiento humano. En el primer sentido se llama la ley eterna; en el segundo, ley natural y moral”.¹³⁰⁵ La llama, más concretamente, ley natural “Por dos motivos... el primero es porque la bondad o malicia de aquellas acciones que manda o prohíbe está fundada en su intrínseca relación de conveniencia o repugnancia con la naturaleza humana; el segundo, que tales relaciones son accesibles a las solas fuerzas naturales de la razón humana”.¹³⁰⁶ Prisco, que gusta de usar la expresión ‘derechos naturales’, más allá de la de ley natural, añade que “El fundamento de todos los derechos naturales es siempre uno, a saber: la naturaleza humana, que por ser específicamente una en todos los individuos humanos, idéntica en todos los tiempos y lugares, produce la unidad específica, la universalidad y la inmutabilidad de todos naturales”.¹³⁰⁷ Sería una versión más amplia del *jus utile naturale* que proclamaba Suárez.

Theodorus Meyer, con minuciosidad alemana, fue desgranando tesis parecidas. Según él, existe una distinción ontológica entre lo honesto y lo deshonesto, que se constituyen *formaliter et absolute* por su conformidad o

¹³⁰² *Ibidem*, p. 13.

¹³⁰³ *Ibidem*, p. 16.

¹³⁰⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹³⁰⁵ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁰⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁰⁷ *Ibidem*, p. 187.

no con la razón divina.¹³⁰⁸ Desde esta razón brota la regla objetiva y estable para ordenar rectamente las acciones humanas hacia el fin esencial del hombre.¹³⁰⁹ Precisamente el carácter absoluto o categórico de todo imperativo ético proviene, aunque sea en última instancia, del orden racional “Que es necesario por sí mismo”.¹³¹⁰ Es preciso, pues, postular la existencia de una ley eterna como un “Acto inmanente de Dios”, por el que Dios quiere de forma necesaria y permanente, y conocemos tal ley desde las premisas metafísicas.¹³¹¹ A esta doctrina se opone el ‘positivismo moral’, como el que profesó Pufendorf, que entiende que la ley natural es resultado de una decisión divina contingente; evidentemente, se trata de una doctrina equivocada,¹³¹² ya que la ley natural, considerada intrínseca o extrínseca, es inmutable. Sabemos que es inmutable intrínsecamente por el propio fundamento de esta ley, que no es otro que la misma naturaleza del ente racional con su relación esencial al fin universal de la creación.¹³¹³ Taparelli expresaba la misma tesis.¹³¹⁴

Según Costa-Rossetti, el bien, considerado formalmente, es intrínsecamente apetecible y amable,¹³¹⁵ a causa de su perfección interna.¹³¹⁶ La razón de estas cualidades reside en que el bien moral, *formaliter spectatum*,

¹³⁰⁸ “Ontologicum discrimen inter honestum et dishonestum formaliter et absolute in conformitate aut difformitate cum divina Ratione consistit”. *Institutiones Juris naturalis seu Philosophia moralis Universalis secundum Principia S. Thomae Aquinatis*, Friburgo im Brisgovia, 1885, p. 148.

¹³⁰⁹ *Ibidem*, p. 201.

¹³¹⁰ “Nam indirecte et remote omnis obligatio respicit ordinem universalem rationalem, quia semper saltem remote intuitum habet ad finem ultimum communem, qui solus est “ratione sui necessarium”. *Ibidem*, p. 187.

¹³¹¹ *Ibidem*, p. 194

¹³¹² *Ibidem*, p. 232.

¹³¹³ “Lex naturalis per se spectata tum intrinsece tum extrinsece immutabilis est. Probatur intrinsece. Nam fundamentum proprium legis naturalis est ipsa natura entis rationalis cum sua essentiali relatione ad finem universae creationis”. *Ibidem*, p. 232.

¹³¹⁴ “Por aquí se ve la imposibilidad en que los epicúreos están de formar verdadera idea de la obligación, pues en el mero hecho de dar como origen de la obligación el placer, que es cosa a que podemos siempre renunciar, vienen a presuponer un fin no necesario. Y como quiera que los medios toman de sus fines respectivos la razón de bien, de aquí que de un medio libre, como es el placer, no pueda resultar necesidad absoluta de medio, sino únicamente necesidad hipotética final, cuya fórmula será: “«Si quieres gozar, te es necesario hacer tal o cual cosa»”. *Curso elemental...*, *cit.*, pp. 48 y 49.

¹³¹⁵ “Bonum formaliter spectatum est ens intrinsece appetibile et amabile”. *Institutiones eticae et juris naturae...*, *cit.*, p. 80.

¹³¹⁶ “Bonum in se est illud, quod est (intrinsece) amabile propter suam internam perfectionem”. *Ibidem*, p. 83.

es ‘consonante’ con la naturaleza racional del hombre,¹³¹⁷ y la vida moralmente buena, en la medida en que es tal, es conforme con Dios, que es la última norma de moralidad.¹³¹⁸ Pero Costa-Rossetti se distancia de estos otros escolásticos en su visión tomista de la *ratio boni*, ya que mantiene que la razón por la que el bien moral es tal, es una consecuencia de su carácter delectable,¹³¹⁹ porque todo bien deriva en última instancia su carácter desde la belleza.¹³²⁰ Del mismo modo que los otros escolásticos, exige que la ley natural sea eterna, pues Dios es absolutamente inmutable.¹³²¹ Lo mismo proponía Audisio.¹³²²

Conforme transcurrió el tiempo, las posturas se fueron endureciendo. Mateo Liberatore ya no discute con otros autores, ni razona sus opiniones: las propone como verdades evidentes en sí mismas, y si hemos de creerlo, la conducta del hombre ha de conformarse con un orden objetivo de las cosas que manifiesta lo que intrínsecamente es bueno o malo por sí, y que compone la misma esencia divina.¹³²³ Porque, tal como explicó en la metafísica, la inteligencia divina es el ejemplar supremo de todas las cosas posibles.¹³²⁴ Por eso, Dios es libre para dar existencia a las cosas, pero no en cuanto a las ideas de ellas.¹³²⁵ Juan Manuel Ortú y Lara siguió estos mismos carriles, con igual dogmatismo.¹³²⁶

¹³¹⁷ *Idem*.

¹³¹⁸ *Ibidem*, p. 84.

¹³¹⁹ “Rationem formali boni moralis consequitur ratio boni delectabilis, si bonum morale, quia tale est, proportionem habet ad delectationem producendam”. *Ibidem*, p. 84.

¹³²⁰ “Rationem formale boni moralis consequitur ratio formalis pulchri etiam relate ad hominem”. *Ibidem*, p. 85. Véase, sobre esta tema, hasta la p. 92. En la p. 91 expone que “Pulchrum est id, quod ob proportionem specialem cum omnibus facultatibus cognoscentibus (sensibus externis, internis et intellectus) harmonice conspirantibus delectet”.

¹³²¹ “Ex demonstratis patet, Deum esse auctorem legis moralis naturae; ergo lex naturae existit in mente Dei Legislatoris; atqui in mente Dei nihil potuit incipere, cum Deus sit absolute immutabilis; ergo lex moralis naturalis in mente Deo ab aeterno existit, supposito aeterno liberae creationis decreto”. *Ibidem*, p. 136.

¹³²² *Juris naturae et gentium...*, cit., pp. 27-29.

¹³²³ “Lex naturalis necessario necitur cum ipsa essentia creatura rationalis, et fundatur in natura divina. Necessario necitur cum essentia creaturae rationalis; quia tota quanta est versatur in praecipendis vel vetandi iis, quae ex comparatione hominis cum objectivo ordine rerum ut intrinsecus bona aut mala manifestantur... Fundatur in essentia divina; quia, tu saepe dixi, rerum naturae et relationes, ex iis emergentes, a divina sapientia dictantur, divina essentia contemplante”. *Institutiones ethicae et juris naturae...*, cit., p. 99.

¹³²⁴ *Idem*.

¹³²⁵ “Deus liber est quoad rerum existentiam, non essentiam ea quae cum essentia necessario connectentur”. *Ibidem*, p. 101.

¹³²⁶ *Ética o filosofía moral*, Madrid, 1868, pp. 11 y 41.

VII. EL ‘DOMINIO’ DE DIOS SOBRE LO CREADO

Habían elaborado unas explicaciones tan racionalistas, y por ello mismo tan autónomas racionalmente, sobre los contenidos del derecho y de la ley natural, que era ocioso el recurso a Dios. Pero sabemos desde el siglo XVI los escolásticos habían discutido acerca de si bastaba la simple existencia objetiva del orden racional para crear el deber de su cumplimiento, o si además del conocimiento de este orden era preciso un mandato divino que ordenara su cumplimiento. Como vimos en su momento, Gabriel Vázquez y Luis de Molina se inclinaron por la primera opción, y de ahí la solución de compromiso de Suárez siguiendo las explicaciones de Scotto: la razón divina nos muestra la *lex indicans* de lo bueno y lo malo, y la voluntad de Dios juega la función de una *lex praecipiens* que crea la *ratio debiti*. El empeño anti-secularizador de estas personas no deja lugar a duda sobre la solución que adoptaron sobre este problema.

Llevemos las aguas a sus cauces históricos, esto es, a los modos como fue entendida y desarrollada posteriormente esta doctrina. La Escolástica decadente a la que aludo en este momento abandonó la distinción entre la ley indicativa y la ley imperativa, y supuso —como hecho evidente en sí mismo— que la participación de la razón humana en la razón de Dios nos suministraba los contenidos concretos de la ley natural. Para un teólogo tocado por el espíritu medieval, una vez que el hombre conoce los preceptos del derecho natural, tiene que preguntarse por las razones por las que hay que obedecer esos contenidos; pues si se dice que Dios es nuestro creador, que Él nos mantiene en el ser, etcétera, solamente se alude al poder o a la fuerza de Dios, y el poder o la fuerza no crea ningún deber en el sentido propio de este término, ya que, como indicaba Rousseau, “Si es preciso obedecer por la fuerza no hace falta el deber”. Como estos escolásticos más tardíos vivían a la sombra de lo que ellos consideraban una filosofía insuperable, y su afán era fundamentalmente apologético, no repararon en esta distinción entre deber y fuerza. Debieran haber pensado que Dios nos ha creado para algo más que para dominarnos, pero las tensiones de ese momento ante todo defensivo frente a un enemigo que avanzaba imparable, y la formación de poca calidad que habían recibido, los llevó a no reparar en lo que para otros escolásticos había sido una cuestión primera. Volveré a aludir a este problema más adelante, cuando hable de la estructura de la acción humana según estos teólogos. Retengamos ahora que ellos entendieron que Dios ‘manda’ porque es el que tiene el dominio mayor.

Luigi Taparelli escribía que “Para nosotros, que damos por supuesta la existencia de Dios, el argumento es irresistible: Dios manda, pues la criatura

debe obedecer”. Continúa explicando que para el sofista de Könisberg, el argumento varía completamente de forma, y el que quiera hacer valer su derecho contra el deudor ha de argumentar de esta manera: “No sé si Dios existe; pero si Dios no existiese, yo no tendría el derecho que seguramente me asiste, ni tú estarías obligado; luego Dios debe existir para proteger mi derecho”.¹³²⁷ Mateo Liberatore explicaba de forma menos literaria que la definición que proporcionó Montesquieu de las leyes (“Las relaciones necesarias que surgen desde las naturalezas de las cosas”) no es adecuada. “Pues la ley, aunque debe concordar con las cosas y sus relaciones, no se confunde con ellas. La idea de la ley, por muy general que sea, siempre implica una relación a la operación, y en la criatura racional, sobre la que pesa un deber moral, siempre contiene el imperio de algún superior”.¹³²⁸ De acuerdo con las tesis suarecianas, era preciso distinguir el fundamento último de la obligación de la razón más concreta por la que una conducta se convertía en debida. Prisco lo explicaba con desparpajo:

El principio de donde procede el deber se diferencia de su fundamento. El fundamento del deber es la relación intrínseca de conveniencia o repugnancia entre las acciones humanas y el fin conveniente a la naturaleza racional del hombre. El principio del deber consiste en el motivo supremo por el cual la voluntad se considera moralmente necesitada a obrar en un sentido u otro. Este principio supremo del deber es Dios.¹³²⁹

Pero José Prisco, normalmente complejo, no explicita qué quiere decir cuando expresa que Dios es ‘el fundamento del deber’.

Para ellos, la ley natural era un acto de dominio divino. “El fundamento de la ley natural reside en el dominio que compete a Dios en tanto que causa suprema y autor de la naturaleza. Por el nombre de ley natural no entendemos sino el título del que nace el derecho de Dios para dar esa ley a los hombres”.¹³³⁰ En realidad, explica el mismo Liberatore, el *principium* del derecho natural es tan universal y simple, tan irreductible a otros principios, que él lleva ya como implícita la razón de ser de los demás preceptos.¹³³¹ Ortíz y Lara, siempre especialmente coherente, explicaba: “¿De dónde dimana el derecho que Dios tiene de dar leyes a las criaturas? Del dominio que tiene como criador del universo... a cuyo dominio son correlativas la

¹³²⁷ *Examen crítico...*, cit., p. 49.

¹³²⁸ *Institutiones ethicae et juris naturae*, cit., pp. 84 y 85.

¹³²⁹ *Filosofía del derecho...*, cit., p. 31.

¹³³⁰ Liberatore, *Institutiones ethicae et juris naturae*, cit., p. 110.

¹³³¹ *Ibidem*, p. 103.

sumisión y dependencia del hombre”.¹³³² Aunque, del mismo modo que el movimiento apologetico del siglo anterior, unas veces contemplan a Dios como dueño del hombre, y otras como fin último de todo lo humano. En este último sentido, Costa-Rossetti exponía que

El fin último absoluto es aquel que exige, por su propia esencia, que todo le esté subordinado, y que todo exista en él; podemos exponer esta tesis con brevedad indicando que todo ser proviene esencialmente y en su totalidad desde Dios; luego es esencialmente propiedad de Dios, y existe enteramente para Dios, por lo que Dios es el fin absolutamente último de todo lo que es. Pues Dios, causa primera en crear y conservar el mundo, que concurre con todas las operaciones de las causas creadas, obra necesariamente según algún fin último absoluto, al que refiere todo su *opus*. Y este fin divino al crear, conservar y concurrir con las operaciones de las causas creadas no puede ser distinto del mismo ser de Dios. Luego Dios es la causa primera y esencialmente es el fin absoluto y último de su misma operación.¹³³³

VIII. LA LEY NATURAL COMO *LEX DESCENDENS*

Lógicamente, desde estos presupuestos, la ley de Dios solo podría consistir en una ley que descendía desde Dios a los hombres. Perdieron de vista que Tomás de Aquino había proporcionado dos perspectivas algo distintas de la ley natural, porque si en el tratado de la ley de la *Suma teológica* la presentó preferentemente como una deducción desde una ley superior, en los tratados de la prudencia y de la justicia resaltó más la vertiente inductiva de esta ley. En el primer caso presentaba una ley descendente desde lo general; en el segundo, una ley ascendente desde las necesidades humanas concretas a la luz de los principios que mostraba la *participatio* humana en la razón divina; de todos modos, este tema es singularmente difícil en el pensamiento tomista, ya que él insiste en la poca calidad del *lumen* divino en la razón humana —explica él expresamente— ha elegido la palabra *participatio* para mostrar la poca fiabilidad de los principios que parecen fundamentarse en el derecho o ley natural. Obviamente, esta amplitud en la consideración de la ley natural se había perdido ya en el siglo XVIII, que únicamente podía entender una ordenación dictada por una razón y voluntad superior a través de la participación de la inteligencia humana en la razón divina.

Así expone Prisco los fundamentos del orden moral, ya que explica que “Podemos considerar esto bajo dos aspectos: en cuanto existe en Dios,

¹³³² *Ética o filosofía moral, cit.*, p. 78.

¹³³³ *Institutiones ethicae et juris naturae...*, *cit.*, pp. 5-8.

y en cuanto se hace manifiesto al hombre. En el primer sentido se llama la ley eterna; en el segundo, ley natural y moral”.¹³³⁴ Cuando Meyer define la ley natural solamente tiene en cuenta esta *participatio*: “Lex naturalis a S. Thomae definitur: «Participatio legis aeterna in rationali creatura»...”.¹³³⁵ Liberatore mantiene que Dios ama eficazmente a todos los seres, y, este amor lo comunica a la naturaleza racional y libre mediante el mandato y la ley.¹³³⁶ La ley natural ha de consistir en un *lumen* (este es un término frecuente en estos escolásticos tan tardíos) del que han de nutrirse las leyes de origen humano.¹³³⁷ Tesis que remataba Costa-Rossetti cuando escribía que “Norma objectiva moralitatis illa est, quae independens est a facultatibus et actibus subjecti humani”.¹³³⁸

Lógicamente, los requerimientos de la vertiente sensible del ser humano no contaban en esta explicación tan racionalista y espiritual de la ley natural. Taparelli indicaba que “No hay semejante ley natural en el hombre, sino meramente inclinaciones y facultades, que sólo por metáfora pueden llamarse leyes. En efecto, una cosa es decir lo que los padres se inclinan a criar a sus hijos, y otra cosa es decir que están obligados a ello”.¹³³⁹ Añadía:

Permitidme que me detenga a explicaros el epíteto *natural* que más arriba hemos añadido a la palabra derecho, que poco a poco aún en personas más que medianamente instruidas han perdido su verdadero significado, imaginando que solamente debe llamarse natural a lo que el hombre trae consigo al nacer, a aquello a que espontáneamente le lleva su instinto... ¡Estaríamos frescos si la naturaleza hablase por órganos tan desatentados! Sin duda lo entendió así Bentham, cuando se deshizo en inectivas contra todas las leyes naturales.¹³⁴⁰

José Prisco procedía de forma parecida: “El derecho, en su sentido subjetivo, es un poder moral inviolable, y por lo tanto racional. Ahora bien: el instinto, en cuanto tal, no es moral ni racional”.¹³⁴¹ Juan Manuel Ortí y Lara, en cambio, valoraba positivamente el apetito sensitivo, creado por

¹³³⁴ *Filosofía del derecho...*, cit., p. 22.

¹³³⁵ *Institutiones juris naturalis...*, cit., p. 197.

¹³³⁶ “Ast efficaciter extra se atque a ceteris entibus servandum velit... Id vero respectu naturae rationalis et liberae non aliter effici potest, nisi praescriptione et lege, qua ordinis huius observantia jubeatur”. *Ibidem*, p. 88.

¹³³⁷ *Ibidem*, p. 86.

¹³³⁸ *Institutiones ethicae et juris naturae*, cit., p. 64.

¹³³⁹ *Curso elemental de derecho natural*, cit., p. 58.

¹³⁴⁰ *Examen crítico...*, cit., pp. 57 y 58.

¹³⁴¹ *Filosofía del derecho...*, cit., p. 89.

Dios,¹³⁴² pero no hace de él una fuente para conocer normas y reglas de la ley natural.

Por lo general, estos autores del siglo XIX reproducían este problema en los mismos términos de Suárez, que consideraba los datos naturales como simple *materia contracta* por la racionalidad. Podían pensar de este modo porque, del mismo modo que los ilustrados redujeron las pasiones humanas al binomio placer-dolor. Liberatore escribía:

El dolor y el placer no pueden ser la norma de las acciones humanas, y esto por varias razones. En primer lugar, porque ambas cosas son vagas e inciertas, cambiantes y dependen de circunstancias y afectos accidentales. Después, porque subvertiríamos el orden racional, porque con frecuencia las cosas inferiores que se oponen al bien supremo del alma proporcionan mayor placer, a causa de la sensibilidad, porque son más vívidas, y turban el juicio de la mente.¹³⁴³

IX. HICIERON PROPIA LA CATEGORÍA DE LA *IMPUTATIO*

En la filosofía escolástica anterior a la Modernidad el hombre inventaba de algún modo el momento de la *traditio regulae* de acuerdo con las exigencias supremas de la *aequitas* y de las necesidades; el descubrimiento de esta regla implicaba un juego inteligente y creativo que iba, como en perpetua lanzadera, desde los principios generales a la consideración de las consecuencias que se seguirían social y personalmente de la aplicación de aquellos principios; este juego recibía el nombre de hermenéutica o filosofía práctica. Pero la filosofía propiamente práctica ha desaparecido en las páginas de estos neoescolásticos, que ha sido sustituida por una razón teórica, que simplemente conoce lo que ha de hacer. El problema era que permanecían, como uso lingüístico, las expresiones de filosofía práctica y razón práctica, y ante este nuevo estado de cosas era preciso explicarlas de forma igualmente nueva, aunque creyendo permanecer en la tradición. Taparelli indicaba que “Todo derecho es una fuerza moral que un hombre ejerce sobre otro mostrándole cualquier verdad; esta verdad ha de ser práctica, esto es, ha de ser tal que mueva obrar; ha de mover de un modo irresistible que la razón no pueda negar”.¹³⁴⁴

¹³⁴² *La sofistería democrática, cit.*, p. 66.

¹³⁴³ *Institutiones ethicae et juris naturae, cit.*, pp. 93 y 94.

¹³⁴⁴ *Examen crítico..., cit.*, p. 52.

La teoría escolástica acerca del *meritum* fue compleja, porque los escolásticos anteriores a la Ilustración habían distinguido mérito de condigno, congruo, etcétera. Todo esto lo simplificó Christian Thomasius reduciendo la relación del hombre con la norma a una sola categoría, la de *imputatio*, en virtud de la cual la única relación del hombre con las normas era la de la ‘aplicación’ de una norma a un hombre, llamada imputación.¹³⁴⁵ Fue una simplificación que casaba bien con los aires ilustrados, porque la Modernidad había dejado reducido el mundo humano a un conjunto de individuos aislados que, aisladamente, se relacionaban con normas imperativas, de forma que la relación hombre-norma solo podía consistir en un factor que determinaba la aplicación de una norma a ese hombre. Este factor era la voluntad libre del hombre, y de ahí la enorme importancia que los tratados de derecho natural de los siglos XVII y XVIII concedieron a la voluntad humana y a los estados de ánimo (error, ignorancia, violencia) que podían alterarla. Pues los *moderni* mantuvieron que a toda voluntad libre le puede ser ‘imputada’ una norma, y en este punto detuvieron normalmente sus investigaciones sobre las posibles relaciones entre los hombres y el mundo moral y jurídico.

La Neoescolástica del siglo XIX aceptó como evidentes de suyo las categorías de la *imputabilitas* y la *imputatio*, y las explicaciones sobre ese hombre libre, que actúa con un poder o potencia general y abstracta en una facultad concreta, tienen como finalidad, ante todo, situar las bases para explicar la posibilidad de la *imputatio* de las normas. Taparelli explicó que “De ser imputables al agente la bondad o malicia de su acto, nacen en nosotros las ideas correlativas de alabanza y vituperio, de inocencia y culpa”.¹³⁴⁶ Prisco, normalmente en su línea paradójica y algo misteriosa, solamente explicó que “El acto moral es el mismo acto humano con una relación más”.¹³⁴⁷ El gran teórico de la *imputatio* fue Theodorus Meyer, que explicaba que hay que considerar antes que otra cosa en este tema, que “La razón formal de la imputabilidad es la misma libertad de la acción”,¹³⁴⁸ y proseguía explicando que “El fundamento metafísico de los conceptos de mérito y demérito está situado en el orden objetivo de las cosas”,¹³⁴⁹ de forma que el fundamento metafísico especial acomodado al régimen espe-

¹³⁴⁵ Véase mi estudio “Imputatio”, *cit.*, pp. 25-78.

¹³⁴⁶ *Curso elemental de derecho natural*, *cit.*, p. 90.

¹³⁴⁷ *Filosofía del derecho...*, *cit.*, p. 35.

¹³⁴⁸ “Formalis ratio imputativitas est ipsa actionis libertas”. *Institutiones juris naturae...*, *cit.*, p. 162.

¹³⁴⁹ *Ibidem*, p. 168.

cial del ser racional es “El orden de proposición cuantitativo aplicado al mundo de las cosas morales”.¹³⁵⁰

En ellos se cumplió el dicho escolástico que reza *conclusio sequitur peiorem partem*, y quizá el juicio de conjunto más aproximado es el que proporcionaba Ernst Karl Winter:

La Neoescolástica se vinculó aquí bien al agustinismo romántico, que en muchos puntos se relacionó con el criticismo propio del Neokantismo, bien al tomismo estricto tal como se correspondía a la concepción eclesiástico-autoritaria y a los intereses también eclesiásticos, que no se enraizaban en intereses científicos, sino religiosos, bien a la actitud suareziana de compromiso, que comprendían en sí ambos puntos de vista y que representaba entonces la forma más consecuente de la Escolástica.¹³⁵¹

X. NO ACEPTARON LAS NUEVAS LIBERTADES CÍVICAS

Los liberales estaban desarrollando sus reformas en nombre de la libertad e igualdad de los seres humanos. Luigi Taparelli, de mayor vocación política que sus compañeros de escuela (y bastante más agudo que los otros), proclamaba que, en realidad, nadie creía en la libertad ni en la igualdad: “¿Hay alguna forma de gobierno más ajena al espíritu liberal que la ‘forma’ del Imperio de Bonaparte? Y no obstante, los liberales franceses nos han dado un brillantísimo testimonio de las simpatías que sienten hacia el instituto universitario fundado por dicho Imperio”.¹³⁵² No admite la separación de la Iglesia y el Estado, no al menos la entera separación de uno y otra, ya que en la práctica esto lleva al postulado según el cual “La ley debe ser atea”.¹³⁵³ Falto de una base moral, el poder público descansa en la ética pública,

¹³⁵⁰ “Metaphysicum fundamentum speciale ac proprium rationalis nostri conceptus meriti ac demeriti est: Ordo propositionis quantitativae rerum ad mundum morales applicatus”. *Ibidem*, p. 169.

¹³⁵¹ “Die Neuscholastik knüpft hier an: entweder an den romantischen Augustinismus, der in vielen Punkten mit dem Kritizismus der Neukantianer sich berührt, oder an reinen Thomismus, wie er der kirklich-autoritären Auffassung entspricht und in den kirklichen Interessen, die nicht wissenschaftliche, sondern religiöse sind, seine eigentliche Bewurzelung hat, oder an den kompromissarischen Suarezianismus, der beides vereinen möchte und in der Tat die konsequestesten Form der Scholastik repräsentiert”. *Die Sozialmetaphisik der Scholastik*, cit., pp. 12 y 13.

¹³⁵² *Examen crítico...*, cit., p. 8.

¹³⁵³ *Ibidem*, p. 16.

Pero como es igualmente imposible al hombre abandonar toda unidad social, y a la sociedad constituirse sin alguna unidad de idea, es necesario en último caso encontrar un elemento de derecho nuevo con que reemplazar el elemento católico. Ese elemento es la opinión, madre tiránica de la bastarda legalidad... Con la opinión y la legalidad se ha encontrado una máscara para el despotismo de la fuerza bruta.¹³⁵⁴

La justicia no está ya asegurada por las formas políticas, y Taparelli hace notar que una cosa es el derecho evidente socialmente, y otra el derecho que habla en lo íntimo de la conciencia.¹³⁵⁵ Los que argumentan con base en las formas políticas son hipócritas:

¿Prevalece en la sociedad la opinión que quiere reprimir a los demagogos? Pues acude presuroso a la antesala del ministro a aplaudir las enérgicas disposiciones que se toman contra un pueblo que no está maduro para la libertad. ¿Prepondera por el contrario la facción anárquica? Pues se baja a la plaza a aplaudir a un pueblo adulto que conoce su propia dignidad.¹³⁵⁶

Parece que describiera la *praxis* política real de los siglos XX y XXI.

No admiten la democracia, cuyo relativismo consideran incompatible con la moral cristiana. La pérdida de la sociedad organizada orgánicamente, propia del Antiguo Régimen, se vio sustituida por la afirmación de los derechos individuales, sin que ninguna estructura social hubiera ocupado cumplidamente el vacío que habían dejado las formas anteriores, hecho que era entonces especialmente patente en la crisis obrera. La actitud de estos escolásticos era parecida a la de Hegel. Taparelli denuncia: “¡Justicia!, ¡Igualdad! ¿Eres tú, por ventura, lector, de los que sueñan por semejante manera?... Tú tienes hijos y mujer y trabajas para mantenerlos. Pero, dime, ¿es justo que suden y te afanes por ellos? Trabajen ellos en buena hora, y trabajen por sus brazos, pues que comen con su boca. Y esos enfermos que están en el hospital, ¿por qué no se curan a sí mismos?”.¹³⁵⁷ No todos pueden mandar ni todos pueden gobernar:

¿Con que, por lo visto, el derecho de ser feliz no lleva consigo el derecho de obrar como se me antoje y de igualarme a los otros? ¿Con que por lo visto queda ya por reconocido y averiguado que la igualdad de destino a la felicidad, no conduce a la igualdad de medios para conseguirla? Pero el paralo-

¹³⁵⁴ *Ibidem*, p. 85.

¹³⁵⁵ *Ibidem*, p. 83.

¹³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 113 y 114.

¹³⁵⁷ *Ibidem*, p. 113.

gismo, no sé por qué, se refugia como en su último atrincheramiento en los sistemas políticos. Aquí sí que todos tienen igual derecho a mandar, porque todos tienen igual derecho a ser felices... Digámoslo de una vez: la justicia social está en las proporciones, no en la igualdad numérica.¹³⁵⁸

Ortí ataca a los que entienden que la autoridad no es sino el resultado del número,¹³⁵⁹ y mantiene abiertamente que no se pueden reconciliar cristianismo y democracia.¹³⁶⁰

Estaba diluida la idea que entendía que las libertades liberales constituían una suerte de protesta universal, una rebelión sin objeto. Taparelli siempre reconducía este problema a la mayor acentuación de la libertad individual que había experimentado Europa a raíz de la Reforma protestante: “Hemos dicho que el principio protestante se reduce en último término a esta brevísima fórmula: ‘Todo hombre es juez supremo de la verdad, y su norma infalible es la razón individual’”.¹³⁶¹ Meyer veía en la *evangelica libertas* de los protestantes un espíritu de destrucción de la herencia cultural de la Iglesia católica y de la Antigüedad.¹³⁶² A esta tesis Taparelli oponía que “La naturaleza es siempre la misma”,¹³⁶³ y

Si el principio protestante es la absoluta independencia de los individuos; si esta independencia es una mentira que desdice del verdadero ser de la naturaleza humana; si esta mentira contra naturaleza ha llegado a ser hoy la base de las operaciones de todas las sociedades constituidas a la moderna... el primer paso que debemos dar al explicar el principio regenerador, es entrar en el examen del principio mismo y de los efectos que necesariamente ha producido.¹³⁶⁴

Realmente, ninguno de los escolásticos conocidos del siglo XIX propuso una teoría política que constituyera una alternativa a la falta de jerarquía y, sobre todo, de orden, que ellos apreciaban en la sociedad. Se limitaron a oponerse al curso de los acontecimientos, y a pedir a la Santa Sede que condenara los nuevos tiempos. Como siempre, Ortí y Lara fue el

¹³⁵⁸ *Ibidem*, p. 114.

¹³⁵⁹ Prólogo a Prisco, J., *Filosofía del derecho...*, cit., p. VII.

¹³⁶⁰ *La sofistería democrática*, cit., p. 44.

¹³⁶¹ *Examen crítico...*, cit., p. 76.

¹³⁶² “Idem ille spiritus negationis atque destructionis, qui religiosam hereditatem divina auctoritate in Ecclesia catholica traditam titulo originarie «evangelicae libertatis» projicere non dubitaverat...”. *Institutiones juris naturalis...*, cit., p. 321.

¹³⁶³ *Examen crítico...*, cit., p. 30.

¹³⁶⁴ *Ibidem*, p. 32.

más radical, ya que se oponía a la libertad de pensamiento¹³⁶⁵ porque entendía que la libertad moderna —sin matizar mucho más— era enemiga de Cristo.¹³⁶⁶

XI. LOS DERECHOS SUBJETIVOS DEL HOMBRE

Estos escolásticos siguieron sin espíritu crítico las líneas iniciales de la Escuela del Derecho Natural Moderno y estudiaron al hombre primero individual, y después socialmente. Del mismo modo que los tratados de derecho natural de los siglos inmediatamente anteriores, consideraron al hombre *ut homo* y *ut cives*; el hombre como individuo era estudiado en lo que llamaron derecho natural absoluto o estado absoluto del hombre, y los hombres bajo alguna condición (la propiedad, la familia, la sociedad civil) eran examinados en la segunda parte de sus tratados, a la que llamaron derecho social, o bajo los estados ‘adventicios’ del ser humano. En este punto, su ruptura con la jurisprudencia romanista fue completa; aunque estas ideas debían estar tan extendidas en todos los ámbitos que ellos no fueron conscientes de seguir un camino de la Modernidad que precisamente combatían.

Luigi Taparelli se preguntaba:

¿Cómo haremos concebir una idea exacta, una idea metafísica del derecho? Preciso es que entremos dentro de nosotros mismos y examinemos cómo va naciendo en nosotros poco a poco esa idea... Decid, pues, vosotros mismos, ¿qué se quiere significar cuando en el lenguaje vulgar se dice ‘yo tengo derecho, respetad mi derecho? Se piensa sin duda en imponer cierta ley; nos imaginamos estar representado a cierto ser omnipotente, a cierta majestad suprema que obliga a todo hombre dotado de inteligencia... El derecho es, pues, una fuerza; pero fuerza moral; violable, sí, por nosotros y nuestra fuerza material; pero siempre subsistente, siempre viva.¹³⁶⁷

Él mismo entendía que “Lo lícito no debe tenerse por distinto de lo obligatorio, pues todos los juicios morales han de ajustarse al orden”.¹³⁶⁸ Desde el orden objetivo resultaban derechos de las personas, que él llama fluida-

¹³⁶⁵ *La sofistería democrática...*, cit., p. 86.

¹³⁶⁶ “Es menester, por último, mostrar con evidencia irrefragable, que la libertad racionalista y democrática, la que se inspira del maléfico espíritu de las revoluciones modernas... lejos de hermanarse con el Cristianismo, es su mayor y más irreconciliable enemigo”. *La sofistería democrática...*, cit., p. 56.

¹³⁶⁷ *Examen crítico...*, cit., pp. 39-41.

¹³⁶⁸ *Curso elemental de derecho natural*, cit., p. 55.

mente los ‘derechos humanos’.¹³⁶⁹ En definitiva, según este autor, derechos y deberes se resuelven en el deber de todos de obedecer el orden eterno, pues “El derecho humano es lógicamente posterior al deber, pues el tener yo derecho no nace en mí sino de estar otro obligado a obedecer al Supremo Hacedor”.¹³⁷⁰

Liberatore, citando a Suárez, explica que la noción de *jus* es primitiva, y por ello difícil de explicar: normalmente entendemos por tal una facultad moral de disponer (*facultas moralis disponendi*) sobre alguna cosa o de exigir algo a alguien,¹³⁷¹ por lo que el derecho se puede definir como “La facultad moral inviolable de hacer o exigir algo”.¹³⁷² Precisamente una noción así del derecho permite entender a la persona como fin en sí misma, que no puede ser puesta como medio al servicio de los fines de otra; porque si prescindieramos de los derechos, dejaríamos de ser hombres para pasar a ser cosas.¹³⁷³

Prisco, siempre aludiendo estruendosamente a la distinción entre derecho individual y derecho social, explicaba que “Esta potestad moral inviolable forma el derecho del hombre, el cual por eso puede definirse en estos términos: «La potestad moral inviolable del hombre que lo autoriza para obrar según la proporción de las relaciones esenciales a la sociedad humana»”.¹³⁷⁴ Él recompone minuciosamente los pasos metafísicos de la constitución del derecho:

Analizando la naturaleza de la rectitud moral, se descubren en ella tres elementos. El primero, un fin preestablecido a la actividad libre del hombre; el segundo, la misma actividad libre, destinada a desenvolverse en armonía con aquel fin; y el tercero es un conjunto de leyes, a las cuales debe conformarse el hombre si quiere alcanzar su fin... Según estos elementos de la rectitud moral, el derecho se empleó para expresar tres cosas distintas, aunque relacionadas entre sí. En primer lugar, significó a Dios, como norma absoluta de las relaciones esenciales a la sociedad humana. En segundo lugar, denotó aquello que, siendo conforme a este orden de relaciones sociales, es intrínsecamente

¹³⁶⁹ “Y por aquí se ve cómo nace en nosotros la idea del «derecho humano», es decir, del «poder» con que un hombre está irrefragablemente facultado para dictar su voluntad a otros... El orden es quien da al hombre este poder”. *Ibidem*, p. 87.

¹³⁷⁰ *Ibidem*, p. 88.

¹³⁷¹ *Institutiones eticae et juris naturae*, cit., p. 115.

¹³⁷² “Id describi potest: «moralis facultas ad aliquid faciendum vel exigendum, inviolabilis»”. *Ibidem*, p. 117.

¹³⁷³ “Qatenus non ad alium ordinetur ad medium; sed in se maneat ut finis. Quod si juri-bus omnino spoliatur, a conditione personae, ad conditionem rei...”. *Ibidem*, p. 116.

¹³⁷⁴ *Filosofía del derecho...*, cit., p. 81.

recto y justo. En fin, sirvió para expresar la potestad inviolable del hombre, que le autoriza para obrar, según el orden de aquellas relaciones.¹³⁷⁵

Entiende que la filosofía del derecho solamente puede consistir en un tratamiento de los derechos subjetivos del ser humano: la ética quedaría reservada para el estudio del derecho objetivo, y la filosofía del derecho, para el de los derechos subjetivos.¹³⁷⁶ Por ello, “Corresponde a la índole de la Filosofía del derecho partir del principio de donde se derivan los derechos humanos y mostrar por una encadenada serie de deducciones racionales el orden que guardan aquellos entre sí y con relación al principio de que se derivan”.¹³⁷⁷ Reconoce que

Hay muchos escritores que al exponer la teoría filosófica de los derechos humanos parten del derecho social, juzgando irracional y nocivo comenzar por el estudio del derecho individual... Algunos niegan la existencia de un derecho anterior a las leyes positivas; otros lo admiten, pero entienden que tratar de él, prescindiendo del estado social en que vive y se desarrolla el hombre, es exponerse a echar los cimientos de una ciencia jurídica abstracta, hipotética, y origen de graves perturbaciones, como lo fue aquella del siglo pasado.¹³⁷⁸

Esto es así porque “En cada ciencia se procede gradualmente, considerando primero cada parte tal como es en sí, y luego tal como es en sus relaciones con el todo. Así, en las Matemáticas se habla primero de la línea engendrada por el punto, después de la superficie que nace de la línea...”.¹³⁷⁹ Ésta es la génesis del derecho en la razón, no en la historia o en la naturaleza, porque “¿Quién será tan cándido que crea debió existir primero un punto matemático, y que caminando este punto después de dos o tres días, se transformó en línea, y así sucesivamente hasta convertirse en un sólido?”.¹³⁸⁰ Han de considerarse los derechos del hombre considerado aisladamente, porque, aunque “Él ha nacido en sociedad y su estado natural es vivir y desarrollarse en ella, ¿infiérese por ventura que no puedan considerarse los derechos que le corresponden como hombre?... Es realmente extraño que se afirme eso por aquellos que admiten la idea de un derecho eterno e inmu-

¹³⁷⁵ *Ibidem*, pp. 76 y 77.

¹³⁷⁶ *Ibidem*, p. 86.

¹³⁷⁷ *Ibidem*, p. 87.

¹³⁷⁸ *Ibidem*, p. 137.

¹³⁷⁹ *Idem*.

¹³⁸⁰ *Ibidem*, pp. 138 y 139.

table y reconocen en el hombre derechos esenciales y connaturales”.¹³⁸¹ Le parece imprescindible mantener la prioridad del derecho sobre la ley, pues, si no, “El primer corolario sería la negación de todo derecho. Porque si el derecho emana de la ley, claro es que el derecho debe ser tal cual es la ley, no pudiendo el efecto superar con perfección a la causa”.¹³⁸² El derecho debe definirse como “La potestad moral inviolable del hombre, que le autoriza para obrar según la proporción de las relaciones esenciales a la sociedad humana”.¹³⁸³ Estos derechos no surgen desde la personalidad humana, pues “Hablando en rigor, la personalidad humana no es un derecho, y mucho menos la esencia de todo derecho”.¹³⁸⁴

Del mismo modo que los otros escolásticos, sigue el molde del *jus utile naturale* que establecieron en su día Luis de Molina y Francisco Suárez, aunque José Prisco entabla una singular disputa acerca de las relaciones entre derecho y deber. El problema residía en que “Hay muchos para quien el derecho nace del deber,¹³⁸⁵ y esta afirmación se sostiene de dos maneras. Para algunos el derecho nace del deber del mismo sujeto a quien corresponde el derecho: “Esto que yo debo, también lo puedo” (Wolff, Nettelbladt, etcétera). Para otros, el derecho nace del deber de la parte obligada: “«Si te debo puedes exigirme lo que te debo», y mi limitación es por sí misma una ampliación de tu libertad”.¹³⁸⁶ Estas explicaciones no le convencen en absoluto, porque él entiende que la misma existencia de un deber en alguien ya presupone la existencia de un derecho en otro.¹³⁸⁷ Prisco, ciertamente, sigue el recurso entonces tan manido de distinguir primero un estado individual del hombre, y más tarde un estado social; pero los alcances de esta forma de proceder de Prisco son algo distintos de los de sus compañeros: porque él quiere acentuar la individualidad de cada persona.

Juan Manuel Ortí y Lara se apuntó sin vacilaciones a las filas de los defensores del derecho subjetivo: “Por derecho se entiende la facultad de ejecutar ciertos actos o de exigir a otro lo que nos es debido. Esto supuesto, se llama obligación jurídica la que corresponde al derecho que otro tiene

¹³⁸¹ *Ibidem*, p. 138.

¹³⁸² *Ibidem*, pp. 155 y 156.

¹³⁸³ *Ibidem*, p. 161.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, p. 225.

¹³⁸⁵ “Le droit n’est qu’un corollaire du devoir”. Droz, *Applications de la morale à la politique*. 2a., ed., París, 1825, p. 17.

¹³⁸⁶ Cita a varios discípulos de Kant, como Heydenreich, Hoffbauer, etcétera.

¹³⁸⁷ *Filosofía del derecho...*, cit., p. 196.

de exigir su cumplimiento”.¹³⁸⁸ Por este camino, el protagonismo de la vida jurídica corresponde a la propiedad privada y a los contratos.¹³⁸⁹

XII. LA ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN HUMANA

La acción humana había tenido una génesis altamente compleja en la Escolástica premoderna, porque Tomás de Aquino había indicado que “La razón no es medida por las cosas, sino al revés”, y aquello que mide a la razón en el momento de actuar son en un primer momento los apetitos del hombre, internos y externos; posteriormente, la razón así concretada se volverá sobre estos aperitos regulándolos. De ahí que una acción concreta pudiera estar afectada por un exceso de racionalidad, o por un exceso de sensibilidad. Pero desde el momento en que Gabriel Vázquez de Belmonte declaró que la explicación tomista de la filosofía práctica era una pura *circulatio*, porque la razón se mide desde los apetitos, y éstos desde la razón, solamente quedó de hecho el criterio *ex objecto* para medir la rectitud de las conductas. Tomás de Aquino se había ocupado largamente de este criterio en la *prima pars* de la *Suma teológica*, y finalmente lo desechó como baremo supremo que regula la vida del hombre, porque manifestó que hay distintos caminos para llegar al fin. Pero Vázquez, Molina y Suárez impusieron su filosofía moral, basada en el criterio *ex objecto*.

Este criterio plantea un serio problema, a saber: que “todo está dado” en la vida práctica, y la única función del hombre es solo desarrollar la suficiente fuerza de voluntad para cumplir unas normas declaradas válidas o vigentes. Este ha sido siempre el eterno problema de todo positivismo, jurídico o moral: que una vez ya supuesto el conocimiento de las normas, solo queda proceder demostrativamente desde los principios necesarios.¹³⁹⁰ Ignatius Schwarz, desde su formación suareziana, disponía de ideas pocas y claras: “Así es como hay que entender toda la legislación inmediata en el hombre: el intelecto, que es un casi legislador, conoce qué es lo conveniente o inconveniente; el fundamento de sus decisiones es la misma naturaleza racional; la ley viene constituida por la misma fuerza de esta naturaleza para discernir [lo conveniente y inconveniente]; el substrato (*subjectum*) es

¹³⁸⁸ *La sofistería democrática...*, cit., p. 108.

¹³⁸⁹ “¿Cuáles son los hechos que dan origen a los deberes hipotéticos del hombre para con sus semejantes? Pueden reducirse a dos, a saber: la propiedad y los contratos”. *La sofistería democrática...*, cit., p. 150.

¹³⁹⁰ Schwarz indica que “Distinguitur item ex modo: nam Jurisprudentia procedit *demonstrative* ex principiis necessariis; Politica *probabiliter* ex prudentiae, ac experientiae dictaminibus: illa leges latas explicat, et interpretatur; haec dirigit ferendas”. *Institutiones...*, cit., p. 3.

la voluntad, en la que está situada la ley; y todo ello procede de Dios”.¹³⁹¹ Schwarz sigue la doctrina scotista y suareziana,¹³⁹² que distingue en la ley natural la *lex indicans* (la misma naturaleza racional, que reside en Dios y está participada en el hombre), y la *lex imperans*, que es la voluntad de Dios que decreta cumplir lo que naturalmente, es decir racionalmente, existe.¹³⁹³

Schwarz explica que “Como el acto moral consiste en una operación libre desde el conocimiento del fin... es una operación del agente adecuada a tal fin: y si la operación se hace por una determinación natural, el agente se mueve hacia su fin por una inclinación innata”.¹³⁹⁴ Todos los neoescolásticos sostuvieron que el fin de las acciones morales es el bien, porque para ellos era evidente que los términos de bien y moralidad eran coincidentes.¹³⁹⁵ El de Aquino había dedicado todo un capítulo de los *Comentarios a la Ética* para considerar si el fin de la vida humana era el cumplimiento del orden moral; había concluido que no, porque lo que el hombre debe hacer con su vida desborda al simple cumplimiento de las reglas morales.

En estos escolásticos tardíos resultaba de este modo una estructura realmente singular de las actuaciones humanas, basada en el escalonamiento de la norma existente, la voluntad o libertad y, la consiguiente imputación. Schwarz se preguntaba: “¿Cuál es la propiedad moral, formalmente consecutiva, de las acciones humanas? La imputabilidad (*imputabilitas*) o razón por la cual el hombre es la causa de sus actos morales, ya sea física o moralmente”.¹³⁹⁶ Hemos de entender —proseguía este autor— que

¹³⁹¹ *Ibidem*, p. 136.

¹³⁹² Esta doctrina es común a buena parte de la Escolástica. Pero cito a Scotto y Suárez únicamente para disponer de puntos claros de referencia.

¹³⁹³ Pero, curiosamente, estas explicaciones neoescolásticas no se refieren tanto a Dios como autor de las leyes naturales, cuanto Él es el fin del hombre. Podemos interpretar que, como la Escuela del derecho natural moderno había mantenido mayoritariamente durante el siglo XVII, y especialmente en el siglo XVIII, estrategias teleológicas tendentes a conseguir la paz, la felicidad o la perfección del hombre, el principio teleológico había calado hondo en todas las mentalidades. Porque, hasta la aparición del *Du contrat social* de Rousseau, la Modernidad aparentemente no entendió las normas jurídicas desde su origen, sino desde su finalidad. Así, en esta Neoescolástica, las normas jurídicas naturales aparecieron como constituyendo el fin natural del ser humano, que es impuesto por un orden racional que descansa en Dios.

¹³⁹⁴ “Cum actio moralis ex dictis sit operatio libera ex cognitione finis... quaevis operatio agentis conveniens ex fini: quod si operatio fiat ex determinatione naturae, sic ut per inclinationem innatam moveatur agens ad finem”. *Institutiones...*, *cit.*, p. 110.

¹³⁹⁵ Schwarz, por ejemplo, escribía que “Finis actionum moralium est bonum... Homo deliberate operans, necessario per actiones morales intendit aliquod bonum, tanquam finem”. *Ibidem*, p. 111.

¹³⁹⁶ *Ibidem*, p. 85.

la imputabilidad radica en la moralidad, como en su causa; y moralidad e imputabilidad vienen constituidas por la libertad de la voluntad.¹³⁹⁷ “Por lo que, hablando en general, la regla universal es que existe tanta imputabilidad cuanta es la acción moral, esto es, la consciencia y la libertad”.¹³⁹⁸ Juan Francisco Finetti explicaba lo mismo, ya que entendía que la libertad es una cualidad de la naturaleza humana, y desde la libertad surge la *imputatio*.¹³⁹⁹ El hombre resultaba ser un ser responsable o imputable porque era libre, y la libertad consistía en su voluntad. Todos usaron profusamente la noción de *imputatio*, y nadie se preocupó por la de responsabilidad. Desde estos presupuestos, el hombre no es un ser que se encuentre perplejo ante lo que ha de hacer, porque él se inordina en un orden universal y racional que ya está enteramente dado. Hay que suponer que el moralista solamente tendrá dudas en el momento de la aplicación de la regla universal a los actos concretos; de hecho, el siglo XVIII vio aparecer abundantes libros de casuística moral. En este último sentido, Taparelli expresa, como es usual en él, de forma breve y precisa: “La fuerza de los juicios morales puede deducirse especialmente ora del objeto, ora del sujeto. Por razón de su objeto, el juicio puede mostrarnos lo obligatorio, o lo ilícito; por razón del sujeto, el juicio puede ser cierto o incierto”.¹⁴⁰⁰

Taparelli explicaba que “Existe en todo el universo un principio innato del movimiento, que tiende a cumplir los designios del Criador... Repugna que el Criador haya formado un ser no apto para cumplir su fin propio; es así que el Criador es quien ha dado el primer ser, luego en aquel primer ser de toda criatura existe innato un principio de aptitud para cumplir el fin del Criador”.¹⁴⁰¹ ¿Estamos ante otra versión de la *potentia obediencialis* de Duns Scoto, popularizada por Juan de Gerson? Este movimiento cósmico ha de tender hacia el fin moral, pues, como vuelve a exponer Taparelli: “No siendo posible que el Criador haya obrado más que por su propia gloria, resultante de manifestarse a sí mismo; y como quiera que esta manifestación, a causa de ser en sí misma de orden moral, no ha podido dirigirse sino a seres inteligentes y amantes, de aquí que todo el universo esté encaminado y subordinado al orden moral”.¹⁴⁰² El puesto que le corresponde al ser humano

¹³⁹⁷ “Cum imputabilitas radicetur in moralitate, veluti causalitate; haec autem constituatur per libertatem voluntatis”. *Ibidem*, p. 85.

¹³⁹⁸ *Idem*.

¹³⁹⁹ “Libertate qua fruitur homo in suis actionibus, nititur imputabilitas. Hoc totum unicum imputabilitas nomine significat. Porro imputabilitatem a libertate profluere tanquam a fonte, et radice”. *De principiis juris naturae et gentium, cit.*, pp. 91 y 117.

¹⁴⁰⁰ *Curso elemental de derecho natural, cit.*, p. 47.

¹⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴⁰² *Ibidem*, p. 18.

en este orden preestablecido no es algo extraño a él mismo porque “La operación nos ofrece la idea de un movimiento, cuya causa se llama agente; al acto, llámeselo operación o acción, y a su término se le llama efecto; el cual efecto, cuando se le considera como preconcebido por el agente, toma el nombre específico de fin”.¹⁴⁰³ “El hombre, mientras vive, tiende a algo; es así que el bien de una tendencia consiste en encaminarse a su fin propio; luego el hombre que tiende al fin universal posee su bien propio”.¹⁴⁰⁴ Ellos entendieron que el hombre es un ser que porta en sí mismo el principio de su movimiento (físico) y que tiende y debe tender hacia ‘su’ fin moral,¹⁴⁰⁵ de forma que la regla moral aparece como la mayor intimidad del ser humano.

Toda la Neo escolástica se precipitó por este camino, de forma que, frente a la meta objetiva moral que había de alcanzar, solamente quedaba para el hombre su disposición subjetiva para alcanzarla. El espíritu deportivo que insistía en la fuerza de la voluntad ocupaba el lugar de la ética.¹⁴⁰⁶ José Prisco nos expone este talante claramente: “Y he aquí encontrados ya los dos principios de donde deriva la rectitud moral: el fin supremo constituye el principio objetivo; la actividad libre del hombre, el principio subjetivo”,¹⁴⁰⁷ de forma que “La razón humana es reguladora cuando no yerra”.¹⁴⁰⁸ “Por esto el orden moral supone dos órdenes: orden de la voluntad y orden de las cosas, y aquel conformándose con éste”.¹⁴⁰⁹

De este modo, la eudemonología coincide con la deontología,¹⁴¹⁰ pues el hombre buscaría en el cosmos su propio lugar y finalidad, que constituyen

¹⁴⁰³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁴⁰⁵ Meyer escribía: “I. Axioma. Proprium actionis naturalis principium est subiectis agentis natura ... dicimus «ipsam ejus entitatem, quatenus in se ipsa principium habet motus (sive actio producendi sive passive recipiendi), quo fine suo proprie loquendo adaptatur». *Institutiones juris naturalis...*, *cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁴⁰⁶ La actividad libre del hombre es pieza insustituible del orden moral. “La rectitud moral objeto de la ética, presupone tres cosas: La primera es la existencia de un fin; la segunda es una ley que pueda servir de norma al hombre para conducirlo a su fin; la última es la actividad libre del hombre”. Prisco, *Filosofía del derecho fundada en la ética*, *cit.*, p. 8.

¹⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴⁰⁸ Taparelli, *Curso elemental de derecho natural*, *cit.*, p. 63.

¹⁴⁰⁹ Prisco, *Filosofía del derecho...*, *cit.*, pp. 13 y 14.

¹⁴¹⁰ Taparelli argumentaba: “Insistes en argüir que mi doctrina viene a confundir dos ciencias totalmente diversas, la Eudemonología y la Deontología, siendo en sí cosas tan diversas la felicidad, objeto de la primera, y la rectitud, objeto de la segunda... Concluamos, pues, que la Eudemonología y la Deontología no son dos ciencias inseparables, sino dos partes de la ciencia una que rige los actos humanos, los cuales, sin la primera carecerían de motor; y de guía sin la segunda”. *Curso elemental de derecho natural*, *cit.*, p. 43.

su felicidad. Ambas ciencias se resumen en la ética, como expone Prisco, pues

El objeto que el hombre debe alcanzar es el Bien, y su perfección radica en tender a este fin soberano con conocimiento y libre amor. Y como la ética prescribe al hombre el término al que debe llegar, y juntamente le da la norma del camino que ha de seguir para alcanzarlo, claro es que puede considerarse como la suma de la sabiduría, porque ordena al hombre a su suma perfección.¹⁴¹¹

El acto, según Taparelli, es una idea tan elemental que no se la puede definir: “Baste decir que el acto es el complemento del poder (¡!), y que lógicamente lo presupone, como lo real presupone y completa lo posible”.¹⁴¹² Concibieron un hombre que, en un primer momento, sería una potencia o facultad abstracta de poder —una idea muy de la Escuela Nominal de la Baja Edad Media— y que, en un estadio posterior (genética o cronológicamente) hace valer ese poder para cumplir un fin que se le manifiesta a través de normas: estaban proponiendo, por así decir, una ética de línea recta, como mostraba Prisco compleja y contradictoriamente:¹⁴¹³ “El obrar de la voluntad se dice moralmente recto cuando se ejecuta en armonía con el fin supremo de ella, del mismo modo que en el orden de las cosas materiales se llama recta la línea que no aparta del fin. Infiérese de aquí que la rectitud moral, que es el substrato de la acción moralmente recta, será la dirección que debe dar la voluntad a sus actos para llegar a su fin”.¹⁴¹⁴ Taparelli simplifica el problema y escribía que “Todo derecho cierto es de suyo coactivo, porque es poder conforme a razón, y lo que es conforme a razón puede ser puesto por obra”.¹⁴¹⁵ Dentro de esta visión tan sumamente lógica quedan resueltos por sí solos los conflictos de normas: “Cuando acerca de una misma materia haya colisión entre dos derechos, cede el menos fuerte, porque no es conforme a razón que prevalezca sobre el más fuerte”.¹⁴¹⁶

¹⁴¹¹ *Filosofía del derecho fundada en la ética, cit.*, p. 3.

¹⁴¹² *Curso elemental de derecho natural, cit.*, p. 14. Continúa en la misma página: “El poder supone un sujeto que puede y, por tanto, una cosa podida o posible... Al abstracto de poder se le llama potencia o facultad; y toda facultad supone un sujeto que la posea”.

¹⁴¹³ José Prisco cumplió una función remotamente parecida a la de Anselmo Desing en el siglo anterior. Eran personas de formación algo residualmente tomista y no cedieron enteramente ni a las explicaciones de Suárez ni a la mentalidad iluminista que atendía al triple esquema de acto-libertad-imputación.

¹⁴¹⁴ *Filosofía del derecho fundada en la ética, cit.*, p. 7.

¹⁴¹⁵ *Curso elemental de derecho natural, cit.*, p. 89.

¹⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 89.

Entablaron así una dialéctica entre la norma y el hombre, aquella estática y éste dotado de actividad propia: “La noción de acto moral contiene dos elementos: la relación del acto a alguna norma, y la libertad de aquel que puede actuar o no conforme a esa norma”.¹⁴¹⁷ El hombre ha de cumplir la norma, esto es, su deber: “El deber o la obligación, como quiera llamarse, es la necesidad moral de ejecutar o no ejecutar una acción”.¹⁴¹⁸ Perdieron de vista la noción misma de una ética de bienes, ya que los bienes humanos quedaron sustituidos por las normas,¹⁴¹⁹ de modo que la ética se resolvía en saber realizar el silogismo práctico: “El silogismo consta de un juicio triple: en primer lugar, el precepto de alguna ley que proporciona la premisa mayor; en segundo lugar, algún acto que constituye la premisa menor; y en último término, la sentencia que emitimos acerca de su moralidad, que es la consecuencia de aquellas premisas”.¹⁴²⁰ Según Mateo Liberatore, el hombre es libre porque puede abrazar lo bueno,¹⁴²¹ y Ortú y Lara añade que “La libertad es el modo con que cumplimos esta ley”.¹⁴²² Costa-Rossetti postuló la libertad humana como condición de la ley moral objetiva: “Si el acto moral no fuera libre, el orden moral solamente se diferenciaría del orden físico por su ámbito, del que sería simplemente una parte... No podemos admitir esto de ningún modo. Luego, el hombre es libre”.¹⁴²³ La libertad humana devino, así, una función exigida por el orden ético.

En la filosofía escolástica anterior a la Modernidad, la razón práctica, además de conocer, era aquella vertiente de la racionalidad humana que frecuentemente creaba su objeto al mismo tiempo que lo conocía. Por eso, si era importante el tratado de las leyes de la *Suma teológica* tomista, no menos importantes son los tratados de la prudencia y de la justicia contenidos en esta misma obra. Pero la filosofía propiamente práctica ha desaparecido

¹⁴¹⁷ Costa-Rossetti, *Institutiones eticae et juris naturae...*, cit., pp. 55 y 56.

¹⁴¹⁸ Prisco, *Filosofía del derecho...*, cit., p. 29.

¹⁴¹⁹ Costa-Rossetti, por ejemplo, explicaba que “Atqui rectus vel pravus dici non potest habere relationem ad aliquam normam”. *Filosofía del derecho...*, cit., p. 56.

¹⁴²⁰ Liberatore, *Institutiones eticae et juris naturae...*, cit., p. 109.

¹⁴²¹ “Nec possit [se refiere al ser humano] aliter finem assequi et obedientiam supremo gubernatori debitam servare, nisi exercendis vel declinandis actionibus, quae jubentur aut vetantur. Atque haec moralis necessitas est effectus proprius legis. Id vero libertati humanae non opponitur, sed congruit. Libertas enim hoc ipso quod indifferentiam affert, normam postulat, qua voluntas dirigatur et ad objectum sibi debitum quodammodo determinetur”. *Institutiones eticae et juris naturae...*, cit., p. 93.

¹⁴²² *La sofistería democrática...*, cit., p. 71.

¹⁴²³ “Si actus moralis non esse liber, ordo moralis solo ambitu ab ordine physico differat, cujus esse pars quaedam, speciali nomine insignita... Atqui id admitti nullo modo potest. Ergo actus moralis est liber”. *Institutiones eticae et juris naturae...*, cit., p. 56.

en las páginas de estos neoescolásticos, que ha sido sustituida por una razón teórica, que simplemente conoce lo que ha de hacer y anima a la voluntad para que lo haga. El problema era que permanecían, como uso lingüístico consolidado, las expresiones de filosofía práctica y razón práctica, y, ante este nuevo estado de cosas, era preciso explicarlas de forma igualmente nueva y más superficial. Taparelli indicaba que “Todo derecho es una fuerza moral que un hombre ejerce sobre otro mostrándole cualquier verdad; esta verdad ha de ser práctica, esto es, ha de ser tal que mueva obrar; ha de mover de un modo irresistible que la razón no pueda negar”.¹⁴²⁴

Indicaba pocas páginas antes que buena parte de los teólogos medievales (normalmente los Nominales, no los tomistas), y algunos teólogos modernos, como Suárez, habían distinguido dos dimensiones de la ley natural: una indicativa que nos muestra lo que es adecuado a la naturaleza racional, y otra imperativa que nos ordena hacer lo adecuado a la razón, y prohíbe hacer lo que es irracional: eran las figuras de la *lex indicans* y de la *lex imperans seu praecipiens*. Tomás de Aquino no recurrió a estas explicaciones porque él mantuvo que Dios gobierna la creación mediante fines, no a través de órdenes o mandatos, y que la ética —incluida la ley natural— usa el tiempo de presente (“Esto está para que tú lo hagas”) no el modo verbal imperativo “¡Haz esto!”.¹⁴²⁵ Este tema se nos presenta —según la expresión francesa— en filigrana, porque su planteamiento y respuesta depende ante todo de la capacidad de matizar. El problema puede ser explicado según dos momentos.

Uno, que, efectivamente, Dios nos hace partícipes de unos primeros principios, que conocemos de forma deficiente; recordemos la doctrina del de Aquino sobre la poca calidad de la *participatio* de la razón humana en la razón divina, de modo que, según indica él mismo, ha elegido cuidadosamente el término *participatio* para destacar lo que indica el Libro de los Proverbios: “Poca cosa son los pensamientos de los hombres e inciertas nuestras providencias”. Pero Suárez estableció que la objetividad de la ley natural se reconoce en su plenitud en la objetividad de las determinaciones concretas, y la Escolástica posterior le siguió en este punto decisivo. Ésta es una de las grandes diferencias entre las doctrinas sobre el derecho natural medievales y modernas. Los medievales entendieron que las reglas más básicas de la ley natural se amalgamaban con las del derecho de gentes y con las del derecho civil, de forma que el derecho finalmente resultante en parte es derecho natural, en parte derecho de gentes y en parte derecho civil, tal como explicó Ulpiano. En cambio, los *moderni*, de la mano del objetivismo metafísico de

¹⁴²⁴ *Examen crítico...*, *cít.*, p. 52.

¹⁴²⁵ Véase el § 12 de este estudio.

Vázquez, Molina y Suárez, pretendieron establecer códigos enteros de derecho natural, de modo que el teólogo que se ocupa de la teología moral dispondría de un código completo sobre lo bueno y lo malo también en el derecho.

El segundo momento de este problema casi viene ya resuelto por el planteamiento anterior: si el hombre conoce acabadamente lo que es bueno, solo tiene que hacer lo que es bueno y evitar lo que no lo es. Pero si volvemos a conectar con la sensibilidad anterior a la Edad Moderna podemos preguntar qué interés tiene Dios en crearnos para que hagamos las conductas buenas. Aludía al espíritu deportivo, porque para estos escolásticos tardíos Dios nos crea y nos sitúa unas metas, y la finalidad del hombre es alcanzar esas metas con fuerza de voluntad. Un espíritu crítico podría observar que si esas metas existen ya objetivamente en la mente de Dios, no se explica por qué los hombres hemos de realizar lo ya existente. Es obvio que está en juego la explicación de la acción humana. Para Tomás de Aquino existe la ley eterna, la ley natural y las leyes de origen humano, y las tres convergen en el resultado final del esfuerzo de los hombres, de modo que lo obtenido finalmente es tanto creación de Dios como de los hombres.

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

LA ÉPOCA MÁS RECIENTE

I. EL SIGLO XIX NO ESCOLÁSTICO

A la altura de 1800 los escolásticos estaban orillados en la creación de cultura nueva. Los movimientos racionalistas de los dos siglos anteriores habían caído decisivamente en la conciencia colectiva, y la polémica se entabló entre los aún defensores de las variantes del derecho natural moderno, y los que negaban cualquier derecho natural inmutable.

Muchos han entendido, en el siglo XX, que la polémica decimonónica a favor y en contra del derecho natural se basó en la afirmación de la historicidad del derecho o en la negación del carácter histórico de la vida jurídica en nombre de un derecho natural inmutable; he de decir que esta opinión, entendida sin fuertes matizaciones, no parece ajustarse a lo que muestran las fuentes. Me ha interesado especialmente este tema en el primer tercio del siglo XIX alemán, por lo que publiqué en un primer momento la parte histórica de *Una introducción a la ciencia jurídica*,¹⁴²⁶ y más tarde *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, en donde compruebo que los ataques de los ‘positivistas’ contra los jusnaturalistas se basaron en negar el carácter científico de la ciencia jurídica: negaron tanto las bases más elementales de la moral y del derecho (aquellos “Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”) como la pretensión de objetividad, con validez intersubjetiva, basada en la justicia objetiva de los desarrollos doctrinales que hacen cotidianamente los juristas.

Nadie debe esperar ahora que explique los intentos positivistas para crear una ciencia que exponga las categorías que han de estar necesariamente en la base de todo orden jurídico; éste es un estudio sobre las vicisitudes de la idea del derecho natural, no un tratado de las corrientes doctrinales de otras clases. El lector ha de tener presente que el ‘estilo’ científico propio del método de Newton había alcanzado a lo largo del siglo XVIII un prestigio difícilmente imaginable hoy. El ‘método científico’ —que es como

¹⁴²⁶ Madrid, Civitas, 1988, pp. 23-150.

entonces se conocía a lo que ahora llamamos simplemente mecánica clásica — no valoraba ni explicaba por sus causas últimas: describía simplemente lo que se ajustaba a las posibilidades explicativas de los números y figuras (los ‘cuerpos regulares’ de Galileo), y prescindía de lo que llamaron las ‘cualidades secundarias’ o, más despectivamente, *qualitates occultae*.¹⁴²⁷ Esto es, el científico ha de describir la regularidad con la que la Luna gira en torno a la Tierra, pero ha de olvidar el impacto de la belleza de la luna sobre los hombres. Igualmente, sabemos que la Luna gira, pero no podemos explicar por qué o para qué lo hace. Este estilo de hacer ciencia abandonó pronto sus moldes propiamente mecánicos o físicos y se erigió en el saber paradigmático de todo conocimiento posible las bases de la mecánica formaron los fundamentos de cualquier filosofía. Esto tuvo una consecuencia inmediata: las cuestiones valorativas, como eran todas las referentes a la estética o a la justicia, fueron expulsadas del campo de la ciencia, por lo que era necesario hacer una ‘ciencia del derecho’ que no valorara, sino que solamente describiera lo que ha de ser necesariamente así, y no puede ser de otras formas. Los juristas, acomplejados ante los físicos, trataron de encontrar el entramado de leyes puramente formales que explican la inercia de la vida del derecho.

Estos intentos formalistas llevaron hacia la formación de la corriente alemana de los *Allgemeine Grundbegriffe* o a la *Analytical School* inglesa. Pero esto planteaba un problema muy básico: si la vida jurídica ha de ser explicada sobre conceptos que excluyen cualquier valoración, no es posible hablar de justicia ni por tanto del deber de obedecer el derecho; pero ¿es posible mantener que no existe la justicia y que tampoco existe el deber de obedecer las leyes? No es humano mantener esto, y las actitudes de los positivistas se dividieron en dos tipos de explicaciones, o de falta de explicaciones. A lo largo de la Edad Moderna los materialistas mantuvieron que existe el de-

¹⁴²⁷ MacIntyre se hace eco de una denuncia extendida, e indica que “El concepto empirista de experiencia fue un invento cultural de los siglos XVII y XVIII. A primera vista es paradójico que haya surgido en la misma cultura en que surgieron las ciencias naturales. Fue inventado como panacea para la crisis epistemológica del siglo XVII; se pensó como artificio con que cerrar la brecha entre ‘parecer’ y ‘ser’... Se trataba de cerrar este hueco haciendo de cada sujeto experimentador un dominio cerrado; no existe para ‘mí’ más allá de ‘mí’ experiencia nada con lo que yo pueda compararla; por lo tanto el contraste entre lo que me parece y lo que de hecho es no puede formularse nunca”. *Tras la virtud, cit.*, p. 107.

Más adelante completa esta observación con sus efectos más pragmáticos en la teoría filosófica: “Desde el siglo XVII en adelante, fue un lugar común que mientras que los escolásticos se habían permitido engañarse acerca del carácter de los hechos del mundo natural y social, interponiendo la interpretación aristotélica entre ellos y la realidad... nosotros los modernos nos habríamos despojado de interpretación y teoría y habíamos confrontado de la manera justa el hecho y la experiencia”. *Ibidem*, p. 109.

ber de obedecer el derecho cuando está prevista en las leyes una pena para quien las incumpla;¹⁴²⁸ algunos juristas les objetaron que se ha de imponer una pena cuando se ha incumplido un deber, no que el deber surja desde la imposición del castigo. Pero estas observaciones estaban destinadas al fracaso ante el avance del materialismo, y desde el primer tercio del siglo XVIII la categoría de la *imputatio* sustituyó a la del deber. El siglo XIX apenas proporcionó alguna explicación: los autores de este tiempo se limitaron por lo general a ignorar este problema, o entraron por caminos contractualistas: Hans Kelsen historió en sus *Hauptprobleme* la sucesión de las explicaciones sobre este tema en este siglo. Pero este problema se tomó su revancha: quien mantenga que el derecho no conlleva el deber (¿siempre moral?) de ser obedecido ha de suponer que los legisladores están continuamente indicándoles a sus súbditos: “Os doy una ley que no tenéis el deber de obedecer, pero quien no la obedezca será sancionado”. Ha sido previsible que, a finales del siglo XX, los teóricos del derecho hayan vuelto a hablar de la justicia y del juego de los principios en la creación y aplicación del derecho; sobre esta última faceta del problema la obra más extensa y profunda ha sido la de Josef Esser, *Principio y norma*, aunque Esser se adelantó a su tiempo y los laureles se los ha llevado Ronald Dworkin.

El destierro de la justicia hizo que la reflexión sobre el derecho siguiera dos caminos. Uno, el ya aludido, a saber: el desvelamiento de las figuras formales necesariamente existentes para poder hablar del derecho, y a este nuevo saber se le dio el nombre de Teoría del derecho o *Rechtstheorie*. El otro, que se ocuparía de las opiniones personales y subjetivas sobre lo que es justo, que acabaría llamándose Filosofía del derecho o *Rechtsphilosophie*. La emergencia de la “Teoría del derecho” levantó el acta de la muerte momentánea de la doctrina del derecho natural. Algunos estudiosos han entendido que la expresión misma de “Filosofía del derecho” ya implicaba el estudio exclusivo del derecho positivo con la consiguiente exclusión de la posibilidad de la existencia de alguna ley natural. No parece que esto acaeciera así.¹⁴²⁹ Más bien sucedió que el rótulo de derecho natural o *Naturrecht* estaba excesivamente desgastado a comienzos del siglo XIX, y era de buen tono titular a los estudios, fueran o no jusnaturalistas, con el título de filosofía del derecho¹⁴³⁰ o de otras formas. De hecho, la obra más conocida de Hegel para los que estudiamos el pensamiento jurídico se titula *Principios de filosofía*

¹⁴²⁸ Véase mi estudio “Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico”, *cit.*, pp. 151-182.

¹⁴²⁹ Véase mi estudio “*Naturrecht y Rechtsphilosophie*”, *cit.*, pp. 243-397.

¹⁴³⁰ De hecho, Bryce entendía que la filosofía del derecho y *natural law* designaban la misma realidad. Véase “*The Methods of Legal Science*”, *cit.*, vol. II, p. 173.

del derecho, o derecho natural y ciencia política... Además, quien es fiel al derecho positivo tiene que reconocer diversas valoraciones que valen tanto como las categorías más formales del derecho: tal fue el caso de John Austin, quien, en sus *Lectures*, retomó reiteradamente el estudio de la noción del derecho natural.¹⁴³¹ Los anglosajones, siempre pragmáticos, se quitaron de encima este problema usando el título de *Jurisprudence*.

1. *La Escuela de los kantianos*

En aquella turbamulta de afirmaciones y descalificaciones jugaron un papel importante los que se llamaban a sí mismos los ‘kantianos’, *die Kantianer*. Dedicué un estudio —*La Cabeza de Jano*— a estudiar las teorías político-jurídicas de estos aparentes discípulos del profesor de Königsberg: el resultado fue algo desalentador, porque ellos se centraron en la oposición entre el mundo natural o físico, sensible o *sinnlich*, que es el percibido por los sentidos, y el mundo de lo racional, que ha de ser, por oposición dialéctica a la necesidad que impera en las leyes que rigen el mundo físico, el ámbito de la libertad. La distinción decisiva que hizo Kant entre el Entendimiento o *Verstand* (en el momento de explicar la ciencia) y la Razón o *Vernunft*, cuando hubo de estudiar el mundo humano, se les escapaba. Ellos filtraron sus explicaciones éticas a través de una versión extremadamente vulgarizada del Entendimiento kantiano, de forma que ya no habría distinción entre “La doctrina de los elementos” (primera parte de la *Crítica de la razón pura*) y la “Dialéctica trascendental”, que es la segunda parte de esta obra. Estos kantianos se quedaron con las ideas liberales de Kant, y afirmaron todos (apenas hay diferencias doctrinales entre ellos) que la libertad que ha de proteger el derecho han de ser las libertades individuales “formales, negativas y vacías”. Las propiedades eran cualidades morales de los individuos, y por tanto intangibles.

Lo realmente decisivo para entender el decurso histórico fue que esta doctrina ‘kantiana’ fue considerada la representación por excelencia de la doctrina del derecho natural, por lo que los tiros de los enemigos del *Naturrecht* fueron contra estos kantianos. Los universitarios siempre hemos sido perezosos, y la cantidad de recetas morales que portan las obras de Pufendorf, los ordenamientos jurídicos que reclamaban para sí el honor de constituir el entero derecho natural —pensemos en las obras de Davies o Nettelbladt— habían pasado al olvido; solamente quedó de ellos una idea

¹⁴³¹ El mismo Bryce consideraba que el derecho natural diluido en la obra de Austin era la ley de Dios. Véase *The Methods of Legal Science*, cit., p. 180.

vaga que no era capaz de conectar los estudios de los kantianos con esas otras obras anteriores a Kant. Hubo autores que sí desempolvaron libros olvidados en los estantes de las bibliotecas académicas, y este fue el caso de Hufeland (*circa* 1790) o, casi cien años más tarde, de Bergbohm: pero su curiosidad o su rigor no respondían al tono general de la investigación académica. Fue extraño que un siglo que volvió sus ojos algo apasionadamente hacia la Edad Media, y de ahí los monumentales estudios de Savigny o de Otto von Gierke, despreciara las obras de los que —casi literalmente— habían sido sus abuelos.

Quede en pie la tesis expresada: los ataques contra los jusnaturalistas consistieron por lo general en negaciones de las tesis de los discípulos de Kant, y esto fue así hasta tal punto que basta ojear por encima un libro del siglo XIX alemán para saber inmediatamente si era ‘jusnaturalista’ o positivista: pues los jusnaturalistas comenzaban sus estudios reivindicando la figura del ‘estado de naturaleza’, y los positivistas comenzaban sus obras negando tal ‘estado’.

2. *Los idealistas*

Kant sembró eficazmente las semillas del idealismo filosófico, y Fichte coronó persuasivamente esta obra. Este último filósofo fue un hombre de talante personal muy distinto al kantiano: las observaciones y valoraciones que Kant hizo de su obra, en el prólogo de su *Crítica de la razón pura*, se apartan *toto coelo* de la modestia de la que Fichte hizo gala durante toda su vida. Pero lo cierto fue que entre ambos prácticamente coronaron toda posible filosofía idealista.

Sin embargo, la fama de idealista se la llevó Hegel inmerecidamente. Este filósofo es un hombre demasiado complejo como para encasillarlo, siquiera sea de una forma aproximada. En aquel ambiente, en el que había espíritus grandes, como Goethe o Lessing, Hegel trató de poner orden en la sociedad mostrando cómo en toda manifestación histórica había un indicio del dedo de Dios. La lectura de sus *Lecciones sobre la historia de la filosofía* muestra de forma especialmente clara este espíritu conciliador. Él no admitió la filosofía aristotélica de las sustancias; consideró que Aristóteles había sido el hombre más inteligente que había existido,¹⁴³² pero no podía admitir que cada hombre dijera: “Yo, Dios, soy una sustancia, y Tú eres otra”, con lo que cada sujeto le hacía a Dios el favor —así se expresaba Hegel— de reco-

¹⁴³² Cabalmente, lo que indica Hegel es que Aristóteles es “Un hombre que nunca ha podido ser igualado”. *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. de W. Roces, México, FCE, 1985, vol. II, p. 237.

nocerle que Él existe. La posibilidad de considerar solamente cosas cerradas sobre sí mismas le repugnaba: él quería una explicación que diera cuenta de toda la realidad en tanto que totalidad indivisible. Precisamente la crítica que hizo a las filosofías materialistas se basó en la denuncia del afán morboso de conceder relevancia solo a lo finito y negativo.

Su gran enemigo fue Kant, y su *Filosofía del derecho* es, párrafo a párrafo, una crítica de las manifestaciones de la *juristische Person* kantiana. Kant había propuesto la consideración de un individuo replegado sobre sí mismo e independiente de los otros, un sujeto que había él, en cada caso, de universalizar su máxima hasta convertirla en ley universal. La sociedad había de respetar a este hombre así entendido, que pasaba de ser simplemente un ser humano a ser considerado una ‘persona jurídica’;¹⁴³³ es decir, un ser con especiales y muy determinadas prerrogativas en la sociedad. Este hombre entendido de este modo había de obligarse prestando su voluntad libre, con lo que todo el derecho desaparecía en pro de los contratos. Hegel llamó derecho natural o *derecho abstracto* a la doctrina filosófico-jurídica, que solamente reconocía a este hombre solamente capacitado para pactar, con lo que viene a resultar que la expresión “derecho abstracto” designa a todo el nervio voluntarista del derecho natural moderno. Hegel no despreció esta vertiente de la persona humana, a la que trató en primer lugar en su *Filosofía del derecho*. Entendió que el hombre independiente (ya que no libre) era un primer momento necesario de toda vida política: un momento imprescindible, pero una dimensión humana destinada a ser superada por los momentos de la propiedad, la familia, el trabajo, la moral y, finalmente, la eticidad.

Desgraciadamente, las “Historias de la filosofía” nos han hecho un flaco favor al tratar de exponer a cada autor en pocas páginas o pocas líneas. En este marco literario, se suele exponer una línea de filósofos que transcurre entre Fichte, Schelling y Hegel. Pero Fichte y Hegel difieren completamente. Él no fue idealista en el sentido en que decimos que sí lo fueron Kant o Fichte: precisamente, él denuncia el idealismo algo latente de Kant cuando observa que Kant propone los principios a priori del Entendimiento (*Verstand*) en grupos de a tres, con lo que —observa él expresamente— parece reproducir la tríada idealista tesis-antítesis-síntesis. Hegel no procede según esta superación de cada tesis por una antítesis que conduce a una síntesis. Él propuso asumir lo inferior en lo superior y lo parcial en lo total, pero en modo alguno siguió esta tríada.

Hegel vivió los tiempos casi revolucionarios del *Sturm und Drang*. Él fue un conservador, pero no un legitimista, hecho que muestra en que el perso-

¹⁴³³ Véase mi estudio “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’”, *cit.*, pp. 477-522.

naje menos apreciado en sus obras, después de Kant, fue Ludwig von Haller. Amaba la sociedad que le había tocado vivir, a la que posiblemente idealizó en cierta medida; a veces fue un hombre del Antiguo Régimen, como observamos cuando defiende los estamentos, y a veces fue un hombre moderno, y por eso mantuvo la necesidad de un código civil para Alemania. No se hizo ilusiones sobre las virtualidades ‘de futuro’ de las teorías políticas: tantas obras constructoras de sociedades nuevas que llegan hasta el siglo XIX solo habían conseguido hacer posible la Revolución de 1789 sin ofrecer una solución de repuesto. Él reclamó la deferencia hacia lo políticamente existente, y rechazó el afán de lo que él consideraba que era destruir por destruir: el parágrafo 5 de su *Filosofía del derecho* es especialmente elocuente.

Pero su mismo sentido de la realidad hizo que sus obras fueran poco operativas en la praxis política propia de la literatura sobre el derecho y la conformación de la sociedad. La filosofía, del mismo modo que la lechuza, únicamente levanta el vuelo cuando la historia ya ha pasado: puede mostrar la íntima racionalidad de lo que hemos llegado a formar, pero no es capaz de ofrecer un entramado de ideas racionales para la conformación de las sociedades futuras. Este espíritu que anima el fondo de su pensamiento no implica mantener que el género humano había llegado a su plenitud jurídico-política en el Estado prusiano existente en 1830: reitero que él no fue un contrarrevolucionario que, como Adam Müller o Ludwig von Haller, afirmara algo así como un derecho divino del Káiser. Se limitó con reconocer la superioridad de la vida espiritual sobre las capacidades de las reflexiones racionales y la pretendida autonomía de los sujetos ante todo independientes, como si los hombres no tuviéramos responsabilidades objetivas ante nuestra familia o ante la comunidad política. Negó la carta de identidad de la ‘persona jurídica’ kantiana, en la que vio el diseño de un ser egoísta e insolidario que a la larga acabaría con las instituciones.

Su aprecio por lo concreto-real (el término ‘concreto’ es decisivo para reconocer lo que él consideró positivamente) no supo ser entendido por los juristas alemanes del siglo XIX. Los juristas que se declararon seguidores de Hegel —Kielruff fue quizá el más conocido— incurrieron en un grosero positivismo jurídico de Estado. Hay que concluir que, a pesar de sus esfuerzos, la obra hegeliana acabó, en definitiva, ayudando a fundamentar el incipiente positivismo legalista.

3. *Los positivistas*

El siglo XVIII había mostrado una conciencia generalizada que insistía en la miseria humana de aquel tiempo. En efecto, pocos creían en la pervi-

vencia de las formas políticas, sociales y económicas del Antiguo Régimen. En Centroeuropa se había formado una clase social nueva, financieramente fuerte, a la sombra de la incipiente industria y del comercio, debido en buena medida al librecambio. El prestigio de la Iglesia, de los nobles y de la monarquía había disminuido notablemente desde 1789 y el *Code Napoleon* —código revolucionario que trataba igual a todos los ciudadanos— imponía moldes políticos nuevos. Era el momento de construir el Estado.

El Estado nació con una exigencia de secularización en su base, que se mostraba, entre otras cosas, en la exigencia de que el Poder Legislativo fuera absoluto. No solo debían desaparecer el *jus commune* y el *jus canonicum*, sino las últimas trazas del derecho natural; pero esto requiere una aclaración. El derecho natural que conocía el 1800 era fundamentalmente el que expresaban las obras de los kantianos; la doctrina del derecho natural que insistía en las esencias eternas estaba reservada a los seminarios y a las universidades católicas. Pero el derecho natural moderno, el conocido entonces, ya se estaba haciendo realidad en la legislación, de modo que puede decirse que su éxito práctico estaba decretando su muerte teórica. El *Allgemeines Landrecht* prusiano, que aún distinguía estamentos, carecía de prestigio, y en las universidades se estudiaban los códigos austriaco y, en mucha mayor medida, el francés. Quede en pie esta tesis: la doctrina conocida del derecho natural (racionalista o moderno) se estaba consumando a sí misma, y estaba dando origen al Estado moderno, que reclamaba el monopolio de la legislación.

Todo esto sucedió en un clima de desorientación social y política colectiva. Antes de que se hicieran sentir con cierto peso efectivamente social las corrientes anarquistas, socialistas y comunistas, los liberales, por ser los enemigos de las formas jurídicas y políticas del Antiguo Régimen, constituían las izquierdas. Ellos reclamaron la autoridad de las leyes, aunque no reconocieran el deber de obedecerlas porque negaban la existencia de una moral objetiva; fue lógica su insistencia en la fuerza de lo legislado, ya que ellos pretendían rehacer la sociedad desde lo que entonces consideraban que eran las bases realmente racionales. Pero conforme avanzó el siglo XIX, los liberales fueron cediendo los escaños de la izquierda a los socialistas de todo tipo. Lo que tuvieron en común en su momento ambos grupos fue su insistencia en el carácter intangible de las leyes y en la necesidad de su aplicación estricta o literal. La explicación hermenéutica de Savigny, que distinguía entre interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática, devino patrimonio universal de todos los universitarios, al menos verbalmente.

Pero algunas de las observaciones que he expuesto sobre la fortuna de las doctrinas sobre la ley natural dejan un regusto artificioso porque los ataques de los positivistas no fueron dirigidos tanto contra alguna versión del

jus naturale como contra la existencia de alguna moral objetiva. Observé este hecho cuando traté de rehacer la conciencia colectiva de los juristas alemanes en un estudio que titulé *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Podría haber procedido como Böckenförde cuando historia los comienzos del positivismo en Alemania, examinando una a una las obras de los juristas más relevantes de aquel tiempo; pero este proceder no acaba de ser convincente, porque de este modo los autores estudiados emergen como cimas solitarias que deben sus doctrinas a sí mismos, y esto nunca es cierto: existe, ciertamente, el Everest, pero es porque está en el Himalaya. En aquel rastro que efectué observé el discurso de un río caudaloso, poco académico o dado a los razonamientos teóricos, que insistía en la necesidad de construir el nuevo Estado acabando con las irracionalidades; en él podemos insertar a juristas como Kielruff o Falck. Ellos, y otros de sus compañeros, atacaban la objetividad de la moral. Como Kelsen enlazó ante todo con el *estilo* de Bergbohm, algunos investigadores tienden a pensar que el positivismo jurídico atacó principalmente a las ideas sobre el derecho natural. No sucedió exactamente así. Sin perjuicio de los muchos contradictores del derecho natural en el primer tercio del siglo XIX, el ataque frontal al jusnaturalismo fue más tardío, y se manifestó estruendosamente con Carl Bergbohm.

Conforme avanzó el siglo XIX fue cambiando algo este panorama que ofrecía el estamento de los juristas, porque se volvió más filosófico y volvieron a insistir en la inexistencia del derecho natural. Diría muy imprecisamente que hubo una pérdida de juridicidad para ganar en tono filosófico. Estas observaciones distan de ser precisas, y atiendo más a peculiaridades personales que no a la imposible descripción del muy abigarrado panorama de los juristas de aquel tiempo; pues los pandectistas se volcaron en el estudio del derecho romano, acomodándolo a su tiempo, y esta fue una tarea que pareció consumada con la obra de Windscheid. En cambio, los cultivadores del “derecho del Estado”, del *Staatsrecht* (que comprendía lo que hoy llamamos derecho constitucional, financiero y administrativo), siguieron caminos muy distintos, por la sencilla razón de que la dedicación al *Staatsrecht* requiere de un temple humano muy distinto del que requiere el hombre que es más proclive al estudio del derecho privado. El gran organizador del derecho público en el siglo XIX fue Gerber, y su discípulo Paul Laband gozó de un prestigio poco común, ya que sus obras sirvieron durante cuarenta años como la interpretación autorizada de la Constitución del Reich alemán. Para ellos, el derecho privado era el de la autonomía de las voluntades de los *particulares*, y el derecho público el que imponía ante todo la sujeción al poder. Aún en el siglo XX siguieron esta visión del conjunto del derecho juristas tales como Otto Mayer o Hans Nawiasky. Georg Jellinek, Adolf

Merkel y Hans Kelsen se opusieron a la representación del *Staatsrecht* como un *jus subjectiois*.¹⁴³⁴

Los que defendieron el poder del Káiser lo hicieron por motivos distintos. Algunos de ellos eran creyentes, y no atacaron ni a la moral objetiva ni al derecho natural; se podría decir que, simplemente, no supieron dar razón de las bases morales del derecho, y que adoptaron un tipo de teoría de la doble verdad. Pero los no creyentes defendieron la sujeción de los ciudadanos a las leyes basándose en la afirmación del derecho ‘positivo’ como el único derecho existente. Sus argumentaciones fueron por lo general impecablemente analíticas: el derecho positivo, es decir, el contenido en las leyes, era el único que podía ser conocido, y componía por tanto el único derecho que había de ser tenido en cuenta. Ludwig Knapp expuso muy argumentadamente toda una filosofía materialista y fenomenista para concluir la imposibilidad de un derecho natural.¹⁴³⁵ Años más tarde, Carl Bergbohm derrochó ingenio para mostrar que donde está vigente un orden jurídico no puede estar vigente otro orden del derecho, pues ambos han de excluirse necesariamente.¹⁴³⁶ Trasladó las exigencias de la ubicuidad física a la vida jurídica.

¹⁴³⁴ El problema residía en la singular configuración del derecho constitucional, administrativo o financiero del *Reich* alemán, que estaba basado sobre el principio de que el derecho público se fundamentaba ante todo en la sujeción de los ciudadanos al poder constituido. Aún en el siglo XX, juristas como Otto Mayer seguían manteniendo esta visión de la convivencia política, que en la práctica legitimaba una cierta dictadura del káiser. Y las obras de Paul Laband —que seguían esta línea— constituían en aquel tiempo la interpretación oficiosa de la Constitución del Imperio. Sobre este tema es bastante esclarecedor el estudio de Hensel, “Der Einfluss des Staatsrechts im Sinne des art 107 der Reichsverfassung”, incluido en las *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehren zu Münster i. w. am 29 und 30 März 1926*, Berlín und Leipzig, Walter de Gruyter, 1927.

Frente a este estado de cosas Jellinek lanzó la tesis del ciudadano como sujeto de derecho (*Rechtssubjekt*), que ha de gozar de un *status activus* de ciudadanía, y que ha de estar protegido frente a posibles prepotencias mediante lo que él llamó el ‘mínimo ético’ (*ethische Minimum*), que ha de recoger el derecho. Merkel propuso diversos recursos técnico-jurídicos propios del *Staatsrecht* alemán de comienzos del siglo XX, y además insistió en el carácter personal de todos los órganos públicos, de los gobernantes y de los gobernados, ya que, como él indicaba con cierta ironía, el dinero de la seguridad social es público, pero los perceptores de sus ayudas son personas privadas. Kelsen estableció que el derecho —a diferencia de la moral— era un sistema de normas dinámico, ya que la norma que creaba y regulaba un órgano administrativo le concedía al mismo tiempo capacidad para legislar.

¹⁴³⁵ Véase su *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857.

¹⁴³⁶ El estudio de este tema le ocupó mucho tiempo y quedó ampliamente recogido en sus obras. Véase *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 109 y ss. Plantea este tema en términos más precisos a partir de la p. 396. Según él, si se admite la existencia de un derecho natural, el derecho positivo y el derecho natural habrían de estar enfrentados por definición. Véase *op. cit.*, p. 397. Reitera esta tesis en *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, 1892, pp. 396 y ss.

Sin duda, Knapp y Bergbohm fueron los exponentes más lúcidos del positivismo jurídico ya maduro. Los universitarios de mi generación, que aún teníamos cierta memoria histórica, valorábamos más a Bergbohm que no a Kelsen. Este último ofreció una explicación más extensa de la estructura formal del orden jurídico; pero los argumentos de Bergbohm sobre la inexistencia del derecho natural ya habían calado profundamente. En muy buena medida, Kelsen edificó sobre fundamentos ajenos.

II. EL SIGLO XX

Al aludir a la doctrina de la ley natural en el siglo XX surge un problema no pequeño, que es el de determinar qué es lo que se puede entender por una doctrina sobre la ley o el derecho natural. Las expresiones de derecho o ley natural van asociadas de algún modo a una noción de ‘naturaleza’, que entiende que es ‘lo natural’ al hombre lo que presta como una fuerza para actuar, porque la naturaleza tiene un origen divino; pero si se adopta una actitud secularizadora, ‘lo natural’ es un dato más, perteneciente al mundo de lo ya-dado, que no crea derechos ni deberes para nadie.

Vimos este tema especialmente al tratar de las explicaciones de Samuel Pufendorf, ya que este filósofo (ya que no jurista) recogió los dos momentos jusnaturalistas que eran imprescindibles para un autor secularizado del siglo XVII, a saber: que la naturaleza presta al hombre como un derecho para actuar, y por este hecho somos libres *naturalmente*, y que el derecho natural había de ser considerado como ‘contradistinto’ de la naturaleza, de modo que el hombre es libre al margen de cualquier dato ‘natural’. Eran dos tesis contradictorias que se excluían mutuamente, pero gracias a la primera pudo redactar su obra, y con la segunda permaneció en el ámbito de los filósofos secularizados, lo que le resultó fundamental para el éxito de sus explicaciones.

Como vemos, es imposible hablar de la ley natural en un ambiente que niega la capacidad normativa de la naturaleza, ya que tal capacidad presupone la creación divina de ‘lo natural’.¹⁴³⁷ Juan Duns o Juan de Gerson pudieron hablar de la justicia porque, aunque negaron la capacidad normativa de lo natural, afirmaron bien las leyes que se derivan desde el amor de Dios, bien la *prima justitia Dei*, realidades ambas que otorgaban a los hombres ca-

¹⁴³⁷ Javier Hervada destaca la ausencia del deber en la obra de Hobbes. Escribe que “De suyo, los preceptos naturales, tal como los entiende Hobbes, son más reglas lógicas que verdaderas leyes. Lo dice expresamente en el ‘Leviathan’, al escribir que tales dictados de la razón son llamados leyes en sentido impropio; en realidad son conclusiones o teoremas concernientes a la conservación y defensa de uno mismo”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 275.

pacidades para actuar. Los Nominales pudieron negar el valor jurídico de la ley natural porque creían en una realidad divina anterior y superior a la legalidad propia del *jus naturale*. Pero al perder la fe en Dios, ¿qué queda para estar en condiciones de afirmar la posibilidad de la justicia o, al menos, de los fundamentos más básicos de ella? El filósofo que trató de hacer una ética puramente racional fue Kant: pero no todos comparten el idealismo sobre el que reposa la ‘doctrina’ moral kantiana. Si vuelvo a plantear la pregunta sobre lo que permanece para hablar de la objetividad de algunos principios elementales de la justicia, hay que contestar que no queda nada: los positivistas del siglo XIX se declararon por lo general ateos, y negaron sencillamente la existencia de cualquier justicia objetiva. Bergbohm fue un caso paradigmático de esta actitud, ya que él se preguntaba que si acaso no es verdad que las propiedades han de ser respetadas, si los malhechores no deben ser perseguidos, y respondía a su pregunta: “Nadie, absolutamente nadie, siente igual”.¹⁴³⁸ Esto fue posible porque los filósofos y juristas del siglo XIX eran optimistas: ellos vivían en la inercia de una tradición moral cristiana, y entendieron que la idea de la humanidad proporcionaba por sí sola recursos suficientes; ya vimos lo que le contestaban a Rosmini-Servati cuando él alegaba que la legislación, además de ser única, cierta y universal, había de ser justa: “¿Tú crees que nosotros queremos leyes injustas?”.

Pero la justicia que resultaba evidente a un hombre del siglo XIX se enturbió notablemente para los hombres del siglo siguiente, bien fuera por los abusos cometidos entre los años 1932-1945, bien por los de los regímenes comunistas. Las injusticias fueron tan patentes que a partir de 1945 casi nadie se atrevió a mantener que no existe la justicia, o que la justicia es una pura construcción intelectual humana que no se relaciona en nada con lo que ‘es’ el ser humano. Al perder su prestigio la mentalidad que afirma la existencia de una naturaleza que, por estar creada por Dios, hace que algunas de sus manifestaciones sean fuentes de derechos para los hombres,¹⁴³⁹ fue necesario crear lo que podemos llamar ‘sistemas de ética’ social. Pero

¹⁴³⁸ “Sie fragen uns, ob wir es denn nicht ‘fühlten’, das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Übelthäter bestraft werden müssten und dgl. Diese einerseits abstrakte falsch generalisierende Weise verschliesst jedoch den Weg zur Einsicht. Niemand, schlechthin niemand ‘fühlt’ dergleichen”. Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., p. 467.

¹⁴³⁹ Georg Jellinek reflejó la influencia de la secularización del pensamiento político-jurídico, ya que él entendía que el Estado había sido una construcción social en buena medida secularizadora. Escribía que “Eine flüchtiger Blick in die Literatur lehrt, dass eine und dieselbe und daher aufhebende Ursache zurückgeführt wird. So ist dem Eine unsere moderne Kultur eine christliche, also ein Produkt des christliche-religiösen Geistes, während der andere ist die Überwindung der religiösen durch die naturwissenschaftliche Weltanschauung”. *Das Recht der modernen Staates*, Erster Band, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, p. 95.

hay que notar que estos sistemas éticos no se relacionan con lo más básico de las doctrinas del derecho natural: más bien parten desde su negación, y se presentan como reglas de obligado cumplimiento precisamente porque sus autores mantienen que las expresiones ley o derecho natural solamente designan quimeras.

El primer sistema ético-político que prescindió deliberadamente de la base teonómica fue el de Thomas Hobbes. Pero este inglés pudo redactar su extensa obra gracias a diversas contradicciones en su pensamiento, unas contradicciones que le permitieron negar la posibilidad de conocer objetivamente los principios más elementales de la justicia, y que le hicieron posible hablar de la paz, de la seguridad, y a veces directamente de la justicia una vez que había llevado las argumentaciones hasta su terreno. John Locke fue igualmente contradictorio, porque en su actitud fue exquisitamente fenomenista, negó con gran énfasis la posibilidad de las ideas innatas, y afirmó, al mismo tiempo, la existencia del derecho subjetivo innato para poseer propiedades sin limitaciones. Las actitudes de Hobbes y Locke desataron la tendencia para hacer juegos intelectuales, normalmente de tipo procedimental, al filo de los que se proponían teorías o *constructos* racionalistas cuyo seguimiento mejoraría la condición actual de los hombres. Uno de los primeros de estos sistemas fue el de David Hume, que mantuvo que era mejor fomentar las pasiones humanas que eran benefactoras, como eran la benevolencia y la simpatía.¹⁴⁴⁰ Más tarde, Bentham habló de fomentar las ‘utilidades’, pero como su teoría le impedía determinar si él se refería a las utilidades simplemente mayoritarias o a las utilidades de todos, su teoría sobre la ética del derecho presenta demasiadas dificultades para ser admitida.¹⁴⁴¹

Más adelante me referiré a los sistemas éticos propuestos en el siglo XX, fundamentalmente los que represento en Habermas y Rawls. Ahora, ya que trato de aludir a los problemas de la doctrina de la ley natural en la historia, centraré momentáneamente la atención en las investigaciones que se consideran a sí mismas jusnaturalistas.

1. Autores neoescolásticos

La situación doctrinal calamitosa de los autores católicos del siglo XIX llevó a León XIII a proponer la filosofía y la teología de Tomás de Aquino

¹⁴⁴⁰ Sobre este tema es clásico el estudio de Bagolini, L., *La simpatía nella morale en el diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 1975.

¹⁴⁴¹ Una de las dificultades centrales es la que expone MacIntyre, a saber: que en el utilitarismo no cabe diferenciar entre bienes internos y externos. Además, estos bienes no son conmensurables entre sí. De ahí que la noción típicamente utilitarista de ‘suma de bienes’ o ‘suma de felicidad’ carezca de sentido. Véase *Tras la virtud, cit.*, p. 246.

como el ejemplo a seguir. Esta llamada del papado tuvo un efecto positivo, que fue el comienzo de una edición crítica de las obras del de Aquino. Aparte de esto, dio lugar a la Neoescolástica, cuyo autor más conocido, en los temas filosóficos más generales, fue Etienne Gilson. Esta nueva escuela giró especialmente en torno a la Universidad de Lovaina. Las generaciones que van desde 1910 a 1950 se nutrieron, específicamente, sobre la ley natural, con los ensayos de Viktor Cathrein y Heinrich Rommen, que insistieron especialmente en la base metafísica del derecho, manteniendo que el deber ser ha de derivarse desde el ser. En un segundo momento, esta Neoescolástica dio a luz a bastantes tratados de derecho natural, y en el ámbito de habla española dos de los más conocidos fueron el de Arthur Fridolin Utz y el de Johannes Messner.

También, después de la guerra civil, hubo en España un renacimiento de las explicaciones sobre la ley natural. Miguel Sancho Izquierdo y José Corts Grau, entre los filósofos del derecho, publicaron tratados sobre el derecho natural, insistiendo en que las leyes de origen humano han de acomodarse a los principios de la ley natural gracias a esa participación de la razón humana en la razón de Dios. Luis Legaz insistió en el carácter personal del ser humano, y entre los civilistas José Castán hizo lo mismo; de hecho, Castán fue el primer español que publicó un tratado sobre los derechos humanos. En Italia se distinguió Giuseppe Graneris, y en los dominios de la lengua francesa Louis Lachance o Dominique Leclerq.

Tenemos a personas distintas, como Sancho Izquierdo, Castán o Legaz entre los españoles, a Graneris entre los italianos, a Messner o Utz entre los alemanes. Los que adoptaron una actitud más confesionalmente católica insistieron en la *participatio* de la razón humana en la divina y en las naturalezas inmutables de las cosas: no fueron mucho más allá de Francisco Suárez, de cuya filosofía participaban entendiendo que las obras de Suárez constituían la culminación de toda la Escolástica. Es cierto que distinguieron, en el seno de la filosofía escolástica, entre los Conimbricenses y los Salmanticenses, pero ambos grupos de filósofos y teólogos fueron unidos en el momento de entender la ley natural en torno a las doctrinas de la *participatio* y del orden nouménico eterno, cuyas esencias inmutables compondrían la ley natural. Fue comprensible que esto sucediera así porque la encíclica “Aeternis Patris” de León XIII insistía en la vuelta a los textos tomistas en cuanto que acompañados por los comentarios de Cayetano y de Suárez. No es que esta anotación de León XIII marcara el rumbo del neotomismo de forma autoritaria: esta observación pontificia solo mostraba el desconocimiento de la historia de las doctrinas sobre la ley natural, y muy especialmente el

desconocimiento de las obras de Tomás de Aquino. Aquellos autores fueron muy escolásticos, pero poco tomistas.

Ha poseído una difusión especial la *Introducción crítica al derecho natural* de Javier Hervada, que ha superado las ocho ediciones. Hervada proporciona un conjunto de pensamientos, bien trabados y enlazados, que pueden proporcionar una base intelectual abstracta para quien reflexione sobre la justicia que ha de estar en la base del derecho. La filosofía que usa en sus reflexiones es la escolástica, pero sus argumentos rompen los moldes usuales de los neoescolásticos del siglo XX. Es una obra que no se deja encuadrar en las corrientes de pensamiento dominantes en el siglo XX, producto de la reflexión de quien, como él, posee una amplia experiencia propiamente jurídica.

2. *La hermenéutica*

Como Europa tenía mala conciencia tras la Segunda Guerra Mundial, algunos autores alemanes trataron de combatir la exigencia de la aplicación estricta de las leyes, y apareció en la Alemania de la posguerra la corriente hermenéutica. Su representante más divulgado ha sido Arthur Kaufmann, y en las universidades del sur de Europa le han seguido Andrés Ollero y Giuseppe Zaccharia.

Estos autores insisten en el momento de la interpretación de las normas o reglas generales, destacando la distancia que separa al momento legal, siempre abstracto, del momento de la aplicación concreta de la ley que, por ser concreto, aporta nuevos datos que no pueden ser contemplados en todos los casos por la ley general. Insisten en que no existe una ‘positividad instantánea’ (expresión de Ollero) que nos mostrara en su plenitud lo que ya es el derecho positivo; pues lo que es el derecho ha de ser extraído en cada caso en el ‘ir y venir de la mirada’ (una expresión de Engisch) desde el problema social concreto a la legislación, y desde esta otra vez a los hechos que se enjuician. Es doctrina aristotélica, que remató doctrinalmente Tomás de Aquino, quien, observando la excesiva desproporción entre lo legal general y lo humano concreto, y la imposibilidad de derivar siempre lo concreto desde lo legal, mantuvo que el hombre posee dos intelectos o entendimientos distintos: uno que conoce y juzga lo general, y otro que conoce y juzga lo concreto.¹⁴⁴²

Esta corriente hermenéutica ha tenido el mérito de haber destacado la singularidad y personalidad propia del momento interpretativo, en unas

¹⁴⁴² *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 2, en donde distingue dos intelectos: uno participado desde la ley natural y otro que trabaja *essentialiter* —según la forma de proceder que según él es la más propia de la razón humana— que se concreta en la *prudencia*.

circunstancias difíciles, ya que todavía en los años sesenta y setenta del siglo pasado los positivistas seguían manteniendo que las leyes generales simplemente se aplican a los casos concretos. Incluso uno de los últimos representantes de esta corriente, H. L. A. Hart, mantuvo que el único problema interpretativo era la ‘textura abierta’ que presenta toda comunicación humana. Pero esta corriente no ha propuesto una base antropológica que pueda ser considerada suficiente y que pueda servir de referente no solo para la aplicación de las leyes ya existentes, sino también para la creación de nueva legislación. Kaufmann se limita, por lo general, a combatir cierto nominalismo manteniendo que la decisión jurídica ha de estar de algún modo apegada a la ‘cosa’ que regula, ha de ser *sachlich*.

3. *Los sistemas de ética*

Al comienzo de este estudio indiqué al lector que me atendería a las doctrinas sobre la ley natural y que dejaría el estudio de los sistemas de ética social para los tratados sobre la filosofía del derecho. Pero es difícil seguir esta restricción, porque hoy dominan en Europa las explicaciones de Jürgen Habermas, y en mayor grado las de John Rawls, y sus teorías funcionan de hecho como sucesoras de alguna doctrina sobre la ley natural. La misma razón que me llevó a estudiar a Rousseau y Kant me lleva ahora a aludir muy someramente a las teorías de Habermas y Rawls.

La pérdida del referente de la ‘naturaleza’ como dato primario que proporciona una base para la argumentación que pretende superar el momento simplemente pragmático y llegar a ser de algún modo normativa, ha determinado la aparición de teorías que tratan de fundamentar alguna ética social que no pueden ser calificadas como jusnaturalistas. Aludí a los dos intentos más logrados del siglo XVIII: los de Rousseau y Kant, y es tal el apego de Rousseau al dato que de algún modo él sigue considerando ‘natural’, que no es fácil despegar su ensayo del conjunto de las doctrinas sobre la ley natural. Más tarde han aparecido las obras de Bentham, John Stuart Mill y, en el ámbito norteamericano, las de Peirce y Dewey. En el continente, los neokantismos estuvieron activos a comienzos del siglo XX, y la teoría más difundida fue la de Rudolf Stammler. Han constituido aportaciones que se les ha llevado el polvo de la historia, por más que los utilitaristas insistan, también hoy, en el valor de la obra de Bentham.¹⁴⁴³ Los dos intentos más logrados del siglo XX han sido los de Jürgen Habermas y John Rawls.

¹⁴⁴³ Es difícil aceptar la propuesta de Bentham. Está presente la observación que aporta MacIntyre, que el proyecto de Bentham no sirvió porque ya Stuart Mill se dio cuenta de lo

Habermas proviene de las filas de los sociólogos que inicialmente tuvieron una formación marxista, como era corriente entre los universitarios europeos de los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado. Su base filosófica es, obviamente, fenomenista, y ello le veda cualquier referencia a la ontología. El ser humano es comunicación, y la comunicación se hace realidad en el lenguaje: luego, es preciso centrar el estudio antropológico en el lenguaje humano. Habermas entiende que la humanidad ha alcanzado en el siglo XX tal grado de madurez, que ya nadie puede pretender poseer algún tipo de superioridad sobre los demás, por lo que el lenguaje en que se manifiesta lo humano ha de abandonar las manifestaciones de prepotencia que nos ha legado la tradición heredada, y ha de adquirir la naturaleza de un diálogo: la comunicación humana ha de ser siempre dialógica. El diálogo se caracteriza por la igualdad de los parlantes: todos han de tener las mismas posibilidades de intervenir, y las exigencias de todos han de tener igual peso. La comunidad hace una oferta de habla a cada miembro del diálogo ininterrumpido en que consiste la vida humana, y todos han de responder; si alguien se niega a aceptar esta oferta, debe ser tratado como un objeto.

Pero se puede objetar que la vivencia de la igualdad individual que según Habermas domina hoy, es un hecho más, de naturaleza simplemente sociológica, un hecho desde el que no resulta ningún deber para nadie. Habermas es consciente de esta dificultad del paso del momento estadístico al momento normativo, y del mismo modo que Karl-Otto Apel (el otro gran representante de esta ética dialógica), muestra su faceta alemana manteniendo que esta estructura dialógica de todo lenguaje es más que un hecho: es, concretamente, un *seminoúmeno* encastrado en la comunicación, que vive en ella, y que posee un valor normativo porque forma una ‘pragmática formal’ del lenguaje. ¿Por qué mantiene que es un ‘semi’ *noúmeno* en lugar de afirmar más sencillamente que se trata de una entidad *nouménica*? Hablar de *seminoúmenos* desde una base empirista es tan poco coherente como hablar de *noúmenos*, y la partícula ‘semi’ representa solamente una pequeña concesión a su filosofía que en su origen era empirista.¹⁴⁴⁴

polimorfo que era el término ‘felicidad’. “Y con Sigwid se aceptó por fin la imposibilidad de restaurar una estructura teleológica para la ética. Se dio cuenta de que los mandatos morales del utilitarismo no podían deducirse de ningún fundamento psicológico... Nuestras creencias morales básicas no forman unidad de ninguna especie, son irreductibles, heterogéneas; y su admisión es y debe ser inarguable”. *Tras la virtud, cit.*, pp. 89 y 90.

¹⁴⁴⁴ La generalidad de este tipo de propuestas no encaja en la cotidianidad nuestra. MacIntyre indica que “Weber y Nietzsche juntos nos proporcionan la clave teórica de las articulaciones del mundo social contemporáneo; sin embargo, lo que trazan con claridad son los rasgos dominantes y a gran escala del paisaje social moderno. Precisamente porque son muy eficaces en este sentido, quizá resulten de poca utilidad para quienes intentan delinear los

John Rawls es el autor que pasa, en algunos círculos, por ser el creador de un verdadero ‘hogar público’ que falta en las teorías utilitaristas y liberales al uso, porque parece que las teorías liberales han acabado exagerando el cumplimiento de las reglas formales de la democracia parlamentaria, pero no han sido capaces de crear metas sustantivas hacia las que deba tender la ‘maquinaria democrática’, de modo que nuestros principios políticos más bien parecen consensos sin metas claras, y esta situación lleva a una creciente anomia de los ciudadanos.¹⁴⁴⁵ Vallespín nos indica que “Éste es el sentido en el que hemos de tomar la afirmación de Nozick de que «hoy, los filósofos de la política, o deben trabajar dentro de la teoría de Rawls, o explicar por qué no lo hacen»”. Afirmación sin duda exagerada, pero válida para aquellos otros que siguen una similar línea metódica, como es el caso del mismo R. Nozick o James Buchanan”.¹⁴⁴⁶

No hay posibilidad de volver a un sistema ético que recuerde principios concretos de justicia, porque

El triunfo de las ciencias de la naturaleza modernas y de la filosofía de la mecánica natural acabarán dando el golpe de gracia a la concepción de la *participatio* de la razón humana en la *lex aeterna* divina. El individuo se remite a sí mismo como única realidad sustantiva en la que apoyar su percepción del mundo, a su razón natural, a los impulsos y capacidades que le son propios.¹⁴⁴⁷

La mentalidad expresada en estas últimas líneas responde a la proyección ideológica de los viejos moldes mecánicos; la mecánica cuántica, en el plano estricto de la física, y las aportaciones matemáticas de Kurt Gödel, han hecho que aquellos moldes veteromecánicos figuren en los armarios de las cosas viejas, no de las que están disponibles para el uso. Una persona que reconozca hoy la relativa verdad de la teleología aristotélica está mejor preparada para entender las explicaciones actuales sobre la realidad propiamente física que no los que afirman la imagen de la *machina mundi* o sigan creyendo en el poder desvelador de las matemáticas. Pero un investigador como Rawls, alejado de la filosofía de la ciencia, y permaneciendo anclado

rasgos a pequeña escala de las transacciones del mundo cotidiano”. *Tras la virtud, cit.*, p. 149. Lo mismo podríamos decir de las teorías de Habermas o Rawls, que más que reproducir el mundo social moderno representan teorías extremadamente abstractas y desencarnadas de unos teóricos que hace tiempo que han perdido el contacto con los supermercados.

¹⁴⁴⁵ E. Vallespín insiste en esta ausencia para destacar la importancia de la obra de Rawls. Véase *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza, 1985, p. 17-20.

¹⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 34.

oportune et importune en sus moldes materialistas, participa sin problemas de la única teoría de la ciencia que él conocía. Es útil hacer estas reflexiones para ilustrarnos sobre un marco que más que intelectual fue afectivo, y que aún hoy contribuye a formar una afectividad tan fuera de lugar como fuertemente vivenciada, pues algunos universitarios, aunque saben que el paradigma mecánico ya no es válido, consideran, sin embargo, que el sentido común que se desprendía desde este modelo científico es el único posible *a pesar de todo*.

Rawls, más pragmático que los representantes de la *praktische Philosophie* alemana, nunca habló de *noúmenos* o *seminoúmenos*, aunque sí de esquemas trascendentales. La base de su propuesta puede quedar resumida así:

El problema del liberalismo político se formula así: ¿cómo es posible que exista por tiempo prolongado una sociedad justa y estable de hombres libres e iguales, profundamente divididos por doctrinas razonables de ídoles religiosas, filosóficas y morales? Éste es un problema de justicia política; no un problema acerca del más alto bien... ¿Cuáles son los términos justos de la cooperación social entre individuos que se caracterizan por ser libres e iguales, pero están divididos por un profundo conflicto doctrinal?¹⁴⁴⁸

Él reitera que propone una teoría ideal, que debe ser entendida en el marco de un Estado nacional. De forma parecida a Habermas, entiende que hoy la exigencia de igualdad está tan extendida que no hace falta fundamentarla: más bien hay que partir desde ella, y la carga de la prueba recaerá sobre quien la niegue.

Parte del hecho de que la gente tiene ideas religiosas, morales, políticas y jurídicas propias: a estas ideas, que son compartidas por sectores de la población, él las llama ‘morales comprensivas’. Estas morales deben ser respetadas, y la teoría de la justicia ha de consistir en un procedimiento racional-ideal que permita alcanzar un consenso solapado sobre los bienes primarios imprescindibles para formar una sociedad bien ordenada. Él, desde su base lingüística y estrictamente fenomenista, no cree en las personas.¹⁴⁴⁹ Solo quiere introducir “En las concepciones del bien de la gente,

¹⁴⁴⁸ *Liberalismo político*, trad. de S. R. Madero, México, FCE, 1996, p. 19.

¹⁴⁴⁹ Refiriéndose a su figura de la ‘posición original’ escribe: “Como recurso de representación, el hecho de su mencionada abstracción puede suscitar malas interpretaciones. En especial ésta: la descripción de las partes puede parecer que presupone una concepción metafísica particular de la persona; por ejemplo, que la naturaleza esencial de las personas es independiente de sus atributos contingentes, y previa a ellos, incluyendo sus metas finales y sus vinculaciones y, ciertamente, su concepción del bien y su carácter, en conjunto. Estoy convencido de que esta errónea interpretación constituye una ilusión cuya causa radica en

un elemento *trascendente* que no admite ninguna componenda”.¹⁴⁵⁰ Lógicamente, no cree en el pluralismo realmente existente, ni lo apoya, a pesar de algunas protestas en sentido contrario.¹⁴⁵¹

Este procedimiento racional consiste en que los individuos se sitúen en un ‘estado de naturaleza’ que él llama ‘posición original’. Pero si cada uno de los individuos se sitúa voluntariamente en tal estado, arrastrará consigo sus prejuicios y sus intereses: para evitar este falseamiento de la igualdad, ha de recaer sobre los sujetos situados en la posición original el ‘velo de la ignorancia’, que hace que cada cual ignore por completo cuál será su posición profesional o económica en una sociedad futura. En esta posición, el planteamiento sería el siguiente:

La justicia puramente procedimental significa que, en su deliberación racional, las partes no se consideran obligadas a aplicar o a suscribir ningún principio de derecho y de justicia previamente formulado o que sirva de antecedente. En otras palabras, no reconocen como representantes racionales, opinión ajena a su propio punto de vista, que los restrinja con principios de justicia previos e independientes. Esto modela la idea de que, cuando los ciudadanos están situados simétricamente unos respecto de otros, les toca a ellos especificar los términos justos de la cooperación social a la luz de lo que ellos consideran su propia ventaja, o el bien que persiguen. Recordemos que esos términos no los fija ninguna autoridad externa a los ciudadanos, digamos, p.e., la ley de Dios; ni tampoco se reconocen como justicia respecto de un anterior e independiente orden de valores derivados de la intuición racional.¹⁴⁵²

En esta posición original cada sujeto ha de desear para sí lo menos malo posible en el futuro; para ello ha de aplicar a sus expectativas el ‘criterio maximin’, que indica que las partes han de optimizar el mínimo aceptando una distribución desigual solo si ello va en beneficio de los menos aventajados por si resultara que cualquiera de los que deciden pudiera encontrarse en ese grupo.¹⁴⁵³ En principio, este consenso ideal no recae sobre todas las

no advertir que la posición original es un recurso de representación. El velo de la ignorancia, por citar una característica prominente de esa posición, no tiene implicaciones metafísicas específicas sobre la índole del yo; no implica que el yo sea ontológicamente anterior a los hechos acerca de las personas que las partes no deben conocer ni tomar en cuenta”. *Liberalismo político, cit.*, p. 49.

¹⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 19. Las cursivas son mías.

¹⁴⁵¹ Escribe que “El hecho de este razonable pluralismo debe distinguirse del pluralismo como tal”. *Ibidem*, p. 57.

¹⁴⁵² *Ibidem*, p. 58.

¹⁴⁵³ Es una exigencia extraña. MacIntyre repara en que el problema de fondo que encierra esta pretensión está en que en muchos casos no hay título previo expreso a tenor del cual po-

manifestaciones de la vida social: él explica que es un consenso simplemente solapado o parcial que deja al margen las morales comprensivas ya existentes. Retengamos un dato: él no afirma lo existente, sino que simplemente lo ignora tras descalificarlo.

Pero la noción que tiene Rawls de la posición original dista de estar clara. Al hablar de un consenso solapado parecería que los ciudadanos solo habrían de decidir sobre algunos ‘bienes primarios’, como podría ser el fomento de la autoestima. Pero una lectura así de la obra de Rawls desvirtuaría un nervio profundo de la obra de este autor, ya que él quiere una verdadera cooperación democrática que vaya más allá del simple atenerse a reglas formales: quiere una sociedad cooperativa y solidaria. En la posición original “Las restricciones impuestas sobre el conocimiento y las creencias de las partes afectan a los siguientes hechos y propiedades: las partes no saben el lugar social que ocupan, su status o clase social, desconocen también sus habilidades o dotes particulares, *su concepción del bien...*”.¹⁴⁵⁴ Si es preciso poner a disposición del diálogo común la propia concepción del bien, con las implicaciones religiosas, políticas, morales o jurídicas que esta renuncia implica, el consenso más parece que afecta a la totalidad del ser de las personas que no tiende a solaparlas parcialmente en temas meramente políticos. Porque es meta irrenunciable de Rawls llegar a una moral pública que todo ser racional haya de compartir, y para ello hay que partir solamente de nuestra más profunda comprensión de *nosotros* mismos y de nuestras aspiraciones, de nuestra conciencia de que, dada nuestra historia y las tradiciones encarnadas en nuestra vida pública, la forma de vivir a la que hay que llegar ha de ser la más razonable para nosotros; esto implica que el judío o el católico que sea consciente de la secularización de nuestra sociedad ha de poner sus creencias al servicio del logro de esta mentalidad *nuestra*. Emerge así un nuevo hombre nouménico, que consiste en el ‘equilibrio reflexivo’, que no se confunde ni debe confundirse con las opciones morales, religiosas, etcétera, que ya existen en la sociedad, sino que ha de sustituirlas.

Se le objetó a Rawls que el deber está ausente de su teoría, ya que es cada sujeto el que ha de problematizar sus pretensiones usando las figuras de la posición original, el velo de la ignorancia, etcétera. El individuo no *debe* tematizar sus pretensiones, sino que es mejor que haga esto por su propio interés: Rawls supuso un conjunto de individuos que han de pensar del mismo modo llevados por su igual egoísmo. Algunos sectores de la izquierda

damos juzgar de la posesión (en el caso de Nozick) ni sabemos quién es el menos favorecido (en el caso de Rawls), porque el menos y el más favorecido resultará de mi veredicto. Véase *Tras la virtud, cit.*, p. 193.

¹⁴⁵⁴ Vallespín, *Nuevas teorías...*, *cit.*, p. 71.

opusieron esta actitud suya a la filosofía de Apel y Habermas, ya que estos alemanes piensan en un *seminoúmeno* que por constituir una pragmática formal (y por tanto universal) del lenguaje, se impone normativamente al conjunto de los individuos con independencia de lo que piense o de lo que haga cada uno. El *noúmeno* alemán conllevaría una pretensión de obediencia, y puede parecer que genera un deber trascendiendo el autointerés, mientras que la teoría de la justicia de Rawls no supera las exigencias del egoísmo individual.¹⁴⁵⁵ Ante esta objeción, Rawls publicó un segundo estudio, que era una recopilación de algunas conferencias suyas, al que tituló *Liberalismo político*. No abandonó su base inicialmente individualista, y no impuso exigencias nouménicas —aunque alude ocasionalmente al carácter *trascendental* de su teoría—, pero esta obra marcó el comienzo de lo que han llamado el Segundo Rawls, ya que él hace frecuentes llamamientos a la “Actitud cooperativa que es propia de los miembros de una sociedad democrática”. Reforzó parcialmente las exigencias lógicas derivadas del igual egoísmo por un discurso de tono enérgico que recurre a las agallas que hay que tener para proceder solidariamente.

Habermas domina magistralmente las filosofías dominantes en el siglo XX, y examina atentamente los problemas que plantea cada una de las facetas de estos sistemas filosóficos; esto hace que sus obras posean un contenido especialmente denso y que su lectura no sea fácil. Rawls publicó hacia 1960 su *Teoría de la justicia*, que es una obra francamente extensa, reiterativa y con contradicciones, al menos en los matices. Más tarde la rectificó, pero solamente en su tono, con la que llamó *Liberalismo político*. Aunque estamos en ambos casos ante libros extensos, las propuestas sobre la justicia que hacen Habermas y Rawls son bastante magras. En definitiva, se basan en el viejo sueño rousseauiano, que exige que esté vigente un conjunto de reglas procedimentales que han de guiar la elección de cada cual, de forma que si la preferencia de cada sujeto se ajusta a estas reglas se produce necesariamente una situación de equifuncionalidad que afecta igualmente a todos los individuos.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵⁵ Aún en su segunda obra, *Liberalismo político*, sigue manteniendo que “La capacidad de adoptar una concepción del bien es la de conformar, examinar y buscar racionales una concepción de una ventaja o bien racional propio”. Véase *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁵⁶ Rawls rechazó expresamente este tipo de teorías y dejó escrito que “En estas observaciones resulta claro que la idea de reciprocidad no es lo mismo que la idea de mutua ventaja. Hagamos cuenta de que trasladamos a un número de personas de una sociedad, en la que propiedad es muy desigual, producto de la suerte y de la fortuna... No hay ninguna garantía de que todos saldrán ganando si juzgan la situación basados en sus actitudes previas... Ninguna teoría razonable de la justicia podría superar la prueba de la ventaja mutua si se interpreta de esta manera. Sin embargo, no es esto lo importante. El objetivo consiste en

Obviamente, el problema que resulta desde estas teorías ‘ideales’ (Rawls insiste reiteradamente en que la suya es una *teoría ideal*) es el mismo que se le planteó a Rousseau: el de discernir entre la voluntad empírica expresada en las urnas y la voluntad buena o verdadera que no coincide con la voluntad expuesta expresamente. Rousseau llamó ‘voluntad de todos’ (*volonté de tous*) a la voluntad manifestada realmente, y Rawls llama ‘morales comprensivas’ a las ideas religiosas, morales, políticas y jurídicas que ya están vigentes en la sociedad; declara que estas morales están equivocadas todas, y les opone la ‘libertad como tal’,¹⁴⁵⁷ que es la idea de libertad que él quiere expresar.¹⁴⁵⁸ ¿En qué se diferencia esta libertad ‘como tal’ de las ideas políticas, etcétera, que ya existen? En ningún momento responde a esta pregunta.¹⁴⁵⁹ Solo indica que “Este fundamento, como explicaré en el párrafo 4, resulta ser una concepción de las necesidades de las personas en tanto que ciudadanos”.¹⁴⁶⁰ Pero el problema, desde estos supuestos, consiste en que siempre es posible negar los derechos de las personas en nombre de la libertad como tal o en nombre de los derechos ciudadanos ‘en tanto’ que ciudadanos. Si Rawls fuera coherente con sus declaraciones iniciales de buscar solo un consen-

especificar cualquier idea aceptable de reciprocidad entre ciudadanos libres e iguales en una sociedad bien ordenada. Las llamadas tensiones de compromiso... forman parte del proceso de transición, pero las cuestiones relacionadas con esto pertenecen a la teoría no ideal, y no a los principios de justicia aplicables a una sociedad bien ordenada”. *Ibidem*, p. 41.

Este texto es francamente ambiguo, como lo es buena parte de su obra en los momentos capitales, y no queda clara la diferencia entre su propuesta ética y el resto de los sistemas éticos que sí se presentan expresamente para conseguir ‘ventajas mutuas’.

¹⁴⁵⁷ “Se afirman o profesan muchas doctrinas comprensivas razonables, y no todas pueden ser verdaderas (en realidad, ninguna de ellas puede ser verdadera)”. *Ibidem*, p. 76.

En otros momentos añade que “¿Tiene alguna importancia que asuman las partes si el pluralismo como tal es el instituido, el que se encuentra en uso, o lo es el pluralismo razonable? La respuesta a esta pregunta es importantísima: los mismos principios de la justicia son seleccionados en ambos casos...”

Podemos asumir que ambos hechos son apropiados... decir que la justicia como imparcialidad tiene un amplio alcance, equivale a que las partes supongan que el pluralismo como tal es el establecido. Decir que el contenido de la justicia como imparcialidad no recibe influencia de la sinrazón, esto es, de la existencia de doctrinas comprensivas irrazonables, es aceptar que las partes suponen que el pluralismo razonable es el que prevalece”. *Ibidem*, p. 80.

¹⁴⁵⁸ Escribe que “El liberalismo político no es un liberalismo comprensivo... Sin embargo, el liberalismo político afirma la segunda opción en cada caso respecto a la concepción política de la justicia que preconiza un régimen constitucional democrático. Afirmar esas opciones en este caso fundamental es parte del constructivismo político... El liberalismo político constituye su forma de filosofía política como poseedora de materia propia”. *Ibidem*, p. 21.

¹⁴⁵⁹ Véase mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, pp. 45 y ss.

¹⁴⁶⁰ *Liberalismo político, cit.*, p. 176.

so solapado, tal peligro estaría conjurado; pero el tono de su obra es muy distinto.¹⁴⁶¹ Valora negativamente las ideas políticas, morales, etcétera, ya constituidas.¹⁴⁶² ¿Desde qué base parte, entonces? Sobre este punto sus declaraciones son bastante reiterativas, frecuentemente oponiendo la no racionalidad de las morales comprensivas ya existentes a la razonabilidad, que sería su actitud. Habla de los principios de justicia que son razonables, etcétera, pero en el momento de preguntarle sobre los contenidos sustantivos de esos principios, contesta que “En general, no tenemos nada que se parezca a un punto de vista que sea realmente comprensivo en lo religioso, filosófico y moral, y mucho menos hemos intentado estudiar los demás punto de vista que en realidad existen en la sociedad, ni intentamos elaborar un punto de vista para nosotros mismos”.¹⁴⁶³ Es un extraño nominalismo que trata de fundamentar su valor práctico precisamente en la ausencia de contenidos que vayan más allá de la igualdad de las partes en el diálogo. En las líneas anteriores a éstas ha dejado escrito que “El bien, la bondad como racionalidad, nos permite decir que las cosas son buenas (dentro de la concepción política) si tienen las propiedades que para nosotros es racional desear como ciudadanos libres e iguales”. Esta indeterminación de los resultados finales de estas teorías parece que constituye un rasgo necesario de todo constructivismo ético.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶¹ Declara que “La única restricción sobre los proyectos de vida es que estos proyectos sean compatibles con los principios públicos de la justicia, y que las exigencias o reclamaciones sólo se promuevan en cuanto a ciertas clases de cosas (bienes primarios) y en la forma que especifican tales píos. Esto implica que los sentimientos fuertes y las aspiraciones muy profundas hacia ciertas metas no pueden, como tales, motivar que la gente reclame la asignación de recursos sociales, ni para exigir a las instituciones públicas que asignen recursos para lograr esos fines”. *Ibidem*, p. 185.

¹⁴⁶² Sin embargo... resulta imposible que la estructura básica de un régimen constitucional justo no tenga importantes efectos e influencias respecto a qué doctrina comprensiva dure y gane adherentes a través del tiempo; y es inútil intentar contrarrestar estos efectos e influencias, o incluso valorar, para propósitos políticos, cuán profundas e *invasoras* serán estas doctrinas. Debemos aceptar los hechos de sentido común de la sociología política”. *Ibidem*, p. 188.

¹⁴⁶³ *Liberalismo político*, *cit.*, p. 201.

¹⁴⁶⁴ John Finnis capta este hecho, y lo denuncia reiteradamente en *Ley natural...*, *cit.*, *per totum*. La explicación más exacta que he encontrado sobre el núcleo de la propuesta rawlsiana es la de M. A. Rodilla, cuando mantiene que Rawls trata de ofrecernos un conjunto de principios morales intuitivos que constituyen una explicación de sí mismos: “Una explicación (*explication*) de esos juicios se define como un conjunto de principios tal que si cualquier hombre competente hubiera de aplicarlos de forma inteligente a los mismos casos sometidos a examen, sus juicios —que mediante el uso explícito y constante de los principios se hacen sistemáticamente no-intuitivos— serían sin embargo idénticos, caso por caso, a los juicios del grupo de los jueces competentes”. “Buchanan, Nozick, Rawls. Variaciones sobre el estado de naturaleza”, *Anuario de Filosofía del Derecho* II (1985), p. 271.

Las obras de estos autores no deben ser llamadas, hablando con rigor, propuestas éticas, ya que la ética supone el *deber* o, si ese no es el caso, un sistema de ética ha de mostrar el camino para descubrir el deber. Pero desde la pura inmanencia del lenguaje de Habermas o desde los argumentos de Rawls, que solamente viven en el plano lingüístico, no se descubren ni se crean deberes. Habermas capta esta insuficiencia del simple dato sociológico de la igualdad individual y propone que consideremos un *cuasi-noúmeno* normativo que forma una pragmática formal del lenguaje. Esto puede ser útil para quienes crean en *noúmenos* propiamente normativos que habitan en el lenguaje; lo que es el caso de muy pocas personas; y en cualquier caso, éste es un tema de fe muy personal. Rawls trató de incorporar a su teoría ese ‘mordisco normativo’ que le reprochaban algunos de sus críticos, y el segundo Rawls habla en un tono más moralizante. Pero es cuestionable que desde un discurso de tono enérgico surja algún deber para nadie.

Quizá la objeción más profunda que se les puede hacer a estas éticas constructivistas que pretenden calificar sus resultados desde las condiciones y cualidades de los axiomas iniciales es la que expone Finnis cuando indica que la corrección de la respuesta a una pregunta determinada nunca se establece o se refuta por la respuesta a la pregunta, enteramente diferente, de cuáles son las circunstancias concomitantes y las precondiciones físicas, biológicas y psicológicas del surgimiento de esa pregunta.¹⁴⁶⁵

Es posible ahondar más en el universo ideológico de Rawls y proponer nuevos escorzos para el estudio y valoración de su propuesta, y si el lector busca objeciones razonadas y expuestas con claridad, tiene a mano la obra de Carlos I. Massini,¹⁴⁶⁶ y la remisión a este estudio me libera ahora de seguir el camino de las críticas puntuales. Ahora quisiera más bien aludir al problema común a todas estas teorías (ya que no doctrinas) que han apare-

Emergen por sí solos los peligros del consenso ideal. Los que han de dialogar han de ser hombres competentes que han de aplicar de forma inteligente —no de cualquier forma— esos principios, de modo que su dictamen coincida en cada caso con el de los jueces competentes. Son demasiadas restricciones de carácter personal.

¹⁴⁶⁵ *Ley natural...*, cit., p. 97. En la página siguiente explica que “Decir que el conocimiento *debe* ser un valor real porque los hombres inteligentes o los grandes hombres, o los hombres maduros lo han considerado un valor [se ha referido a Sócrates, Platón, Galileo y Maitland] y un aspecto de su propia realización plena, no es hacer lo que podría llamarse una inferencia. Porque nuestra estimación de una persona plenamente realizada, madura, grande, o en el aspecto relevante, inteligente, sólo se hace posible gracias a nuestra propia comprensión no derivada que lo que esa persona es o hace realmente, es realmente bueno (en los aspectos relevantes). La *premisa* de la aparente inferencia descansa por ende en su *conclusión*”. *Ley natural...*, cit., p. 98.

¹⁴⁶⁶ *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004.

cido desde el siglo XVII a hoy, y que tratan de prescindir del momento teológico. Es indiferente referirnos a autores de la Edad Moderna (Pufendorf, Gundling) o de la Edad Contemporánea (Rawls o Habermas): desde que la reflexión sobre la doctrina ética trató de emanciparse de cualquier vertiente teológica, las explicaciones han girado tan reiterativa como monótonamente sobre una posición original, un diálogo ideal inicial —un ‘estado de naturaleza’ en definitiva— que supone unos individuos (no unos hombres) aislados y situados en un espacio tan plano como uniforme. Estos individuos solo disponen de su igual voluntad libre, y algunos autores, como Locke o Nozick, añaden que, además de esta libertad, poseen propiedades que han de defender en la sociedad.

Esta forma de proceder ha gozado siempre de éxito, porque es simplista y se ajusta bien a algunas exigencias básicas del psiquismo humano. Pero su simplicidad es solo aparente: en realidad, el autor que parte desde alguna versión del estado de naturaleza lanza una síntesis a priori, a la que también podemos llamar definición genética, en la que los términos que parecen solo iniciales llevan en sí, forzosamente, los axiomas y las reglas de inferencia para llegar axiomáticamente al resultado que cada cual quiere. Estas teorías componen formas de razonar en cierto modo irrefutables porque son estrictamente analíticas: es el eterno juego del *mos geometricus*.¹⁴⁶⁷ Pues si unos individuos libres tienen propiedades de las que quieren disponer con libertad y seguridad, el paso desde el estado de naturaleza a la sociedad política no puede tener otra finalidad que una mejor protección de esas propiedades. Si esos individuos así diseñados son egoístas y poseen un cierto conocimiento de lo que es la vida social —aunque nunca han vivido en sociedad— habrán de querer para sí, esto es, para todos, lo menos malo o lo mejor posible. Por este camino la razón descansa, la inventiva crece y se crea la apariencia de seguridad que es propia de toda analiticidad.

Éste es el camino más fácil, siempre de la mano de esquemas geométricos. Pues cuando nos representamos a los sujetos en el estado de naturaleza nos lanzamos a nosotros mismos una *picture* o *Bild*, que nos muestra un espacio más o menos circular en el que existen puntos aislados, que serían los hombres; estos hombres son iguales en derechos, porque todos los puntos son iguales por definición. Esto lo entiende sin problemas el psiquismo nuestro, porque los investigadores nos proponen a veces imágenes geométricas, y Henri Bergson explicó acertadamente que la geometría constituye

¹⁴⁶⁷ Me he ocupado de los problemas que suscitan las síntesis a priori en mi estudio *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, cit., pp. 1-140.

la ‘metafísica’ natural de la razón humana.¹⁴⁶⁸ En estos casos confluyen la certeza de la geometría con la evidencia del texto literario. Sucede entonces un hecho curioso al que ya aludí: el lector de estos estudios que exponen estas teorías que parten desde algún tipo de estado de naturaleza alcanza un momento en el que él es capaz de reconciliar el esquema geométrico que le es propuesto con los términos que lee en el libro; entonces *comprende* y acepta la teoría que está leyendo sin ser consciente de que solamente está reconciliando él en su mente la imagen visual que le han lanzado con los conceptos abstractos propios de la filosofía. Entonces la razón se cierra sobre sí misma, en cierto modo queda bloqueada, y la diversidad es sustituida por la figura única que clausura el discurso racional.

4. *Las teorías sobre los derechos humanos*

Las declaraciones revolucionarias francesas quedaron desprestigiadas a lo largo del siglo XIX, y la ONU lanzó, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Le han seguido muchas otras declaraciones, porque durante los años sesenta y setenta del siglo pasado bastaba una pequeña excusa para que un grupo de intelectuales lanzaran su propia declaración sobre el tema deseado. Los derechos del hombre han pasado por situaciones paradójicas, porque inicialmente fueron defendidos por las izquierdas, y, una vez instaladas estas personas en el poder, hoy son más alegados por las derechas. ¿Dónde ubicarlos? No es posible hacer esto de una forma enteramente clara. Lo cierto es que los derechos defendidos son los derechos individuales, y no los derechos sociales, pues las izquierdas crearon el Estado, y esta forma de gobierno necesita la atomización de los ciudadanos; para ello deslegitima aquellas ‘sociedades intermedias’ a que se refería Rousseau.

El otro problema es el del empirismo persistente: los defensores tradicionales de los derechos humanos no aceptaron ninguna base ontológica para estos derechos: entienden que la intersubjetividad del consenso existente en torno a ellos dispensa de una fundamentación más teórica.¹⁴⁶⁹ Pero

¹⁴⁶⁸ “Crear que los cuerpos vivos pueden ser estudiados como el sistema solar, matemáticamente, ésta es una cierta metafísica desarrollada tras los descubrimientos de Galileo, pero que verdaderamente es la metafísica natural del espíritu humano”. “L’évolution créatrice”, *Œuvres*, 5a. ed., Paris, PUF, 1991, p. 511.

¹⁴⁶⁹ Pero la falta de ontología se hace notar también en el campo más estructuralmente jurídico. John Austin nos indicaba que si los derechos son sagrados, ilimitados, etcétera, la ciencia jurídica no tiene nada que decir sobre ellos. Véase *Lectures...*, *cit.*, p. 119. MacIntyre añade que “Ahora la protesta es casi enteramente un fenómeno negativo, que ocurre característi-

el investigador ve claramente que si él puede exigir a sus alumnos que estudien, y que no puede exigirles que le hagan favores personales. Esto se debe a que los alumnos y el profesor están vinculados por la cosa de la docencia; sus competencias mutuas no vienen marcadas por derechos, sino por relaciones bien *reales* que poseen su propia consistencia. Además, siempre existe la posibilidad de positivar los derechos morales de unos y otros, pero ya hacía observar Allen, en polémica con Lundstet, que la moral no deja de ser tal porque sea positivada.¹⁴⁷⁰ En la práctica, para concretar estas exigencias, los asuntos son llevados ante el Tribunal Constitucional. Pero el derecho que dictan sus jueces es un derecho *ex post facto*, es decir, dictaminado después de las leyes; es cierto que ha de existir una fase hermenéutica de la regla general, pero el *ex post facto* de los tribunales constitucionales más parece frecuentemente una labor legislativa que no judicial.

Actualmente las reflexiones sobre la política y el derecho han quedado *clausuradas* por las doctrinas acerca de la democracia y sobre los derechos humanos. Una de las muestras más persistentes de esta clausura es el uso continuo del término ‘democracia’. Es preferible la expresión que usaba Gumersindo de Azcárate en su ensayo ya clásico: la de régimen parlamentario. Si prescindimos del halo mágico que rodea a la palabra ‘democracia’, observamos que un régimen parlamentario tanto resuelve problemas viejos como plantea problemas nuevos o, simplemente, convive algo apaciblemente con los problemas que siempre hemos tenido. Ahora no es el momento de hacer un esquema que complete el estudio de Azcárate, poniéndolo al día. Pero sí hay que destacar que la unión de las doctrinas de los derechos humanos con las teorías sobre la democracia deja qué desear, al menos tal como se desenvuelven en la praxis política usual. Un Estado social de derecho es preferible a otros regímenes políticos, pero ni la praxis concreta ni la doctrina abstracta ha dado aún su última palabra.

camente como reacción ante la supuesta invasión de los derechos de alguien en nombre de la utilidad de otro alguien. El griterío autoafirmativo de la protesta surge de que el hecho de la incommensurabilidad asegura igualmente que quienes protestan tampoco pueden perder en una discusión. De ahí que el lenguaje de la protesta se dirija de modo típico a aquellos que ya comparten las premisas de los que protestan”. *Tras la virtud, cit.*, p. 98.

¹⁴⁷⁰ Carleton Kemp Allen estudió extensamente las relaciones entre derecho y moral, normalmente mostrando las dependencias de aquel desde ésta. Véase *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931, pp. 111 y ss. En la página 173 de esta obra escribe: “There is a profound fallacy, one which has always been the vulnerable point of positivism as a system of philosophy and has withheld from any general acceptance. A moral principle does not cease to be moral because it is necessary. On the contrary, all moral principles are, in a sense, necessities of existence”.

5. *Los aristotélicos*

Durante el último tercio del siglo pasado ha ido *in crescendo* una actitud que ha olvidado los modelos políticamente correctos bajo los que se expresaba la doctrina de Aristóteles y de Tomás de Aquino, y que ha prestado mayor atención a las fuentes directas: cosa que no hizo el movimiento neoescolástico que emergió tras la llamada de León XIII.

En este nuevo descubrimiento del tomismo ha jugado una función importante Michel Villey. Ha sido una figura paradójica: ayuno de filosofía, incluso de la tomista, se dejó guiar por su instinto jurídico y galvanizó durante bastante tiempo a quienes buscaban en la doctrina de la ley natural algo más que la consabida *participatio* de la razón humana en la ley eterna y el recurso a las naturalezas inmutables de las cosas. Él no partió desde la filosofía, ni tampoco desde el *jus commune* (al que no pareció conocer), sino desde su formación romanista. Intuyó que el espíritu del derecho romano se expresaba en la doctrina de Tomás de Aquino, no en Suárez o en Grocio, y vinculó a la teoría sobre la ciencia jurídica con la filosofía práctica tomista. Durante una generación su obra más conocida —*La formation de la pensée juridique moderne*— ha sido el referente de quienes buscaban superar el positivismo y el neoescolasticismo. Esta obra suya deja mucho que desear desde el punto de vista del rigor histórico, pero ha cumplido la función indicada: la de volver las cabezas hacia una dirección más sólida que la representada por los neoescolásticos anteriores.

Efectivamente, tras aquella primera generación de escolásticos que representé en Cathrein y Rommen, y la generación siguiente, personificada en estas líneas en Utz y Messner, o en Leclerq, Graneris o Lachance, la conciencia colectiva ha redescubierto a Aristóteles y a Tomás de Aquino. La historia de A. MacIntyre es conocida: hombre de formación marxista, estudió a Aristóteles para combatir mejor al liberalismo, y la lectura del griego le llevó a Tomás de Aquino: vio un mundo más rico de humanidad e ingresó en la Iglesia católica. Autores también de formación tomista —tomista, no escolástica— son hoy John Finnis o Robert P. George. En Italia, Francesco Viola está examinando cuestiones fundamentales de Aristóteles, especialmente la de *natura*, y Michel Bastit, en Francia, ha hecho aportaciones importantes a la noción de ley y de lógica jurídica. Reitero que estos autores no se integran en el movimiento neotomista de Rommen, Gilson o Messner: con ellos se ha abierto paso una nueva vitalidad, que quedó truncada cuando las obras de los escolásticos tardíos distorsionaron el pensamiento de Tomás de Aquino.

No es posible exponer, siquiera sea esquemáticamente, las líneas básicas del pensamiento de estos autores. Además, hay serias diferencias entre ellos, porque el crudo aristotelismo de MacIntyre choca con la formación de otras personas que saludan amablemente a este aristotelismo redescubierto. La exposición conjunta del pensamiento de estos autores requiere un estudio que habrá de ser denso y extenso, y que hoy no está aún publicado.¹⁴⁷¹

III. TAREAS PENDIENTES

Werner von Heisenberg proponía en su estudio *Física y filosofía*, publicado en los años cincuenta del siglo pasado, volver a la noción de naturaleza de Aristóteles. Hasta que él, Planck o Bohr irrumpieron en la física, había dominado omnímodamente la mecánica de Newton, que consideraba al mundo como una máquina dotada de una inercia de alcance universal, en la que cabalmente no habría pluralidad de formas. Este modo de entender lo que existe pasó a las doctrinas sobre la ética. A los materialistas les resultaba evidente que todas las cosas eran únicamente manifestaciones circunstanciales de un solo protoelemento, fuera materia o movimiento. Los que no eran materialistas no mantuvieron esta tesis, pero estaban indefensos ante ella porque no estaban en condiciones científicas de explicar ni a Dios ni al hombre en el interior del paradigma científico dominante de la máquina universal: les resultó no solo un *Deus ex machina*, sino también un *Homo extra machinam*.

Indicaba que también los escolásticos aceptaron la idea de la unidad, porque para ellos la naturaleza constituía una unidad. No tuvieron en cuenta que Aristóteles designaba a la unidad de lo existente como el *kosmos*,¹⁴⁷² y que no puede existir una sola naturaleza porque cada cosa posee su propia naturaleza, pues una es la naturaleza de un gorrión y otra la naturaleza de una paloma y que el término ‘naturaleza’ en Aristóteles y Tomás de Aquino tanto designa la forma o esencia como la fuerza que lleva a cada cosa a ser *Cum tota sua essendi potestate*. Para hacer justicia a la historia hay que reconocer que los jusnaturalistas o los moralistas de los siglos XVIII y XIX se enfrentaron a un enemigo que entonces era invencible. Pero los fundamentos de la ciencia han cambiado, porque la mecánica cuántica nos ha mostrado

¹⁴⁷¹ Un primer adelanto de este estudio es el libro de R. Ramos Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, 2012.

¹⁴⁷² Viola, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, cit., pp. 78 y ss.

que en el interior más íntimo de los movimientos físicos viven muchas formas distintas. Descartes había puesto los cimientos más elementales para afirmar la teoría del mecanicismo universal al separar la *res cogitans* de la *res extensa*, porque él suponía que la *res extensa* era como una superficie amorfa o monoforme. Tirso de Andrés, simultáneamente físico y filósofo, nos indica que la *res extensa* se nos ha muerto porque ha resultado más pensante de lo que indicaban los moldes veteromecánicos.¹⁴⁷³

Al faltar el paradigma mecánico, muchos se han sentido huérfanos, y parece que es propio de la Posmodernidad la ausencia de ideas científicas, morales, etcétera. La mejor muestra de este desgarrón ante todo humano lo tenemos en la obra de Rawls, que propuso prescindir de las ideas que ya tenemos —las llamadas por él ‘morales comprensivas’— para dejarnos guiar solo por un sentido de la justicia extremadamente elemental. En estos ámbitos está condenado el cognotivismo ético, y solo valen los sistemas éticos procedimentales, es decir, constructivistas, porque parece que lo que el hombre crea ha de tener mayor valor para él que lo que ha recibido.

Esta mentalidad tiene demasiado de desgarrada y anárquica, y parece que su vigencia social se explica ante todo por la ansiedad de quien ha perdido unas bases que hasta hace poco parecían sólidas. No eran propiamente bases científicas, porque la mecánica clásica veía poco y postulaba mucho; pero eran sentimientos que otorgaban un fundamento para la superioridad intelectual: el investigador en humanidades de la Edad Moderna y de buena parte del siglo XX no conocía las leyes básicas de la termodinámica tal como las formuló Newton, pero tenía fe en el mecanicismo universal, y esta fe le hacía sentirse seguro en su rechazo de la ontología y del finalismo.

Seamos honestos: la nuestra es cabalmente una crisis de éxito. Señala un fracaso solamente para quienes, irracionalmente, pusieron su esperanza en los moldes mecánicos. Hablo de irracionalidad porque las categorías básicas de la mecánica clásica no solo no estaban verificadas, sino que a partir del Congreso de Copenhagen de 1929, cuando la pequeña comunidad de los físicos de entonces decidió adoptar la mecánica cuántica, la Universidad reconoció que estas categorías veteromecánicas estaban sencillamente negadas por la observación: no se ha tratado de que una teoría haya sucedido a otra; ha sucedido ante todo que lo que está observado experimentalmente ha sus-

¹⁴⁷³ Desde el punto de vista de un físico, De Andrés explica que “Por muy paradójico que resulte el camino [el que arranca de Descartes], la *res cogitans* se nos acaba de morir, ya que sólo queda la *res extensa*... Si el *cogito*, si pensar, consiste en una pura capacidad racional o formal, pertenece también a la máquina extensa material. En la *res extensa* hay más logos y capacidad de *logos* de lo que nunca pensó el racionalismo”. *Homo ‘cybersapiens’. La inteligencia artificial y la humana*, Pamplona, Eunsa, 2002, p. 79.

tituido a lo que estaba sustentado solo por conjeturas basadas en el sentido común que estas mismas conjeturas habían creado en buena medida.

En honor a la verdad hay que reconocer que este es un problema con más trasfondo del que se desprende de estas líneas, porque ya indiqué que Henri Bergson nos informó sobre una intuición suya que parece especialmente acertada, a saber: que la geometría es la metafísica natural de la razón humana. Esto es patente: las ciencias no avanzaron hasta que se montaron sobre figuras geométricas, y el profesor vivencia cotidianamente cómo sus alumnos le entienden bastante mejor cuando él dibuja figuras en la pizarra; buena parte de los más modernos métodos didácticos audiovisuales están al servicio de este proyectar figuras al servicio de las otras explicaciones de clase. Heisenberg, más allá de Bergson, reconoce que el lenguaje de la mecánica clásica es otro escalón de la racionalidad humana; es decir, que responde igualmente a las necesidades formadoras de conceptos del psiquismo humano. De ahí buena parte de las dificultades del físico actual, concluye Heisenberg, que ha de exponer lo que no se aviene con Newton con el lenguaje de Newton.¹⁴⁷⁴ El desfase es inevitable.

1. *La ontología reaparece en el derecho*

Hagamos cuentas, como para obtener un saldo: hemos perdido una redícula de conceptos especialmente bien adaptados a nuestra psique, quizá porque esos conceptos y tropos eran creación de nuestro psiquismo cuando trabaja bajo unas condiciones determinadas. Ha cambiado el marco para la creación de conceptos, y aparentemente hemos perdido aquella extraña facilidad para las explicaciones de todo tipo. Pero la actitud pesimista se vuelve más positiva cuando el investigador observa que los moldes viejos no tanto explicaban como destacaban objetos del estudio por el procedimiento de excluir lo que ellos no estaban en condiciones de estudiar: la aparente claridad de sus estudios era resultado, en buena medida, de exclusiones impuestas en virtud del método. La exigencia de estudiar únicamente ‘cuerpos regulares’, es decir, las cualidades medibles en tamaño, peso y figura, declaraba incognoscible en sede científica —esto es, física— todo lo que sobrepasara estos límites: como la noción de profesor no puede ser estudiada según estas limitaciones, la ‘cosa’ del profesor o de la docencia había de ser declarada no relevante ante la ciencia: había recaído la interdicción de la

¹⁴⁷⁴ *Física y filosofía*, trad. de F. Tezanos, Buenos Aires, Ediciones La Isla, 1959, p. 39. Lo mismo indica MacIntyre, que entiende que el lenguaje de la ética actual es un compuesto de retazos de sistemás éticos heteróclitos. Véase *Tras la virtud*, cit., p. 18.

ontología en los temas humanos, porque muchos han considerado que la llamada a las ‘cosas’, que es el alma de la ontología en el derecho, implica un dogmatismo inaceptable.¹⁴⁷⁵ Pero el autor de estas líneas sabe, con toda certeza, que es deber de él, porque es profesor, explicar con la claridad suficiente como para que le entiendan sus alumnos. No es una obligación simplemente moral, que solo le obligue a él internamente, ni su condición de profesor consiste en un cuerpo físico que pueda ser medido externamente de acuerdo con las reglas de medición de los ‘cuerpos regulares’: se trata de una ‘cosa’, la docencia, que compone una realidad intelectual tan válida como la ley de la gravitación universal. MacIntyre nota que tampoco hace falta una estructura previa y teórica para deducir tal tipo de deberes.¹⁴⁷⁶

En realidad, estos derechos y deberes portan en sí, en su espontaneidad, las medidas mismas para su medida,¹⁴⁷⁷ porque lo realmente importante que ha de hacer el profesor le viene impuesto por la naturaleza misma de la docencia: carece de sentido afirmar que el conductor debe conducir con prudencia porque así lo exige la legislación existente en España. Finnis explica que, ciertamente, podemos confundir la falta de derivación de un principio con una falta de justificación o una falta de objetividad.

Pero en otros casos anuncia la evidencia; y estos casos han de ser encontrados en todo campo de investigación. Porque en todo campo hay y debe haber, en algún punto o puntos, un término para la derivación y la inferencia. En ese punto o puntos nos encontramos cara a cara con lo evidente que hace posibles todas las inferencias subsiguientes en ese campo.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁵ C. S. Nino indicaba que “Lo que caracteriza a las teorías dogmáticas es que se presentan como descriptivas de algún aspecto importante de la realidad social o del status ontológico de alguna institución o concepto. De este modo aparece como si su aceptación o rechazo dependiera de su verdad o falsedad empírica o trascendente. Sin embargo las teorías dogmáticas están constituidas, lo que no siempre resulta evidente, por enunciados de índole normativa, según lo ponen de manifiesto las funciones que cumplen tales teorías”. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 334.

¹⁴⁷⁶ *Tras la virtud*, *cit.*, p. 106.

¹⁴⁷⁷ Tomás de Aquino nos indica que “Illud enim quod mensuratur, non videtur esse aliud quam mensura”. In *XII libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, Antwerpiae, 1612, vol. III, § 636.

¹⁴⁷⁸ *Ley natural...*, *cit.*, p. 101. El tema de fondo lo expone Hervada al destacar que el derecho trata con cosas. Véase “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Persona y Derecho* 18 (1988), p. 284. Idea que reitera en su *Introducción crítica al derecho natural*, p. 42, cuando indica que “Lo justo es lo mismo que lo suyo; por lo tanto, según hemos visto, lo justo es una cosa o conjunto de cosas, no es lo que se llama derecho subjetivo, sino las cosas que, desde la perspectiva de ese derecho, reciben el nombre de derecho subjetivo”.

Hablo de una realidad intelectual válida, y podría hablar igualmente de objetiva o universal: pues cuando una realidad impone un deber exigible por los demás (en el sentido estricto de la palabra ‘deber’), abandona el mundo del posible solipsismo de un sujeto que tiene su propio conocimiento moral y entra por el camino de una objetividad real que nadie puede desconocer. El investigador examina su vida cotidiana: al levantarse por las mañanas le gusta oír las noticias por la radio, y no debe molestar a sus vecinos; va a la Facultad con su automóvil, y debe conducir con prudencia; imparte sus clases y ha de explicar con claridad. Tiene estos deberes y también tiene diversos derechos en cada una de estas actividades: nos limitamos a registrar estas realidades morales tan posibilitantes como limitadoras. Estos deberes y derechos no pueden ser explicados en virtud de algún contrato social o de alguna ética dialógica que desemboque en definitiva en algún tipo de acuerdo construido.¹⁴⁷⁹ En realidad, estos derechos y deberes son previos a cualquier pacto: carece de sentido decir que tenemos el deber de conducir con frecuencia para no violar un pacto concluido con nuestros conciudadanos. El derecho a la integridad física es anterior a cualquier acuerdo, y los contratos solo aparecen en materias sobre las que no existe una regulación que venga impuesta necesariamente: el viejo dicho romanista expresaba que *Ubi desinit humanitas ibi incipit contractus*.

Sucede —como repara Hervada expresamente— que nos movemos en un plano metafísico, y si no queremos usar este término podemos usar el de ontológico. De las tres vertientes que Frege distinguía en el lenguaje —sentido, significado y significación— la que alude al significado es sencillamente inesquivable. “El conocimiento metafísico forma parte del modo común y corriente de conocer propio del hombre, cuya inteligencia opera metafísicamente de modo constante, como lo muestra el más simple análisis del lenguaje”.¹⁴⁸⁰ Efectivamente, seamos *realistas*: en este momento yo estoy lanzando sobre el lector muchos conceptos, la mayor parte de los cuales solo

¹⁴⁷⁹ La renuncia al constructivismo implica admitir la heterogenia de los principios prácticos y declarar que el derecho a conducir nada tiene que ver con el derecho del profesor a dar sus clases. Esto no implica en modo alguno que la heterogeneidad del orden moral es tal que no puede reconciliarse con un orden moral único. El plano en el que habitan estos derechos es un plano intermedio entre la inmediatez de una conducta y el *telos* último del hombre.

MacIntyre escribe acertadamente que “Las intenciones necesitan ser ordenadas tanto cronológica como causalmente; no existe una conducta identificable previa e independientemente de las intenciones, creencias y situaciones”. *Tras la virtud, cit.*, p. 255. Desde luego, esto es cierto, pero la admisión de un fin último de la vida del hombre no implica tener que admitir un sistema de normas éticas que esté plagado de axiomas y de clasificaciones en grupos y subgrupos.

¹⁴⁸⁰ J. Hervada, *Lecciones de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1989, t. I, p. 74.

pueden ser entendidos unívocamente. Pues si digo que el profesor debe explicar con claridad, todos entienden esta frase como llena de sentido; pero si indico que el profesor debe explicar de color negro, esto es un disparate. Con esto no trato de mantener que el que investiga la ética o la naturaleza deba disponer necesariamente de unas nociones metafísicas inmutables y eternas, al modo como las proponían Molina o Suárez. Quiero indicar que las construcciones gramaticales que se exponen bajo el modo de sujeto-verbo-predicado, o como sujeto-verbo-complemento directo, el uso de las formas adverbiales, de los modos de las conjunciones, etcétera, todo ello solo tiene valor humano si es usado ‘correctamente’, es decir, de acuerdo con la vertiente semántica del lenguaje.

David Hume indica, al final de su tratado sobre el conocimiento humano, que los libros que no están hechos según las demostraciones que se basan en los números y en las figuras deben ir a la basura; como es lógico, se refiere a los libros de los escolásticos, no a los suyos, porque al escribir esto, Hume debiera haber tenido en cuenta que él había publicado tres estudios de extensión razonable en los que no demuestra nada según las posibilidades de las figuras y de los números. También debiera de haber reparado en que lo que él publicaba podía ser entendido por sus lectores porque él sigue las posibilidades semánticas de cada término y de cada categoría lingüística, y produce o causa razonamientos según diversas leyes dialécticas sobre la causalidad en los conceptos; pues en las demostraciones que tratan de cosas concretas es correcto decir que el fuerte viento provocó el derrumbamiento de la valla, y en el plano de los conceptos más abstractos es también correcto mantener que la impresión que causó el jefe del gobierno fue mala porque habló con falta de seguridad. Lo extraño es que él usó cientos de veces los principios de la causalidad así entendidos para mostrar ‘lógicamente’ que la idea misma de la causalidad es gratuita o absurda.¹⁴⁸¹

¹⁴⁸¹ Indica MacIntyre que “Si bien se puede seguir a Lawrence o Tolstoi sin caer en una inconsistencia, no es posible, en forma coherente, efectuar una defensa racional explícita y articulada de sus doctrinas. Y el hecho de que tanto Lawrence como Tolstoi manifestaron ante todo el intelectualismo que condenaron vigorosamente mediante el empleo de sus recursos intelectuales, sugiere que cierto tipo de posición aristotélica es inevitable”. *Historia de la ética*, trad. de R. J. Walton, Barcelona-México-Buenos Aires, Paidós, 1988, p. 81.

La razón de esta opinión de MacIntyre puede encontrarse en una idea de Fernando Inciarte: “Ahora bien, si al pasar a la *intentio obliqua* se deja al margen por completo la *intentio recta* y, al dejar la actitud abocada directamente a las cosas, se olvida la vuelta ‘a las cosas mismas’, la reflexión progresiva deja de ser reflexión sobre la cosa —en un sentido amplio de la palabra ‘cosa’— para convertirse en una reflexión sobre la reflexión, cuyo fin —de acuerdo con el carácter iterativo de la reflexión— se pierde de vista al final”. *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, p. 54.

En este punto hay una gran diferencia entre los estudiosos de las ciencias naturales, siempre dependiendo de sus *constructos* para entender algo, y el investigador de los temas humanos.

¿Alguien quiere discutir ‘lógicamente’ la existencia y validez de estas objetividades al mismo tiempo morales y jurídicas? Quien mantenga que el conductor no debe conducir con prudencia, ése debe comparecer ante el tribunal de la razón para explicar su extraña actitud. MacIntyre alude a los ‘conceptos normativos’ que ya tenemos en nuestra vida: entrar en un restaurante es un concepto normativo, porque presupone una regulación jurídica; nadie puede ir a una cafetería y explicarle al camarero que él necesita cosas que no puede encontrar en ese establecimiento. Entrar en la cafetería, subir al autobús, sentarse a la mesa en familia para el almuerzo: todos estos son conceptos normativos que hemos de dar por supuestos en nuestra cotidianidad.¹⁴⁸²

El espíritu moderno-contemporáneo ha sido antiontológico, porque al hombre de estos cuatro últimos siglos le ha molestado reconocer algún deber o derecho que no esté creado por él, por su actividad racional —¿inteligente?— que se muestra en tantas éticas constructivistas. Este hombre ha seguido la intuición que expresa MacIntyre cuando habla de optar entre la función social o el individuo: “Lo crucial, en realidad, es el punto en el que las dos partes contendientes están de acuerdo, a saber, que tenemos abiertos sólo dos modos alternativos de vida social, una en el que son soberanas las opciones libres, y otra en el que la burocracia es soberana para limitar precisamente las opciones libres y arbitrarias de los individuos”.¹⁴⁸³ Frente a este dilema es necesario reconocer que el profesor universitario que diseña un sistema de ética puede hacer esto porque ya dispone de unos medios y libertades que no los ha deducido desde ningún sistema ético.

Todo sistema de ética social es, en buena medida, un *posterius* respecto a la vida cotidiana. Es cierto que los jusnaturalistas de la Edad Moderna consiguieron acabar con la sociedad estamental y con la monarquía absoluta; pero se trató del desenvolvimiento puramente formal o doctrinal de unas afectividades concretas que ya existían antes de que cada autor redactara

¹⁴⁸² A. Llano vuelve a suscitar el tema que he llamado de las ‘medidas ya medidas’, o conceptos normativos, cuando indica que “Existen, por cierto, criterios para la valoración —como bueno o malo— del producto de la *poiesis*: son los criterios técnicos o artísticos. Más aún, si no pudiéramos valorar lo hecho y el hacer, no tendríamos un concepto cabal de la identidad del producto y del hacer que los suscita. La finalidad de un reloj es medir el transcurso del tiempo. Si no lo mide bien, decimos que es un reloj *malo*”. *La nueva sensibilidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 208.

¹⁴⁸³ *Tras la virtud, cit.*, pp. 53 y 54.

sus obras; ellos no ‘crearon’ nada partiendo desde sus axiomas; ya en el siglo XVI existía un profundo sentimiento de la libertad individual, y parte de la doctrina que compuso la Escuela del derecho natural moderno se limitó a insistir en la igual libertad de todos los seres humanos en el estado de naturaleza; rescataron esta categoría —la del *status naturae*— desde los textos romanos y del *jus commune* y potenciaron la doctrina de la *naturalis obligatio*, que ya venía expuesta claramente en los textos romanos y medievales. Hicieron de portavoces amplificadores de lo que ya había.¹⁴⁸⁴

2. *Las personas*

La historia de la noción de persona es la más paradójica de la historia sobre el pensamiento jurídico-político. En su sentido actual, nace en las obras de los Padres de la Iglesia, que habían de explicar que Dios era uno y trino: un solo Dios con tres personas distintas. Pero aquellos teólogos extendieron esta noción a todo ser individual de naturaleza racional: todo hombre era una persona, caracterizada ante todo por su incomunicabilidad. Los Nominales de los siglos XIV y XV difunden la noción de persona hasta convertirla en un tópico usado con normalidad, y los jusnaturalistas del siglo XVII tomaron esta noción de las obras de los teólogos anteriores.

A. *Las negaciones de las personas*

Pero al llegar al siglo XVIII tropezó con el materialismo, porque las filosofías materialistas no pueden admitir un ser radicalmente incomunicable que es capaz de contraer deberes. Por supuesto que ni Helvetius ni d’Holbach negaron expresamente la existencia de las personas; pero su negación estaba implícita en los fundamentos de sus obras. No existe una monografía de confianza que muestre el desarrollo del ateísmo desde el siglo XVI al XIX. Francisco Suárez, hacia 1610, ya detectaba su presencia, y el avance de las ideas científicas a lo largo del siglo XVII implicó casi necesariamente el avance del ateísmo, porque la imagen del mundo que resultaba desde las propuestas metódicas de Galileo, Descartes y Newton llevaba hacia la máquina universal en la que Dios no tenía lugar. Ya indiqué que no solo resultó un *Deus ex machina*, sino también un *Homo extra machinam*, por lo

¹⁴⁸⁴ M. Beuchot explica que “Es cierto que los derechos humanos se fueron gestando en la historia, y que sólo son comprensibles con una idea del individuo y de la sociedad peculiares; pero la misma historia ha hecho que esas ideas aparezcan en un momento determinado”. *Derechos humanos...*, cit., p. 7.

que la negación de Dios en nombre del mecanicismo universal implicaba al mismo tiempo la negación de las personas.

Nadie discutió expresamente sobre las personas, pero nadie se engañaba: la negación del deber de obedecer el derecho era una consecuencia del materialismo; por este motivo, el siglo XVII asistió a un duelo entre los materialistas, que explicaban que existe el deber de cumplir el derecho cuando está prevista una pena para el caso de su incumplimiento, y los conservadores, que mantenían que la pena solo se imponía cuando se había incumplido un deber previo. De ahí que Francisco Suárez, atento a las corrientes intelectuales que emergían a comienzos del siglo XVII, declarara beligerantemente que “Poena pendet a culpa”.¹⁴⁸⁵ Las nociones de persona y de deber fueron unidas, en su afirmación y en su negación, y como el siglo XIX estuvo dominado por la idea del mecanicismo universal, casi ningún autor de lo que ahora llamaríamos teoría o filosofía del derecho planteó en sus capítulos el tema del deber jurídico. Kelsen sí estudió este problema, e historió el estado de la cuestión en sus *Hauptprobleme*, aparecido hacia 1920. Pero él, materialista, no podía admitir la noción de persona, y dejó establecido en su *Reine Rechtslehre* que, en el derecho, la persona es una categoría simplemente auxiliar, creada por la reflexión sobre el derecho, que no designaba sino un punto de atribución de un sector de las normas jurídicas.¹⁴⁸⁶ De acuerdo con su pensamiento tan depurado por la lógica, los judíos en el III Reich eran solamente puntos de atribución de un sector de las normas jurídicas del Reich alemán.

La persona es hoy un tema molesto (doctrinalmente) para las izquierdas, porque es la noción máximamente metafísica. Al constituir un tema último no caben reflexiones que analicen esta noción, y solo podemos afirmarla o negarla. Como nadie es tan estulto como para afirmar expresamente que los seres humanos no somos personas, lo normal es no tratar este tema e insistir, en cambio, en los derechos humanos, que funcionan como el sustitutivo de la noción de la personalidad. Hablaba de molestias simplemente doctrinales porque en su vida cotidiana, los universitarios que dejan de lado la noción de persona se molestan o se indignan igual que los otros seres humanos cuando ven violado un derecho propio; en la misma línea de incoherencia, aluden a la moral en tono objetivo mediante la descalificación que implica el adjetivo ‘inmoral’. Si el término ‘moral’ les resulta molesto, usan el de ‘ética’ que, en sus argumentos, representa lo mismo que la palabra ‘moral’. Buena parte de estos problema se ‘resuelven’ sustituyendo términos y expresiones. ¿Durará mucho tiempo este juego de confusiones?

¹⁴⁸⁵ *Tractatus de legibus...*, cit., L. I, cap. 14, § 7.

¹⁴⁸⁶ *Reine Rechtslehre*, Wien, Frank Deuticke, 1960, § 33.

Los modernos abusaron de la figura de la persona independiente, y la noción de la *juristische Person* kantiana denotó ante todo soledad, egoísmo e insolidaridad. La empresa para construir el Estado al margen de las confesiones religiosas requirió desconocer esta construcción tal como se conocía en el siglo XIX —solamente bajo la forma kantiana—, ya que ellos necesitaban erigir el poder del Estado como una fuerza independiente de las ideas morales, religiosas o políticas; necesitaban, además, disponer de una doctrina ético-jurídica que les posibilitara vencer la eventual resistencia de las voluntades de las personas individuales; en una palabra, necesitaron desconocer la noción de persona tal como se la había legado la Modernidad. Nuestros abuelos no distinguieron entre la persona de Kant, que solo admitía una libertad ‘formal, negativa y vacía’,¹⁴⁸⁷ y la personalidad humana, que en el derecho, más que pugnar por la soledad, llama a la solidaridad. El camino que siguieron para posibilitar la nueva forma política fue negar la existencia de la moral objetiva y la del derecho natural, y quizá esta no fue la solución adecuada, como mostró amargamente el siglo XX.

B. *El orden jurídico solo contempla personas*

La persona se encuentra ahora ante dos problemas: uno antropológico, otro político. Desde el punto de vista político-jurídico, una persona es, de hecho, un ser que no acaba de encontrar acomodo en las explicaciones al uso. No se sabe qué hacer con la cualidad personal del ser humano, y muchos recurren a los derechos humanos, que representarían en su conjunto a los derechos de la personalidad o a la cualidad jurídica de cada persona. Esto último no tiene sentido: algunos derechos humanos fueron proclamados beligerantemente en 1948, precisamente porque eran desconocidos en la mayor parte del mundo: fueron presentados como excepciones a una praxis generalizada, y participaron del carácter puntual y preciso que es propio de toda ley que establece excepciones a una regla jurídica general. Este carácter detallista participa tanto del sentido de la regla que establece que todo lo no expresamente prohibido está permitido, como de la que indica que lo no expresamente permitido está prohibido. Es obvio que cada Estado hace el uso que más le conviene, en cada momento, de cada una de estas reglas, y si en el derecho penal está vigente la primera, en el derecho administrativo en general —lo que los alemanes llaman el *Staatsrecht*— parece estar vigente la segunda: de ahí las autorizaciones administrativas o legales que se requieren para organizar actividades que, aunque puedan ser

¹⁴⁸⁷ Véase mi estudio *La Cabeza Jano*, cit., pp. 43 y ss.

técnicamente complicadas, son humanamente próximas, tales como montar emisoras televisivas o crear centros de enseñanza.

De hecho, aún es válida en muchos tratados y manuales escolares la regla que indica que el derecho privado sirve a los intereses de los privados y el derecho público sirve a los intereses públicos, de forma que en el derecho privado cuenta ante todo la autonomía de los ‘particulares’, a los que supone que están dotados de derechos subjetivos para actuar libremente,¹⁴⁸⁸ mientras que en el derecho público domina el principio de sujeción, como también establecía Savigny.¹⁴⁸⁹ Ciertamente, esta opinión, tomada en la literalidad en la que la he expuesto, está hoy desprestigiada, pero el simple hecho de que fuera expuesta en Centroeuropa, con toda naturalidad, recientemente, nos hace ver cómo la figura del *subditus* (que significa obediente o sometido) coexiste con la del *cives*, en la que predomina su *status activus*, es decir, su capacidad para crear nuevas mediaciones sociales. La oposición entre el súbdito y el ciudadano es todavía demasiado tosca, sin pulir.

Ni todo lo que parece privado es privado ni todo lo que parece público es únicamente público. Desde el momento en que un gobierno elimina impuestos para que aumente la capacidad de consumo de los ciudadanos y crezca así la actividad empresarial, y el aumento del empleo es visto como el bien público máximo de ese momento en ese Estado, las barreras entre lo privado y lo público se difuminan. El Estado, ciertamente, recoge impuestos para el gasto público: pero los beneficiarios de las ayudas del paro o de la seguridad social serán personas ‘privadas’, y quienes perciban sus sueldos como funcionarios, o quienes cobren sus facturas por la construcción de obras públicas, serán igualmente personas ‘privadas’. El problema reside

¹⁴⁸⁸ Savigny trató este tema amplia y complejamente en el vol. I de su *System der heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840. Al definir la relación jurídica indicó que “Erscheint uns jedes einzelnen Rechtsverhältniß als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregeln bestimmt. Dieser Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht aber darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremdem Willen zu herrschen hat”. *Op. cit.*, p. 333.

La cita es un monumento a la ambigüedad. De acuerdo con otras declaraciones suyas, este poder otorgado a la voluntad de cada persona sería el elemento constitutivo del derecho privado. Pero ahora no está definiendo la relación que es solamente propia del derecho privado, sino la relación jurídica sin más. En la página siguiente remacha este clavo e indica que “Das Wesen des Rechtsverhältnisses wurde bestimmt als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens”.

¹⁴⁸⁹ En el *System...*, *cit.*, vol. I, p. 23 explica que “Dennoch bleibt zwischen beiden Gebieten ein fast bestimmter Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der Einzelne als Untergeordnete erscheint, anstatt daß im Privatrecht der Einzelnen Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältniß sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besondere Zustände bezieht”.

en que solamente existimos personas, y aunque una persona pueda ocupar ocasionalmente un puesto en la función pública, será siempre una persona. Quienes quieran levantar un monumento a las instituciones reparará en que el catedrático de filosofía del derecho ejerce una función pública; quienes posean una visión más amplia repararán en que ese hombre es inescindiblemente ‘una’ persona en la que tanto influyen los estímulos considerados como públicos como las incitaciones que provienen desde otras instancias.

C. *Persona humana y razones para obedecer el derecho*

Desde el punto de vista preferentemente más general —podríamos llamarlo antropológico— estamos lejos de tener claro un estatuto de la persona en la sociedad. Pues si uno es el momento para ser independiente, otro es el momento para obedecer. Recabo en este momento la autonomía moral de naturaleza tomista, que entiende que la libertad consiste ante todo en ser uno mismo el principio del propio movimiento.¹⁴⁹⁰ Si el investigador se ve a sí mismo como profesor y entiende que la docencia le exige explicar con calidad y claridad, su esfuerzo por obtener la claridad y la calidad no lo vivenciará como una imposición externa. Si él entiende que la policía ha de dirigir el tráfico, las limitaciones que se sigan desde esta función tampoco las vivirá como imposiciones arbitrarias. Una conciencia cívica mínimamente desarrollada lleva a situarse en el lugar de los demás, y, si se consigue esto, la convivencia jurídica es (por decirlo con terminología hegeliana) el reino de la libertad realizada. No expreso sin más buenas intenciones: Tomás de Aquino estableció reiteradamente que el ‘yo’, es decir, la conciencia o consciencia —los latinos no distinguían entre ambas palabras— arrancaba desde el “saber con otro”, *Cum alio scientia*. Efectivamente, una persona que no esté en condiciones de contrastar su propia identidad con las identidades de los otros¹⁴⁹¹ acabará constituyendo una autoidentidad simplemente formal, en

¹⁴⁹⁰ *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 4. Aquí establece que ésta es la condición para que el bien sea ‘propio’ del mismo sujeto que actúa, ya que los movimientos que son impuestos *ab alio* son necesariamente violentos. En la *Sum. Gent.*, § 150, explica coherentemente que la “Necessitas ex alio” violenta la libertad. Una tesis que reitera en otros muchos lugares de su obra; por ejemplo, en *Suma teológica*, I-II, q. 6, art. 2. Para un desarrollo temático del *Cum alio scientia tomista*, véase mi estudio “Persona, derecho, judicatura”, en *El derecho a la justicia imparcial*, Granada, Comares, 2012, pp. 1-40.

¹⁴⁹¹ Indica MacIntyre que “Hay muchos casos en los que existe una cierta distancia entre papel e individuo; en consecuencia, varias gradaciones de duda, compromiso, interpretación o cinismo pueden mediar en las relaciones del individuo con el papel. Con lo que he llamado personaje las cosas suceden de modo completamente diverso; y la diferencia surge del hecho de que los requisitos de un personaje se imponen desde fuera, desde la formas cómo los

la que la universalidad que es propia de todo derecho (pues todo derecho o deber implica un cierto carácter categórico o absoluto) quedará confundida con la simple infinitud de una subjetividad que no tiene límites; en tal caso llevaría razón Niklas Luhmann cuando expresa que la consideración científica no puede arrancar desde el individuo, ya que el sujeto aspira a serlo todo.¹⁴⁹² Hablaba de las buenas intenciones; la moral entendida como el conjunto de las buenas intenciones parece ser un producto de la Modernidad, que trató de limar el egoísmo humano; aquellos *moderni* primero presentaron a un individuo aislado y egoísta en el *status naturae* que posteriormente vería recortadas sus facultades en la sociedad. El egoísmo es, desde luego, peligroso, pero no menos peligroso es el altruismo con el que intentaron corregirlo.¹⁴⁹³

¿Qué hacemos con el individuo dotado de una personalidad tan única como irrepetible? ¿Qué hay del alma inmortal? MacIntyre indica que ante los ojos de Dios soy un individuo distinto de mis papeles, anterior a ellos. Pero, prosigue este autor, esta propuesta es una trampa: surge desde la filosofía platónica y cartesiana, en la que el alma preexiste a toda encarnación y existencia social, y, por tanto, tiene una existencia anterior a cualquier rol social. Pero para el catolicismo yo soy mi cuerpo, y mi cuerpo es social. La doctrina católica mantiene que, sea cual sea la cosa a que yo pueda pertenecer, también soy miembro de una comunidad eclesial. Tengo que buscar el bien humano dentro siempre como una parte de la comunidad ordenada, y en este sentido el eremita o el pastor de las montañas es tan miembro de la comunidad como el habitante de las ciudades.¹⁴⁹⁴

La personalidad individual implica necesariamente portar en sí las personalidades de las otras personas, y este es un momento de ese *Cum alio scientia tomista*. Si ahondamos en las vivencias que acompañan a las otras personalidades, superamos la visión kantiana, que solamente reconocía hombres unos al lado de los otros, como “Las piedras en el pedregal”, según una expresión que usó la doctrina alemana de comienzos del siglo XIX. Reitero que no es el momento de expresar opiniones sobre la solidaridad, la cooperación, o sobre otros sentimientos nobles. La radicalidad de la personalidad implica asumir en sí misma no solo la existencia de unos ‘otros’ imprecisos o difuminados a los que solo haya que respetar, entendiendo por tal cosa el

demás contemplan y usan esos personajes para entenderse y valorarse a sí mismos”. *Tras la virtud, cit.*, p. 46.

¹⁴⁹² *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. de J. Beriain-J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, pp. 59-62.

¹⁴⁹³ MacIntyre, *Tras la virtud, cit.*, p. 281.

¹⁴⁹⁴ *Tras la virtud, cit.*, p. 216.

abstenerse de interferir en sus vidas: los discípulos de Kant mantuvieron la necesidad de una libertad formal, negativa y vacía, porque entendieron que ante las otras personas solo cabe jurídicamente una actitud, que es la de la abstención (la *Enthaltung*) de irrumpir en sus vidas.

Esta doctrina no es únicamente insolidaria, es ante todo irreal. Cada persona porta en sí las personalidades de los demás. Un ser humano no lleva consigo la *persona ut persona* (según la terminología de los juristas) de los otros en su incomunicabilidad radical: este sí es el momento de un respeto que ha de tener mucho de abstención; desde este punto de vista está presente la observación de Scoto cuando indicaba, al comienzo de su comentario al tercer libro de las Sentencias, que cada persona constituye la última soledad del ser.¹⁴⁹⁵ Dejemos la incomunicabilidad, con su correspondiente soledad, para aludir a un momento de la persona que es tan necesario como insuficiente. Es insuficiente porque a todos se nos exige, y se nos debe exigir, que entendamos las razones de lo que los juristas llamaban las *personae juridicae*: el investigador es vecino y conciudadano, es conductor, es profesor, y ha de conocer los deberes y derechos que comporta cada una de estas condiciones suyas y las razones por las que existen. Por el mismo motivo, ha de conocer las competencias de un vendedor ambulante, del rey o de los bedeles de la facultad. Las competencias de los demás no irrumpen en nuestra vida violentamente, sino con naturalidad, porque esa mínima formación cívica a la que aludía antes conlleva una educación ante las funciones sociales, sean las nuestras, sean las de las otras personas. Cuando obedecemos el horario de las clases que ha establecido el administrador de nuestro campus universitario no obedecemos a una persona extraña: seguimos nuestra profesión, es decir, nos obedecemos a nosotros mismos.

Al hablar de las ‘personas jurídicas’ no aludo a entidades intelectuales que sean producto de la fantasía. Si reparamos en el hecho de que las razones que hay que dar al profesor para que no moleste a sus vecinos, para que conduzca con prudencia y para que explique con claridad en sus clases, son razones *necesariamente* distintas, estaremos en condiciones de entender que tratamos con entidades bien reales. Son realidades intelectuales, del mismo tipo de las que usan los que se dedican a las matemáticas, a la geometría o a la física. La presión brutal que ejercieron en la Edad Contemporánea las corrientes empiristas y positivistas hicieron creer, equivocadamente, que los científicos se movían con leyes bien reales porque eran ‘positivas’, mientras que los que hablaban de la justicia simplemente parloteaban. Hoy

¹⁴⁹⁵ Beuchot es uno de los pocos autores que se hace eco de esta tesis de Scoto. Véase *Derechos humanos...*, cit., p. 21.

sabemos que los constructos que usan los físicos son tan ‘reales’ como los que usamos los juristas, y que las leyes matemáticas y geométricas tienen frecuentemente componentes bastante más arbitrarios que muchas nociones del derecho.¹⁴⁹⁶

D. *Una antropología por hacer*

La persona que diseñaron los Nominales, que fue la recogida por la Edad Moderna, supone un hombre ya constituido en sus facultades racionales y sensitivas. Es un ser que arrolla lo que encuentra a su paso, porque se considera infinitamente superior a lo que le viene dado. Sin perjuicio de la relativa razón de este modo de considerar al hombre, parece que, después de tantas aventuras intelectuales sobre lo que puede ser la personalidad humana, ha llegado el momento de releer el tratado *De Anima* de Aristóteles. Este libro ha sido comentado con lucidez especial por dos investigadores, uno Alejandro de Afrodisias, y el otro Tomás de Aquino. Ellos muestran que el alma del hombre comienza por lo que come el ser humano, se expande por lo que son sus cinco sentidos (vista, oído, olfato, gusto y tacto) y culmina en su naturaleza racional. Tomás de Aquino añadió que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre: la primera es la que tenemos en común con todos los seres, que es la de sobrevivir; las segundas son las que tenemos en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra; las terceras son las propias de la naturaleza racional, como es el deseo de conocer. Para estos autores no es la razón la que mide a las cosas, sino al revés: “Ratio non est mensura rerum sed potius e converso”.¹⁴⁹⁷

El hombre, es decir, el alma del hombre o todo el hombre, no es un ser extraño a su mundo, sobre el que podría dominar a su antojo, siguiendo la doctrina que entiende que todo el mundo ha sido creado *Ad obsequium hominis*. Una tesis cierta, pero matizable. Tomás de Aquino reitera que las potencias humanas (sean las cognoscitivas o las de otras índoles) “se especifican por sus objetos”,¹⁴⁹⁸ lo que quiere decir que el hombre tiene la facultad

¹⁴⁹⁶ Véanse mis estudios “Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia”, *Dikaiosyne*, primera parte 23 (2009), pp. 25-65. Segunda parte, 24 (2010), pp. 59-87. Disponibles en versión electrónica en *saber.ula.ve*. “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *Persona y Derecho* 62 (2010/1), pp. 20-58. Más extensamente en *Los constructos racionales en las teorías sobre la justicia*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, Lap Lambert Academic Publishing, 2011, y *La crisis del Estado...*, *cit.*

¹⁴⁹⁷ Véase, entre otros lugares, *Suma teológica*, q. 91,3.

¹⁴⁹⁸ Véase, entre otros lugares, *Sum. Gent.*, § 2079. In *tres libros de Anima*, Antwerpiae, 1612, vol. III, l. II, § 24. In *IV Sent.*, l. II, dist. 24, q. 1, a. 3.

del oído porque tiene sonidos que oír, o que posee la capacidad de razonar porque hay conceptos que necesitan ser captados y razonamientos que necesitan ser hechos. El hombre no se encuentra arrojado a un mundo que le es extraño. Si el hombre habitara una casa que no es suya, bien habría que mantener con Scoto que no tiene más normas que las que se derivan desde el amor de Dios, o bien habría que emprender el desarrollo de alguna teoría ética constructivista. Pero el ser humano sí habita su propia casa, al menos hasta cierto punto: de ahí el dicho medieval *Homo est in mundo sicut filius in domo*.

Han pasado muchos siglos en los que hemos creído avanzar en los temas humanos —y efectivamente ha habido avances notables—, pero en los que también ha habido retrocesos *in humanis*. El trío formado por Galileo-Descartes-Newton ha marcado el punto de inflexión decisivo de nuestra cultura, al menos en la teoría de la ciencia. Pero como el paradigma científico que ellos propusieron ha sido negado en sus bases fundamentales, hemos de volver a los tiempos anteriores a ellos; no en la física ni en otras ciencias, pero sí en los temas del hombre. Algunos filósofos, como MacIntyre, entienden que hay que volver a tomar la discusión sobre la ética tal como quedó en los tiempos premodernos, y estudiar la *modestia* ontológica de aquellas explicaciones mecánicas que han de tener el mismo destino que la filosofía implícita en la mecánica clásica. Esta ha sido, precisamente, la tragedia de Kant: la filosofía de la ciencia que expone en su *Doctrina de los elementos* depende tanto de Newton, que su mundo nouménico de los principios a priori del Entendimiento no tiene más valor que el que queramos conocer a aquella mecánica ahora llamada simplemente mecánica clásica, con una validez meramente parcial.

Sin duda, la crisis de la ciencia clásica ha marcado el despertar de posibilidades que hasta hace poco tiempo solo parecían pertenecer al sentido común, como es el caso de la filosofía aristotélica. Desde luego, las explicaciones físicas de Aristóteles no nos sirven porque hemos perfeccionado los instrumentos de observación, y la comunidad científica ha desarrollado esquemas intelectuales que, aplicados al mundo físico, mejoran aquellas explicaciones de primera hora. Pero el hombre sigue siendo la aporía que se resiste a ser explicada a través de la oposición clásica entre la naturaleza o lo ya-dado, y el mundo del espíritu o de la libertad: dejemos estas oposiciones para los kantianos.

Abandonemos igualmente los términos en los que la mentalidad materialista propuso la antítesis entre la razón teórica y la razón práctica, aquella precisa y esta sin más posibilidades que la proposición de utopías: ¿acaso es una utopía recordarle al profesor que ha de conducir con prudencia?

Las potencias del hombre, cognoscitivas o de otros tipos, dependen desde su entorno, porque han sido creaciones del entorno. Ese extraño animal llamado a la vida eterna ha sido creado en la mayor parte de sus sectores y dimensiones por 'su' mundo. Es un ser especialmente carente, plagado de necesidades, y la satisfacción de esas necesidades no es arbitraria: una carencia implica la ausencia de algo, y es en ese algo donde hay que buscar. Si efectivamente abandonamos la oposición entre la razón teórica y la razón práctica que propusieron los materialistas de primera hora, y si abandonamos la pretensión frankfurtiana de reducir toda la racionalidad a razón práctica, tenemos autores contemporáneos que han despertado el letargo del estilo aristotélico de explicar al hombre. He aludido a algunos de ellos. El reto quizá más inmediato que existe hoy, referido a la ley natural y en general a la ética, es estudiarlos para exponer sus explicaciones compaginándolas hasta donde sea posible. Es una tarea ardua, porque implica vulnerar el sentido común típicamente occidental, que entiende que las potencias humanas son anteriores a sus efectos: en otras palabras, hay que superar a Juan Duns Scoto y a su escuela, y es preciso dejar en su sitio a la mentalidad que sostiene que la naturaleza es ajena al hombre, ya que el ser humano crea, y lo natural es lo que ya está dado. Viene a la cabeza el dicho latino: *Homines, qui metuunt facilia et sperant impossibilia...*