

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

Historia del derecho natural

Un ensayo

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

**HISTORIA
DEL DERECHO
NATURAL
UN ENSAYO**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 1999

FRANCISCO CARPINTERO BENITES

HISTORIA
DEL DERECHO
NATURAL
UN ENSAYO

Primera edición: 1999

DR © 1999. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, México, D. F., C. P. 04510

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-7537-9

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jerez de la Frontera, mayo de 1995

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

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTOS MEDIEVALES

I. EL DERECHO NATURAL LAICO DE LA EDAD MEDIA

Hablar del derecho natural 'laico' requiere, ante todo, una explicación por el uso de este desconcertante adjetivo. El lector sabe que a las teorías sobre el derecho natural que se desarrollan en la Edad Moderna, durante los siglos XVII y XVIII, se las conoce usualmente como derecho natural profano, secularizado, etcétera.³ De este modo, muchos estudiosos contraponen las teorías iusnaturalistas medievales que serían 'teológicas', es decir, estarían fundamentadas en y transidas de teología, a las corrientes iusnaturalistas más propias de Edad Moderna, que representarían un pensamiento secularizado. Así, mientras que aquéllas (las medievales) representarían un mundo jerárquicamente ordenado, en el que cada 'cosa' encontraría su lugar *natural* gracias a la ordenación divina original en la creación de la naturaleza, éstas —las modernas— fueron concebidas desde la base y fundamento de la dignidad humana individual, para lo que no necesitaron Grocio, Pufendorf, etcétera, ningún especial recurso teológico, porque los *modernos* parten desde la igualdad y libertad de las personas. Esta doctrina de la modernidad culminaría en la obra crítica de Kant, quien, con su afirmación de cada sujeto como 'fin en sí mismo' (*Selbstzweck*), habría sido el fundador de la dignidad humana desde unas bases secularizadas.

Por este camino aparecen dos culturas jurídicas distintas: la medieval, que reposaría sobre una metafísica teleológica, de un origen teológico último, y la moderna, de índole *personalista* porque sólo tiene en cuenta a las personas tal como 'somos' y tal como se nos debe respetar. Lo que, de paso, nos libra —según mantuvieron muchos hace siglos— de las compli-

³ Ejemplos de esta terminología los tenemos en manuales muy conocidos de la historia del derecho natural y de la filosofía del derecho. Vid. Verdross, A., *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Gechichtlicherschau*, Wien, 1963, p. 108. Welzel, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, p. 109.

caciones *metafísicas*, y sitúan los derechos del hombre sobre una base más sólida, por sencilla y adherida a la realidad.

Realmente, me parece que esta visión corriente no se adecua al curso histórico real, pero éste es ahora un problema ajeno a mis fines. Igual que cualquier otro tema digno de atención, este tema presenta varias facetas, y yo quisiera momentáneamente aludir a una solamente: la de si la modernidad creó una cultura jurídica nueva y, en caso de que así fuera, hasta qué punto llegó su originalidad. Planteo este asunto porque hasta no hace mucho tiempo se ha entendido que el derecho natural, *ius naturale et gentium*, fue una creación de la Edad Moderna⁴ que, de la mano de Grocio, Hobbes y Pufendorf, recabó la igual dignidad de todos los hombres.

Con el aumento de la historiografía sobre el derecho natural, esta opinión puede considerarse hoy definitivamente abandonada. Ya en los años treinta comenzaron a estudiarse las obras de los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, que tratan ampliamente del derecho natural y de los fundamentos de la justicia: Luis Recaséns fue un buen precursor en este tema. Por este motivo, autores tales como Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Miguel Bartolomé Salón, Pedro de Aragón, Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina, Francisco Suárez, etcétera, salieron de los muy empolvados anaqueles de las bibliotecas, y pasaron a formar parte de nuestra historia conocida. Pero si notamos que todos estos escritores fueron teólogos de profesión, parece que la tesis del derecho natural laico moderno frente al iusnaturalismo anterior, de algún modo teológico, queda reforzada. Y más si tenemos en cuenta la (dispar) dependencia que estos teólogos muestran de la obra de Tomás de Aquino, especialmente del Tratado de las Leyes contenido en la I-II de la *Suma teológica*. Así aparece como un arco histórico ininterrumpido que iría desde la Baja Edad Media hasta los comienzos del siglo XVII, pleno todo él de derecho natural dependiente de la teología.⁵

4 Joaquín Marín y Mendoza, a finales del siglo XVIII, escribía que el "fundador de la ciencia del derecho natural" fue Hugo Grocio. Vid. su *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid, edición de García Pelayo, 1950, p. 29. Warnkönig, L. A., en su *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg im B., 1839, comienza la exposición de las teorías sobre el derecho natural con Hugo Grocio. Ni siquiera alude a posibles precedentes. Algo más tarde, K. Kaltenborn, en su búsqueda explícita de este tema, sigue considerando a Grocio y "a sus inmediatos seguidores" como los únicos autores importantes para mostrar el origen y desarrollo de "la" doctrina del derecho natural. Vid. *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius Naturae et Gentium sowie der Politik in Reformationszeitalter*, Leipzig, 1848, p. 188.

5 Sobre la inserción del derecho natural en la teología a través de la metafísica, en Suárez, en quien puede quedar representada la corriente 'teológica', vid., entre otras obras, las de Angelis, A. de,

Procede preguntarse si es correcto plantear así este escalonamiento histórico. Me parece que ni estos teólogos dependen en tanto grado de la teología, ni los filósofos del siglo XVII que comienzan a escribir sobre el derecho natural partieron desde un vacío preexistente. En 1970 me fue encargada la tarea, por mi director de tesis, de buscar los precedentes de este iusnaturalismo 'laico' de la Edad Moderna. Tras los estudios de Ernst Reibstein⁶ parecía que fue un jurista español, Fernando Vázquez de Menchaca, quien en 1559 publicó sus *Controversias ilustres*, el que sentó las bases fundamentales del *ius naturale* moderno. Tras cinco años de estudio pude convencerme de que, efectivamente, Fernando Vázquez de Menchaca (al que no hay que confundir con Gabriel Vázquez de Belmonte, un teólogo algo posterior), fue el primero que expuso claramente la nueva ciencia jurídica.⁷ Pero también tuve ocasión de comprobar lo mucho que dependía Fernando Vázquez de las nociones romanistas sobre el *ius naturale*.

Estas nociones del derecho romano entraron en Europa a finales del siglo XI, porque el *magister* Irnerius comenzó a explicar, en Bolonia, un manuscrito del Corpus Juris Civilis. Irnerius y sus discípulos comentaron el derecho romano, y pronto hubo demasiadas glosas discordantes y contradictorias; por este hecho, Accursius redactó su *Glossa Ordinaria*, casi un siglo más tarde, para unificar criterios. Esta *Glossa Ordinaria* tuvo una importancia extraordinaria históricamente. Durante los siglos XIII y XIV, otros juristas *comentaron* el derecho romano, aplicándolo más a las necesidades de estos momentos, y esta segunda corriente de romanistas, llamados comentadores o posglosadores, culmina con Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, en el siglo XIV. Al conjunto de toda esta *jurisprudencia* romanista se la ha llamado *ius commune*: los libros de estos juristas encontraron aplicación inmediata en muchos tribunales de toda Europa, y en la América española.

La ratio teologica nel pensiero giuridico-politico del Suárez, Milán, 1965. Otros investigadores más recientes han insistido en la secularización del pensamiento jurídico que ya se opera en estos teólogos. Vid. a Todescan, Franco, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova, 1973, especialmente pp. 25-82.

⁶ Vid. *Die Anfängen des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den 'Controversiae illustres' des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949, y *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altenprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955.

⁷ De este estudio resultó mi ensayo *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977.

Aquí reside la cuestión: los juristas romanos entendieron de varias formas distintas el derecho natural, extensamente estudiadas hace tiempo por Moritz Voigt.⁸ Y, como es lógico, la *jurisprudencia* medieval que se desarrolló sobre estos textos romanos asumió las diversas nociones acerca del *ius naturale* que se encontraban en ellos. Es decir, hubo una inteligencia común o compartida sobre lo que era el *ius naturale* que arranca de los jurisperitos romanos y llega, a través de los juristas del *ius commune* medieval, hasta el siglo XVII. Mi pregunta es: esta jurisprudencia romanista ¿tuvo relevancia para la construcción del derecho natural típicamente moderno? Desde luego, si así fuera, ya no habría una distinción tan nítida entre dos periodos de la historia: el medieval-teológico, y el moderno-laico. Porque entonces más bien encontraríamos dos formas, o dos talentos, de entender el derecho natural, que han discurrido paralelos a lo largo de la historia de nuestra ciencia jurídica. Uno, que atiende preferentemente a la libertad *natural* de cada individuo, que ya comenzó en el pensamiento jurídico romano clásico,⁹ y que se desarrolló ampliamente a lo largo de la baja Edad Media. Y otro, notablemente más difícil de caracterizar, que también ha estado presente a lo largo de todo este tiempo, bien en libros jurídicos (pensemos en muchos textos del derecho romano), bien en tratados de teología —caso de Tomás de Aquino, o de Vitoria, o Soto, por ejemplo—, o bien en estudios de juristas que no eran teólogos pero que combinaron la mayor profundización en la filosofía propia de los teólogos con la ocupación estrictamente jurisprudencial: tal sería el caso de Diego de Covarrubias, Martín de Azpilcueta, Francisco Connanus, Joaquín Hopper, Pierre de la Grégoire, por ejemplo, todos ellos autores del siglo XVI. Este segundo modo de entender el derecho natural ha sido llamado recientemente, bajo la influencia de Villey, ‘derecho natural *clásico*’. Un título que convence poco, porque esta inteligencia del *ius naturale* no ha triunfado en ningún momento histórico: es demasiado sutil, más cercana al *esprit de finesse* pascaliano que no al ‘talante geométrico’.

Tal como he ido exponiendo el problema, parece que lo más pertinente ahora sería tratar de caracterizar esta otra explicación del derecho natural propia de Covarrubias o Connanus, por ejemplo. Esta tarea la emprenderé más adelante, cuando contraponga al derecho natural específicamente mo-

8 Hay reimpresión de su *Das Jus naturale, Aequum et Bonum und das Jus Gentium der Römer*, hecho por la editorial Scientia, Aalen, en 1966.

9 Vid. el estudio de Guzmán, A., “La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Chile, XIV (1991), pp. 17-44.

dermo con el modo romanista de entender la ocupación con el derecho, también con el derecho natural. Ahora me limito a dejar constancia del hecho de que la historia de las teorías sucesivas sobre el *ius naturale* ha sido bastante compleja, y que no se presta a divisiones sencillas y claras. Es decir, cuestiono la división simplista de la *jurisprudencia* en dos bloques claros y distintos, el 'teológico' y el 'profano', porque ni aquél fue tan *teológico* ni éste aparece, sin más, en el siglo XVII como un descubrimiento enteramente original.

Ciertamente, esta tesis así expuesta se presta igualmente a simplismos. Para evitarlos, habría que distinguir ante todo varias líneas diferentes dentro de lo que se conoce, algo inmatizadamente, como escuela del derecho natural moderno. Porque Grocio y Pufendorf, y tras ellos sus respectivos seguidores, encarnaron talentos muy distintos, a veces opuestos. Grocio y sus secuaces siguen teniendo en cuenta los "primeros principios de la razón práctica" o ley eterna, por lo que sitúan la revelación divina (es decir, esa revelación que consiste en la *participación* de la razón humana en la sabiduría y bondad de Dios) en la base de cualquier justicia posible. En cambio, el talante metódico que arranca de Hobbes y que Pufendorf, Thomasius, Gundling, etcétera hicieron realidad doctrinal en sus libros, sí constituyó una filosofía verdaderamente 'constructivista', que no se relaciona especialmente con consideraciones teológicas o con cualquier dato fundamental de la fe cristiana.¹⁰ Esta nueva filosofía jurídica sí tiene sus bases propias, al margen del dato de algún modo revelado, y sus desarrollos procuran ser acordes con las bases iniciales. Pero en ambas corrientes existió mucha dependencia de las ideas, tesis, aspiraciones y barruntos que se remontan hasta mucho antes. Y es a este problema al que quiero referirme.

1. *Las distintas fuentes del ius naturale*

Las dos fuentes fundamentales de nuestra cultura jurídica han sido históricamente el *Corpus Iuris Civilis*, con las obras surgidas a su amparo, y el *Corpus Iuris Canonici*, en el que tanto contaban los cánones como los comentarios que los canonistas habían hecho sobre ellos. Esto implica

10 Hobbes sí fue enteramente coherente en su proceso secularizador. Pufendorf es un autor desconcertante: una es su actitud en el *De jure naturae et gentium*, y otra muy dispar en el *De Officio*. Este último libro no constituye un resumen del anterior, como usualmente se cree, sino que presenta una factura algo distinta.

que han existido dos puntos de arranque distintos a la hora de explicar qué era el derecho natural.

El canonista Rufino, casi en los inicios de la escuela de Bolonia, reconocía que la doctrina iusnaturalista elaborada por los legistas, es decir, por los juristas que se ocupaban del derecho romano, era muy distinta de la que había quedado establecida en el *Corpus Iuris Canonici*¹¹ y en sus comentarios. Más tardíamente, en el siglo XV, Antonio de Rosellis distinguía el derecho natural propio de los canonistas de las teorías iusnaturalistas de Azo, que le parecían más filosóficas y más confusas.¹² Efectivamente, las explicaciones sobre lo que podría ser el derecho natural se canalizaron en la baja Edad Media en dos direcciones distintas: la de los canonistas o decretistas, en la que este derecho fue identificado por lo general con aquello *quod in lege et in evangelio continetur*,¹³ y la de los romanistas, que siguieron estrechamente las explicaciones de los juristas romanos expuestas en el *Digesto* y en la *Instituta*.¹⁴ Los teólogos de esta época, ni canonistas ni legistas, aparte de su aversión común hacia la ocupación jurídica, no tuvieron mucho en común en el momento de explicar qué era el derecho natural. En líneas generales, los teólogos estaban más vinculados a la noción paulina de ley natural expuesta en Romanos 2, 14-15.¹⁵ Por esta razón, tendieron a identificar este derecho con los *prima principia* de la razón práctica,¹⁶ esto es, con las normas más generales del comportamiento que cada hombre encuentra mediante su intelecto. Pero Tomás de Aquino introdujo en la cultura teológica no sólo a Aristóteles,

11 Rufino escribía: "*Hoc autem legistica traditio generalissime definit dicens ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nos vero, istam generalitatem, quae omnia concludit animalia, non curantes, de eo, iuxta quod humano generi solummodo adscribitur, breviter videamus*". Cfr. *Summa Magistri Rufini* (edición de Schultze 1892), p. 4. Citado por Fassò Guido en "I glossatori e il giusnaturalismo medievale", *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 40 (1963), p. 701.

12 Vid. Bonucci, *La derogabilità del diritto naturale nella Scolastica*, Perugia, 1906, p. 225.

13 Sobre las explicaciones iusnaturalistas de estos canonistas, vid., por ejemplo, a Composta, D., "Il diritto naturale in Graziano", *Studia Gratiana* 2, 1954, pp. 157 y ss. y Villey, "Le droit naturel chez Gratian", también en *Studia Gratiana* 3, 1955, pp. 88 y ss.

14 Sobre este conjunto abigarrado de explicaciones sobre la naturaleza del derecho natural, vid. Grabmann, "Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin. Nach den gedrückten und ungedrückten Quellen dargestellt", *Mittelalterliches Geistesleben*, Munich, 1926. Lottin, *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931. El estudio más detallado es el de Weigand, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Munich, 1967.

15 San Pablo escribía: "*Cum enim Gentes, quod legem non habent, naturaliter ea, quae legis sunt, faciunt, ejusmodi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex: qui ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis...*". Sigo la versión vulgata. B.A.C., Madrid, 1960.

16 Vid. Pizzorni, Reginaldo, *Il diritto naturale dalle origine a S. Tommaso d'Aquino*, Roma, 1978, pp. 146-162.

sino también a la jurisprudencia romanista, por lo que a partir de la *Summa Theologiae* de Tomás el *ius naturale* entendido como un estado primitivo del hombre en el '*status naturae*', en el que no existirían propiedades y, en general, '*jurisdictiones*', pasó también a formar parte del patrimonio cultural usado por los teólogos.¹⁷ Esta influencia romanista del de Aquino la podemos reconocer de forma especialmente clara en sus discípulos más directos, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, sus seguidores más directos a pesar del tiempo que los separa.

Es decir, a partir del siglo XIV, época en la que vive Tomás de Aquino, se produjo una cierta imbricación mutua de las teorías canonistas, teológicas y jurídico-romanistas acerca del derecho natural. La *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas* entraron a formar parte del saco común del que se nutrían teólogos, canonistas y juristas comentadores del derecho romano cuando escribían sobre la naturaleza, alcance, etcétera, del *ius naturale*. Se produjo así una cierta unificación de fuentes, y tal hecho es necesario reconocerlo siempre y cuando tengamos en cuenta el enorme desorden y las contradicciones internas que existían en estas fuentes comunes.

2. El derecho natural, ¿obra de la razón o de los instintos 'naturales' del hombre?

He aludido a la enorme importancia de la *Glossa* de Acursio, que, según Savigny, hizo olvidar los escritos jurídicos anteriores.¹⁸ Dado que Acursio se había limitado, en cierto modo, a concordar glosas sobre el derecho romano, es obvio que las explicaciones iusnaturalistas que él expone dependen estrechamente de las fuentes romanas, comentadas, analizadas y exasperadas por los juristas medievales. Desde luego, éste era y tenía que ser un tema crispante: de un lado, todos tenían clara la noción típicamente estoica de la ley natural, que reconocemos en Cicerón,¹⁹ por

17 Vid., por ejemplo, a P. M. Farrell, cuando indica que "Two further early Jurist are, however, principal sources for formulae and distinctions which St. Thomas will adopt and stabilize in the *Prima Secundae*. These are Gaius... and Ulpian". Cfr. "Sources of St. Thomas' concept of Natural Law", *The Thomist* 20 (1957), p. 267. Sobre este tema es conocido el estudio de Aubert, J. M., *Le droit romain dans l'oeuvre de St. Thomas*, París, 1955.

18 Vid. su *Geschichte des römischen Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1956, vol. V, capítulo XLI.

19 Cicerón escribía muy posposamente que "*Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum excogitatum, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universo mundo regente imperandi prohibendique sapientia. Ita principe legem illam et ultimam mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis dei. Ex qua illa lex quam dii humano*

ejemplo, y que fue la asumida por San Pablo; y por otra parte estaba el *Corpus Iuris Civilis*, al que se debía obediencia porque era obra del “Sacratísimo y Cristianísimo Emperador Justiniano”,²⁰ y porque, además, era la *ratio scripta*, un verdadero *donum Dei*. Pero, claro, las nociones del derecho natural expuestas en unas y otras fuentes eran difícilmente conciliables. Porque, en el interior del mismo *Corpus Iuris Civilis* ya encontramos estas categorías antropológicas constantes y opuestas: el derecho natural como un orden de bondad eterno, y el derecho natural como una dimensión permanente de la naturaleza humana que excluye en cierto modo cualquier sometimiento de un hombre a otro.

Es decir, las fuentes romanas distinguen entre la constitución ‘originaria’ del hombre, y la vida social tal como es hoy, esto es, entre un derecho natural y un derecho de gentes. El derecho natural es entendido en principio como un estadio ya superado en la historia de la humanidad. Se trataría —tal como lo expone Ulpiano— de una etapa histórica en la que todos los hombres fueron igualmente libres (porque no habría existido ninguna relación jurídica, alguna *jurisdictio*) y no existían tampoco propiedades privadas. Para entender esto es fundamental la declaración de *Digesto*, 1,1,5, conocida usualmente como la ‘ley’ *Ex hoc iure*, quizá unos de los textos escritos más importantes y decisivos de nuestra cultura ético-jurídica. El derecho de gentes, en cambio, que ‘comenzó después’, introdujo las propiedades, y con ellas las guerras,²¹ y como consecuencia de las guerras, las esclavitudes. Introdujo, igualmente, el arte de construir edificios, la vida en las ciudades, el comercio, buena parte de los contratos, etcétera.²² Es decir, el ‘*Jus gentium*’ introdujo la vida social derogando buena parte del derecho natural. Que el derecho natural pueda ser derogado planteaba una serie de cuestiones que dejo para más adelante. Lo cierto, ahora, es que estos eran algunos de los textos básicos que tenían a

generi dederunt, recte est laudata: est enim ratio mensque sapientis ad iubendum et ad determinandum idonea”. Cfr. *De Legibus*, París, Les Belles Lettres, 1968, II, 4, 8.

20 Casi todas las obras del *ius commune* impresas en el siglo XVI presentan así las ediciones sobre el *Corpus Iuris*.

21 En la antigüedad estaba extendida la idea de que las guerras habían comenzado por la codicia. Así lo atestigua Felix, Ludwig en *Entwicklungsgeschichte des Eigentums unter kulturgeschichtlichen und wirtschaftlichem Gesichtspunkt*, Leipzig, 1886, teil II, p. 36.

22 Este texto reza: “*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris terminis posititis, aedificia collocata, comercio, emptiones venditiones, locaciones conducciones, obligaciones instituta; exceptis quibusdam qua iure civili introduzca sunt*”.

la vista cualquier jurista y cualquier teólogo desde el siglo XI al siglo XVII, cuando querían conocer y estudiar qué era el *ius naturale*.

El problema era algo más complicado porque Ulpiano también había declarado que el derecho natural consistía en aquello que “la naturaleza enseña a todos los animales”,²³ esto es, había tenido en cuenta los instintos que todo hombre manifiesta ‘naturalmente’. Al filo de esta tesis, Tomás de Aquino, por ejemplo, explicó “el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales”,²⁴ y bajo tales inclinaciones reconoce tanto las que son propias del hombre como aquellas otras que tiene en común con todos los animales. Es decir, estaban ante un entrecruzamiento de tres criterios distintos y difícilmente compatibles: el de la condición originaria del hombre en el *status naturae*, que era de libertad, el derecho natural como un conjunto de normas eternas e inmutables, y el que se enunciaba como *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*.

3. La ‘derogabilidad’ del derecho natural

El *ius gentium*, que es el orden jurídico normativo creado por los hombres ante las necesidades concretas, fue cobrando importancia en la jurisprudencia bajomedieval para explicar qué es el derecho natural. Esto lo reconocemos en Acursio cuando escribe que “Se dice que el derecho natural comprende cuatro realidades: primero, la ley mosaica; segundo, las inclinaciones que provienen del instinto natural; en tercer lugar, el derecho de gentes...”²⁵ En otras ocasiones, Acursio habla del *ius gentium naturale*,²⁶ lo que parece confirmar la sospecha de que alude a dos realidades que, si no son idénticas, sí son parcialmente coincidentes.

Pero las cosas eran más enrevesadas, si es que se quería permanecer fiel al texto y al espíritu del derecho romano. El mismo Acursio, al comentar la ley *Libertas* (D. 1.5.4), en donde Florentino mantiene que la

23 Ulpiano había dejado escrito en D. 1,1,1,, 2-4, que “*jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*”.

24 “*Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae*”, Cfr. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, art. 2, resp.

25 “*Ius naturale quattuor modis dici. Primo lex mosaica. Secundo, obligationi quae est ex instinctu naturali. Tertium ius gentium...*”. Cfr. *Accursii glossa in digesto vetus, infortiatum et novum*, reproducción *Ex officina Erasmiana* de la edición de Venecia de 1487, Torino, 1968, glosa “a” a D. 1,1,1.

26 *Vid.*, Glosa “k” a D. 1,1,9.

libertad es la facultad natural de poder hacer cada cual lo que quiera, fundamentada en la naturaleza, mientras que la esclavitud ha sido constituida por el derecho de gentes, sometiendo un hombre a otro contra los dictados de la naturaleza,²⁷ escribe que “en este lugar se define la libertad atendiendo al derecho que la crea, que es el derecho natural”.²⁸

Quisiera prevenir al lector de un espejismo en el que hoy se puede incurrir fácilmente: el de suponer que existe primero un derecho u orden normativo y, en segundo lugar, unas instituciones que están ‘fundamentadas’ en tal orden normativo. Esta es actualmente la terminología que se usa, y que ha sido más frecuente en el siglo pasado, cuando se quería decir, por ejemplo, que ‘la familia se fundamenta en el derecho natural’. Esta forma de expresarse es ajena a los textos romanos y medievales: no existe primero el derecho natural y después la libertad, que se fundamentaría en tal derecho. Los textos a los que estoy aludiendo, romanos y bajomedievales expresan cosas como que ‘la propiedad es de derecho natural’, o que ‘la esclavitud es de derecho de gentes’. La libertad ‘es’ derecho natural, o el derecho natural ‘es’ libertad: más bien se puede apreciar una identificación, no una sucesión lógica, cronológica o normativa.

Planteadas así las cosas, Acursio explica que él, al vincular el derecho natural y la libertad, sigue la doctrina establecida ya por Irnerio²⁹ que, en su opinión, debe ser entendida en el sentido de que este derecho excluye cualquier tipo de sujeción de un hombre a otro, pues “bajo el derecho natural todos los hombres nacen libres”.³⁰ Una declaración así, en la pluma de un jurista bajomedieval, puede extrañar a algún lector actual, que quizá esté bajo el prejuicio, según el cual en la Edad Media la esclavitud era considerada como ‘de derecho natural’. En la Edad Media dominó el espíritu del derecho romano, no la doctrina aristotélica, descubierta tardíamente en el siglo XIII. Por este motivo, Acursio afirma que, atendiendo al derecho natural, todos los hombres son igualmente libres, con independencia del *status civilis* que posean. Lógicamente, se opone resueltamente a los juristas (a los que

27 Florentino escribía “*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibeatur. Servitus est constitutio iure gentium, qua quis dominio alieno contra natura subicitur*”. Cfr., D. 1,5,4.

28 “... *diffinit hic libertas secundum ius quo est inventa ius naturale secundum*”. Cfr. glosa “b” a D. 1,5,4.

29 “*Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut definiatur libertas eo iure, quo inventa es iuri naturali*”. Cfr. glosa “c” a Inst. 1,1,3.

30 “*Utpote cum iure naturali omnes homines liberi nascerent nec est nota manumissio*”. Cfr. glosa “q” a D. 1,1,4. Se limita a transcribir el texto de Ulpiano de D. 1,1,4.

alude pero no menciona) que estimaban que la libertad estatuida por el derecho natural sólo afecta a los hombres que son libres o libertos, mientras que los esclavos quedan al margen de ella. “Algunos dicen —escribe Acursio— 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 forma que la libertad del hombre libre es cosa distinta de la libertad del esclavo”.³¹ Esto, dada su formación romanista, le parece falso, y nos explica que “aquí se define la libertad según el derecho por el que es descubierta, que es el derecho natural, por lo que también queda comprendida la libertad del esclavo”. Él no está comprometiéndose muy personalmente con ninguna opción ideológica en particular: se limita a seguir el criterio que se desprende inequívocamente de las fuentes romanas. Más concretamente, argumenta él que la razón que le mueve a pensar así es el hecho de que sólo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que este concepto no puede desdoblarse en dos distintos, uno para el hombre libre y otro para el esclavo.³² Concluye, consecuentemente, que de acuerdo con el derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre.³³

En estas ideas de Acursio se contempla una posibilidad que se irá desarrollando progresivamente hasta alcanzar su plenitud en el siglo XVIII. Me refiero al hecho de afirmar la existencia simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos, uno el derecho natural, que *estatu*e la libertad igual para todos los hombres, y otro, un derecho ‘de origen humano’ que legitima la existencia de situaciones de sometimiento de un hombre a otro, opuestas al derecho natural. Todo un problema para la mentalidad que surge de la modernidad, que acabará afirmando que ‘o uno, u otro’, excluyentemente.³⁴ Esta situación, sin embargo, planteaba pocas dificultades.

31 “*Alii dicunt deffiniri 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*”. Cfr. glosa “c” a Inst. 1,1,3.

32 “*Libertas. Diffinitur hic libertas secundum ius quod est inventa, ius 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 iure naturali potest facere quicquid vult*”. Cfr. glosa “b” a D. 1,5,4.

33 “... *nam ipse —servus— semper liber est inspecto iure naturali*”. Cfr. glosa “o” a D. 1,1,4. En la glosa “c” a Inst. 1,3,1 escribe: “*Libertas. Hace deffinitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut deffiniatur libertas esto iure, quo inventa est iure naturali et sic servi secundum hoc sunt liberi*”. Al opinar sigue la tesis de Ulpiano que se encuentra en D. 50,17,32: “*Quod attinet ad ius civile servi pro nullius habentur, non tamen et iure naturali, quia, quo ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*”.

34 Esto venía a decir Karl Berghom en *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 394-396.

tades para una mentalidad medieval, más flexible que la nuestra. Acursio entendía, simplemente, que el derecho actual, en parte es derecho natural, como la libertad; y en parte de derecho de gentes, como la servidumbre.³⁵ Como después veremos, la 'derogación' que ha sufrido el derecho natural en manos del *ius gentium* no implicaba que aquel derecho hubiera quedado definitivamente anulado, sin vigor jurídico. En casos excepcionales renace el vigor propio del derecho natural, y así, si existe extrema necesidad, cobra vigor jurídico otra vez la *communis omnium possessio*.³⁶ La *derogatio* latina no se corresponde con nuestro concepto actual de derogación.

De todos modos, para un cristiano era chocante explicar que el derecho natural, eternamente escrito en nuestros corazones según San Pablo, hubiera quedado derogado por otro ordenamiento normativo de origen humano. Ruego al lector me permita una breve digresión para entender el problema en su conjunto. El tema de la derogabilidad del derecho natural tenía, ya en tiempos de Acursio, una larga tradición a sus espaldas. Imerio había enseñado que el *ius civile* deroga al *ius gentium* que, a su vez, había derogado al derecho natural.³⁷ Placentino, más preciso, explicó más tarde que las *virtutes* del '*ius gentium*' son contrarias al derecho natural, pues destruyen la libertad.³⁸ Se trata, pues, de tres derechos, el *ius naturale*, el *ius gentium* y el *ius civile*, que fueron situados por los jurisprudentes romanos y por estos juristas en tres supuestas etapas consecutivas de la historia de la Humanidad. La más antigua, llamada comúnmente *status naturae*,³⁹ desapareció en cierto modo al entrar en vigor el *ius gentium*, que substituyó en buena medida al derecho natural.⁴⁰ Y el derecho de gen-

35 "partim est de iure naturali, ut libertas: et partim de iure gentium, ut servitus". Cfr. glosa "p" a Inst. I, 3.

36 Vid. mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, cit., pp. 236-237.

37 Para una visión de conjunto de este problema en Imerio, vid. Rota, "Il diritto naturale come insieme di norme regolatrice della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica", *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* 25 (1948), pp. 157 y ss.

38 "Iura quoque gentium sunt secundum virtutes, quae sunt iuri naturali contrariae et adeoque contrariae sunt, meo iudicio, libertatem perimat, nam et imperator ait homines ab initio liberi nascebantur, ac si aperte dicere hodie non nascuntur". A pesar de esto, explica que "etiamsi quidam asserant libertatem in servis fore naturaliter iure... Nam et servitus, quae est ius gentium, libertatem meo iudicio non solum obumbrat, sed tollit". Vid. *Summa Institutionum*, I, 2, post proemium. Una explicación más extensa y contextualizada la puede encontrar el lector en E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teoratici nel diritto commune classico*, Milán, 1962, vol. I, p. 81.

39 Vid. mi estudio "La génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVI", *Anuario de Filosofia del Derecho* 18 (1975), pp. 294 y ss.

40 Explicaba Rota, a propósito de Imerio, que "la glossa che lo ius gentium conferma quello che era stato disposto dall'inizio ad opera del diritto naturale. Non vi è dubbio che i due diritti qui posti in

ntes fue sustituido parcialmente, a su vez, por el *ius civile*, que entonces no se limitaba a lo que hoy entendemos por tal, sino que abarcaba lo que actualmente llamaríamos sin más 'derecho positivo'. Pero sigue en pie nuestro problema: ¿cómo explicar que el derecho natural fuera derogable? Porque, en el marco de la cultura cristiana, la idea del derecho natural ha designado siempre un orden fundamental de bondad, cosa que reconocía el mismo Acursio cuando escribía que "... *iure naturali, quod semper bonum et aequum est...*",⁴¹ y bastantes canonistas entendían que este derecho era aquel que procedía '*ex sola aequitate*'.⁴²

Para entender aproximadamente este tema es preciso tener en cuenta la omnipresencia de la categoría de la 'causa' en la jurisprudencia bajomedieval. El aforismo que expresaba *ius sine causa nasci non potest* estaba siempre implícito en cualquier razonamiento jurídico. Causa o 'necesidad, o necesidades: la terminología varía, pero expresa siempre el mismo hecho: el derecho surge desde las necesidades, *ex necessitatibus*, y las necesidades las representaba de forma eminente el derecho de gentes. Es frecuente encontrar en las obras de estos juristas frases como "*ex necessitatibus, hoc est, iure gentium...*"⁴³ Y la necesidad era una de las primeras causas de la justicia. Era lógico que Acursio se acogiera a la explicación de las 'necesidades', siguiendo los textos romanos. Efectivamente, el *ius gentium* justifica realidades repugnantes a la razón natural, como eran las servidumbres y las prescripciones. Pero estas instituciones son lícitas porque han sido introducidas por el derecho de gentes '*propter necessitates*'.⁴⁴ Recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre este problema, Acursio considera que, de no existir la esclavitud, los prisioneros de guerra serían ejecutados en lugar de quedar como esclavos de los vencedores, y es más humano que conserven la

successione l'uno dell'altro... Evidentemente nell'epoca della prima applicazione del diritto naturale lo ius gentium non aveva potuto avere nessuna efficacia o meglio esso non esisteva ancora come diritto... risulta evidente che lo ius gentium come prodotto ulteriore delle gentes, cioè dei popoli uscenti della società naturale, è un diritto supraggiunto, pero ciò stesso posteriore al diritto naturale". Cfr. Il diritto naturale..., cit., p. 158.

41 Cfr. glosa "c" a D. 1,1,6.

42 Vid. Weigand, R., *Die Naturrechtslehre der Scholastik...*, cit., p. 344.

43 Acursio, en la glosa "h" a la ley "Ergo omne ius", D. 1,4, escribía: "*Necessitas, id est ius gentium, quod per hominum necessitatem est inductum...*".

44 Así lo explica Acursio en glosa "b" a D. 1,5,4. Azo había mantenido algo antes que "*Iura naturalia dicuntur immutabilia... nisi iuxta causa interveniat, vel publica utilitas*". Cfr. *Lectura Codicis*, 1,22,6, glosa "quae generalis". Esta última cita la he tomado de Cortese, *La norma giuridica...*, cit., vol. I, p. 121.

vida, aunque sea en calidad de siervos. Las *praescriptiones*, por su parte, hacen posible y segura la prueba de las propiedades sobre las cosas. Por estas razones, aunque estas instituciones encierren en sí algo malo, “es mejor que existan a que no existan”.⁴⁵ Así pues, el *ius naturale* puede ser derogado ahora cuando existe una causa proporcionada, y en tal caso es lícito, según la mentalidad romana y medieval, proceder contra lo que estatuye el derecho natural, sea en el fuero interno o externo.⁴⁶

La libertad era para ellos un bien especialmente apreciable y, por ello, a proteger por el derecho. Pero tampoco se les escondía que, de continuar existiendo la *omnium una libertas* se acababa prácticamente toda cultura y toda seguridad.⁴⁷ Recabaron la máxima libertad posible dadas las circunstancias, y esto lo reconocemos cuando escriben que el derecho natural es derogable, pero nunca *in sua totalitate*,⁴⁸ una declaración que hoy puede resultar sorprendente. Es frecuente encontrar entre los glosadores y comentaristas afirmaciones estereotipadas del tipo de las que indican que “el único precepto inderogable del derecho natural es aquel que indica que no puede derogarse en su totalidad”. O dicho de otra forma, según interpreto estas declaraciones: Siempre ha de existir la máxima libertad posible.

El lector actual podría pensar que estos juristas parecen no ser conscientes del hecho de que están usando varias nociones distintas del derecho natural. No sé exactamente si éste fue realmente el caso. Aunque esto suponga adelantar algunas ideas, estoy convencido de que ellos sabían que estaban manejando nociones contradictorias, y asumían estas contradicciones como el único modo de dar cuenta de la complejidad de la realidad que analizaban.

45 Acursio indicaba que “*servitatem vel usucapionem e bono publico introducta, cum haec iuri naturali sit contraria dicat non esse bona, si enim bonum est aliquid eadem ergo malum ipsum non esse, bonum est e iure naturali omnes esse liberos, dominio rem suam non auferri*”. Se contesta a sí mismo: “*Si intellectus referas ad casos supervenientes, meli est servitute esse quam non esse, sic enim omnes capti ab hostibus perire mali est rei publice eos vivere servos quam mori ingenuos, item si inspicias Necessitates qua essent nisi usucapiones melius eas tolerari, aliter enim non posset probari dominium fere*”. Cfr. glosa “t” a D. 1,1,11.

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

47 Para entender cómo concibieron la vida en el estado de derecho natural, vid. mi ensayo *Sobre la génesis del derecho natural racionalista...*, cit., pp. 293 y ss.

48 Vid. Rota, *Il diritto naturale...*, cit., pp. 161 y 162.

4. *¿Derecho de gentes o derecho natural?*

Al llegar a este punto, la argumentación ha de hacer una inflexión algo desconcertante. Hasta ahora he aludido fundamentalmente al derecho natural como la combinación de la *communis omnium possessio* y de la *omnium una libertas*. Pero hay también otra noción perturbadora de la claridad expositiva: mientras que el *ius gentium* es el derecho natural propio de la naturaleza racional del hombre, Acursio equipara en ocasiones al derecho natural con el derecho de gentes. El fundamento de esta equiparación lo encuentra en el carácter 'natural' que presenta el discurso de la razón humana, que es la instancia creadora del *ius gentium*. Por este hecho, afirma que el *ius gentium* puede ser llamado derecho natural porque está '*naturali ratione inductum*', y por este motivo es inmutable.⁴⁹ Resulta así, que la otra fuente del *ius naturale* es, en Acursio y en los demás juristas que integran el *ius commune*, la razón humana que se despliega 'naturalmente' para hacer frente a las necesidades de la vida social.

Esta última concepción del derecho natural fue la que acabó imponiéndose en la jurisprudencia romanista tardía, en la segunda mitad del siglo XVI. Aquel era un momento en el que se hablaba mucho del derecho natural bajo la presión del incipiente racionalismo jurídico, y algunos juristas del *ius commune* reflexionaron entonces expresamente sobre su trabajo y su método, e identificaron el derecho de gentes con una vertiente del derecho natural. Así hicieron Francisco Connanus y Gregorius Tholosanus, dos de los juristas más conocidos y citados en aquella época.⁵⁰ Pero seguir este camino supone adelantar ideas.

5. *Contradicciones inevitables*

Pero esta equiparación tan fácil entre derecho natural y razón no podía ser un tema pacífico, porque este derecho consistía, ante todo, según las fuentes romanas, en la libertad originaria del hombre. También era correcto mantener, como hicieron Acursio y casi todos estos juristas, que el derecho natural es también, ante todo, el discurso de la razón humana ante las necesidades. Pero entonces entramos por un camino difícil, en el que de poco sirve la lógica. Veamos un tema conflictivo.

49 "*Nota quod ius gentium naturali ratione inductum, et hic unde est immutabile*". Cfr. glosa "e" a Inst. 1,2,1. En la glosa "i" a este mismo texto, explica que el derecho de gentes puede ser llamado 'natural' (*dicitur naturali*) porque *est rationali ratione inductum*.

50 Sobre este proceso, *vid.* el estudio de Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994, pp. 291-304.

La categoría de la *naturalis obligatio* tenía una gran importancia en esta jurisprudencia. Hoy la llamamos ‘obligación natural’ y cumple una simple función residual en el código civil español. Bajo esta expresión, esta jurisprudencia quería aludir al carácter ‘naturalmente’ vinculante de las obligaciones y contratos, que poseían esta propiedad por basarse en el principio fundamental del derecho natural que expresa el principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, llevados por el tenor de la ley *Ex hoc iure*, los glosadores y comentaristas se vieron forzados a mantener que los contratos ‘eran desconocidos’ por el derecho natural: fue el derecho de gentes el que los introdujo en la vida de los hombres. Por tanto, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones que nacían de los contratos sólo podía venir exigida por el derecho de gentes. Pero esta solución no era mantenible, porque se imponía de una forma tan evidente que era la razón ‘natural’ la que imponía el deber de cumplir la palabra dada, que unánimemente se fundamentó esta regla en el derecho natural. Resultaba así que una categoría fundamentada únicamente en el *ius gentium*, derecho que, entre otras cosas, era entendido como posterior en el tiempo al derecho natural, justificaba su eficacia, sin embargo, gracias al *ius naturale*. Por este motivo, Acursio escribía que la *obligatio iuris gentium dicitur naturalis*,⁵¹ con lo cual equiparaba el derecho natural y el derecho de gentes.⁵²

Estamos ante una configuración del derecho natural doble y a veces contradictoria, ya que este orden normativo encontró en unas ocasiones su fuente constitutiva en el instinto natural, y otras en la razón natural, esto es, en lo que *naturalmente* nos prescribe la razón. Cuando acentúa el carácter instintivo o natural del *ius naturale*, Acursio menciona una libertad prácticamente ilimitada del ser humano, fundamentada en el apetito natural hacia tal libertad.⁵³ En cambio, cuando eleva la razón a un primer plano *iusnaturalista*, las exigencias del razonamiento chocaban con el

51 *Vid.* glosa “a” a D. 1,1,5.

52 Así lo hace notar también Cortese, quien entiende que el problema de la *naturalis obligatio* conlleva la identificación necesaria entre derecho natural y derecho de gentes. Este autor expone una amplia cita de Acursio: “*aliud est naturale, quo ad animalia omnia, aliud quo omnes homines, et hoc etiam potest dici gentium, quod in idem recidit. Cum ergo dico obligationem naturalem non intelligo de iuri naturali omnium animantium, quia alia animalia non obligantur, sed de iure gentium*”. Cortese explica que Acursio tomó esta idea de Azo. *Cfr. La norma...*, cit., vol. I, p. 72.

53 Hace notar Cortese que la caracterización de la libertad que ofrecía el *Corpus Iuris* (“*naturalis facultas ejus quod cuique facere libet*”) en Instituta 1,3,1, y Digesto 1,5,4 exigía separar la *naturalis libertas* —tan sin límites que excluía en el pensamiento de estos juristas cualquier tipo de obediencia institucionalizada— de la ‘razón natural’ que reclamaba la subordinación de unos hombres a otros. *Cfr. La norma...*, cit., vol. I, p. 72.

contenido concreto que entonces se atribuía al derecho natural. Así se explican las inconsecuencias que encontramos en estos juristas, tales como, por ejemplo, reclamar la libertad absoluta para todos los hombres y la justificación jurídica de la existencia de la esclavitud, o el carácter común de todos los bienes que exige la *communis omnium possessio* y la existencia, al mismo tiempo, del derecho de propiedad excluyente sobre tales bienes.

Ante estos problemas, los juristas medievales no llegaron a soluciones lógicamente coherentes, al menos de la lógica que suele ser propia de un manual universitario actual. Porque unas veces la 'razón natural' se muestra bajo forma de principios evidentes, lo que daría lugar a un *ius naturale* inviolable y eterno, y en otras ocasiones esta razón se muestra como un orden normativo constituido por resultados pragmáticos a los que se ha llegado mediante un razonamiento racional. Con esta segunda inteligencia de la 'razón natural', el *ius naturale* abandona la esfera de los principios inmutables de la justicia y se acerca a los problemas concretos de los hombres. Pero entonces ya no es derecho natural, sino *ius gentium*. Me parece que el primero que explicitó este tema debidamente fue Francisco Connanus, en la segunda mitad del siglo XVI, cuando escribía que:

Me enseñó este lugar de Aristóteles que yo no podría entenderme conmigo mismo si no viera una naturaleza doble en el derecho natural, una que hace referencia a la equidad, y otra que se refiere a la utilidad. Aquel derecho que se refiere a la equidad se dice que es derecho natural en el sentido propio y verdadero, porque nos lo prescribe la razón natural, y es eterno. El otro, el segundo derecho natural es el que trata de la utilidad, el que introdujo los 'distintos' tipos del dominio, del poder político, de las guerras... que, si no me equivoco, es llamado no en vano derecho de gentes; porque no viene constituido tanto por la naturaleza misma como por el juicio de los hombres; y, sin embargo, es una parte del derecho natural.⁵⁴

Quedaba, pues, planteado un tema básico en las explicaciones iusnaturalistas de los juristas el *ius commune*: ¿es posible mantener una distinción rigurosa entre el derecho natural y el derecho de gentes? Todo un problema, a tenor de lo que dictaban las fuentes.

54 "Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Jus illius dicitur jus naturale vere et proprie, quod illud ratio naturale cuique praescribitur, estque aeternum. Alterum et secundum jus est quod in utilitate versatur, quod genus dominia, regna, bella... quod, nisi fallor, non inscite jus gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen juris naturalis pars est". Cfr. *Commentariorum Juris Civilis libri X*, Basilea, 1565, liber I, cap. 6, par. 4.

6. Pedro de Bellapertica, Bartolo y Baldo

Me parece que procede ocuparse ante todo de la *Lectura Institutionum* del francés Pedro de Bellapertica. Porque este autor muestra una formación filosófica o dialéctica no demasiado usual entre los juristas de su tiempo; y, a diferencia de otros juristas, más preocupados por la vertiente inmediatamente práctica de sus soluciones, Bellapertica se preocupó bastante de los fundamentos últimos y por las consecuencias lógicas de sus razonamientos.

Preguntaba si es posible mantener una distinción rigurosa entre el derecho natural y el derecho de gentes. Ante las dificultades a la vista, el francés opta por unificar uno y otro derecho. Sin afán polemista, expone la definición de Ulpiano del derecho natural, *quod natura omnia animalia docuit*, que él no rechaza, y a continuación indica que “el derecho natural puede ser entendido de otra forma distinta, a saber, como el derecho de gentes que nació con el mismo género humano”.⁵⁵ Este derecho natural, que es propio solamente del hombre, recibe el nombre de *ius gentium*.⁵⁶

De este modo, para Bellapertica aparecen como dos líneas para entender el derecho natural. Una, que arranca de la definición de Ulpiano: “*Quod natura omnia animalia docuit*”. Y otra, en cambio, que se atiene a la razón del hombre, y que él identifica “con el derecho de gentes que está introducido con el mismo género humano”, *quod cum ipso genere humano introductum est*. La primera noción, ulpiniana, del derecho natural, que Bellapertica parece suscribir, no traspasa, sin embargo, los comentarios a las primeras páginas de la Instituta, y carece de operatividad en su obra. Quizá fuera acertado considerar que repitió las palabras de Ulpiano para no chocar contra una tradición inmemorial. En los restantes comentarios al *Corpus Iuris* se atiene coherentemente a la noción *ratio-*

55 “*Ius primaevum naturale dicitur quod natura omnia animalia docuit... Alio modo sumitur ius naturalé secundum quod est ius gentium quod cum ipso humano genere introductum est*”. Cfr. *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratissimi principis Commentarii*, Lyon, 1589, comentario núm. 60 a Inst. 1,2,1. Había mantenido la misma opinión, con explicaciones prolijas, en el comentario núm. 4 a este mismo texto de las Instituciones.

56 “*Ius primaevum est commune sicut est illum quod competit omnibus animantibus... sic ipsum ius quod homines utuntur magis secundum propriam appropriationem vocatur ius gentium*”. Cfr. comentario núm. 4 a Inst. 1,2.

nalista del derecho natural y rechaza, en consecuencia, la equiparación romana entre libertad natural y derecho natural.

Gracias a este concepto restringido del derecho natural que él propone, la justificación de la esclavitud o de la propiedad deja de constituir un problema para el profesor. Efectivamente, la libertad que de hecho posee el hombre, o el impulso natural a la libertad, explica Bellapertica, es un hecho más de la naturaleza, que no fundamenta ningún derecho especial. Porque una cosa es la 'facultad natural' (*naturalis facultas*) para hacer algo, y otra es el derecho o *ius* que podría existir para realizar ese acto. Por lo general, estos juristas expulsaron la figura de las facultades fuera del ámbito jurídico, en el que existía el *ius*. A fin de entender este problema, este jurista propone que distingamos el *fas* del *ius*. La facultad, *facultas*, se deriva del "fas", y el *ius* es cosa distinta del "fas". Para explicar su pensamiento recurre a un ejemplo que encontramos frecuentemente en juristas bajomedievales: transitar por un campo ajeno. "Pasar por un campo ajeno es lícito (*fas est*), pero no por ello existe un verdadero derecho a hacer esto". "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, obrar con plena libertad corresponde al *fas*, no al *ius*".⁵⁷

De este modo, la *ratio* creadora del derecho natural no se escinde en dos vertientes difíciles de articular: Una '*naturalis ratio*' que sanciona plenamente las inclinaciones naturales del hombre, y un discurso racional que procede al filo de las necesidades contingentes en la historia que se concretaría en el derecho de gentes. Bellapertica otorga al derecho natural una naturaleza unitaria, consecuencia de su fuente u origen, igualmente único: *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, según había explicado Gayo. En consecuencia, rechaza decididamente la derogabilidad del derecho natural

57 "Servitus est de iure civili, quia si de iure naturali esset non potest tolli per ius civile. Istud non est verum, sed nascuntur servi. Non obstat quod ius naturali non potest tolli, verum est nisi causa probabilis... Dicit tunc quod libertas est naturalis facultas ejus nisi vi, id est iure gentium aut iure id est iure civile prohibeatur. C'est pas bien dict... Libertas est naturalis facultas ejus; licet nisi vi id est per violentiam vel iure aliquo vel iure gentium vel iure civile prohibeatur... tunc dicit libertas est naturalis facultas non dicit libertas est ius naturale quod cuique licet. Quare dico quod libertas est in his quae sunt facultatis. Per agrum alienum ire fas est... Sed per agrum alienum ire fas est, non ius. Ideo si dominus me prohibeat non ibo; sed si irem sibi teneret actionem iniurarum. Et ideo dicit libertas est naturalis facultas. Non dicit quod est ius vel omnes homines liberi sunt non processit ex statuto; in hoc differt ius naturale a iure gentium, ut dixi. Nam omnia permissa sunt nisi prohibita sint; et ideo erat non ius uti plena libertate". Cfr. *Lectura Institutionum*. Reproducción de A. Forni de la edición de 1536. *De iure personarum*, núm. 11, pp. 120 y 121.

que los juristas anteriores habían aceptado. Niega también la fórmula de compromiso a la que habían llegado la mayor parte de estos juristas: que el derecho natural se puede derogar en temas puntuales (*in particularitate*), pero que es inderogable en su totalidad: *in sua totalitate*. Reprocha a Irnerio y a la Glosa el haber entendido el problema de la vigencia y no-vigencia de un precepto como una cuestión aritmética o geométrica, como de proceder por *sectores*, y explica que no admite la explicación usual sobre la derogación del derecho natural porque los autores que así piensan, han establecido una relación *De toto quo ad totum, et de parte quo ad partem*, que no le parece aplicable al campo de lo normativo. De hecho, concluye, “esta solución no vale ni lo que se da como limosna”.⁵⁸

A pesar de su clarividencia, me parece que la explicación de Bellapertica dejaba muchas cosas en el aire. Ciertamente, la razón puede conocer ‘naturalmente’ algunas normas muy elementales: “*honeste vivere*”, “*neminem laedere*”, “*ius suum cuique tribuere*”. Pero la aplicación y el desarrollo de estos principios generales necesita de guías más concretas, que fundamentalmente vienen orientadas por los instintos del hombre: el ser humano no es una simple ‘esencia racional’, como explicaron los kantianos de finales del siglo XVIII. Quizá por este motivo, Bellapertica explicaba que “el derecho natural es una fuerza ínsita en las cosas mismas”.⁵⁹ Pero no añadió mucho más.

Bartolo de Sassoferrato ha sido el jurista, en opinión de muchos autores, más influyente de la historia. Es un comentarador que vive y trabaja en el siglo XIV, y que tuvo como discípulo inmediato al otro jurista más estudiado de la baja Edad Media, Baldo de Ubaldis. En cierto modo se puede decir que el *ius commune* medieval llega a su plenitud en estos dos juristas, o que ellos clausuran en casi su totalidad el ciclo vital de esta jurisprudencia medieval romanista: el siglo XV es más bien, desde el punto de vista del derecho común, un momento de decadencia, y los juristas que vivieron en él apenas despiertan nuestro interés actualmente. De hecho, cuando se produzca la fuerte reacción contra esta jurisprudencia medieval, de la mano de los humanistas del Renacimiento, al *ius commune* se le conocerá como ‘bartolismo’ jurídico. Tal fue la importancia de Bartolo.

Bartolo, del mismo modo que sus antecesores, usa a veces indistintamente las expresiones *ius naturale* y *ius gentium*. Pero, como norma ge-

58 Él fundamenta su negativa en lo establecido en D. 6,1,7 y D. 22,1,25, e indica que la solución anterior *non valet unum obolum*. Cfr. comentario núm. 65 a Inst. 1,2,11.

59 “*Ius naturale est vis insita in rebus*”. Cfr. comentario núm. 7 a Inst. 1,2,1.

Para resolver estas dificultades, lo procedente es, según Bartolo, considerar que el *ius gentium habet duas partes*.⁶⁶ Una es la que comprende aquel 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. Tal sería el caso de la obligatoriedad de cumplir la palabra dada. Atendido este derecho de gentes primario, "el *status* del siervo no ha sido aniquilado, por lo que hay que concluir que todos los hombres eran libres". La otra parte del derecho de gentes es aquella que consiste en "el *ius gentium* que todos los pueblos usan, que no consiste en la pura razón natural, sino que ha sido creado por convenciones de los pueblos... tal como sucede con las guerras, cautividades, esclavitud, separaciones de las propiedades, y según este derecho el *status* del esclavo ha quedado reducido civilmente a la nada".⁶⁷ De este modo, existen dos tipos de derecho de gentes que, entre otras, guardan entre sí una pretendida relación cronológica, según Bartolo. Primero existió un derecho de gentes que se manifestó en el origen mismo de la humanidad, al que Bartolo llama *iuris gentium vel ius naturale primaevum*,⁶⁸ y más tarde apareció otro derecho de gentes, *introducendum ex usu gentium*.⁶⁹ Finalmente, los hombres crearon el 'derecho civil'.⁷⁰

Han existido dos etapas históricas por las que ha pasado la humanidad hasta llegar al momento presente. Según Bartolo, en la primera de estas etapas estaba solamente en vigor el derecho de gentes natural, que fue el que introdujo la división de las propiedades.⁷¹ Del conjunto de su pensamiento, parece patente que Bartolo rechaza la opinión de aquellos

66 Cfr. comentario núm. 10 a D. 1,1,5.

67 "*Iurisgentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, rationali ratione inductum absque aliqua constitutione iuris gentium, ut fidem, seu promissa servare. Et isto iurisgentium primaevus status servi non est annihilatus, imo omnes erant liberi. Est iurisgentium, quo omnes gentes utuntur ex constitutione earum, non rationem naturalem... ut bella, captivitates, servitutes, distinctiones dominiorum, et isto iure status servorum est annihilatus*". Cfr. comentario a D. 12,6,64. Otras declaraciones, con un contenido similar, las encontramos en los comentarios núm. 10 a D. 1,1,5 y núm. 2 a D. 29,1,14. Juan Bologninus explicaba, a mediados del siglo XVI, que Bartolo había distinguido tres derechos diferentes: el derecho natural, el derecho de gentes "*quod a constitutionibus gentium introducendum fuit*", y el "*ius gentium alium tertium mixtum, quod a gentibus factum fuit et propter hoc sit ius gentium, quia sine constitutione ex sola naturali ratione ab hominibus institutum fuit appellatum ius naturale, et sic sit mixtum, et dicantur ius naturale gentium*". Cfr. *In eam Pandectarum Partem quam Digesti Veteri vocant, Commentarium, seu Repetitorium Pars Prima*, Venecia, 1582, rúbrica *De verborum obligationibus*.

68 Cfr. comentario a D. 12,6,13.

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

70 Cfr. comentarios núm. 4 a D. 1,1,5 y núm. 12 a D. 12,6,38.

71 "... *secundum quod dominia fuerunt distincta*", cfr. comentario núm. 4 a D. 1,1,5.

que habían mantenido que el poder político no habría existido en esta primera etapa de la historia del hombre, porque escribe:

Tú afirmas que porque los jueces y magistrados fundamentan su *legitimación* en el derecho civil, la obligación de obedecer a los jueces no pudo fundamentarse en el derecho de gentes, ya que este derecho 'desconocía' a los jueces y magistrados. Contesto que no. Los jueces y magistrados, como declara la ley *Ex hoc iure* (D.1,1,5), se legitiman por el derecho de gentes, y los otros jueces inferiores fueron introducidos más tarde por el derecho civil.⁷²

En este estadio histórico no habrían existido acciones ni juicios, "y aquel que quería conseguir algo lo alcanzaba únicamente por el poder del rey".⁷³ Tampoco existía el matrimonio en la forma en que hoy lo conocemos, y por este motivo todos los hijos eran legítimos.⁷⁴

En la segunda etapa de la historia de la humanidad entró en vigor el derecho de gentes creado por los hombres ante sus necesidades, y este derecho *introdujo* la esclavitud y otras instituciones jurídicas que parecen opuestas a la equidad o a la libertad del derecho de gentes primario. Junto a este tipo del derecho de gentes los hombres crearon el *ius civile* o derecho propio de cada comunidad política.⁷⁵

¿Cómo pueden existir y ser admitidas jurídicamente en esta segunda etapa unas instituciones que son opuestas al derecho natural? Bartolo, sin que parezca consciente de ello, utiliza varias nociones muy distintas del derecho natural. Una, omnipresente en sus escritos, es aquella que se con-

72 "Dicas tu quod hoc, cum iudices et magistratus fuerint de iure civili, ergo quod obediamus iudicibus non fuit de iure gentium, cum illo iure iudices et magistratus, et reges, l. ex hoc iure, et ibi, regna condita, et alii iudices inferiores postea fuerunt introducta a iure civile". Cfr. comentario núm. 14 a D. 12,6,60.

73 Cfr. comentario núm. 12 a D. 12,6,38.

74 Cfr. comentario núm. 14 a D. 41,2,1.

75 La doctrina de Bartolo sobre este tema es algo confusa. En ocasiones mantiene que el poder político es una invención humana con la que se pierde la *omnium una libertas* que estatuye el derecho natural. De seguir esta línea de pensamiento, habría que concluir que él mantiene que han existido tres etapas en la historia de la humanidad: una, en la que no existían gobernantes ni leyes; otra, en la que existieron magistrados y gobernantes; y una tercera, en la que el *ius civile* introdujo las leyes escritas y los diversos tipos de magistrados que se ocupaban de administrar justicia. Fernando Vázquez de Menchaca, desarrollando esta tesis de las tres etapas históricas, escribía en 1559: "Dic ergo tria fuisse tempora, primo 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". Cfr. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venetiis, 1559, cap. 70, par. 5.

creta “en lo que procede de la razón natural, que compete a todos los hombres”.⁷⁶ Este tipo del derecho natural conocido más recientemente por los historiadores como *natura ut ratio*, se compone de algunos principios ético-jurídicos muy elementales, *ut servare promissa*, por ejemplo.⁷⁷ El otro tipo del derecho natural es aquel que se expresa “en la obligación natural que procede del instinto natural”,⁷⁸ y ha sido llamado modernamente *natura ut natura*.

Al llegar a este punto entramos en un terreno pantanoso, en el que es fácil perder la orientación. La ‘*natura ut ratio*’ a la que he aludido no tiene apenas nada en común con la reducción del derecho natural al razonamiento pragmático-práctico que observamos en Pedro de Bellapertica, por ejemplo. Esta ‘*ratio*’ a la que alude Bartolo consiste en el núcleo de principios morales más elementales que constituyen como el fondo de la conciencia, y que todo hombre encuentra (*inventio*) mediante su razón de una forma ‘natural’, sin necesidad de razonamientos. Constituían lo que los escolásticos de aquella época llamaban “primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”. Esta acepción del derecho natural la expresa muy claramente, por ejemplo, Andrés de Exea, jurista del siglo XVI, cuando escribe 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 racionio.⁷⁹

Tales principios o reglas, comunes a todos los hombres, no están expuestos temáticamente en ningún escrito jurídico o teológico de esta época: suelen aparecer bajo forma de observaciones que se hacen incidentalmente al tratar cualquier problema práctico.

El derecho natural ‘*ut natura*’, que es aquel “que procede del instinto natural”, sólo supone una cierta inclinación hacia algo o, lo que es más importante, la concreción de las libertades del hombre en una genérica ‘libertad en general’ previa a cualquier normación. Explica Bartolo que

⁷⁶ “*quod procedit ex ratione naturali, quod convenit omnibus hominibus*”, Cfr. comentario núm. 10 a D. 1,1,5

⁷⁷ Cfr. *ibidem*.

⁷⁸ Vid. comentario núm. 10 a D. 1,1,1.

⁷⁹ Cfr. *Liber pactorum unus*, Lyon, 1542, p. 119. La traducción es mía.

esta libertad ha sido y es mutilada, ya sea por la aparición de la esclavitud, ya por la existencia misma del poder político que, con sus inevitables relaciones de jerarquización y subordinación, parece contrario a la libertad 'natural' de cada cual. Por esto escribía Bartolo: "¿La ley <positiva> puede proceder contra el derecho natural? La *Glossa* entiende que no. Pero contra ella está el hecho de que la sentencia del juez destruye la libertad, que es de derecho natural".⁸⁰ Una declaración contradictoria con lo expuesto antes.

Hay que destacar el hecho de la identificación entre derecho natural y libertad, que desde ciertos puntos de vista ya estaba contenida en los textos romanos, que fue recogida por el iniciador del *ius commune*, el *magister Irnerius*, y que a través de sus discípulos llega hasta Acursio, quien la proyecta a los siglos posteriores, y recibe un espaldarazo de enorme importancia con Bartolo. Porque si la *Glossa* de Acursio se convirtió en el texto clásico por excelencia, que hizo pasar a un segundo plano la literatura jurídica anterior, las obras de Baldo y, especialmente, las de Bartolo, cumplieron una función similar: hasta muy entrado el siglo XVIII los *Commentaria* de estos dos juristas fueron los libros de texto fundamentales en las facultades de derecho de las universidades de las zonas católicas. En las universidades de las zonas protestantes se impuso en mayor medida el racionalismo jurídico al que aludiré más tarde, montado sobre estas figuras de la 'libertad en general', etcétera, que aparecen nítidamente en los escritos jurídicos de la baja Edad Media. Efectivamente, los juristas del *ius commune* identificaron la noción del derecho natural con una libertad genérica, anterior a cualquier obligación o vínculo jurídico, de la que los hombres habrían disfrutado en el *status naturae*. La idea del derecho natural-libertad, hecha posible mediante la ficción del 'estado de naturaleza-libertad', fueron los elementos clave y posibilitantes del *iusnaturalismo* que estalla en la Edad Moderna.

Es preciso no dejarse guiar por la fuerza de las palabras. Algunos de estos juristas, como Bartolo, entienden al derecho de gentes como el derecho natural propio del hombre. Pero en la obra del mismo Bartolo está expresada reiteradamente la tesis más tradicional, a saber, la del *ius gentium* como un ordenamiento *posterior* al derecho natural, porque es un derecho de origen humano, 'derecho positivo'.⁸¹ Este planteamiento tuvo,

80 "An contra *ius naturale* *lex possit?* *Glossa tenet quod non. Contra eam facit: nam sententia judicial tollit libertatem, quae est de iure naturae*". Cfr. comentario núm. 3 a D. 1,4,1.

81 Vid. mi estudio *Sobre la génesis del derecho natural racionalista en...*, cit., pp. 270-276.

históricamente, una gran importancia: de la mano de él, los *moderni* consideraron que el ‘estado natural del hombre’ era el de absoluta libertad, porque la existencia de cualquier institución vinculante es ‘positiva’, de origen humano; no sabría indicar cuál de estos postulados precede al otro. Es indiferente: ambos cumplieron su función histórica. Fue necesario, pues, alejar el derecho de gentes (a las necesidades sociales) del derecho natural, y la consideración del *ius gentium* como un derecho positivo y humano fue la que acabó triunfando en un buen sector de la jurisprudencia del siglo XVI y XVII. Así, Francisco Suárez explicaba que el derecho de gentes era el ordenamiento normativo que, en contra de la bondad incondicionada propia del derecho natural, permitía la esclavitud, la propiedad privada, el fraude tolerable en la contratación, o la prostitución.⁸² Esta inteligencia del derecho de gentes ya nada tiene que ver con la noción de *ius gentium* que expuso el jurista romano: “*Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*”, o con lo que un sector de la Edad Media entendió por tal, es decir, como un derecho natural determinado o concretado, como fue el caso de Tomás de Aquino.

Pero esto no supuso en el siglo XIV una actitud “revolucionaria”, del tipo de las que surgieron en la modernidad. El *pathos* jurídico de la libertad era muy distinto en la baja Edad Media, y Bartolo se limita a registrar que ‘naturalmente’ el hombre es libre. El alcance de esta declaración, aunque a tientas, lo podríamos fijar así: cada hombre ‘es libre’ porque de hecho le está permitido todo lo que no se encuentra prohibido: “Se dice que está estatuido por el derecho natural porque no se encuentra prohibido por ese mismo derecho”.⁸³ Aquí no puede apreciarse la existencia real de un derecho —explica Bartolo— porque, hablando con propiedad, aunque “aquello que no queda prohibido por la libertad se dice, por tanto, que está concebido por el derecho natural”, debe entenderse que “el derecho

82 Francisco Suárez escribía que: “*Addo vero esse differentiam inter ius gentium et naturale riguroso, quod ius naturale non solum praecipitur bona, sed etiam ita prohibet omnia mala, ut nullum permittat. Ius autem gentium aliqua mala permittere potest, ut notavit Matienzo libro 5 Recopil. t. II, leg. I, Glossa 1, núm. 3. Quod maxime videtur habere locum in illo iure gentium, quod re vera civile est per similitudinem autem, et per convenientiam nationum vocatur gentium. Sic enim sicut in iure civile permittuntur aliqua mala, ita etiam possunt permitti iure gentium, quia ipsa permissio potest esse tam necessaria iuxta fragilitatem, et conditione hominum, vel negotiorum, ut in ea servanda omnes fere nationes concordent, talis esse videtur permissio meretricum, et permissio deceptionis in contractu, quae non sit enormis et similia*”. Cfr. *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo*, Madrid, 1967, lib. II, cap. XX, núm. 3.

83 “*Dicitur iure naturali primaevum esse statutum, quia per ius naturali primaevum non invenitur prohibitum*”. Cfr. comentario núm. a Inst. 1,2,11.

natural, que compete a todo animal, no estatuyó nada".⁸⁴ Con esta distinción resuelve la dificultad que planteaba la esclavitud: la libertad natural del hombre viene 'constituida' por el derecho natural, pero no está 'estatuida' por ella.⁸⁵

Por tanto, el derecho natural entendido como libertad natural es fácilmente derogable, y de hecho se encuentra derogado en muchos casos. Bartolo sigue la opinión de Acursio sobre la derogabilidad del *ius naturalis*, desechada, como vimos, por Pedro de Bellapertica, y escribe que "el derecho de gentes es inmutable en su totalidad, pues con justa causa puede ser cambiado en ciertos casos. Por ello se puede decir que el único precepto del derecho de gentes es aquel que prohíbe cambiarlo en su totalidad".⁸⁶ Sin embargo, "esta solución es contraria a lo que se indica en el texto —romano—, en donde se dice que *iura naturalia* son siempre firmes e inmutables y que muy rara vez cambian". Efectivamente, el párrafo '*Sed naturalia*' de la Instituta (1,2,11) explica "Los derechos naturales permanecen siempre firmes e inmutables". Pero este texto no supone obstáculo para admitir la derogación del derecho natural: "No obsta lo que se dice en el texto, que —los derechos naturales— son siempre firmes e inmutables, pues también se dice de las acciones que son perpetuas y firmes por el hecho de que duran largo tiempo".⁸⁷

Bartolo no rechaza (y si la rechaza, también la admite) la noción del derecho natural como libertad natural. Pero, al mismo tiempo, acepta que el derecho natural encuentra su fuente en la *ratio* humana, que estaba entonces muy lejos de mostrar la libertad natural y general del hombre como la manifestación primaria y fundamental del derecho. La mayor flexibilidad del espíritu medieval hizo posible que Bartolo, y con él casi toda su época, compatibilizaran lo que *lógicamente* era incompatible: estos juristas no aceptaron sacrificar una dimensión decisiva del ser humano en favor de otra vertiente igualmente importante. Aunque no tomó una

84 Sobre este problema, *vid.* mi estudio *Sobre la génesis del derecho natural racionalista en...*, cit., pp. 272-276.

85 Comentario a Inst. 1,3. En este lugar explica el alcance del término *constitutio*, que es distinto del de *statutum*. Lo mismo parecía indicar Pedro de Bellapertica, y es posible que Bartolo tomara la solución de este otro autor: "*Scitis quod hoc dico: quia ius naturale non reperitur aliquid statutis*". Cfr. *Lectura Institutionum*, cit., libro I, par. 16.

86 "*Ius gentium immutabile est in sua totalitate, quae in certu casu potest mutari per iustam causam... Dicendum quod ius gentium etiam unico praecepto totaliter mutari non potest*". Cfr. comentarios 2 y 4 a Inst. 1,2,11.

87 "*Nec obstat quod dicit littera quod iura naturalia firma et immutabilia sunt, quia et actiones quaedam dicuntur perpetuae et firmas, quia longo tempore durant*". Cfr. *ibidem*.

actitud propia ante este problema, lo cierto es que la inmensa difusión de sus *Commentaria* debió contribuir fuertemente a la consideración del ‘estado de naturaleza’, de la ‘libertad original o natural’ del hombre, etcétera, se afianzaran como tópicos operativos en la argumentación jurídica. De hecho, cuando Fernando Vázquez de Menchaca, que fue el primer autor que utilizó estas categorías en el sentido específicamente moderno, publicó sus *Controversias ilustres*, nadie se escandalizó: esta obra, plagada de alusiones a lo que en el siglo XVI ya era patrimonio cultural común, apoyada en la autoridad de los juristas medievales, y sacando a flote lo que parecía la interpretación genuina de los textos romanos, pareció entroncar sin estridencias con la tradición jurídica existente.

Aunque culminando ya en Bartolo encontramos ideas suficientes como para desbrozar la génesis conceptual del derecho natural de la Edad Moderna, me parece que el estudio quedaría incompleto si no aludiera a las explicaciones de Baldo sobre el derecho natural. Porque el examen de la doctrina de este último jurista nos permite entender con más claridad la dinámica y la lógica propia de cada una de estas categorías antropológicas bajo las que se revistieron las doctrinas iusnaturalistas. Indico esto porque Baldo de Ubaldis fue el jurista bajomedieval (en la medida en que conozco el pensamiento jurídico de la Edad Media sobre el derecho natural), que mejor encarna en su obra la tensión entre los dictados que surgen desde el derecho natural entendido como *natura* o libertad, y las pretensiones de la razón buscando salidas pragmáticas, y por ello morales, a los problemas presentes. Ello fue así porque Baldo, que estaba en condiciones de manejar un bagaje de conceptos iusnaturalistas mucho más rico que el de los juristas anteriores, fue el autor que con más empeño pretendió unificar en un solo concepto las diversas nociones del derecho natural existentes hasta entonces.

Con este fin, el de Ubaldis siguió estrechamente las definiciones del derecho natural y del derecho de gentes que se encuentran en D. 1,1,1:

Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar... Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí.⁸⁸

88 *El Digesto de Justiniano*. Versión castellana de Álvaro d'Ors y otros, Pamplona, 1968, *loc. cit.*

El camino que siguió, de acuerdo con esta declaración de Ulpiano, fue el de concretar claramente la distinción entre *natura* o derecho natural, y la *ratio* o derecho de gentes. Bartolo había mantenido que los dictados de la razón natural (los “primeros principios de la razón práctica”) correspondían al derecho natural o derecho de gentes primario, mientras que lo creado o descubierto por el hombre mediante el ejercicio de la razón, ante las necesidades, constituía derecho de gentes secundario. Baldo radicalizó esta distinción de su maestro. Explicó que “pertenecen al derecho natural todas aquellas cosas que provienen del instinto y de la inclinación natural”.⁸⁹ Pero este instinto e inclinaciones naturales quedan limitadas a aquellas que son comunes a hombres y animales,⁹⁰ de acuerdo con Ulpiano. Explica, en cambio, que:

el derecho de gentes es aquel —derecho— 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.⁹¹

Puede observarse claramente que este derecho ocupa exclusivamente el lugar de lo que hasta entonces se había entendido que era también derecho natural, y de lo que diversos juristas siguieron estimando como tal derecho.⁹² Se compone del conjunto de instituciones —jurídicas— creadas por la razón natural ante las necesidades humanas, de aquello *quod sumpsit originem a humanis necessitatibus*.⁹³

Consecuentemente con esta toma de posición, Baldo separa las inclinaciones comunes a hombres y animales de aquello que ordena o aconseja la ‘razón natural’. Por esta causa explica que “la unión de voluntades no puede atribuirse de modo alguno al derecho natural, porque aquí se

89 “*Iuris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat*”. Cfr. comentario núm. 14 a D. 1,1,3. Cito la edición de Venecia de 1615.

90 Cfr. comentario núm. 1 a D. 1,1,3.

91 “*Ius gentium est quod procedit a ratione et intellectu gentium, quo omnes gentes quasi paeque utuntur, quod semper est bonum et aequum, et sine quo homines non possint vivere. Ius gentium distat a naturali, sicut distat cerebrum hominis a cerebro animalium*”. Cfr. comentario núm. 1 a D. 1,1,4.

92 Heineccius indicaba siglos más tarde que el derecho natural “*primarium dicitur quod naturalis ratio (non natura communis sed propria hominibus) inter omnes homines constituit*”. Y el derecho de gentes “*ipsum ius naturale, integrarum gentium negotiis et causis applicatum*”. Cfr. *Elementa Iuris Romani*, Madrid, s/f, par. XXXVIII y XLI.

93 Comentario núm. 1 a Inst. 1,1,2.

define al derecho natural en la medida en que coincide con los animales, y éstos carecen de razón".⁹⁴ Lo correcto es, sigue explicando Baldo, mantener que cualquier acuerdo de voluntades "se fundamenta en el derecho de gentes, porque si nos expresamos con propiedad los animales no pueden consentir en nada, ya que la acción de asentir es un acto de voluntad que sólo puede ser hecho mediante el intelecto y la razón".⁹⁵

Pero una separación tan radical entre lo que podríamos llamar *lex naturae* y *lex rationis* resulta insostenible cuando se ha de explicar jurídicamente la vida humana, y me parece que Baldo cayó en dificultades insuperables desde su punto de partida. En efecto, guiado por el carácter ético-moral que casi todos atribuían al derecho natural, Baldo afirma que tal derecho es inderogable por los hombres.⁹⁶ Esto no tiene sentido, porque lo ha descrito como un conjunto de inclinaciones naturales que no imponen ningún deber especial. Incurrir también en la contradicción típica de todos aquellos que habían pretendido sostener que, al estar 'introducidos' los contratos por el derecho de gentes, la fuente última de la vinculación que ellos originan, por basarse en el principio *pacta sunt servanda*, ha de ser el derecho natural. Pues, sin duda alguna, éste es un principio elemental del derecho propiamente 'natural'. Y así resulta el equívoco de mantener que los contratos eran 'desconocidos' por el derecho natural, pero que el principio ético que los hace posibles pertenece a la médula de este derecho.⁹⁷

Abundando en este tema, el mismo Baldo se plantea dos problemas que tienen un valor especial. En primer lugar está el de determinar si la obligación que recae sobre los hijos de mantener a sus padres ancianos proviene del derecho natural. Responde que no, pues no se observa tal cosa en los animales. Pero como esta declaración parece contradecir un principio moral muy elemental, explica que, aunque no es 'natural', esta obligación *provenit ab aequitate naturali*.⁹⁸ No tiene sentido recurrir ahora a la 'equidad natural': de haber sido consecuente, debería haber recaído la equidad que es propia del derecho de gentes, la *aequitas iurisgen-*

94 Cfr. comentario núm. 8 a Inst. 1,2, *proemium*.

95 Cfr. comentario núm. 8 a D. 1,1,1,3.

96 Cfr. comentarios núm. 9 y 10 a D. 1,1,3.

97 "*Omnis obligatio naturalis est de iure gentium... consensus est de iure gentium, ergo omnis naturalis obligatio est de iure gentium*". Cfr. comentarios núms. 42 y 43 a D. 1,1,5.

98 "*Educatio patris facienda per filium, non est ex instinctu naturae... sed provenit ab aequitate naturali*". Cfr. comentario núm. 10 a Inst. 1,7.

tium. Pero el derecho de gentes, que ha introducido las guerras, las esclavitudes, etcétera, parece poco fiable para recurrir a su espíritu o equidad. Al tocar este tema en los comentarios al Digesto, ensombrece aún más el problema, porque declara que tal obligación se fundamenta en el derecho natural “porque el hombre es racional formalmente... y de este modo es de derecho natural”.⁹⁹ Evidentemente, el derecho de gentes, que en un principio había sido presentado como “el amigo del género humano”, conducía a realidades excesivamente desagradables a causa de su carácter pragmático.

El otro problema es el de la fundamentación jurídica de la esclavitud. Ya he aludido a que Baldo transfiere al derecho de gentes toda la bondad moral que la tradición había entendido como propia del derecho natural, y por esta razón el de Ubaldis escribe que “*ius gentium semper bonum et aequum est nomine et re, et est amicum humani generis*”.¹⁰⁰ Sin embargo, como los textos romanos declaran que la esclavitud ha sido introducida *contra natura* por el derecho de gentes que deroga la igual libertad estatuída por la ‘*omnium una libertas*’ propia del derecho natural, y esta opinión había sido acogida unánimemente por la jurisprudencia del *ius commune*, él se ve obligado a admitir que la servidumbre “tomó origen en el derecho de gentes”.¹⁰¹

7. De cómo la historia es siempre complicada

Aludía a cómo entre el derecho natural propio de la Edad Moderna y las teorías iusnaturalistas, elaboradas por los escolásticos desde el siglo XIII al XVII, existía una heterogeneidad excesiva como para encontrar una relación de precedencia entre una y otra. En consecuencia, establecía la hipótesis de que tendría que haber existido un cuerpo de doctrina sobre el derecho natural ampliamente aceptado y desarrollado ya en la Edad Media y en el siglo XVI.

En efecto, los primeros pasos, los materiales de construcción de las doctrinas propias de Grocio, y más claramente en Hobbes y Pufendorf,

99 “... *quia homo formaliter est rationale... et hoc modo est de iure naturali*”. Cfr. comentario núm. 17 a D. 1,1,1,3.

100 Cfr. comentario núm. 4 a D. 1,1,5.

101 “... *a iure gentium originem sumpsit*”. Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,3,2. Bellapertica, que antes había intentado deslindar de forma parecida el derecho natural y el derecho de gentes, cae en una contradicción similar a la de Baldo. Vid. sus *In libros Institutionum*, “de iure nat”, comentario núm. 124.

aparecen nítidamente en las doctrinas de los juristas bajomedievales del *ius commune*. Además, esta continuidad, o precedencia —según se mire— quedó reforzada por el hecho de que estos juristas a que he aludido presentaron sus doctrinas al margen de consideraciones teológicas: “¿es preciso que estudie teología el que quiera ser jurista?”, se preguntaba Acursio. “No, pues en el *Corpus Iuris* se encuentra todo lo que es necesario”.¹⁰² Con esto no pretendo indicar que estos juristas hubieran creado unas teorías iusnaturalistas al margen de la fe cristiana. La fe estaba presupuesta en ese conjunto de reglas elementales que los escolásticos llamaban “principios comunes e indemostrables de la razón práctica”, necesariamente de origen divino en cuanto que informaban la conciencia. Quizá el paso secularizador decisivo lo dio Pufendorf cuando en su *De iure naturae et gentium* quiso prescindir de la conciencia. Los esfuerzos de Thomasius por mostrarnos, contradictoriamente, que Locke había *demonstrado* que no existe ningún dato innato en la razón¹⁰³ ni, por tanto, unos principios innatos acerca de lo que está bien o mal, no suponen más que la prosecución coherente y sistemática del pensamiento de su maestro, Samuel Pufendorf.

De todos modos, aunque no se pueda hablar de un pensamiento *secularizador*, sí podemos referirnos a una jurisprudencia del *ius commune* relativamente secularizada. Porque esta época consideraba que una cosa era la ocupación con el derecho, que tenía su carácter y fundamentos propios, y otra el trabajo con la teología, con el que sucedía lo mismo. Había zonas comunes entre la jurisprudencia y la teología, como era el caso de los primeros datos de la conciencia. Pero sucede que estos datos elementales de la conciencia son tan jurídicos como teológicos. Otra cosa es que un pensamiento secularizador pretenda o se proponga expresa y positivamente prescindir de la conciencia, como si se tratara de una exigencia por principio. De hecho, los juristas medievales rechazaron expresamente la dependencia respecto de la teología, ya que consideraron que la formación moral que les era necesaria para llevar adelante su trabajo la adquirirían suficientemente en el estudio del *Corpus Iuris*. Acursio y Odofredo

102 “*Quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esset, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur*”. Cfr. *Institutionum sive primorum totius Iurisprudentiae elementarum libri quattuor. Commentariis Accursii et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, Paris, 1559, glosa “e” del libro I, título II.

103 *Vid.* los primeros treinta párrafos de sus *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*. Ed. de Halae et Lipsiae de 1718.

estaban de acuerdo —por una vez— en mantener que *iuris sola scientia habet caput et finem*, declaración que completaba este último indicando que tal cosa *in nulla alia arte invenitur*.¹⁰⁴ ¿Por qué motivos estos juristas se defendieron frente a las posibles pretensiones de la teología? Es fácil suponer que este saber, que intermitentemente se muestra en la historia con pretensiones universalistas, quiso hincar el diente a la *jurisprudencia*. Quizá por este motivo, los juristas, desde casi los inicios mismos de la escuela de Bolonia, consideraron que “el saber jurídico es, en sí mismo, una verdadera filosofía”, y podemos comprobar que esta mentalidad llega intacta al siglo XVI.¹⁰⁵

El derecho natural no se redujo, pues, a una serie de teorías sobre lo que siempre es justo, etcétera. El derecho natural explicado en las cátedras de derecho de las universidades de la baja Edad Media consistía, del mismo que los “primeros principios de la razón práctica”, en la *omnium una libertas* y en la *communis omnium possessio*. Obviamente, estamos ante una herencia propia del derecho romano, que difícilmente se encuentra en alguna otra cultura. Los juristas, que basaban su argumentación, y sobre todo la *autoridad* de ella,¹⁰⁶ en el texto romano, se cerraron en torno a una exégesis de las declaraciones iusnaturalistas propias de los juristas romanos.¹⁰⁷ Hubo que esperar a que el derecho romano perdiera su vigencia jurídica, cosa que comenzó a producirse en el siglo XVI, para que, en nombre de la razón o del ‘derecho

104 En el comentario núm. 18 a la “Prima constitutio”, palabras “Omnem Reipública”, p. 4 de *op. cit.*, Odofredo escribe: “*Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur*”.

105 Alberto Bolognetus, jurista ‘culto’ del siglo XVI, escribía que “*multi sunt in philosophia rudes, qui tamen in iurisprudencia laude excellunt*”. *Cfr.* cap. 9, núm. 8 de *op. cit.* Odofredo rechazaba la necesidad de estudiar disciplinas ajenas al cuerpo doctrinal constituido por el *ius commune*. Ya hemos visto que no consideraba necesario, para el que quisiera ejercitarse en la *jurisprudencia*, estudiar teología, porque “*in iure nostro tractatur de divinis*”. Y añade: “*Item tractat de trivio et quadrivio*”. *Cfr.* comentario núm. 4 al título *De iust. et iure*, en las palabras “*iuris prudentiam*”, p. 9 de esta edición. Pero esto no quiere decir que algunos de estos juristas no tuvieran una buena formación escolar. *Vid.*, por ejemplo, a Otte, G., “Die Aristoteleszitate in der Glossa. Beobachtungen zur philosophische Vorbildung der Glossatoren”, *ZSS Röma, Abteilung*, 85 (1968), pp. 368-393.

106 Sobre este punto escribe Piano Mortari que “*il Corpus Iuris era considerato inesauribile della verità nel campo del diritto: la giurisprudenza in primo luogo era la scienza del Corpus Iuris*”. *Cfr.* “Il problema dell’interpretazione iuris nei Commentatori”, *Annali di Storia del Diritto*, 2 (1958), p. 58. Consecuente con esta afirmación, escribe más adelante que “*nel suo complesso, l’attività di carattere teorico del giurista si risolve in definitiva nella interpretatio: i giuristi medievali identificarono completamente la scientia iuris con l’interpretazione giuridica*”. *Cfr. op. cit.*, p. 66.

107 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 keine grossen, zusammenhängende Darstellungen des Naturrechts zu erwarten*”. *Cfr. Die Naturrechtslehre...*, cit., p. 18.

de la razón', irrumpiera en la escena europea la *juris naturalis disciplina*, esto es, el derecho natural andando con vida propia.

Si reitero de algún modo sobre lo ya escrito, quisiera destacar que existían varias dimensiones del derecho natural cuyos límites no fueron trazados con precisión. Uno, el de los principios fundadores de la conciencia. Y el otro, el de estas categorías de la *omnium una libertas*, o la *communis omnium possessio*. Además, existía el derecho de gentes creado *ex necessitatibus*, que también fue considerado tardíamente derecho natural, como ya indiqué. La dinámica contenida en lo más íntimo del *ius naturale*, que tenía como principio central la superioridad de este derecho sobre cualquier otro orden normativo de origen humano, llevó ineludiblemente a una consideración unitaria de todas las dimensiones integrantes del derecho natural, de modo que, a la altura del siglo XVI, tan 'de derecho natural' era la categoría de la igual libertad en el *status naturae* como el principio que ordena no castigar al inocente.

Realmente, durante la baja Edad Media nadie entendió al modo actual los problemas relacionados con el *ius naturale*. Los juristas, en general, nunca han sido muy proclives a ocuparse de él, excepto cuando tropiezan con un problema moral grave. En aquella época no hubo enfrentamientos por posiciones morales enfrentadas: la moral vigente era la cristiana. Además, tampoco existía, al menos lo suficientemente generalizada, una conciencia *revolucionaria* del tipo de la que estalla a finales de la Edad Moderna. Indico esto porque Henri de Page ya captó, hace casi un siglo, que la idea del derecho natural es el recurso del que echan mano los descontentos con el orden presente. Hubo que esperar a que Europa se convulsionara y, en cierto modo se rebelara contra ella misma, cosa que comienza a suceder en el siglo XVI, para que algunos juristas mostraran interés por las nociones del derecho natural que hemos estudiado.

II. ESBOZOS METÓDICOS

La visión jurisprudencial del *ius*, de la *jurisprudencia* y de la justicia llegó con fuerza hasta el siglo XVI. Acursio explicó, siguiendo los pasos de Irnerio, que la justicia es una virtud personal, el derecho o *ius* es cada realización concreta de esta virtud, y la *jurisprudencia* es el saber o ciencia sobre ese derecho.¹⁰⁸ Notemos que el término *lex*, y mucho menos el

108 "Item quae est differentia inter justitiam, ius et iuris prudentiam? Resp. Justitia est virtus: ius

de *facultas*, ni siquiera aparecen en este contexto de las principales manifestaciones jurídicas. La razón de este hecho nos la proporciona en cierto modo Pedro de Bellapertica cuando se pregunta por qué el Digesto comienza con la rúbrica '*De justitia et jure*', sin aludir a las *leges*. Esta rúbrica está al comienzo del *Corpus Juris*, responde Bellapertica, porque éste trata efectivamente del 'derecho', y no de sus 'especies' concretas. De las especies del derecho, como es el caso de las leyes, se trata en otros lugares: *Sed in aliis tractatibus tractatur de legibus*.¹⁰⁹

1. El juego de la ley y el derecho

¿Qué función jugaba la ley en el conjunto de los saberes jurídicos prudenciales? Tomás de Aquino explicó como evidente que las leyes no componen sin más el derecho, sino que cada ley es sólo "una cierta razón del derecho —concreto—".¹¹⁰ Por lo general, esta jurisprudencia consideró que las leyes generales únicamente constituían 'un tipo' o una dimensión del derecho o *ius*. Domingo de Soto lo explicaba muy claramente: "*Ius generale nomen est, lex autem iuris species*".¹¹¹ A estos juristas, y a los teólogos que explicaban su proceder, les importaba ante todo lo que designaban con la palabra *aequitas*, que poseía entonces un significado mucho más amplio que el actual.¹¹² Cuando la '*aequitas*' se concretaba en una solución, contemplaban a esta 'justicia concreta' o a este justo como

est eius virtutis executio: juris prudentia est scientia illius juris". Cfr. *Corpus Juris Civilis Justiniani, cum commentariis Accursii, et Contii, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*, Lugduni, 1628, glosa "q" a D. 1,1,5, en la palabra '*Justitia*', p. 20 de esta edición.

¹⁰⁹ "*Dicit rubrica De iust. et jur., ad quid habemus tractatur de iust. et jure, cum totum corpus juris de hoc tractat. Dico pro tanto, quia in hac genere tractatur non descendendo ad aliquam speciem. Sed in aliis tractatibus tractatur de legibus*". Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., Liber I, comentario a "De just. et Jure", p. 48 de esta edición.

¹¹⁰ "*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 iusti, quod ratio determinat, quaedam ratio praexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et si hoc in scripto redigatur, vocatur lex, secundum Isidorum, constitutio scripta. Et ideo lex non est ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 57, art. 1, ad 2. Nótese la abundancia de partículas indeterminativas: '*quaedam*', '*aliqualis*'. Un estudio recomendable y sencillo sobre las relaciones entre ley y derecho en Tomás de Aquino, México, 1997, pp. 103-123.

¹¹¹ *De justitia et jure libri decem*, ed. facsímil del I.E.P. de la 1556, Madrid, 1967, vol. I, lib. III, q. 1, art. 1, p. 193.

¹¹² *Vid. mi estudio "En torno al método de los juristas medievales", Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982, pp. 636 y ss.

la 'misma cosa justa', y tal 'cosa' constituía el *ius* o derecho, la *aequitas constituta*.¹¹³

Aquellos juristas entendían que la norma general es tan necesaria como el caso concreto, pues la dialéctica de la razón humana nos lleva a pensar en un caso concreto cada vez que entendemos una norma general, y sólo podemos entender normativamente los problemas puntuales pensando en las normas más genéricas. Obviamente el pensamiento jurisprudencial estaba lejos de considerar al derecho como un *ars* o colección de normas. Este supuesto lo contemplaron hipotéticamente casi todos los juristas,¹¹⁴ pero sin concederle gran importancia. Además, aquellos hombres eran conscientes del hecho de que los derechos u ordenamientos jurídicos de los que usamos ya ahora son varios: el derecho civil, el derecho de gentes y el derecho natural. El juego conjunto de las normas del *ius civile* con los principios del *ius naturale* y del *ius gentium* no era siempre predecible, de modo que la norma cuya aplicación es procedente *en un momento*, produciría una injusticia si es aplicada en otro momento: de ahí las desconcertantes (para nosotros) explicaciones medievales acerca de la 'derogación' del derecho natural. El postulado básico del Estado contemporáneo, de que no puede existir más que un único ordenamiento jurídico en una comunidad política, en la medida en que ha sido asumido y creído por nosotros, nos dificulta enormemente la inteligencia del trabajo jurídico prudencial. Josef Esser hizo un esfuerzo serio, hace ya treinta años, por mostrarnos algo de esto.

Siempre interviene la voluntad del legislador, y entonces la ley aparece superficialmente como la obra de una voluntad. Esto plantea un par de reparos de bulto. Uno, que el legislador, especialmente en materias civiles, se encuentra tanto o más condicionado que cualquier juez o jurista: él también ha de recorrer la senda de la realidad, que le posibilita legislar y al mismo tiempo le condiciona. Además, el juez dispone frecuentemente

113 *Ibidem*.

114 Jacobo de Butrigario escribía que "*Tu dic, quod est considerandum ius prout est virtus, et ius prout est ars; ius prout est virtus, omnia habebat in se, et simul erat iustitia, et ius, sed non erat in praeceptis redactum; sed ius, quod est ars, in praeceptis redactum non fuit ab initio, ut fuit iustitia; sed ab ipsa veluti a matre descendit*". Cfr. *In Primam, et Secundam Veteris Digesti Partem*, tomus Primus. Romae, s/f, comentario a la "lex prima". Pedro de Bellapertica escribía: "*sub medio ius est ars: quia ars est collectio praeceptorum: per hoc quod dicit honeste vivere, et alterum non laedere*". Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., p. 48. Siguen a Acursio, que había dejado establecido que "*dicit ars: cum ars sit collectio praeceptorum. Item per hoc quod dicit, honeste vivere, alterum non laedere: valet tantum quantum boni et aequi*". Cfr. *Corpus Juris...*, cit., glosa "o" a la palabra "iustitia", p. 20 de esta edición.

de tal instrumentalario de normas *disponibles*, que es raro estadísticamente el caso medianamente controvertido que queda atrapado inequívocamente por una norma, de forma que se pueda aplicar la regla *interpretatio cessat in claris*. La voluntad es necesaria porque son muchas las cosas que se pueden regular prudentemente, pero indistintamente, de un modo u otro. De ahí que Tomás de Aquino, aunque manifestara que la prudencia sólo existe dentro de la razón y que por este hecho ni el siervo es ordenado en cuanto siervo, ni el súbdito *en* cuanto súbdito, sino que el gobernante y el gobernado se comunican en la medida en que ambos son racionales, de modo que la fuerza de obligar de la norma presupone, como su médula constitutiva, la común racionalidad de ambos,¹¹⁵ mantuviera fuertemente que el gobierno es necesario, y por ello la voluntad es igualmente necesaria: la persona que gobierna no puede ser una cualquiera, porque entonces no habría gobierno al no haber una voluntad clara.¹¹⁶

La norma, aparentemente resultado único de la voluntad del que gobierna, está tan condicionada por los hechos que analiza, como lo está el juez que aparentemente la aplica. Ambos, legislador y juez, en cierto modo son libres, y en cierto modo están sujetos a una potestad superior: de ahí lo que dice Jesús a Pilato: "No tendrías poder sobre mí si no se te hubiera dado de lo alto", idea que Pilato entiende inmediatamente, del mismo modo que la entendía cualquier hombre de mentalidad premoderna. Es decir, la forma de ley es necesaria al derecho, porque toda sentencia de un juez es algo más que simple prudencia o sentido de la justicia personal: es un dictado que ha de prevalecer incondicionalmente, apelando a la fuerza si es preciso. Pero esta pretensión autárquica no es el único rasgo definitorio del derecho. Porque así como un prudencialismo excesivo, que llevara a ignorar la dimensión imperativa del derecho, y mantuviera que "es derecho todo lo racional, todo lo que es justo", no daría cuenta de la realidad, tampoco la daría un normativismo que prescindiera de la prudencia y de la capacidad normadora de esta potencia del ser humano.

115 "Respondeo dicendum quod prudentia in ratione est. Regere autem et gubernare proprie rationis est. Et ideo unusquisque in quantum participat de regimine et gubernatione, intantum convenit sibi habere rationem et prudentiam. Manifestum est autem quod subditi in quantum est subditus, et servi in quantum est servus, non est regere et gubernare, sed magis regi et gubernari. Et ideo prudentia non est virtus servi in quantum est servus, nec subditi in quantum est subditus. Sed quia quilibet homo, in quantum est rationalis, participat aliquid de regimini secundum arbitrium rationis, intantum convenit et prudentia habere". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 12.

116 Se plantea este tema en *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 12.

Esta ‘comunicación’ que se produce entre la norma y el objeto de la decisión, al ser posible porque ambas instancias representan la misma realidad, plantean problemas delicados que sólo pueden entenderse partiendo desde la naturaleza y exigencias de las relaciones que están siendo atendidas. Siempre se puede suponer que las normas estarían ya preparadas para acoger los problemas, del mismo modo que las habitaciones del hotel están listas para recibir a los clientes. Podría pensarse, puestos a fabular sobre lo que piensa mucha gente en su vida cotidiana, que ‘los hechos’ encajarían en una norma determinada porque —¿cómo decirlo?— ambos tendrían como ‘la misma forma’: algo así como un objeto con determinada forma geométrica sólo puede encajar con otro objeto que tenga una forma geométrica que sea compatible con la anterior. El proceso que se llama, de forma confundente, ‘aplicación de derecho’, es mucho más complejo, y sólo es posible por la comunidad de problemas y de justicia que existe entre las materias o contenidos respectivos, el de las leyes y el ‘objeto’ del enjuiciamiento.

Estas digresiones no las encuentro expresamente en Acursio, Tomás de Aquino o Bartolo. Pero creo que con ellas expongo con alguna fidelidad una vertiente decisiva del espíritu que animaba el trabajo de aquellos juristas.

2. Mandaban ‘las cosas’

Ellos estaban interesados por lo que imprecisamente designamos con la palabra ‘cosa’, que ellos llamaban a veces el ‘casus’ o *quaestio*. Su actitud ante la realidad les llevaba, y esto es especialmente perceptible en el derecho privado, a adoptar una actitud ante cada problema que, antes que nada, era *teórica*: contemplaban lo que ocurría, y de la mano de la posible naturaleza del problema y de sus consecuencias previsibles, adoptaban la solución mejor para todos de acuerdo con las normas disponibles. Por decirlo con Tomás de Aquino, lo realmente importante era resolver el caso desde los *ex propriis principii rei*, tomando como punto de referencia las cosas tal como suelen suceder *normalmente*: “*inquisitio autem fiat per communia*”.¹¹⁷ No existe el peligro de caer en una actitud propia de las ciencias especulativas, que se mueven con nociones universales o comunes, explicaba el de Aquino, porque el saber ‘demostrativo’, que es judicial, procede desde la naturaleza de su propio objeto.¹¹⁸ John Austin,

117 “*Ad secundum dicendum quod iudicium debet sumi ex propriis principii rei: inquisitio autem fiat etiam per communia*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 51, art. 4.

118 “*Unde etiam in speculativis dialectica, que est inquisitiva, procedit ex communibus: demonstrativa autem, que est iudicativa, procedit ex propriis*”. Cfr. *loc. cit.*

siempre complejo y contradictorio consigo mismo, fue uno de los pocos juristas de la Edad Contemporánea que entendió lúcidamente este modo de considerar la realidad jurídica y moral, y explicaba que toda ley general (él se refería a los códigos civiles) no puede ser sino una recopilación de la *jurisprudencia* ya producida.¹¹⁹ Austin opinaba esto porque intuía, del mismo modo que Tomás de Aquino, que la prudencia que han de ejercer los que se ocupan con el derecho ha de consistir en una actitud que se mueve con los datos y exigencias que provienen ante todo de aquello en que se está trabajando. Por esta razón, Austin proponía un nuevo concepto de 'sistema' o científicidad: las *Instituta* de Justiniano son sistemáticas o científicas porque hacen reposar sus distinciones en la materia misma que tratan.¹²⁰ Ya sir Francis Bacon había usado la expresión de "casos *immersed in matter*", nos indica Austin, para referirse a un tipo de problemas difíciles.¹²¹

En efecto, toda ley, especialmente en el derecho civil, se alimenta de los análisis de los hechos ya realizados por los juristas y jueces y, en muy buena medida, éste es su gran valor: un sector de la legislación es útil para el jurista, porque recoge una experiencia ya dilatada, y ofrece al juzgador unos análisis de los hechos que orientan decisivamente la labor jurisprudencial.¹²² Estudiando lo que superficialmente sólo parecen 'normas' o actos de voluntad del legislador, el lector aprende mucho derecho y ciencia jurídica al mismo tiempo.

Si Descartes pudo dividir la realidad fácilmente en '*res cogitans*' y '*res extensa*', como si la vida no ofreciera más que dos aspectos, esto fue posible sin estridencias porque anteriormente la universidad había tendido a considerar la realidad propiamente humana, como un todo amorfo o uniforme. La mentalidad científica moderna que cobra fuerza en el ambiente que contribuyeron a crear Galileo, Viète y Bacon, necesitaba suponer una 'materia' uniforme cuyas regularidades o leyes pudieran ser co-

119 Explica este tema extensamente en sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5a. ed., Londres, vol. II, lect. XXXIX, p. 659.

120 "*The Arrangement of Justinian's Institutes (or, rather, of the earlier Institutes from which they were copied or compiled) is a "systematic", or "scientific" one: that is to say, derived from distinctions lying in the "matter" of the treatise*". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, p. 992.

121 Cfr. *Lectures...*, op. cit., vol. I, p. 117.

122 Así es como Álvaro d'Ors, por ejemplo, considera actualmente esta faceta de las normas: "El derecho constituye, desde luego, un cierto orden, pues las soluciones prudenciales para resolver los distintos casos que se pueden presentar ante los jueces suelen pertenecer a un sistema más o menos explícito en el que se distinguen diversos grupos de reglas en razón de las realidades a que se refieren y que solemos llamar instituciones". Cfr. *Una introducción al estudio del derecho*, México, 1989, p. 53.

nocidas del mismo modo en todas las cosas: la física, paradigma de la ciencia moderna, aplica sus leyes uniformemente a todas las realidades, igualándolas desde su punto de vista, que postula como el único capaz de proporcionar un conocimiento fiable. Es decir, la Edad Moderna, en lugar de reconocer que la física únicamente capta una dimensión de las cosas, muy útil desde el punto de vista tecnológico pero ciega ante otras necesidades del ser humano, prefirió negar las distintas vertientes en que se nos manifiesta la realidad y postular que solamente las magnitudes medibles geométrica-aritméticamente existen o son reales. Las otras manifestaciones de lo que imprecisamente podríamos llamar el ser de las cosas, de sus distintas formas o modos de existir, fueron negadas, normalmente de forma despectiva, calificadas de *qualitates occultae*.¹²³

Según esta dicotomía omnipresente que había reproducido Descartes, aparece una *ratio* omnipotente, que es entendida como la instancia propiamente humana, que ha de moldear una materia amorfa para ponerla al servicio del hombre. “*Natura non vincitur nisi parendo*” —según el lema que popularizó Francis Bacon— y la estructura geométrico-matemática que domina la *res extensa* nos permite a los hombres poner a nuestro servicio la ‘materia’ siguiendo las leyes matemáticas. Las matemáticas compondrían ese ‘mundo nouménico’ que conecta la humanidad con lo que existe fuera de ella. Pero este *noumenon*, ¿alcanza también para explicar la estructura de la vida humana? Thomasius, Wolff, Gundling y otros iusnaturalistas alemanes del siglo XVIII dijeron seguir el ejemplo del método matemático, pero estas declaraciones no convencieron a buena parte de sus coetáneos, y a finales de siglo estaban desprestigiadas. Si la razón tampoco extrae sus contenidos desde ‘las cosas’, ¿desde donde...? Me parece que los únicos filósofos consecuentes fueron Kant y sus discípulos. Ellos se vieron obligados a hablar de una razón pura, que consiste en libertad según ellos, y que sería como el contrapunto necesario del ‘mundo exterior’, el *Sinnenwelt*, que es el mundo perceptible por los sentidos, que está regido siempre por las leyes ciegas y necesarias de la física. Así, frente a la ‘necesidad’ (*Notwendigkeit*) del mundo exterior o físico, se situaría la ‘libertad’ (*arbitrium, Willkühr*) en que consiste el hombre.¹²⁴ La razón humana, por este camino, no podría consistir sino en las reglas que se da a sí mismo el arbitrio¹²⁵ para no aniquilarse. Cuando

123 Vid. el 11 de la obra de Galileo, *El ensayador*, Buenos Aires, Aguilar, 1981.

124 Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., pp. 21-27.

125 Kant y sus epígonos usaron indistintamente las palabras arbitrio y libertad, *Willkühr* y *Freiheit*.

la libertad se vuelve sobre sí misma buscando coherencia en las acciones, logra descubrir los comportamientos moralmente 'necesarios'; cuando plantea la coexistencia de los arbitrios al modo de 'esferas de libertad', entonces busca la *Metaphysik des Rechtes* que ha de estar en la base de la doctrina del derecho positivo.

El molde de la *res cogitans* o razón, que ha de servirse de la *res extensa* para sus propios fines, permanece en nuestras ideas, más o menos subliminarmente, como esquema heurístico universal y necesario. La *res extensa* sólo opondría resistencia al esfuerzo humano: de ahí los problemas de una naturaleza insuficientemente *dominada*. Pero esta naturaleza es al mismo tiempo posibilitante, porque conociéndola, podemos usar sus leyes en nuestro propio provecho. En este sentido, algunos autores del siglo XX han llegado incluso a reconocer una 'naturaleza de la cosa', que no sería más que ese tener en cuenta los condicionantes propios de cada cosa para saber cómo dominarla. Como es obvio, las cosas no son más que objeto pasivo de nuestra manipulación *inteligente*.

Pero el problema permanece: si la inteligencia o razón moderna no se nutre desde los contenidos de cada cosa, ¿en dónde encuentra la razón sus contenidos o sus leyes, y en qué consisten éstas? La Ilustración siguió dos caminos ante esta pregunta: de un lado, Thomasius y Hume, por ejemplo, pusieron como motores de la vida humana algunas *pasiones* del hombre, de modo que la conducta sería inteligente si se hacen realidad tales pasiones, de 'vivir bien' (Thomasius), de benevolencia y sociabilidad, como propuso Hume. De otra parte, el mayor intelectualismo kantiano creó una metafísica nueva que, a diferencia de la tradicional, partió desde el postulado cartesiano, potenciado por Hume, de la insuficiencia de los sentidos, y mediante una aplicación continua del ideal del sistema, esto es, de la ausencia de contradicción al considerar las cosas de forma absolutamente unidimensional, como hace la geometría o la física, cree llegar a algunas conclusiones 'necesarias'. La gran diferencia entre esta metafísica y la anterior está en que la antigua tiende a explicar aquello que está presupuesto en las percepciones sensoriales. La metafísica kantiana, en cambio, se presenta como el único saber admisible precisamente porque niega el valor de tales percepciones. Pero esto nos introduce, otra vez, en problemas colaterales a este estudio.

En cambio, estos otros juristas y teólogos que ahora considero, tuvieron en cuenta lo que nos manifiestan los sentidos, de una parte, y lo que Antoine de Saint-Exupéry llamaba 'el sentido de las cosas', de otro, lo

que da pie a hablar de una 'metafísica teleológica'. Este equilibrio que hicieron entre los datos sensoriales y las formas distintas que observaban en cada cosa, les previno de reducirse al empirismo, de un lado, o de situar el ideal de tipo romántico como la única guía de nuestra vida. Naturalmente, estas digresiones que hago no se encuentran en los textos que examino, entre otros motivos porque constituyen reflexiones sobre la historia de la filosofía, y ésta es una historia que entonces no se había producido: el búho de Minerva aún estaba ensotado en su olivo.

Pero Tomás de Aquino, que sí conocía el empirismo de algunos sofistas, como Gorgias o Trasímaco, y que estaba sufriendo el excesivo intelectualismo de los retóricos de las escuelas de su época, se apresura a deshacer equívocos e indica que la razón humana es verdadera en la medida en que consona con las cosas,¹²⁶ porque la razón, por sí sola, no aporta ninguna verdad al hombre: "*non est eadem ratio veritatis et rationis*".¹²⁷ Él denuncia, frente a las teorías que quieren explicar las cosas tal como son 'en sí', que cuando algo es conocido por sí mismo ('*secundum se*'), caemos en una tautología que nada añade al conocimiento.¹²⁸ De ahí la regla de oro de este modo de entender la relación del hombre con la realidad: "La razón humana no es la medida de las cosas, sino que más bien sucede lo contrario".¹²⁹ Domingo de Soto precisaba esta idea escribiendo que "*ratio autem non est rerum mensura: sed ipsa potius rerum natura, quam ratio inspicit*",¹³⁰ y en el plano propiamente práctico, Soto estimaba que "lo justo y lo recto en las cosas humanas se ha de juzgar según la regla de la razón: porque la regla de la razón es la naturaleza de las cosas".¹³¹

En esta dependencia continua desde la realidad, las reglas o normas de la razón práctica del hombre no dependen de ninguna construcción intelectual, sino de lo que el hombre 'es'. Frente a algunas actitudes de su época excesivamente espiritualistas, que pretendían reducir el derecho natural a

126 "*ut scilicet conceptus hominis non sit verus propter seipsum, sed dicitur verus ex hoc quod consonat rebus*". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 93, art. 1.

127 *Suma teológica*, cit., I-II, q. 93, art. 1, ad 3.

128 "*Dicimus autem aliquid per se notum dupliciter: uno modo, secundum se; alio modo, quoad nos. Secundum se quidem quaelibet propositio dicitur per se nota, cujus praedicatus est de ratione subjecti*". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 2, Resp.

129 "*Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso*". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 91, art. 3.

130 Cfr. *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 5, art. 1, p. 37 de esta edición.

131 "*Ex hoc sic arguitur: justum et rectum in rebus humanis secundum rationis regulam existimandum est: rationis autem regula est rerum natura*". Cfr. *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 5, art. 2, p. 40.

unos 'prima principia' algo desarraigados de la vida cotidiana del hombre, Tomás escribe que "el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales".¹³² Por 'inclinaciones naturales' entiende las mismas que Isidoro de Sevilla, y comienza aludiendo, al mencionarlas, al apetito sexual. Su discípulo más adherido a su modo de ver las cosas, Domingo de Soto, explicaba que el derecho natural se ha de entender en una doble naturaleza: de un lado, según aquello que la naturaleza nos enseña o a lo que ella nos instiga, y esto explica que Ulpiano indicara que el derecho natural es común a todos los animales, y que consiste en aquello que se tiene por instinto natural y no por obra humana.¹³³

La idea que está en la base de esta filosofía moral estaba lejos de los postulados modernos, según los cuales el ser humano consiste únicamente en arbitrio indeterminable, o en este arbitrio más otras cualidades morales, según Locke enriqueció la doctrina iusnaturalista moderna. Más bien huyen de cualquier reducción de lo que el hombre 'es' o exige una naturaleza humana intemporal, y Tomás repite una definición usual de la filosofía moral aristotélica: "La filosofía moral es aquella filosofía que trata acerca de todas las cosas que son necesarias para la vida humana".¹³⁴ A Tomás, como a la mentalidad que él representa, le interesan los bienes, no las órdenes o mandatos: "Con lo que es bueno concuerda no solamente lo bueno, sino también alguna cosa que retiene en sí algo de bueno".¹³⁵ En esta mentalidad, según la cual lo que interesa es lo que es bueno o malo para el hombre (*adaequatum vel non adaequatum*), y esto lleva a reconocer que en la cosa mala suele haber algo bueno (algo impensable para la rigidez de las teorías éticas posteriores), no costaba trabajo entender que aquello que es vicioso para uno, eso mismo puede ser bueno y adecuado para otro.¹³⁶

132 "Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae". *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 2, Resp.

133 "Igitur cum audis ius naturale esse illud quod est a natura, bifariam intelligite: nempe a natura id docente et ab eadem ad ipsum instigante. Unde Ulpianus l. 1 D de iust. inquit, naturale est commune omnium: eo quod ubique instinctu naturae non constitutione habetur aliqua. Ubi e regione opponens naturalem instinctum et constitutionem, nostram bimebrem divisionem insinuat". Cfr. *De iustitia...*, cit., L. III, q. 1, art. 2, pp. 194 y 195.

134 "Moralis enim philosophia habet considerationem circa omnia quae sunt necessaria vitae humanae". Cfr. *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Roma, Marietti, 1964, 1539, p. 410.

135 "et ideo omnia concordant bonum non solum bonum, sed etiam mala, secundum hoc, quod aliquid retinent de bono". Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 140, p. 38.

136 Tomás de Aquino escribía que "Ad tertium dicendum quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, propter diversas hominum condiciones, contingit quod aliqui

Ante todo existe y se ha de considerar aquello para lo que se trabaja, es decir, aquello que el jurista o el moralista estudia. Para recalcar que la medida de la razón humana son las cosas mismas, el de Aquino explica que la naturaleza tiende, ante todo, a regir cada cosa en sí misma (*ad regendum unamquamque res in seipsa*),¹³⁷ y por esta razón entiende que los conjuntos ordenadores o normativos que creamos los hombres no poseen especial consistencia en sí mismos, sino que están al servicio de los fines que los hombres han de alcanzar en cada momento.¹³⁸ Cuenta siempre la ‘materia’ de la ley, que es la que suele llevar la iniciativa, no el precepto mismo. Una explicación precisa de este hecho la proporciona Soto, cuando trata de la mutabilidad de las leyes: “La medida debe ser inmutable en tanto lo aguanta la naturaleza de la materia que rige, o de la ley. Porque la medida de lo mudable no ha de tener una persistencia más duradera que lo que mide”.¹³⁹

Acursio había explicado que la equidad (término con el que los glosadores designaban el origen y la ‘esencia’ de la justicia) no reside en las leyes, sino en los casos.¹⁴⁰ Una expresión que estos juristas usaban frecuentemente era la de “*paribus casus, in quibus paria iura desiderat*”: el derecho va a remolque de la equidad de los casos. Ellos trabajaban preferentemente con problemas humanos, y no tanto con el *ius scriptum*. Este hecho llevaba a Tomás de Aquino a decir que la medida debe ser permanente sólo hasta donde sea posible. Porque en las cosas mutables no puede existir nada inmutablemente permanente.¹⁴¹ Lógicamente, el oficio del jurista o del moralista, que trabaja sobre datos históricos, variables y contingentes, sólo llega a resultados fiables en la medida en que se funda-

actus sunt aliquibus virtuosi, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt alii vitiosi, tanquam eis non proportionati”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 4, Resp.

137 *Suma teológica*, cit., II-II, q. 50, art. 4.

138 “*Quantum autem ad particularem cognitionem eorum circa quae operatio consistit est iterum distinguendum. Quia operatio consistit circa aliquid vel sicut circa ea quae sunt ad finem. Et ideo potest esse naturalis inclinatio respectu horum finium...*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 15, Resp.

139 “*Et per hoc respondetur ad secundum quod mensura debet esse immutabilis quatenus fert natura materia: mensura autem mutabilium rerum solidiorem non suffert perpetuitatem*”. Cfr. *De iustitia et iure...*, cit., L. I, q. 7, art. 1, p. 75.

140 “*Ut sit ius commune: secus si specialiter detur. Sed secundum hoc omnis lex est regula: quia loquitur in paribus casibus, in quibus est eadem aequitas, et de universis hominibus*”. Cfr. *Corpus Juris Civilis*, cit., L. I, tit. III, glosa “a”.

141 “*Ad secundum dicendum quod mensura debet esse permanens quantum est possibile. Sed in rebus mutabilibus non potest esse aliquid omnino immutabiliter permanens*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 97, art. 1.

menta en la prudencia que atiende a esos “casos iguales que reclaman igual derecho”. El jurista no es el que conoce bien (teóricamente) el derecho escrito; porque si el jurista carece de prudencia adquirida en el trabajo concreto, ni siquiera sabrá qué leyes ha de aplicar, y llegará a resultados inútiles.¹⁴² Sucede que estos autores distinguen entre los saberes ‘ociosos’ (*otiosi*), entre los que se cuenta la metafísica, y los saberes prácticos. Los saberes ociosos, que tratan de conceptos universales, permanecen siempre siendo los mismos. La finalidad de los saberes prácticos es distinta, porque no se trata tanto de conocer unas cosas como de hacer estas cosas mismas.¹⁴³

3. *El criterio del medium rei*

Las explicaciones romanistas sobre la justicia son complejas, porque unas veces la justicia o equidad aparece como una justicia ya constituida (que sólo tendría que conocer el juez o jurista) y otras veces se manifiesta como una disposición personal que sería “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno o suyo”, según la conocida definición de Ulpiano. Esto es, bajo el término justicia entendían indistintamente bien algo justo ya existente, bien una potencia o fortaleza de cada persona que le capacita la voluntad para ser capaz efectivamente de dar o devolver lo ya conocido como ajeno. Pero la noción y virtualidad de la ‘justicia’ no se detenía en estas dos funciones: había también una tercera acepción de ella, a saber, la buena voluntad (la “*Rectitudo voluntatis propter se servata*” que exponía San Anselmo) que hacía posible que el entendimiento de cada hombre dictara lo que es justo, creándolo él: porque no siempre las relaciones sociales o lo que demandan las personas humanas como tales indican unívocamente lo que es justo según cada problema. En este último sentido, la justicia no es tanto la buena voluntad de dar a cada uno lo que ya es suyo, como esa potencia o facultad del ser humano de constituir él lo que sea justo. Esta potencia del ser humano no es siempre genérica —como si correspondiera en todos los casos a

142 “*ex legibus congregatis non potest fieri aliquis legis positivis, vel iudicare quales leges generales sint optimatae, nisi habeat experientiam... Sed tamen omnia haec videtur esse utilia solis expertis. Illis autem qui nesciunt singularia, propter inexperientiam videntur esse inutilia*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 2175.

143 “*Dicit ergo primum, quod finis scientiae quae est circa operabilia, non est cognoscere et speculari singulae, sicut in scientiis speculativis, sed magis facere ipsa*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 2138.

todo el género humano—, sino que frecuentemente hay que consultar a personas muy concretas que son como ‘la justicia viviente’.¹⁴⁴

La justicia aparecía simultáneamente como una simple potencia de la voluntad que pasivamente ordenaba dar a cada uno y a todos lo que ya se sabía que era de ellos, y como una razón práctica de las personas justas que determinaba o constituía *ex novo* lo que debía ser justo. Esto suponía una petición de principio, porque la misma justicia que ordenaba devolver a cada cual lo que era de él, era al mismo tiempo la capacidad que determinaba o concretaba lo que correspondía devolver. “¿No supone esto *quaedam circulatio*”?, se preguntaba Tomás de Aquino.¹⁴⁵ Efectivamente, esto suponía una circularidad, y las explicaciones de Tomás para resolverla, aludiendo a la función de la *recta ratio*, son poco convincentes. En todas las cuestiones humanas fundamentales aparecen este tipo de circularidades: no en vano advertía Kant en las primeras líneas del prólogo de la primera edición de su *Crítica de la razón pura* que parece que pertenece a la esencia de la razón humana plantearse problemas que la misma razón no puede resolver. Ahora tendremos en cuenta esta última función de la justicia: facultad o potencia humana para determinar o ‘crear’ lo que es justo en cada caso.

La justicia, considerada médula del derecho, era entendida como una virtud personal muy especial, distinta de todas las demás. Tomás de Aquino explica minuciosamente que las virtudes morales tratan sobre movimientos interiores de los hombres (*circa interiores passiones*), de modo que con la templanza *cada* hombre debe hacerse a sí mismo más temperante. Como los hombres somos muy distintos los unos de los otros, estas medidas interiores dependen de cada cual: es imposible dar reglas generales, porque lo que es demasiado para Cayo, es poco para Creso. Pero éste no es el caso de la justicia. Ciertamente, la justicia es ante todo una virtud personal, pues cada hombre debe procurar ser él justo personalmente. Pero el juez ha de procurar ser justo en los asuntos ajenos, y lo mismo sucede con el legislador. Esta ‘virtud’ supraindividual, esto es, que desborda los límites de lo que cada persona ha de hacer consigo misma, es posible porque los seres

144 *Vid.*, entre otros lugares, *Suma teológica*, II-II, q. 60, art. 1.

145 “*Videtur autem hic esse quoddam dubium. Nam si veritas intellectus practici determinatur in comparatione ad appetitum rectum, appetitus autem rectitudo determinatur per hoc quod consonat rationi verae... et sequitur quaedam circulatio in dictis determinationibus*”. *Cfr. In decem libros Ethicorum...*, *cit.*, 1131.

humanos estamos coordinados unos con otros en el campo del derecho gracias a la exterioridad de lo que es justo. Efectivamente, Aristóteles había dejado escrito en el libro V de su *Moral a Nicómaco* que la justicia trata de 'datos' exteriores a los sujetos, cosa que no sucede con ninguna otra virtud. Tomás de Aquino hace de este hecho el quicio de su explicación de la justicia: ésta no tratará *circa interiores passiones*, de lo que cada cual debe hacer consigo mismo, tomándose como punto de referencia a sí mismo, sino de lo debido externamente a los otros, al margen de lo que cada uno piense o quiera.

Tomás considera que no existe un 'justo medio' general, esto es, un procedimiento para llegar a él que sea universal, igual en todos los saberes morales. Ciertamente, cada virtud moral tiende naturalmente a llegar a su 'medio'. Pero como este medio no lo encontramos o no se da del mismo modo en todas las cosas, esta inclinación natural a que alude no es suficiente, porque siempre opera de la misma forma en todas las actuaciones del hombre; lo que no es correcto porque nos llevaría a resultados equivocados; por este motivo, tal inclinación ha de ser corregida por el espíritu de la prudencia.¹⁴⁶ Es decir, el hombre no puede conocer 'naturalmente' y sin más lo que está bien, y por esta causa ha de hacer intervenir a su razón, que mide y calcula. El intelecto proporciona los criterios básicos, y corrige y alimenta continuamente el razonamiento; la razón propiamente dicha calcula las consecuencias de cada acto atendiendo al bien de todos o de la comunidad. En un plano más personal, el propio de todas las virtudes morales, el criterio prácticamente último, es conseguir la alegría, evitando la tristeza.¹⁴⁷

Es decir, los actos externos que realizamos para hacer realidad una virtud, están como a medio camino entre las cosas externas, que son su 'materia', y las pasiones interiores del hombre, que son sus 'principios'.¹⁴⁸ En el terreno de la moral, hay que rectificar las pasiones para llevar una

146 "Ad tertium dicendum quod virtus moralis per modum naturae intendit pervenire ad medium. Sed quia medium non eodem modo invenitur in omnibus, ideo inclinatio naturae, quae semper eodem modo operatur, ad hoc non sufficit, sed requiritur ratio prudentiae". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 7.

147 "Sed omnis virtus moralis ordinatur ad delectationem et tristitiam sicut ad quosdam fines consequentes: quia, ut Philosophus dicit, in VII Ethic., delectatio et tristitia est finis principalis, ad quem respicientes unumquodque hoc quidem malum, hoc quidem bonum dicimus". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 9, ad 1.

148 "Ad secundum dicendum quod operationes exteriores mediae sunt quemadmodum inter res exteriores, quae sunt earum materia, et inter passiones interiores, quae sunt earum principia". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 9, ad 2.

vida alegre, o para que todos lleven esta vida: este es el criterio comunitario más permanente. Las virtudes morales que no son la justicia buscan y procuran hacer realidad esta rectificación de las pasiones, atendiendo al individuo del que son las pasiones.¹⁴⁹ Por tanto, en este tipo de rectificación no se atiende a la relatio que una ‘cosa’ guarda con otra ‘cosa’, sino que solamente comparamos las acciones y las cosas con el mismo sujeto que quiere ser virtuoso: *sed solum comparationem ad ipsum virtuosum*.¹⁵⁰ Llegamos así a una conclusión bastante personal, de forma que puede decirse que este *medium* que buscamos es sólo “un medio según la razón en lo que se refiere a nosotros”.¹⁵¹ Por decirlo con terminología escolástica, es un *medium rationis*, no un medio ‘real’.

Pero con la justicia es distinto: parece obvio que los demás no pueden quedar a expensas de lo que a uno le proporcione alegría, de lo que él calcule internamente para sí mismo con este fin, de acuerdo con sus necesidades. Con razón se ha objetado a Kant que la elevación de la máxima (*Triebfeder*) a ley (*Gesetz*) supone una extensión indebida de las propias preferencias o necesidades a todos los demás seres racionales, que muy bien pueden tener ‘necesidades’ (en el sentido moral de la palabra) distintas a las de la persona concreta que calcula.

Tomás de Aquino, al buscar un elemento objetivo de coordinación que haga posible la justicia, explicó que la justicia consiste en una ‘operación exterior’ a través de la cual guardamos la proporción debida con otra persona. Y así, el punto medio que busca la justicia no se fundamenta en las necesidades del sujeto que actúa, sino en una cierta proporción de igualdad de la cosa exterior con la otra persona con la que se relaciona el agente.¹⁵² Se trata de buscar una proporción aproximada entre lo más y lo menos, o lo mayor y lo menor, tal como indica Aristóteles en el libro X de su *Metafísica*. Es decir, la justicia consiste en un *medium rei*, en una proporción ‘de las mismas cosas’, o que nos es proporcionada por la misma relación social que anda en juego, con independencia de lo que apre-

149 “*Respondeo dicendum quod aliae virtutes morales consistunt principaliter circa passiones, quarum rectificatio non attenditur nisi secundum comparationem ad ipsum hominem cuius sunt passiones*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 10, ad 2.

150 “*Et ideo medium talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparationem ad ipsum virtuosum*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 10, ad 2.

151 “*Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos*”. Cfr. *loc. cit.*

152 “*Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est usus, debitam proportionem habet ad aliam personam. Et ideo medium iustitiae consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem*”. Cfr. *loc. cit.*

cie o quiera el sujeto afectado. Porque un nervio básico de esta visión del derecho es aquel que entiende que un hombre es relevante jurídicamente para otro hombre por referencia a las cosas, esto es, que se ha de calcular lo que uno debe a otro según 'la cosa' que los vincula en derecho.

Aquino hizo un serio esfuerzo por no introducir categorías filosóficas en la explicación del razonamiento jurídico. El peligro de la filosofía aplicada al derecho consistiría en mantener que puesto que toda relación sólo puede ser una relación entre dos o más personas, ambos términos de la relación son 'personas', esto es, seres humanos, y no una 'cosa' con la que una persona se mida o compare. Esto es peligroso porque no se adecua a la realidad, al menos no en la mayor parte de los casos. Si excluimos el derecho penal (del que estos juristas no se ocuparon), la relación es 'comparativa', pero no entre personas, sino entre persona y cosa, como ha mostrado Alejandro Guzmán.¹⁵³ En efecto, este profesor expone que la dogmática jurídica del siglo pasado fue construida sobre la noción de 'relación jurídica', entendida ésta como una *relatio* entre dos personas: "La relación jurídica se da sólo entre personas; por ende el derecho real no puede consistir en una relación con una cosa sino con otras personas".¹⁵⁴ El supuesto sobre el que reposa esta noción de relación jurídica es suponer que no puede haber relaciones jurídicas entre personas y cosas: las cosas no pueden ser titulares de derechos ni obligaciones.

A pesar de la capacidad retórica de esta argumentación tan simple, Guzmán explica que:

si nosotros definimos una relación jurídica como la relación que es materia de una regulación del derecho, ese supuesto resulta totalmente falso. En efecto, según lo dicho, una relación jurídica es, antes que jurídica, una relación. Ahora bien, entre personas y cosas puede haber muchas relaciones... Si decimos que tal hombre 'es' más alto que tal estante, ahí establecemos una relación entre una persona y una cosa. Y si decimos que tal estante 'es' más bajo que este otro estante, la relación queda establecida entre cosas. Se trata de ver ahora si las relaciones jurídicas son posibles entre personas y cosas o entre cosas. Lo cual tampoco ofrece alguna dificultad, porque cuando afirmamos que tal persona es usufructuaria respecto de tal cosa, establecemos una relación entre esa persona y esa cosa.¹⁵⁵

153 *Vid.* "La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (Examen crítico)", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1995), pp. 139-167.

154 *Idem*, p. 163.

155 *Idem*, p. 164.

Naturalmente, si entendemos —al modo kantiano— que la relación jurídica únicamente existe entre dos arbitrios, no podemos entender esta realidad. Pero si prescindimos de este prejuicio, podemos decir que “el que afirma ser dueño de una cosa, afirma serlo en relación con una cosa, pero no en relación con una persona determinada... entonces es suficiente exigirle probar que es dueño de esa cosa para obtener la condena de cualquiera que perturbe su posesión de la misma”.¹⁵⁶ Ésta era también la opinión de John Austin, para quien la palabra ‘*duty*’ designaba ante todo una ‘realidad’ que no una ‘*obligatio*’.¹⁵⁷

Aquí reside el sentido de la distinción entre ‘*ius in rem*’ y ‘*ius in personam*’. En los primeros, la relación queda establecida ante todo entre una persona y una cosa; las restantes personas que pueden entrar a formar parte, posteriormente, de una relación jurídica en la que se debata esa cosa, están *prima facie* indeterminadas. Por esto, en ninguna escritura de propiedad se especifica que las demás personas deben abstenerse de perturbar la posesión del inmueble escriturado: tal escritura sólo establece una relación jurídica entre el titular y la cosa objeto de la propiedad.

En este contexto hay que entender la noción del ‘*medium rei*’: las personas se comparan o miden habitualmente por las cosas, no por el arbitrio de otras personas. La modernidad desdibujó de raíz este planteamiento porque solamente admitió relaciones entre los arbitrios o voluntades de las personas. Realmente, ésta parece haber sido una tentación permanente del ser humano, al menos en estos últimos cinco siglos, y el no haber sabido superarla ha llevado a diluir la ciencia del derecho en relaciones ‘personales’, que son refractarias al cálculo jurídico, pues cada persona posee un valor incalculable y el jurista nada tiene que hacer con lo que es inconmensurable.¹⁵⁸ Al reducir las relaciones jurídicas a vínculos entre seres humanos, hemos perdido de vista las nociones de ‘persona jurídica’ u ‘*officium*’, que han quedado disueltas en haces de derechos y obligaciones personales. Esto no es correcto, ya que la persona jurídica se mantiene viva y operante al margen siempre de los derechos y obligacio-

¹⁵⁶ *Idem*, p. 166.

¹⁵⁷ “The English ‘*duty*’ (looking at his derivation) rather denotes ‘*that*’ to which a man is obliged, than the obligation itself. It is derived, through the French ‘*devoir*’ (past. par.) and the Italian ‘*dovere*’, from the Latin ‘*devere*’. It is, therefore, equivalent to *id quod debitum est*, rather than *obligatio*”. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, p. 452. Las intensidades son de Austin.

¹⁵⁸ John Austin, plenamente inmerso en esta mentalidad jurisprudencial, observaba que “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”. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, p. 119.

nes concretos. Cualquiera puede renunciar a una herencia: pero nadie puede renunciar a la condición de heredero,¹⁵⁹ lo que nos indica que la 'persona' sigue operativa aun cuando no existan derechos subjetivos.

4. *Persona y 'persona jurídica'*

En esta explicación de la ciencia jurídica jugó un papel central la noción romana de 'persona', tal como aparece en el Digesto, por ejemplo, en el título "*De jure personarum*". Hoy llamamos persona a cada ser humano concreto, pero la noción de 'persona jurídica' que usaban estos juristas era algo distinto. Ellos entendían que la persona consistía en cada una de las manifestaciones fundamentales del hombre: ser marido, hijo, madre, funcionario o ciudadano. Como podemos ver, cada uno de nosotros 'porta' varias de estas *personas*, porque muy bien puede suceder que un hombre sea simultáneamente marido, padre, hijo y ciudadano; de ahí el brocardo antiguo "*Unus homo sustinere potest plures personas*". Cada persona jurídica representaba socialmente el *munus publicum* de cada ser humano, un '*munus*' que se designaba con la palabra *status* para referirse a las 'personas' más importantes: estar soltero, casado o viudo, ser religioso o laico, etcétera. Hablaban de personas decididamente porque cada una de estas 'personas' (jurídicas) comportaba una *situación*, un *status*, llamado también *officium*, en el que aparecían ya algo analizados los derechos y deberes. Realmente, no se podía hablar de derechos y deberes como realidades separadas, porque lo específico de la persona jurídica era crear un *status* en el que los deberes y derechos surgían y se manifestaban *uno actu*. Por este motivo, quizá la palabra más adecuada para manifestar lo que cada cual puede hacer según cada persona jurídica sea la de 'competencia', en la que quedan resumidas las posibilidades vitales, ya aparezcan externamente como derechos o deberes.

¿Estaban cosificando o 'reificando' la conducta humana y, con ella, al hombre mismo? No parece que sucediera tal cosa, porque ellos entendían que el hombre no posee una razón con fundamentos autónomos al margen del resto de la realidad: la razón humana merece el nombre de tal porque "es medida por las cosas". Cuando la razón *admite* la realidad, en esa medida llega a ser verdadera más allá del simple juego lógico. Desde

¹⁵⁹ Austin indicaba, frente a Heineccius, que "*Those rights or duties... 'are' the conditions or 'status' with which the person is clothed... But, according to the definition which I am now considering, the rights or duties... are not themselves the 'status': but the 'status' is a quality which lies or inheres in the given person*". Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, p. 697.

ciertas facetas fundamentales, la realidad es siempre racional, según Tomás de Aquino y, en consecuencia, ese *medium rei* que nos proporciona la realidad, es, al mismo tiempo, un *medium rationis*, una realidad racional.¹⁶⁰ Con una terminología más cercana a la actual, Domingo de Soto apostilla estas explicaciones tomistas escribiendo que lo que es justo en la justicia, se constituye desde la misma naturaleza de la cosa, mientras que en las restantes virtudes depende más bien de la buena voluntad del que actúa.¹⁶¹ Por esta causa, prosigue Soto, mientras que en las virtudes de la fortaleza o de la templanza no se parte desde su objeto exterior, sino desde las necesidades y disposiciones del sujeto, la justicia comienza en el objeto mismo, *ab objecto: quod in rebus ipsis consistit*.¹⁶²

La mentalidad moderna se mostró reacia a entender estas explicaciones: parece que el hombre moderno creía seriamente que él ya aportaba al mundo una personalidad o un talante subjetivamente propio, y negó que puedan existir *realidades* exteriores a él que le conformen en su forma de actuar. Sobre este modo de sentir, reitero que los únicos que hicieron un esfuerzo serio y coherente por descubrir una racionalidad que sería como específicamente humana, al margen de la *realidad* (el término *realidad* proviene de 'res') fueron Kant y sus discípulos. Y todo se saldó con unos postulados a priori y con la aplicación posterior de las exigencias del ideal del sistema. Es posible que tan gratuitos y a priori fueran los postulados iniciales como considerar que sólo son necesarias las exigencias del sistema. Lo que estos investigadores no captaron era el hecho consistente en que ellos habían asumido de forma tan intensa la *moral positiva* de su momento, que las exigencias básicas de esta moral se les presentaban como los requisitos *sine qua non* de cualquier consideración 'racional'.

Si volvemos al problema anterior, que es el de la efectividad del criterio del "*medium rei*", vemos que este tema es, sin embargo, uno de los más complejos de toda la teoría jurídica.¹⁶³ Porque no en vano las defini-

160 "Ad primum dicendum quod hoc medium rei est etiam medium rationis. Et ideo in iustitia salvatur ratio virtutis moralis". Cfr. loc. cit.

161 "Atque ex hac rursus exoritur tertia differentia: nempe quod merito Doctores virtuti iustitiae per se objectum adscribunt, quod jus appellant et justum: non autem reliquarum ulli: eo videlicet quod in virtuti iustitiae justum ipsum ex natura rei constituitur: in reliquis vero non nisi ex recta intentione agentis". Cfr. *De iustitia...*, cit., L. III, q. 1, p. 192.

162 "Quapropter divus Thom. (quod meditare considerandum est) tractatum aliarum virtutum, nimirum fortitudinis aut temperantiae, non ab earum objectis exorditur, sed a virtutibus quae faciunt rectitudinem in opere: tractatum vero iustitiae ab objecto: quod in rebus ipsis consistit". Cfr. *Ibidem*.

163 Tomás de Aquino reconoce sus dificultades e insuficiencias en *In decem libros Ethicorum...*, cit., 379.

ciones de la justicia más conocidas en la historia, han comenzado siempre por un factor estrictamente personal: Ulpiano dejó escrito que la justicia consiste en “la constante y perpetua voluntad...”, y San Anselmo habló de “una rectitud de la voluntad guardada por sí misma”. El problema no consiste, sencillamente, en que exista un elemento objetivo, ‘el derecho’, y otro subjetivo: la efectiva voluntad de dar a cada uno su derecho. La cosa es más complicada. Porque lo que llegamos a conocer mediante la observación de la realidad, por muy *reales* que sean las relaciones que están en juego y sus consecuencias, no suele ser suficiente para conocer, sin más, lo que es debido, lo justo. La función del hombre no es tan pasiva en la concreción de la justicia, porque la realidad no se nos impone con tanta objetividad.

Éste es un tema que ya está bastante estudiado por Fernando Inciarte,¹⁶⁴ y no parece oportuno que vuelva ahora sobre él. Si lo saco a colación es porque Tomás de Aquino, haciéndose voz de lo que pensaba y sentía su época, lo apunta reiteradamente: ahí están el artículo 13 de la cuestión 47 de la II-II, y el artículo 2, cuestión 51 de la misma parte de la *Suma Teológica*. En estos textos, lejos de exponer que el apetito es recto en la medida en que tiende a dar a cada cual lo que ya le corresponde, manifiesta más bien que es la virtud personal (la “constante y perpetua voluntad” de Ulpiano o la “rectitud de la voluntad considerada por sí misma” de Anselmo), la que vuelve recta a la apetición. Una declaración en la que apunta esta exigencia resumidamente puede ser aquella en la que indica que “*ad prudentiam pertinet non solum consideratio rationis, sed etiam applicatio ad opus.*”¹⁶⁵ Desde luego, una vivencia muy personal de cada uno nos muestra que lo que hemos de dar no viene siempre y ya sin más fijado o determinado: una persona con fuerte sentido de la economía fijará una medida, y en principio será justa, y otro hombre de talante liberal fijará otra medida, que podrá ser calificada igualmente de justa. Las exigencias prácticas parecen tropezar con un muro de imposibilidades teóricas.

5. La doctrina de la ‘causa’

La teoría de la argumentación jurídica bajomedieval era ágil. El ‘deber’ constituía siempre para ellos un imperativo absoluto, pero los cauces para llegar al conocimiento de lo que *debemos* hacer no eran tan rígidos o

164 Vid. “Sobre la verdad práctica”, *El reto del positivismo lógico*, Madrid, 1974, pp. 159-216.

165 *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 3.

absolutos. Sin embargo, algunos teólogos españoles del siglo XVI, y algunos teóricos del derecho que escribieron en el siglo siguiente, impusieron una mentalidad según la cual lo bueno es bueno 'por sí mismo', y lo malo es igualmente así. Para hacer realidad académica esta consideración de la ética, los escolares de los siglos XV y XVI solían usar la frase "*per se et natura sua, seclusis aliis circumstantiis*" para referirse a este aislamiento conceptual de las conductas 'buenas' o 'malas'. No se desviaban enteramente del espíritu jurisprudencial porque los juristas y sus teóricos como Tomás de Aquino también entendían que *en principio* hay cosas que son buenas y otras que son malas. Incluso sucede que existen algunas normas que sean inmutables, como la que prohíbe condenar al inocente.

Sobre este punto se pueden hacer algunas precisiones. Una sería reparar en que tanto los juristas como los teólogos reconocían que existen unos "primeros principios de la razón práctica" que nos muestran las conductas morales más elementales.¹⁶⁶ Los teólogos solían proponer como ejemplos el precepto de amar a Dios, o la prohibición de adulterar. Los juristas, además de estas reglas y otras similares, solían referirse también a los *tria praecepta juris de* Ulpiano. Es decir, la vida moral del hombre *comienza* o es posible gracias a unas normas extremadamente elementales que cualquiera conoce en su entendimiento o conciencia. Como estos principios los conocen todos los hombres, los medievales los llamaron comunes; y como se imponen en su evidencia, y tan inútil es tratar de demostrarlos como de refutarlos, añadieron que eran indemostrables. Así se formó la impresionante frase latina con la que se mencionaba estos principios: "*Prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis*".

Otro dato a tener en cuenta para comprender la teoría ético-jurídica de aquella época viene de la mano de la observación de la realidad humana. En efecto, Tomás de Aquino había explicado que lo que es justo *naturalmente* (es decir, según el derecho natural, o según la justicia más elemental) es aquello que 'por su naturaleza' es adecuado o conmensurado a otro. Una conducta puede ser adecuada a un hombre de dos modos: uno, según una 'consideración absoluta' de esa conducta, y otro calculando las consecuencias de la conducta que estudiamos.¹⁶⁷ La 'causa' en el primer

166 *Vid.*, por ejemplo, mi estudio "La génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV al XVII", *Anuario de Filosofía del Derecho XVIII* (1975), pp. 285 y ss.

167 "*Jus sive justum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri. Hoc autem potest contingere dupliciter. Uno modo, secundum absolutam sui considerationem: sicut*

tipo de actos que naturalmente son buenos o malos, son los actos mismos en relación con la dignidad de las personas:¹⁶⁸ pues es degradante para el ser humano mentir o prostituirse, al margen de las consecuencias que esto pueda traer para el que lo hace. Otra cuestión distinta, sobre la que discutieron mucho los medievales era la de si mentir o prostituirse (por seguir con estos ejemplos) era algo malo 'en sí mismo', o si esta maldad dependía sólo de la voluntad contingente de Dios, que nos ha creado 'así' como nos podría haber constituido de otro modo. Pero ésta es ya una cuestión teológica, en la que nunca entraron, afortunadamente, los juristas. A ellos les bastaba vivenciar que el hombre se degrada mintiendo para saber ya, sin más, que no se *debe* mentir.

En el segundo tipo de actos, la 'causa' era distinta. Este es un tema complicado, porque desde que se comenzó a discutir el consecuencialismo en la ética, han aparecido tantas controversias, seguidas de tantas opiniones, que el investigador tiene la sensación, cuando lo aborda, de estar metiéndose en un avispero. De todos modos, algo sí se puede entender: la mayor parte de las 'cosas' que componen nuestra vida, esos actos que *debemos* cumplir casi diariamente, no poseen ese carácter constituyente del hombre que sí tienen los actos descritos en los ejemplos anteriores. Más bien son cosas indiferentes, que han llegado a ser buenas o malas por las consecuencias que ahora, aquí, producen. A ellas se refiere Tomás de Aquino cuando explicaba que existen conductas que son justas naturalmente, no considerándolas absolutamente en sí mismas, sino por los efectos que acarrear para nosotros. Este sería el caso de la propiedad, según el de Aquino: si consideramos un campo 'absolutamente' no hay motivo para que pertenezca a este hombre y no a aquel otro. Pero si consideramos la finca de acuerdo con la oportunidad de su aprovechamiento y de su uso pacífico, entonces puede suceder que deba pertenecer a éste (que sea *mejor* que pertenezca a éste), y no a aquel otro.¹⁶⁹ Cuando hacemos

masculus ex sui ratione habet commensurationem ad feminam ut ea generet, et parens ad filium ut eum nutriet. Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur". Cfr. Suma teológica, cit., II-II, q. 57, art. 1, Respondeo.

168 M. Beuchot explica que "Santo Tomás se ocupa del título jurídico, aunque llamándolo 'dignidad' o 'causa', y es aquella propiedad de la persona por la cual algo le es debido" (ST, II-II, q. 63, art. 1, ad 1)". Cfr. *Derechos humanos. Juspositivismo y jusnaturalismo*, México, 1995, p. 27.

169 "Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur: puta proprietates possessionum. Si enim consideratur iste ager absolute non habet unde magis sit huius quam illius: sed si consideratur quantum ad

intervenir nuestra razón para conocer lo que es menos malo, esta actividad de la razón es en cierto modo natural al hombre, porque el hombre es un ser “naturalmente racional”, y por esta causa se dice que lo que descubrimos en este uso racional de la inteligencia es ‘natural’ o es justo *naturalmente*.¹⁷⁰ La justicia, como podemos observar, depende ahora de la *utilitas* de la solución: la doctrina de la *utilitas* tuvo una enorme importancia doctrinal durante más de un milenio y medio,¹⁷¹ y poco tiene que ver con el ‘principio de utilidad’ del que hablaron en el siglo XVIII. Tomás de Aquino escribe sobre este tema que:

Una cosa puede ser necesaria de dos modos. Uno, cuando es necesario *simpliciter* (*simpliciter*), de forma que es imposible que pueda ser de otro modo; y lo que es necesario así no queda bajo el juicio humano: de lo que inferimos que tal tipo de necesidad no es aquel del que se ocupan las leyes humanas. Sin embargo, algo puede ser necesario para alcanzar un fin: entonces, tal necesidad es lo mismo que la utilidad.¹⁷²

Ante este planteamiento caben dos opciones. Una sería afirmar que sólo constituyen derecho natural aquellas conductas que han de ser como son y no pueden ser de otra forma. Pensando de esta forma circunscribiríamos el derecho natural al conjunto de los “primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”. Así obtendríamos un derecho natural tan inmutable como el hombre mismo. En cambio, si entendemos que todas aquellas instituciones que los hombres hemos descubierto¹⁷³

opportunitatem colendi et ad pacificum usum agri, secundum hoc habet quandam commensurationem ad hoc quod sit unius et non alterius”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, p. 57, art. 3, Resp. Vid. más extensamente Megías, J.J., *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994, pp. 133 y ss.

170 Tomás escribía: “*Considerare autem aliquid comparando ad id quod ex ipso sequitur, est proprium rationis. Et ideo hoc quidem est naturale homini secundum rationem naturalem, quae hoc dicit. Et ideo dicit Gaius jurisconsultus: ‘Quod naturalis ratio inter homines constituit, id apud omnes gentes custoditur, vocaturque ius gentium....’*” Cfr. *Suma teológica*, *ibidem*.

171 John Neville Figgis expresaba que “*I do not of course mean that all hold the same ethical theory, but that institutions and all alleged rights must be able to show some practical utility if their existence is to be maintained*”. Cfr. *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge, 1956, p. 13.

172 “*Praeterea, necessarium dupliciter dicitur. Scilicet id quod est necessarium simpliciter, quod impossibile est aliter se habere; et huiusmodi necessarium non subiacet humano iudicio: unde talis necessitas ad legem humanam non pertinet. Est etiam aliquid necessarium propter finem: et talis necessitas idem est quod utilitas*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 95, art. 3.

173 Aquí se plantea un problema terminológico y filosófico provocado por el uso inadecuado de palabras latinas. El verbo latino ‘*invenire*’ y su sustantivo *inventio* significan ‘encontrar’, ‘hallar’ o

ante las necesidades nuestras, históricas y contingentes, son justas porque generan un deber, o generan este deber porque son las adecuadas para resolver esas necesidades, cabe siempre la posibilidad de mantener que tales instituciones constituyen también derecho natural, porque si 'es natural' que los hombres sean egoístas, envidiosos, ambiciosos, etcétera, serán igualmente 'naturales' las instituciones que hemos creado para contener esta ambición y vivir más tranquilamente.

Hay que hacer una opción entre estas dos posibilidades, y ambas opciones tienen sus ventajas e inconvenientes. Si dejamos reducido el derecho natural al conjunto de los "primeros principios", responderemos al estereotipo del derecho natural inmutable, y esto da una cierta apariencia de respetabilidad. Si, por el contrario, mantenemos que todo lo *inventado* ante las necesidades es justo, entonces extendemos el derecho natural a todo lo que tiene una causa suficiente, y buena parte del derecho que conocemos y del que usamos diariamente queda convertido en derecho natural. La ventaja de esta segunda opción es que recalca la *obligatoriedad*,¹⁷⁴ el 'deber' de aquellas soluciones que versan sobre lo que simplemente es contingente, histórico. Pero presenta el inconveniente de ampliar demasiado el perímetro del derecho natural.

Hasta ahora ha quedado expuesta una tesis: que para que una conducta pueda ser calificada de justa o injusta, normalmente ha de haber una causa 'fuera' de esa conducta misma que la vuelva justa o injusta. Explicaba Tomás de Aquino que Platón nos jugó una mala pasada cuando afirmó que existe una 'esencia de la bondad'. Es manifiesto, indica Tomás, que en la vida humana no existen cosas así, porque para los hombres todo es más relativo¹⁷⁵. Si hablamos de relatividad en el marco de la explicación práctica tomista, no es porque cada cual pueda hacer lo que quiera, o valorar según su arbitrio. Porque si en el extremo del relativismo está Protágoras, también en el extremo del dogmatismo que tampoco permite reconocer al hombre, está Platón. Ni todo es relativo, ni todas las reglas y

'descubrir'. 'Inventar' es, pues, 'descubrir'. Sin embargo, actualmente en la lengua castellana, 'inventar' viene a ser sinónima de 'crear'.

174 En la lengua castellana tenemos el sustantivo que es correlato de 'obligación': *obligatoriedad*. Pero no el que es el correlato de 'deber'. Habría que recurrir a la lengua italiana y sacar a colación el término *doverosità*.

175 "Circa quod sciendum est, quod Plato per se bonum ponebat id quod est ipsa essentia bonitatis, sicut per se hominem ipsam essentiam hominis. Ipsi autem essentiae bonitatis nihil potest apponi, quod sit bonum alio modo, quam participando essentiam bonitatis...". Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, 1972, p. 515.

normas están ya dadas. Tomás partía de una tesis algo más compleja que la platónica: la naturaleza no procede al modo de un oficio artístico, que acaba las cosas hasta su final. La naturaleza únicamente nos proporciona algunos principios generales que actúan a modo de meta o ejemplo, tras los cuales trabajamos para acercarnos a ellos.¹⁷⁶ Es decir, la naturaleza nos proporciona a los hombres unas metas o fines hacia los que nosotros tendemos en la historia, y con esta idea entramos en el problema de la *teleología* aristotélico-tomista, habitualmente no muy bien entendida.

El pensamiento medieval que refleja Tomás es 'teleológico' a consecuencia de la falta de normas o reglas claras y definidas. Como el hombre no sabe en todo momento qué es lo que puede o lo que debe hacer, ha de hacer un esfuerzo personal y colectivo por seguir —por el camino que él se señale a sí mismo— unos fines que vienen impuestos por la naturaleza y por las necesidades. Algunos afirman —escribe Tomás— que la bondad y la malicia dependen de un *principium* que opera sobre las cosas que hemos de hacer. "El principio en las acciones es el fin en virtud del cual se hace algo".¹⁷⁷ La noción de fin tiene una importancia decisiva en esta explicación de la realidad humana, hasta el punto de que Tomás de Aquino explica reiteradamente que el criterio decisivo que poseen los seres humanos para saber cómo actuar es la ordenación al bien comunitario, de modo que este bien es el que crea la naturaleza de ley o de 'deber' para un acto.¹⁷⁸

De esta forma entramos directamente en la consideración de la función de la 'causa'. Podríamos decir que ellos consideraban que una causa era tanto aquella necesidad que provocaba una reacción del hombre, como esta misma reacción cuando era la realmente adecuada para resolver aquella necesidad. El problema comienza con el inacabamiento del hombre: el ser humano no posee una naturaleza acabada, de modo que observándose a sí mismo ya supiera lo que le hace falta en cada momento: "la naturaleza no opera a modo del arte". La meta genérica a la que ha

176 "Et inde quod philosophus dicit, quod si ars faceret ea quae sunt naturae, similiter operantur ea quae sunt artis. Sed natura quidem non perficit ea quae sunt artis, sed solum quaedam principia praeparat, et exemplar operandi quodam modo artificibus praebeat". Cfr. *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, Torino-Roma, Marietti, 1066, 1.

177 "Et huius rationem assignat consequenter; dicens quod virtus et malitia respiciunt principium operabilium quod malitia corrumpit, virtus autem salvat: principium autem in actionibus est finis, cuius gratia aliquid agitur". Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 1431, p. 383.

178 En *Suma teológica*, I-II, q. 90, art. 3, ad 3 escribe que "Ad tertium dicendum quod, sicut nihil constat firmiter secundum rationem speculativam nisi per resolutionem ad prima principia indemonstrabilia, ita firmiter nihil constat per rationem practicam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune. Quod autem hoc modo ratione constat, legis rationem habet".

de tender el hombre la designaban con el término latino *utilitas*, que es la actitud que subviene a las *necessitates*, de modo que todo lo que fuera 'útil' ante una necesidad humana era justo: "*Consistit enim justitia ex hoc quod aliqui adaequantur vel non adaequantur in rebus utilibus et nocivis*",¹⁷⁹ y esta '*utilitas*' comprendía lo que era útil tanto en un plano poético como práctico: aquí se sitúa la gran cisura que separa al pensamiento antiguo, centrado en la *utilitas*, de la 'utilidad' moderna, tal como la expusieron Thomasius, D'Holbach o Hume. John M. Lightwood, en el marco de esta mentalidad jurídica, explicaba que el verdadero derecho natural de la jurisprudencia romana era el *ius civile* basado en la *utilitas*. "Sería un error decir que los juristas romanos encontraron su causa última en el derecho natural. En la medida en que este principio de utilidad representa el principio más sólido posible, él encarna el punto de referencia de la visión más amplia posible de las relaciones humanas".¹⁸⁰ De este modo, los juristas romanos estaban capacitados para llegar a la solución correcta aun cuando aparentemente carecieran de normas o principios precisos.¹⁸¹

Francisco de Vitoria explica que "Debemos notar que por necesidad no debe entenderse únicamente una necesidad grave, sino también cualquier carencia... Santo Tomás entiende por necesidad cualquier utilidad".¹⁸² El pietismo que se impuso en el siglo XVIII en Europa tanto en las zonas protestantes como católicas, hace que hoy sean casi ininteligibles estas explicaciones, porque para la mentalidad puritana habría como dos ámbitos distintos para el hombre: el propiamente humano, que es indiferente moralmente, y el plano de la moral, que sería a modo de unas normas surgidas desde un arbitrio omnipotente que señala imperativa-

179 Tomás de Aquino, en *In octo libros Politicorum.... cit.*, L. I, lectio I, 37.

180 Este jurista escribía que "*It is obviously wrong to say that the Roman Jurists found such an ultimate cause in the Law of Nature. So far as this represents any solid principle at all —está refiriendo al principio de causa utilitatis—, it represents the principle of appeal to the most extensive view of actual human relations*". Cfr. *The Nature of positive Law*, Londres, 1883, p. 60.

181 "*In other words, it predisposed the Jurists to adopt the right course, but it gave them no principle to guide them in that course... It is needless to remark that principles are acted upon long before they are formulated and so brought within the sphere of general consciousness*". Cfr. *ibidem*.

182 "*Ad hoc est notandum quod per necessitatem, non solum debet intellegi gravis necessitas, sed etiam quaecumque utilitas et indigentia... Per necessitatem intellegit sanctus Thomas quamcumque utilitatem*". Cfr. *De justitia, cit.*, q. LXXVIII, art. 4, 2. Tomás de Aquino trata de este tema en *Suma teológica*, I-II, q. 95, art. 3. Pedro de Bellapertica escribía: "*Servitus est de iure civili, quia si de iure naturali esse non potest tolli per ius civile. Istud non est verum, sed nascuntur servi. Non obstat quod ius naturale non potest tolli, verum est nisi causa probabilis*". Cfr. *Lectura Institutionum*, reimpresión de A. Forni de la edición de 1536. Comentario núm. 11, p. 120.

mente lo que está ‘bien’ o ‘mal’.¹⁸³ De este modo, en primer lugar los hombres “actuáramos” (también en el derecho), y sólo en un segundo momento saldrían a la luz las normas morales que juzgarían nuestra actuación. Por el contrario, la teoría de la argumentación práctica propia de la mentalidad romanista no separaba estos dos ámbitos de la conducta humana. Porque lo que hoy llamaríamos su “teoría general de la acción” no tenía tanto a la moralidad cuanto era ella misma ‘moral’. Es decir, en la obras de Acursio o Bartolo, sobre cuyo espíritu y método reflexionaban Tomás de Aquino o Francisco de Vitoria, la actitud que el hombre toma ante una necesidad privada o social es ya buena o mala según sea eficaz o no: ellos decían según fuera ‘útil’. Lo que no concebían era una actuación ‘inútil’, esto es, una acción que no sirviera a algún fin propiamente humano y que, sin embargo pudiera ser calificada positivamente desde la moral. Las conductas humanas, tales como ejercitarse en lo militar, ganar dinero, trabajar en el campo, ocuparse de los amigos, constituían el dato primario. Pero estas actividades concretas eran en cierto modo indiferentes, como ya observó Aristóteles: lo realmente importante era que cada persona se perfeccionara ella misma, y perfeccionara a los demás, en el ejercicio de la milicia, trabajando como comerciante, cultivando el campo o tratando con los amigos. Era indiferente ser militar o ser labrador: lo decisivo era que el labrador o el militar realizara en sí mismo su propia humanidad, esto es, que observara una actitud *práctica* (término que proviene de *praxis*, dependiente del de *bios*) a propósito de unas tareas aparentemente sólo *poiéticas*, como eran las de trabajar el campo o escribir libros. Por esta razón Aristóteles afirmaba que la moralidad se constituye en la elección adecuada de los medios.

Se trataba de llevar una vida alegre y feliz, de modo que alcancemos ya ahora la *beatitudo*.¹⁸⁴ La alegría y la felicidad constituyen ya, necesariamente, los fines de los actos humanos: esto es algo que nos viene dado, y no tiene sentido cuestionarlo.¹⁸⁵ Naturalmente, tras los fines genéricos

183 M. Rodríguez Molinero alude a este talante, típico de la filosofía moral neoluterana, en *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, 1973, pp. 225-246.

184 Tomás escribía: “*Sed omnis virtus moralis ordinatur ad delectationem et tristitiam sicut ad quosdam fines consequentes: quia, ut Philosophus dicit, in VII Ethic. delectatio et tristitia est finis principalis, ad quem respicientes unumquodque hoc quidem malum, hoc quidem bonum dicimus*”. Cfr. *Suma teológica, cit.*, II-II, q. 58, art. 9, ad 1.

185 Tomás indicaba que “*principium autem in actionibus est finis, cujus gratia aliquid agitur: quod ita se habet in agibilibus, sicut suppositiones, idest prima principia in demonstrationibus mathematicis. Sicut enim in mathematicis principia non docentur per rationem, sic neque in operabilibus*

de la felicidad o alegría, los seres humanos tendemos a alcanzar muchos *bienes* concretos que suponemos ya como buenos. Aquello que estimamos como bueno, y por ser tal lo consideramos como un *bien*, no es tal cosa porque siempre sea bueno o malo 'por sí mismo', como explicaron Escoto o Conrado. Se trata de bienes 'relativos a...'. Algo es bueno cuando es un instrumento eficaz para resolver una necesidad. No existía una misteriosa cualidad última, explicaba el de Aquino que convierta a las cosas en buenas o malas, y a nuestros actos en virtuosos o viciosos. Lo que sí existen son 'cosas' (datos de la naturaleza, o acciones del hombre) que 'son ya' buenas, y por esta razón decimos que constituyen 'bienes'. El que una cosa sea buena o mala es más bien *una cuestión de hecho*: esto nunca lo aceptaron Escoto, Conrado, Mayr, Gabriel Vázquez o Luis de Molina. Porque de hecho, todo aquello que es *útil* o eficaz para conseguir un fin humano, es bueno o virtuoso: de este modo la categoría máxima en la vida moral humana es la del '*útil*', supuesto el *honestum*.¹⁸⁶ Si la moralidad se constituye por la elección adecuada de los medios hacia un fin, como explicaron Aristóteles y Tomás de Aquino, esto sólo se puede mantener cuando se tienen ante la vista bienes, y no normas. Las normas son necesarias, pero sólo cuando con ellas podemos alcanzar los bienes: no tiene sentido moral "la obediencia por la obediencia", fuera del que le pueden dar las personas que han hecho voto de obediencia. Aunque la obediencia a las normas lo es todo cuando es la misma norma la que constituye el bien a alcanzar, como sucede con la norma que ordena decir la verdad; pero la mayor parte de las conductas humanas no encuentran un referente inmediato en este tipo de normas.

La actuación humana es tal, es decir, humana o moral, precisamente porque toda la conducta del hombre resulta como de una cierta tensión hacia algo que se pretende conseguir. En última instancia, la *beatitudo*; en

finis docetur per rationem. Sed homo per habitum virtutis, sive naturalis, sive per assuetudinem circa principia agibilia quod est finis". Cfr. In decem libros Ethicorum..., cit., 1431, p. 383.

186 Cuando la filosofía práctica entró por un camino constructivista, que ya no distingue entre lo *honestum* y lo *útil*, diversos juristas, normalmente franceses, llamaron la atención sobre el hecho de que lo *útil*, para ser tal, debía suponer necesariamente el *honestum*. *Ud.*, por ejemplo, a Hugo de Roy cuando escribe que "Ex relatis satis evidenter constare potest, quatenus id, quod utile est, justum dici possit, et revera sit: nimirum quatenus honestum, hoc est, quatenus juri divino morali consentaneum, vel saltem illi non contrarium. Si namque huic adversetur, foedum atque inhonestum, ne boni quidem publici causa justum dicendum est... Etenim ut utile justum sit, sincerum sit, honestum, atque ex omni parte innoxium: conveniens constante et perpetuo rectae rationis principiis, et divini juris praeceptis... Quocirca ab Aristipo et Carneade dissentimus...". *Cfr. De eo quod justum est*, Hildesii, 1653, lib. I, tít. IV, 1-3.

un plano más cotidiano y más pragmático, muchos bienes concretos. Todo depende del fin y de la efectiva consecución de los fines. El fin es el 'principio' del que depende la 'necesidad' de las cosas que se han de hacer.¹⁸⁷ Dicho en términos más actuales, el fin es la instancia que proporciona al acto la calidad de 'debido', su cualidad específicamente *moral*, que se rige por el *principium* del deber, la *doverosità* italiana. Si el investigador de humanidades (un dato 'real'), necesita para su trabajo tal cosa (otro dato 'real' surgido desde las necesidades), se puede decir que posee el derecho a *exigirla* moralmente, o jurídicamente. En cualquier caso, esta exigencia moral es la base fundante del razonamiento jurídico. Así, desde un 'necesitar algo', surge la regla moral: estar en situación de poder *exigir*.

La bondad o maldad no era vista, por tanto, un 'algo' exterior que se añada a las cosas a modo de un predicado. Hace notar Michel Bastit que el socavamiento de este modo de ver la realidad comenzó cuando se consideraron las cosas como un hecho bruto, sin valor, de modo que era preciso un *discurso exterior* que proporcionara, desde fuera, valor a las cosas.¹⁸⁸ Quizá contra esta tesis de Occam vino la reacción de los discípulos de Escoto,¹⁸⁹ que entendieron que las cosas habían de ser buenas por su propia naturaleza. Cuando a una exageración irreal se opone otra exageración, igualmente irreal, el discurso filosófico se desorienta. El acto humano ni es bueno por sí, ni es indiferente en principio. Aquí tampoco puede tener lugar una especie de *via media*, o solución intermedia. Sucede que todos los actos humanos sirven a varios fines, tanto poiéticos como prácticos,¹⁹⁰ y su bondad depende tanto de la calidad de estos fines como de la calidad del acto mismo, siempre un medio 'para'.

El fin se llama en lengua griega '*telos*', y de aquí proviene el término 'teleología'. Según una interpretación vulgar de esta filosofía práctica,

187 "*Est autem considerandum quod in operabilibus finis est sicut principium; quia ex fine dependet necessitas operabilium. Et ideo oportet finem supponere*". Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 474, p. 133.

188 Vid. *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Paris, 1990, p. 255.

189 Juan de Gerson, por ejemplo, explicaba: "*Bonitas moralis unde mensuretur. Bonitas moralis consequitur ad ens, et haec non habet oppositam malitiam: bonitas vero et malitia de genere, sumuntur ex objecto*". Cfr. *Regulae Morales*, ed. de Amberes 1706, vol. IV, XXIV, p. 82.

190 Si un universitario acepta realizar la traducción de un libro inglés al castellano, se puede decir que esto lo hace para ganar dinero, lo que es la actividad poiética por excelencia. Pero, como ganar dinero nunca es un fin en sí, a menos que alguien se haya degenerado profundamente y se haya convertido en un avaro, el fin práctico para el que se quiere el dinero califica en definitiva la calidad de esta acción.

existiría una teleología en el pensamiento de estos autores porque ellos entendían que todas las cosas estaban como encajadas en un orden rígido del ser, de forma que el jurista o teólogo ya sabía qué función cumplía cada 'cosa'. El investigador no solamente no observa esto, sino que aprecia más bien una relativización de esta forma simplista de pensar, porque Tomás ya nos ha indicado que la naturaleza sólo nos indica unos 'primeros principios' o fines elementales.

De estos fines no resulta sin más que la propiedad privada, por ejemplo, sea una institución buena o mala: será mala si no sirve para la convivencia pacífica y al bien común.¹⁹¹ Muy pocas instituciones humanas corresponden al derecho natural "permanente y estable" de estos autores: este sector del derecho natural sólo proporcionaba unas reglas muy elementales. Aquellos institutos morales y jurídicos que los seres humanos han 'descubierto' ante las necesidades que nos creamos nosotros mismos, éstos constituyen en principio derecho 'positivo', según el pensamiento bajomedieval. Cuando Christian Wolff, siguiendo los pasos de Leibniz, publicó su tratado de derecho natural en ocho volúmenes, en la primera mitad del siglo XVIII, y tal extensión se debía a que había considerado como derecho natural buena parte del derecho privado romano, mostró haber entendido poca cosa del quehacer jurisprudencial. Y cuando sus discípulos, los que integran la línea 'moderada' del iusnaturalismo moderno, Burlamachi, Nettelblatt, Filangeri, etcétera, siguieron este modo de proceder, acabaron de enturbiar la cuestión. Por este camino, casi todo el derecho y la moral existiría *a priori*, necesariamente, porque no era creación prudente humana, sino derecho natural. Fue lógica la reacción de los siglos XIX y XX contra este iusnaturalismo extraño, ajeno a nuestra tradición cultural, que era el único que conocían Bergbohm o Kelsen.

Las verdades prácticas no están normalmente ya dadas: hay que descubrirlas mediante la acción. Inciarte señala que, en esta filosofía práctica, el método es el de "ensayo-error", pues equivocarse no constituye algo excepcional: el error es constitutivo de la existencia humana.¹⁹² La dirección hacia el conocimiento de la moralidad la lleva la acción misma, no una "forma" (¿lógica?) a la que nuestras acciones debieran responder. Michel Bastit explica, a propósito de la noción del 'bien común', que lo que caracteriza a la comunidad es justamente el orden que las partes guar-

191 Vid. el estudio de Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable, cit., per totum.*

192 Vid. "Sobre la verdad práctica", *El reto del positivismo lógico*, ya citado.

dan entre sí en vista a un fin. No se trata de una comunidad de individuos unidos por la posesión de una forma común, como es el caso de las comunidades lógicas. Sucede más bien que el todo integra a las partes comunicándoles un orden hacia este fin común. El todo no existe más allá de las partes: es una realidad, y es una realidad que no existe más que en ellas, pero que existe realmente en ellas.¹⁹³ Algo casi idéntico se podría decir, parafraseando a Bastit, respecto de los *bienes*: estos se integran y son tales sólo por una comunidad de acción. Una comunidad de acción que es simultáneamente individual y social, pues el individuo es al mismo tiempo ‘*persona ut persona*’ y ‘*persona jurídica*’, según la terminología de Bartolo.¹⁹⁴

La integración en la acción que trata de conductas contingentes, históricas, singulares, vuelve al acto humano francamente inestable desde el punto de vista de su calificación moral: “Como sucede que la prudencia trata de las cosas operables, en las que concurren muchos factores, pasa que lo que según eso mismo es bueno y conveniente al fin, sin embargo, cuando concurren otras circunstancias, se vuelve malo y no oportuno para el fin”.¹⁹⁵ El estatuto ético de un acto rara vez es estable.

Este ‘todo último’ al que tiende la vida de cada hombre, que es el “*bene vivere totum*”, según explica Tomás de Aquino, actúa como un imán sobre los actos inmediatos del ser humano, de forma que éstos se pueden dividir en grados según ayuden más o menos a alcanzar este fin último.¹⁹⁶ En definitiva, la ‘entelequia’ propia de estos autores, solamente viene a decir que hay unas cosas más importantes que otras en orden a alcanzar el fin de nuestra vida. Nadie encontrará en estos autores una re-

193 “*Ce qui caractérise la communauté est justement l’ordre que les parties entretiennent vis-à-vis d’une fin. Il ne s’agit pas d’une communauté d’individus regroupés par la possession d’une forme commune, comme c’est le cas dans les communautés logiques... Il s’ensuit que le tout intègre les parties en leur communiquant un ordre vers cette fin commune*”. Cfr. Naissance..., cit., p. 61.

194 Este jurista escribía: “*Pro solutione huius contrarii distingue, secundum Guglielmum de Cn. ... Aut consideratur ‘persona ut persona’: et tunc una persona non potest sustinere vice plurium personarum. Aut consideratur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem se competiunt, aut non. Primo casu potest sustinere vice plurium*”. Cfr. *Corpus Juris Civilis Justiniani, cum Commentariis Accursii*, etc. reimpresión de O. Zeller. Osnabrück, 1965, L. I, tit. VII, lex ‘*Si consul*’, additio de Bartolo a la glosa “a”.

195 “*Sed quia prudentia est circa singularia operabilia, in quibus multa concurrunt, contingit aliquid secundum se consideratum esse bona et conveniens fini, quod tamen ex aliquibus concurrentibus redditur vel malum vel non opportunum ad finem*”. Cfr. *Suma teológica*..., cit., II-II, q. 49, art. 7, Resp.

196 “*Ad secundum dicendum quod ad unum finem ultimum, quod est bene vivere totum, ordinantur diversi actus secundum quaedam gradum... Qui tamen habeant quosdam proximos fines*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 51, art. 2.

ferencia constante a un 'orden del ser' que nos permitiría conocer el puesto de cada ser y sus funciones en el orden de la creación.

Es posible que el lector quede algo desconcertado ante esta exposición: he prometido describir el ambiente jurisprudencial que llega hasta el siglo XVII, y en su lugar me estoy refiriendo a las explicaciones de Aristóteles y Santo Tomás. No se trata de ninguna sustitución: no es que a propósito de Acursio, Odofredo, Bellapertica o Baldo, esté exponiendo una versión, acomodada a los tiempos, de la filosofía práctica aristotélico-tomista. Sucede, más bien, que Aristóteles, y con él sus seguidores serios, ha sido el gran teórico de lo que imprecisamente llamaría el 'sentido común' en el derecho. Estos juristas que imparten sus enseñanzas desde el siglo XI al XVI posiblemente no habían leído nunca las obras de Aristóteles, ni les hacía falta. Ellos, como juristas que eran, y no como retóricos o dialécticos, analizaban la realidad. Su talante personal podría ir desde el propio de la persona humilde hasta el del hombre soberbio: pero, en cualquier caso, se asomaron a la realidad sin pretender deformarla con sus ideas, con modestia. Cuando se procede así se es aristotélico, normalmente sin saberlo. Tomás de Aquino conocía bien el *Corpus Juris Civilis* y las obras de algunos juristas: seguramente, la *Glossa ordinaria* de Acursio la conocía toda persona culta de esta época. En su doble condición de aristotélico y de conocedor de los juristas romanos y bajomedievales, Tomás proporcionó una explicación de la estructura de la argumentación que nos explicita muy realísimamente el modo de trabajar de aquellos juristas. Por este motivo, se puede decir sin rebozos que el de Aquino ha sido el mejor teorizador de la jurisprudencia romanista. Solamente en la segunda mitad del siglo XVI, con las obras de Connanus, Hopper, Bolognetus o Tholosanus, esta jurisprudencia se volvió sobre sí misma y reflexionó por primera vez sobre lo que hacían los juristas, en una reflexión hecha por juristas. Pero aún así encuentro la ventaja de que la explicación tomista es más amplia y profunda que la de estos otros autores.

He aludido a una inestabilidad permanente de los actos humanos, motivada por su carácter de medios con relación a un fin. Rara vez son definitivos nuestros actos, o nuestras instituciones: ellos son buenos sólo en la medida en que persiguen eficazmente un fin, y las circunstancias pueden hacer que lo que ayer fue correcto, hoy aparezca obsoleto. De ahí la insistencia de Tomás en el carácter contingente, variable, histórico, de los elementos que tenemos en cuenta. De ahí que no exista un método infali-

ble y siempre correcto que despeje nuestras dudas: la única solución es poner amor, *solicitud*, en nuestro buscar¹⁹⁷ lo que está bien.

Esta realidad se traduce, en el plano jurídico, en la exigencia inmediata y perentoria de que toda solución posea una causa suficiente. Según el pensamiento de esta jurisprudencia, toda decisión con pretensiones de ser justa o adecuada ha de mostrar su causa, que no es más que su idoneidad para alcanzar el fin que es suyo. En principio, pocas conductas son buenas o malas ‘per se’: la bondad o maldad dependen de la idoneidad ‘para’. En la medida en que esto es una relación, la bondad y maldad son ‘relativas a’. Y todo lo que es relativo puede modificarse a tenor de lo existente, puramente circunstancial. Como vemos, ellos emprenden lo que podríamos llamar una ‘ontología de la circunstancia’, cosa que rechazaron, en los siglos XV y XVI, los teólogos que hablaban de la bondad como una cualidad de los actos ‘*ex sua natura*’, y que por este motivo, a tenor de la propuesta de Escoto de considerar las cosas *formaliter*, excluyeron de la consideración práctica los ‘modos’, ‘respectos’ o ‘razones’. Grocio, con su *objetivismo* ético proyectó hacia la modernidad esta consideración absoluta de la moral y, con ella, de la justicia.

La causa determina contingentemente: lo que ahora es determinado como adecuado, justo, puede ser considerado mañana —de forma igualmente objetiva— como injusto. Porque las relaciones que surgen desde los ‘modos’ o ‘respectos’ son objetivas, aunque su objetividad es relativa a unas circunstancias. Esto es difícil de entender ahora porque asociamos exclusivamente la relatividad propia del ‘ser modal’ a la autonomía ética del individuo aislado e independiente que diseñó la modernidad mediante la figura del ‘estado de naturaleza’. Además, y esto fue igualmente difícil de entender para la mentalidad sistemática moderna, en principio cualquier ordenamiento normativo puede y debe ser derogado cuando concurren motivos suficientes para ello. Esto no es más que una consecuencia del carácter ‘relacional’ o relativo de la bondad: la bondad de un acto depende de una causa. Por esta razón, Pedro de Bellapertica mantenía que incluso el derecho natural *primaevum* puede ser modificado si existe causa.¹⁹⁸ En sentido contrario, todo aquello que no puede justificarse median-

197 En la *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 9, Resp., escribe que “*Hoc autem pertinet ad prudentiam, cujus praecipuus actus est circa agenda praecipere de praeconsiliandis et judicatis... Et inde est quod sollicitudo ad prudentiam pertinet*”.

198 “*Ideo ius naturale primaevum non potest immutari et ius naturale quod appellatur ius gentium. Sed sine causa non potest: ideo dico princeps de iure (non dico de potestate sua cum legibus sit*

te una causa es más bien una corruptela, y esta explicación vale para todo el derecho, explica Bellapertica.¹⁹⁹ Este francés nos reitera una y otra vez que la justicia existe únicamente en función de la causa. Tomás de Aquino, que escribe por los mismos años que Bellapertica, explicaba que la ley natural es mudable, sea por adición, porque se le añade alguna institución nueva, o por sustracción, porque se le quita alguna institución hasta ahora considerada como de derecho natural.²⁰⁰ Notemos que Tomás se refiere a la ley, no al derecho. Lo único que no puede variar son los primeros principios de la razón práctica, añadía Tomás. Bellapertica llevaba esta explicación de la justicia hasta sus consecuencias últimas, y entendía que existe un derecho natural 'de pasado' (lo que hasta ahora ha sido considerado de derecho natural) y un derecho natural 'de futuro': aquello que será derecho natural, pero que aún no lo es.²⁰¹ Lo único realmente importante es que la solución que se aporte, se remonte o no en el derecho natural, se fundamente en una causa.²⁰²

Es decir, esta jurisprudencia no reificó o cosificó la relación jurídica:²⁰³ ésta era posible en la medida en que tendía a hacer posible lo que demandaba la causa. Por este motivo es tan fuerte la doctrina de la causa y casi inexistente la consideración 'per se' de la relación del derecho. El derecho existe normalmente 'en función de' y, como es lógico, lo que pri-

solutus) non potest mihi rem auferre sine causa. Sed cum causa probabilis potest: et ideo ubicumque". Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., p. 108. La intensidad del último párrafo es mía.

199 "Si sine causa fuit introducta refertur a la costumbre non valet, sed magis est corruptela. Sic intelligo omnia iura istius materiae". Cfr. *Petri de Bellaperticae...*, cit., p. 109.

200 *Vid. Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 5, en donde escribe que "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 humanas. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum abstractionis, ut scilicet aliquid desinat esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem". Al final matiza que "Et sic quantum ad prima principia legis naturae est omnino immutabile".

201 "Aut quaeritur nunquid ius naturale in se possit tollere. et tunc aut quaeritur nunquid possit tollere ius naturale futurum aut ius naturale iam introductum. Si quaeritur nunquid possit tollere ius naturale futurum. Dic quod sic, per consensum contrahitur naturalis obligatio. Aut quaeritur nunquid possit tollere ius naturale iam introductum et tunc refertur: aut quaeritur nunquid hoc potest ex causa probabilis: et dico quod sic". Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., p. 110.

202 "Aut quaeritur nunquid hoc potest sine causa. dico quod non: et sic intelligo". Cfr. *ibidem*.

203 Por el contrario, Martin Grabmann nos indica que Schell, en *Apologie des Christentums*, Paderborn, 1901, vol. I, p. XIII, afirmaba que "Die scholastische Denkweise hat keinen Sinn für das Werden, sondern nur für das Sein; nur für das Besitz, nicht für den Erwerb, nur für die inhaltliche Fülle, die ruhende Beschaffenheit, nicht für die Tat, nicht für die Art ihrer Verwirklichung". Cfr. *Die Geschichte der scholastischen Methode*, Freiburg im Bressgau, 1909, I. Band, p. 26.

mero salta a la vista en las obras de estos juristas, es su vinculación con la realidad concreta que están estudiando, de modo que la lógica interna de sus razonamientos es la lógica de las 'cosas' que examinan. Hubieran quedado muy sorprendidos si alguien les hubiera hablado de una lógica específicamente jurídica.

6. Normas y problemas

Es necesario sacar a colación el tema del *medium rei* propio de la justicia para mostrar cómo en el pensamiento jurisprudencial medieval, que representa también a la *jurisprudencia* romana, el 'objeto' o la cosa sujeta a discusión tiende a llevar la voz cantante. Este 'hablar las cosas' se muestra fundamentalmente en que las normas aplicables existen en función de cada solución: primero está el problema, y su resolución adecuada discrimina las normas y principios que han de 'regir' su solución.²⁰⁴ Así, los principios y normas no se imponen en nombre de su sublimidad o de su alta autoridad: más bien mendigan de la inteligencia del juzgador que se les tenga en cuenta para colaborar en la decisión del problema.

No estamos ante una mentalidad 'normativista', aunque sería francamente arriesgado indicar qué se puede entender por tal cosa. La docencia de nuestras facultades de derecho, que consiste fundamentalmente en que el alumno memorice miles de normas, que ha de repetir en cada examen, normas que (se postula) pertenecen a un único ordenamiento normativo, favorece el espejismo de creer que la *jurisprudencia* consiste en aplicar las normas 'ya existentes' al caso que se nos somete a consideración. A veces, desde luego, sucede esto. Pero el supuesto en el que un caso queda atrapado inequívocamente por una norma, ni explica todo el derecho, ni es el supuesto fundamental del que hay que partir para explicar lo que hacen y han hecho diariamente los juristas.

Es decir, el 'ordenamiento jurídico' estaba compuesto para ellos por todo aquello que diera pie para argumentar racional o equitativamente. Un jurista del *jus commune* echaba mano, en el momento de fundamentar su opinión, del derecho romano, del *Corpus Juris Canonici*, de 'comunes opiniones' de los doctores, de un razonamiento propio apoyado sobre argumentos de equidad, de oportunidad o de lógica, y de todo lo que tuviera

²⁰⁴ Tomás explica esto en *Suma teológica*, cit., II-II, q. 49, art. 1: "*oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere*".

en esas circunstancias algún prestigio o fuerza convincente. Como mandaban las exigencias de justicia del problema concreto estudiado, el tema de la 'jerarquía normativa' no tenía para ellos la importancia que parece tener para el jurista actual. Cuando Acursio explica que el derecho del que usamos hoy en parte es derecho natural, en parte derecho de gentes, y en parte es derecho civil, no está estableciendo *a priori* ninguna jerarquía de fuentes. La jerarquía de las fuentes (expresión inexistente hasta el siglo XIX) venía dada *a posteriori*, desde el final, desde las exigencias de la resolución del problema: para aquella mentalidad práctica carecía de sentido considerar a las normas como ya existentes antes de su aplicación concreta. Una norma 'existía' o entraba en vigor cuando era reclamada por el que juzgaba el caso, y aún así, como hemos visto, la norma sólo era considerada como 'una cierta (*aliqua*) causa de lo justo'. Es lógico que un romanista como Álvaro d'Ors explique hoy que 'fuente del derecho' es aquel momento de la argumentación en el que el jurista descubre la pauta para resolver el problema.²⁰⁵ En consecuencia, el derecho natural, el derecho de gentes y lo que entonces llamaban derecho civil *concurrían* ante el juzgador, cada uno con sus pretensiones. En unos momentos prevalecían las exigencias de equidad y libertad propias del derecho natural, y en otros momentos se imponía el pragmatismo *contra natura* expresado por el derecho de gentes y el derecho civil. La única parte *necesaria* del derecho natural era la constituida por esos principios generales de la razón práctica, comunes e indemostrables para todos los hombres, que los juristas solían llamar derecho divino natural.²⁰⁶

Esta mentalidad que se expresaba condensadamente en la expresión *medium rei* no atiende tanto a normas como a bienes concretos que hay que conseguir. Por este motivo, en las obras de Aristóteles o de Tomás de Aquino se habla mucho de virtudes y bienes, y poco de leyes o normas. Tomás de Aquino trata ampliamente las leyes en el *Tratado de las Leyes*, en la I-II de su *Suma Teológica*. Pero apenas se refiere a ellas en la II-II,

205 Escribe este jurista que "Fuente, aplicado a la teoría jurídica, se emplea por metáfora. Quizá, por eso, sería mejor prescindir de la palabra, pero temo que no sea posible, pues sería difícil encontrar otra más cómoda para decir lo mismo. En todo caso, por tratarse de una metáfora, es necesario precisar bien el sentido exacto en que esta palabra se emplea. Pues bien; yo entiendo por fuente aquel momento de la realidad jurídica en el que se nos aparecen los criterios sobre lo justo, o, en otros términos, las 'formas de producción' de estos criterios". *Cfr. Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963, p. 113.

206 *Vid.* Pedro de Bellapertica: "Si dicas quod sic: contra, jus naturale est immutabile, quod appelletur jus divinum". *Cfr. Petri Bellaperticae...*, cit., p. 106.

cuando trata de la justicia y del derecho. Obviamente, mientras el protagonismo lo encarnen las 'cosas', no hay lugar para hablar del derecho ante todo como un conjunto normativo que existe por sí mismo, o que otorga 'facultades' a los individuos; ni tampoco, como un conjunto de 'cualidades morales' que los hombres poseerían por el hecho de ser tales. Por tanto, para llegar a la explicación específicamente moderna del derecho, era preciso proceder ante todo a desmontar la explicación del derecho y de la ciencia jurídica que entiende a la justicia y a la realidad jurídica como un *medium rei*, para mostrar que el derecho o la moral consisten en unos conjuntos de normas que existen antes que las relaciones humanas concretas. En una época corporativamente cristiana, huelga decir que estas normas, que existen gracias a un acto de una voluntad superior, fueron entendidas como normas de origen divino. Así, la justicia se desplazó desde los hombres y su realidad, a un acto del arbitrio de Dios.

CAPÍTULO SEGUNDO

TIEMPOS DE CAMBIO

I. 'MOS ITALICUS', 'MOS GALLICUS' Y EL SURGIMIENTO DEL IUSNATURALISMO MODERNO

1. *Un problema*

Cuando, hace ya demasiados años, realizaba mi tesis doctoral sobre Fernando Vázquez de Menchaca, centrada en el estudio de la función que cumplió este autor en el tránsito desde el derecho natural medieval al derecho natural moderno, intenté comprender a Vázquez dentro de las corrientes metodológicas que existieron en el siglo XVI en el mundo del derecho, el '*mos italicus*' y el '*mos gallicus*'. Pero mi esfuerzo fue inútil, porque Fernando Vázquez, y con él otros juristas importantes de este siglo, siguen una actitud metódica que no se puede reducir a ninguna de los dos aludidas. Ello puede decir que ha existido una tercera corriente metodológica que ha escapado hasta ahora a la atención de los historiadores del pensamiento jurídico.

Como este hecho muestra una laguna en la historia de la metodología jurídica, me llevó a emprender el trabajo de determinar cuál había sido la situación metódica de Fernando Vázquez dentro del batiborrillo de ideas, de propuestas y de intereses que existieron en el siglo XVI. Pero como el intento de determinar la naturaleza de una opción, del tipo que sea, requiere previamente la determinación clara de las otras opciones, puesto que se trata de un estudio necesariamente comparativo, me vi obligado a estudiar la literatura existente sobre el '*mos italicus*' y el '*mos gallicus*'.

La bibliografía existente sobre la historia de la ciencia jurídica presenta a la jurisprudencia de la primera mitad del siglo XVI bajo la tensión existente entre el método tradicional —conocido con el nombre de 'bartolismo jurídico' o '*mos italicus*'— y otra tendencia, nueva has-

ta entonces, que se suele designar como humanismo jurídico o '*mos gallicus*',²⁰⁵

El '*mos italicus*' se caracteriza, según ideas muy extendidas, porque sus representantes vieron en el derecho romano un monumento que consideraron insuperable y, en consecuencia, lo aplicaron directamente a la realidad social de su tiempo. En el siglo XI la cultura humanística no estaba aún muy desarrollada, y la falta de conocimientos históricos hizo que los juristas bajomedievales consideraran a este derecho en bloque, tal como fue transmitido por Justiniano, sin preocuparse por su génesis histórica. No se percataron, o no hicieron caso del hecho de que bajo el orden legal de la Instituta y del Digesto, por ejemplo, están las opiniones de unos hombres que representan talentos humanos y jurídicos muy diferentes. Para los juristas medievales y los 'bartolistas' de comienzos de la Edad Moderna, este derecho era la *ratio scripta*, un *donum Dei*, y su actitud ante él fue de sumisión, sin espíritu especialmente crítico ante los textos que manejaban. Esto lleva a muchos estudiosos a concluir que la jurisprudencia medieval estuvo dominada por el principio de autoridad, de la autoridad del derecho romano, fundamentalmente. Además, estos juristas, al glosar y comentar estos textos, siguieron el mismo método casuístico que ya se encontraba en el *Corpus Iuris*. Algunos afirman que este casuismo llevó a la ciencia del derecho hacia un fuerte desorden porque su actividad más importante habría consistido en hacer exégesis de los textos romanos utilizando para ello abundantemente los recursos de la lógica y de la dialéctica medieval, según una orientación preferente o exclusivamente analítica. Faltaron, por tanto, visiones panorámicas del derecho, porque la actividad jurisprudencial se ciñó a un amontonamiento de casos prácticos propuestos según sugería el contenido de cada lugar del *Corpus Iuris* que era comentado.

El humanismo jurídico, en cambio, nacido en la primera mitad del siglo XVI, representó una orientación opuesta a la del '*mos italicus*'. Sus representantes tomaron conciencia del carácter histórico del derecho de Roma, y dejaron de considerarlo como un ordenamiento jurídico vigente intemporalmente. A fin de conocerlo mejor, profundizaron en la historia de Roma y así estuvieron en condiciones de descubrir la *ratio legis* de cada disposición concreta. Cultivaron especialmente la filología, que fue

²⁰⁵ Vid., por ejemplo, a Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a. ed., Göttingen, 1967, p. 97; Orestano, R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, pp. 140 y ss.; Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, París, 1968, pp. 507 y ss., y Koschaker, K., *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 167 y ss.

para ellos uno de los instrumentos hermenéuticos que les permitió, junto con la historia, comprender mejor el sentido de la norma jurídica romana. Con esta 'historificación' del derecho romano, éste perdió el prestigio de '*ratio scripta*' y fue preciso buscar otra *ratio* que permitiera descubrir lo justo y conveniente en cada caso. Esta exigencia les llevó a buscar una nueva 'idea del derecho' con la que poder sustituir la argumentación jurídica anterior, a la que consideraron excesivamente apegada al principio de autoridad. Además, muchos investigadores consideran que fue una nota típica del '*mos gallicus*', como reacción contra el carácter casuístico y analítico de la *jurisprudencia* anterior, el intento de exponer ordenadamente el derecho y publicaron, a este fin, diversas obras que pretenden ser ordenaciones de todo, o de una parte del derecho o, yendo más allá de la simple ordenación, construcciones sistemáticas de tipo deductivo a partir de un primer principio.²⁰⁶

Si explicamos así el decurso histórico, salta a la vista una primera insuficiencia de este planteamiento: no logramos dar cuenta —es incomprensible— del surgimiento de la jurisprudencia racionalista específicamente moderna que se conoce bajo el nombre de la *Juris naturalis disciplina*, Escuela del derecho natural y de gentes, o derecho natural moderno.

En efecto, algunos estudiosos hacen recaer el peso de este tránsito en conceptos del '*mos gallicus*' muy nebulosos.²⁰⁷ Otros, que han estudiado este problema desde un ángulo distinto, analizan algunos de los conceptos del derecho natural que usaron algunos juristas y teólogos pregregocianos y reconocen en ellos unos antecedentes más o menos claros de los conceptos del *ius naturale* más comúnmente empleados en el siglo XVII.²⁰⁸ Pero con exponer los debates y diferencias entre los seguidores de ambas ten-

206 Sobre la consideración puramente histórica del derecho romano, vid. Fassó, G., *Storia della Filosofia del Diritto*, Milán, 1968, vol. II, pp. 27 y ss., y Friedrich, C. J., *Filosofía del derecho*, México, 1964, pp. 81-88. Acerca de la formación de la nueva 'idea del derecho', vid. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte...*, cit., p. 97; Villey, *La formation...*, cit., p. 540 y ss. En lo referente al problema del método en la exposición y creación del derecho, vid., entre otros muchos a Orestano, *Introduzione...*, cit., pp. 71 y ss. y Piano Mortari, V., "Dialettica e giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale nel secolo XVI", *Annali di Storia del Diritto* I (1957), pp. 377 y ss.

207 Sobre esta última afirmación, vid. a Holthöfer, E., "Literaturtypen des frühneuzeitlichen 'mos italicus' in Europa", *Ius Commune* II (1969), p. 133, y "Mozos, J. L., de los 'El derecho natural en la formación del derecho civil'", *Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Castán*, Madrid, vol. VI, pp. 583-611.

208 La bibliografía existente sobre este tema es muy extensa. Quizá los estudios que han recibido mayor divulgación han sido los de Verdross, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, México, 1962, pp. 135 y ss.; Welzel, H., *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1971, pp. 92 y ss.

dencias mencionadas, así entendidas, o con hacer referencia a algunas teorías iusnaturalistas premodernas, normalmente escolásticas, no explicamos las razones humanas que motivaron el nacimiento de la metodología y de la ideología jurídica que irrumpe vigorosamente en el mundo jurídico en la Edad Moderna.

Esta laguna en la historia del pensamiento jurídico puede ser enjuiciada desde ángulos distintos. De un lado, es muy posible que las nociones de '*mos gallicus*' y de '*mos italicus*' más o menos aceptadas entre los historiadores, padezcan insuficiencias y malentendidos; lo malo del caso es que estamos ante unos tópicos que cuajaron hace tiempo, y será difícil removerlos. Por otra parte, esta insuficiencia de los conocimientos históricos, en este caso de la historia de la metodología jurídica, se refleja en que no sabemos explicar la forma de proceder de Fernando Vázquez de Menchaca y de otros juristas importantes del siglo XVI que, sin adscribirse a una u otra tendencia, crearon y desarrollaron ampliamente un talante nuevo hasta entonces. Adelantando ideas, diremos ahora que estos juristas, que se orientan por un camino distinto al de la vieja jurisprudencia del *ius commune*, y que no agotan sus esfuerzos en los análisis filológico-históricos sobre las fuentes romanas, renovaron la ciencia del derecho mediante la inclusión en el razonamiento jurídico de ideas y conceptos que tomaron de la literatura, de la historia y de la filosofía grecolatina. Por este camino, los fundamentos del razonamiento jurídico rompieron los moldes, que ya resultaban estrechos, del derecho romano y del *ius commune*, y el jurista recabó para sí un campo de acción cada vez más amplio que progresivamente fue tomando un corte *filosófico*. El estudio de las obras de los juristas a que aludo, muestra como las teorías iusnaturalistas que se encontraban hasta entonces recluidas en el derecho romano y en las glosas y comentarios que se hicieron sobre este ordenamiento jurídico, fueron cobrando vida propia paulatinamente hasta invadir terrenos que hasta entonces eran desconocidos para los juristas.

Esta corriente metodológica, en la que no han reparado los estudiosos de la historia de la ciencia jurídica, debería ser llamada, con propiedad, racionalismo humanista porque, ante todo, sus representantes remozaron con las humanidades el contenido de la *jurisprudencia*. Y los datos que encontraron en las humanidades no sirvieron solamente para dar otra presentación externa al razonamiento usual en las escuelas: la literatura, especialmente la latina, les proporcionó los fundamentos para hacer realidad en los libros de derecho un espíritu en el que el *racionalismo* se

funde con el individualismo. Ciertamente, este juicio debe ser muy matizado según cada autor, porque no todos entraron por el camino individualista y racionalista a que aludo. Pero sí me parece claro que la introducción de las humanidades como fuentes o fundamentos del razonamiento jurídico, hizo posible la nueva ciencia del derecho que estalla en la modernidad.

Así, a tenor de lo expuesto, estamos ante un estudio de la metodología jurídica —abarcando forma y contenido— que hizo posible el nacimiento del iusnaturalismo racionalista del siglo XVII. Pero como toda la época se mueve entre el ‘*mos gallicus*’ y el ‘*mos italicus*’ que, en este caso, constituyen los extremos imprescindibles para el contraste y la valoración de la nueva tendencia, no será inútil estudiar previamente, por sus fuentes directas, las obras de los principales representantes de ambas corrientes en la primera mitad del siglo XVI. Así, de paso, el lector podrá disponer de una exposición sumaria, como a vista de pájaro, de este episodio de la historia de la ciencia del derecho.²⁰⁹

2. La ‘*jurisprudentia*’ tradicional: el bartolismo jurídico o ‘*mos italicus*’

Elias Kembach, en la *Epistola nuncupatoria* a una obra de Gabriel Mu-daeus publicada en 1604,²¹⁰ distinguía varios modos de proceder en la *jurisprudentia* del siglo XVI. Después de aludir a los representantes más conocidos del ‘*mos gallicus*’, “*qui omnes maluerunt textui explicando, quam glossis pertractandis operam navare suam*”, indica que “*diversa est quidem contraria fere opinio placuit Jurisconsultis Bartolo, Baldo, Decio, Jasonis et c. italis*”. En efecto, el sector más representativo de la jurisprudencia medieval que, tras las obras de Pedro de Bellapertica, Cino de Pistoia y Dino Mucellano, culmina con Bartolo y Baldo, llega hasta el siglo XVI gracias a Pablo de Castro y Jason del Mayn.²¹¹ Como indiqué, los juristas que integran

209 Esto no quiere decir que no existan estudios de bastante calidad sobre este tema. *Vid.*, por ejemplo, los de Koschaker, *Europa y el derecho romano, op. cit.*; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte...*, *cit.*, y Orestano, *Introduzione...*, *cit.* Sobre el ‘*mos gallicus*’ tenemos, entre otros, el de R. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, reimpresión de la edición de 1880, vol. I. Permanece insuperada, desde muchos puntos de vista, la obra de Francesco Calasso, *Medioevo del diritto*, Milán, 1954.

210 “*Commentarius in eos titulos libri sexti Codicis Justiniani, qui post mortem Praefationem enumerantur*”, *Spirae Nevetum*, 1604.

211 *Vid.* Valentinus Forster, “*De Historia Juris Civilis Romani libri tres*”, *Tractatus Universi Juris*, Venecia, 1584, vol. I, p. 57, y Rutilius, B., “*Jurisconsultorum vitae*”, en el mismo *Tratado*, vol. I, p. 139.

esta corriente no ponen en duda la vigencia intemporal del derecho romano: para ellos el *Corpus Iuris* es algo absolutamente racional y práctico, cuya utilización no requiere de especiales conocimientos de orden histórico, filológico o literario. Aceptan las ediciones del *Corpus Iuris* conocidas como *litterae vulgatae*,²¹² y ni siquiera los *bartolistas* de la primera mitad del siglo XVI —aunque ya estaba seriamente comenzada la labor de depuración de las fuentes justinianeas— se cuidan de esclarecerlas mediante el análisis histórico o filológico. La literatura era para ellos sólo un instrumento imprescindible para expresarse, tanto más útil como breve y compendiosa fuera. En consecuencia, el latín que usan está plagado de abreviaturas taquigráficas, y su lectura es imposible para el lector actual si no dispone de un instrumento auxiliar adecuado.²¹³

Su técnica exegética en los comentarios al *Corpus Iuris*, que es el género jurídico-literario más importante de estos autores,²¹⁴ presenta una estructura externa similar. En primer lugar exponen el texto romano, dividiéndole en *leges* o *paragrapha*, y a continuación —en las ediciones tardías de los siglos XVI y XVII— insertan un *summariium* en el que indican, numeradas, las cuestiones que se tratarán a propósito de ese texto. A continuación del ‘*summariium*’ están expuestas las respuestas a las cuestiones indicadas; una numeración marginal sirve para localizar rápidamente cada respuesta que, casi no hace falta decirlo, se trata siempre de un supuesto práctico.

La argumentación de estos juristas se fundamenta en las *leges*, *rationes*, *auctoritates*.²¹⁵ Es decir, alegan ante todo el texto del *Corpus Iuris*. Aparte del sentido global del texto, toman en serio la exégesis textual: no ya una frase, sino una simple palabra, un adverbio, por ejemplo, les sirve para sustentar su juicio. Por ello, ante todo interpretaban el texto (*lex*), y según Horn, esta interpretación comprende tanto la *ratio* como la *littera*.²¹⁶ Se trataba por lo general de una exégesis enormemente amplia, porque con frecuencia el texto romano no es sino un pretexto para introducir cada cual el problema que a él le interesa, problema que, a veces, apenas

212 Vid. Horn, N., “Die juristischen Literaturtypen der Kommentatorenzeit”, *Ius Commune* II (1969), p. 86.

213 He utilizado un diccionario de *Abreviaturas Latinas* compuesto, para uso privado, por la cátedra de paleografía y diplomática de la Universidad Complutense.

214 Vid. Horn, *Die juristische Literatur...*, cit., p. 86.

215 Vid. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1967, pp. 104 y ss.

216 Vid. *ibidem*.

guarda relación con la letra del texto.²¹⁷ De este modo, la búsqueda y elucidación personal de los problemas jurídicos prevalece con frecuencia sobre la simple exégesis de las fuentes.

Las *rationes* son argumentos de equidad, de oportunidad o *utilitas*, o de lógica que encontraban apoyo en una ley divina o humana o en una opinión comúnmente admitida.²¹⁸ Un entramado de conceptos jurídicos, más extenso y denso en la jurisprudencia más tardía, ayudaba fuertemente en el desarrollo de esta argumentación. Lombardi mantiene que estos conceptos no se fundamentaban en convicciones filosóficas propias o en un análisis metódico de la realidad social,²¹⁹ aunque esta opinión debe ser matizada fuertemente.²²⁰ Tampoco usaron conocimientos históricos o literarios en la construcción de sus argumentos, y este extremo tendrá bastante importancia posteriormente, porque los humanistas del siglo XV y algunos juristas del siglo XVI entendieron que la cultura filosófica, histórica y literaria era necesaria en la formación del jurista y, en consecuencia, rechazaron o relegaron a un segundo plano las obras de los 'bartolistas' por suponerlas insuficientemente fundamentadas.²²¹ Pero hay que tener en cuenta, para valorar correctamente este proceso histórico, que los juristas tradicionales consideraron que la "*civilis scientia est vera philosophia*", completa en sí misma y que no necesita del auxilio de otras disciplinas.²²²

217 Horn, *Die juristische Literatur...*, cit., p. 95, repara en este hecho, pero lo limita a la "Casus-Literatur".

218 Vid. Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 98. Brugi, "Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto", *Per la Storia della Giurisprudenza e della Università Italiana. Nuovi Saggi*, Turin, 1921, p. 38.

219 Vid. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 106.

220 Vid., en sentido distinto, las observaciones de Gerhard Otte, "Die Aristoteleszitate in der Glosse-Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren", *SZRöm. Abt. 85* (1968), pp. 8-393. Por mi parte, observo que juristas como Odofredo o Bellapertica poseen una buena formación escolar.

221 Sobre este problema explicaba Piano Mortari que "*la mancanza di cultura storica e letteraria, rimproverata ai bartolisti, appariva inferiorità culturale e difetto morale*". Cfr. "Considerazioni sugli scritti programmatici del secolo XVI", *Studia et Documenta Storiæ et Juris*, XXI (1955), p. 286.

222 Sobre este tema encontramos datos abundantes en Brugi, *Dalla interpretazione...*, cit., pp. 19 y 20, y en Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1951, pp. 191 y ss. Acursio que, aunque no es un comentarista puede servir de ejemplo para ilustrar la mentalidad de estos juristas, escribía: "*quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esset, debeat theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur*". Cfr. *Institutionum sive primorum jurisprudentiae elementorum libri quattuor. Commentariis Acursii et multorum insuper aliorum, doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, París, 1559, lib. I, tít. II, glosa "e", en la p. 11 de esta edición. Un poco antes había advertido que "*Iuris sola scientia habet caput et finem*". Cfr. *op. cit.*, lib. I, tít. I, glosa 7, p. 1.

Está extendida la idea de que de la filosofía tomaron únicamente la lógica, que les sirvió para construir el armazón de los conceptos jurídicos.²²³ A este respecto, Stintzing ha entendido que la lógica fue utilizada preferentemente en la profundización analítica del *Corpus Iuris*, de modo que estos juristas lograron construcciones extraordinariamente agudas y sutiles y desdeñaron reunir los diferentes conceptos en una síntesis superior.²²⁴ Efectivamente, los recursos lógicos usados en la exégesis, estudiados extensamente por Piano Mortari,²²⁵ puede llevar a pensar que la tendencia analítica dominó la jurisprudencia del *jus commune* medieval. Así, la utilización frecuente de las nociones de “*totum, genus, pars, species*”, en las que distinguen entre “*genus generalissimum, genus subalternum y species specialissima*”, indican que las operaciones de *divisio* y *partitio* están omnipresentes en las obras de estos juristas.²²⁶ Pero me parece que esto no autoriza a pensar, como hace Stintzing, que el afán analítico determinó una ‘*dissolvierende Tendenz*’ de la ciencia del derecho en la Edad Media.²²⁷ Pues junto a la mentalidad que tiene por guía a la *divisio*, también utilizaron los conceptos de “*similitudo, paritas, comparatio*” que, aunque eran principios argumentativos independientes, fueron unidos en la práctica bajo el concepto de la “*extensio analogica*”.²²⁸ De esta forma, la lógica ayudó a reagrupar los fragmentos similares y a concordar las antinomias, de manera que los juristas medievales construyeron doctrinas constituidas por principios generales ligados entre sí por vínculos lógicos. Así pues, la lógica sirvió también para obtener un entramado de conceptos jurídicos, o propios de la ciencia del derecho, en el que, a diferencia de tiempos posteriores, no se buscó tanto la construcción de conceptos más complejos y generales, como la solución de las *quaestiones* propuestas.²²⁹

Las *auctoritates* estaban constituidas por las opiniones de otros juristas cuando ayudaban a mantener el juicio propio sobre la cuestión debatida. El recurso a las doctrinas de otros autores era necesario porque los juristas han necesitado siempre una base sobre la que argumentar, y tal base la encontraron, además de en el *Corpus Iuris*, en las glosas y comen-

223 Cfr. Lombardi, *ibidem*.

224 Cfr. *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 106.

225 Vid. *Dialettica...*, cit., pp. 293-401.

226 Sobre estas nociones, y cómo fueron utilizadas, vid. Piano Mortari, *op. cit.*, pp. 329-344.

227 Cfr. *Geschichte...*, cit., pp. 106 y 111.

228 Vid. Piano Mortari, *Dialettica...*, cit., pp. 334-339, y Lombardi, *Saggio...*, cit., p. 104.

229 Lombardi, *Saggio...*, cit., p. 118.

tarios que ya entonces se habían hecho sobre él, que llegaron a tener tanta autoridad como los mismos textos romanos. En este punto comprobamos cómo la creación de nuevos conceptos generales construidos más o menos siguiendo los que ya estaban en el derecho romano, ayudaban a rellenar las lagunas, supliendo al texto romano.²³⁰ Lo que nos indica también que, junto a la tendencia analítica, existió una fuerte orientación sintética.

Sin embargo, tal como afirmaron los primeros glosadores, el argumento de autoridad poseía solamente un valor *probabilis* y, en consecuencia, los juristas no atendían tanto a la autoridad sobre la que se fundaba la opinión, como a los argumentos sobre los que estaba construida.²³¹ Por esta razón, hasta el siglo XV el principio de autoridad tuvo una función más bien secundaria en sus construcciones y ante todo predominaba la elaboración personal sobre los supuestos mencionados anteriormente. Así, sus doctrinas se presentan al lector como digresiones en las que, de vez en cuando, se alude a algún texto romano o a la obra de otro jurista.²³² Esto justifica que Elias Kembach escribiera en la citada epístola que:

hi enim more a majoribus suis accepto potissimum occupantur in Acurssi glossa et Doctorum Commentariis exponendis, neglecto ferme, vel leviter, et quasi extremis digitis attacto textu ipso. Contenti sunt enim summa legum brevissima. Adiecto nonnunquam diverso siquis est, textus intellectus. Post notabilia et regulas constituent, cum harum multiplicibus ampliacionibus, limitationibus et sublimationibus.

El conocimiento de las obras de los 'bartolistas' requiere, sin embargo, de un estudio minucioso y prolijo. Sus obras exegéticas se componen de agrupamientos de casos prácticos entre los que no existe habitualmente gran orden. El contenido del texto romano no determinaba una homogeneidad completa en los comentarios que se hacían sobre él, o a propósito de él. Estos casos, aunque vayan numerados correlativamente, presentan frecuentemente un contenido heterogéneo. Por esta causa, el manejo de los '*Index rerum et materiarum*' que acompañan las ediciones de sus obras,

230 Vid. Brugi, B., "Sentenza di giuridici antichi e opinione communi di dottori", *Per la Storia de Giurisprudenza...*, cit., p. 87.

231 Vid. Brugi, op. cit., p. 86 y Piano Mortari, "L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali", *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, VII, serie III (1954/55), pp. 461-468. Este autor hace un estudio amplio acerca de la naturaleza y límites de esta argumentación. En la p. 457 el lector puede encontrar amplia bibliografía sobre el tema.

232 Esta forma de proceder lleva a Piano Mortari a hablar de una "concepción racionalista del derecho" propia de los comentadores. Vid. *Dialettica...*, cit., pp. 306 y ss. y 362 y ss.

es imprescindible. Este casuismo se vio mitigado porque el agrupamiento de las cuestiones a resolver a propósito de una 'ley' del Digesto, por ejemplo, venía determinado en muy buena medida por lo que habían hecho los juristas anteriores: Así, si Irnerio y sus discípulos habían tratado de los instrumentos notariales en un pasaje determinado, lo normal era que todos los demás juristas posteriores trataran este tema al llegar al comentario de ese pasaje.

3. *La degeneración del 'mos italicus'*

Pero Kembach, refiriéndose a estos autores, indica que "*Horum doctorum magna est farrago unde iis recensendis insumi necesse non est*". Aunque este juicio no es exacto si lo proyectamos sobre las obras de todos los juristas tradicionales, sí es cierto que en los últimos representantes de esta escuela se percibe un apego al principio de autoridad, quizá como consecuencia de falta de espíritu creador. Así, el jurista posiblemente más relevante del siglo XV, Jasón del Mayno, cita las *auctoritates* con prudencia pero, a diferencia de los juristas anteriores, apenas razona sus opiniones: se limita con remitirse a un texto legal o a la opinión de otro jurista.²³³ La lectura del *Prima super Digesto Veteri* de Jasón produce la impresión de que la mayor parte de las cuestiones que se podía proponer un jurista ya estaban —en el marco del 'bartolismo' jurídico— resueltas y, en consecuencia, la tentación de remitirse a un jurista conocido en lugar de emitir un juicio personal razonado, era demasiado fuerte como para ser vencida habitualmente. El método de Bolonia tendía, pues, a la rutina y al recurso a las autoridades en la última etapa de su vida.

De esta forma, el siglo XVI ve desarrollarse una tendencia iniciada en el siglo anterior que, siendo una continuación de la jurisprudencia medieval en lo que se refiere a la creencia en la vigencia intemporal del derecho romano y en la falta de orden en la exposición de las doctrinas, se caracteriza, frente a la jurisprudencia aludida, en el abuso del principio de autoridad. La manifestación externa más significativa de esta nueva corriente es la hipertrofia de remisiones a los textos romanos y a las obras de los juristas ya consagrados. Cualquier afirmación debe ser apoyada por el mayor número posible

²³³ Sirvan como ejemplos el comentario a la ley "ut vim", Digesto, tit. "*De iust. et iure*" (D. 1,1,3) comentario núm. 10, en donde se plantea "*Quando est periculum mortis licitum occidere*". Responde afirmativamente y se remite a una clementina. No es necesario probar —matiza Jasón— que el peligro de muerte es inminente. Es suficiente demostrar que hay peligro de sufrir una injuria grave: se remite a Bartolo, Antonio de Butrio, Alejandro y Ángel.

de opiniones favorables; debieron jugar una función grande los ficheros con las opiniones digestadas según problemas. Por este apego a las autoridades, los *argumenta et rationes* propios de la jurisprudencia anterior pasaron a un segundo plano, y la medida en el uso de las *auctoritates et leges* que existía en los juristas anteriores, desaparece ahora.

El latín ha mejorado, pero el continuo amontonamiento de citas produce un estilo farragoso, alambicado y fastidioso para el lector, que no encuentra utilidad en estos textos, si es que quiere conocer y aprender derecho. Por otra parte, el abuso de las autoridades debió producir una fuerte inseguridad jurídica, ya que al pasar a un segundo plano el razonamiento personal, cualquier afirmación encontraba apoyo en la selva de opiniones ya existentes sobre un caso determinado, opiniones que, con frecuencia, eran divergentes o contradictorias.²³⁴ Por este camino, la ocupación con la *Jurisprudencia* perdió mucho de labor personal en la búsqueda de la *solutio* del caso, y más bien tomó un carácter de 'coleccionar' respuestas sobre cada problema.²³⁵

234 Antonio Gómez afirmaba sobre este extremo, a mediados del siglo XVI: "*Tanta est enim librorum, qui in ea scripta sunt moles et vastitas, ut vix triplex hominum aetas eos percurrendo (ne dicam legendo, atque cogitando) possit sufficere. Scientia vero adeo longa est, tot novis passis emergentibus dubiis, contrariisque hominum opinionibus in toto Juris Civilis corpore dispersis, et cum ad metam pervenisse putas, te in medio curso defecisse longumque iter tibi adhuc conficiendum sentias*". Cfr. el "Proemium" de las *Variae Resolutiones iuris civilis, communis, et regii tribus tomis distinctae*, ed. de Salamanca, 1780. Alfonso de Castro nos acaba de informar del estado de la cuestión al indicarnos que "*Nam tam frequens et tam proluxa legum, et canonum, et Doctorum citatio ad solam proficit memoriae ostentationem; non autem ad meliorem interpretationem aut majorem confirmationem rei de qua tractat. Quae res non parvum solet audentibus aut legentibus generare fastidium, et saepe illorum perturbare memoriam*". Cfr. *De potestate legis poenalis libri duo*, Universidad de Murcia, 1932, lib. II, cap. IX.

Por estos mismos años Luis Charondas indicaba que "*in tanta enim opinionum confusione, et quadam velut perturbatione, si quid dicatur quod veritatis speciem prae se ferat, probandum est*". Según este francés, la solución está en exponer el derecho de una forma ordenada, como un *ars*. Recuerdo al lector que una de las acepciones de la palabra latina "ars", en el contexto jurídico, es la de colección ordenada.

235 Este fenómeno es especialmente perceptible en los tratados de 'Consilia', que es el género jurídico-literario en el que aprecio en mayor medida el exceso de citas. Las páginas 415 hasta el final del vol. II de la *Opera Omnia* de Antonio Agustín, edición de Luca de 1764, nos ofrecen un testimonio de gran valor sobre esta forma de proceder en la confección de estos libros. En dicho lugar se encuentra la *Ex Consiliis multorum Codicis interpretatio ex Bibliotheca Antonii Augustini*, que se compone de una colección de fichas en la que expone una 'ley' del *Corpus Juris* (sólo su nombre, sin el texto), y a continuación los nombres de los juristas que han comentado esa ley, indicando Agustín los lugares de sus obras en los que se encuentran dichos comentarios. La interpretación que interesa al español es la literal, por lo que en estas fichas incluye los comentarios hechos sobre cada palabra de la 'ley'. Así, por ejemplo, en la ficha correspondiente a la ley "*Habeat*" se encuentra lo siguiente: "*Habeat*". Alex. cons. 182. "*Super eo*", parte 5. Bal. Consil. 174. "*Praesupponendum*", parte 5. Pannormit. consil. 13 Licet Petr. de Anchar. consil. 61 Istaq. Fulgos. consil. 69. "Magister", Gaspar Calde consil. 23 tit. de const. Oldra. consil. 287.

Michel Villey, al examinar las obras de los teólogos-juristas españoles de los siglos XVI y XVII repara en esta actitud, a la que califica de 'pedantisme juridique'.²³⁶ Sin embargo, estos teólogos no son los autores más representativos de esta nueva dirección de la literatura jurídica. La hipertrofia de citas y el abuso de las autoridades las encontramos, en mayor medida que en ellos, en algunos de los juristas más importantes de los siglos XV y XVI. Nicolás Boërio, Bartolomé y Mariano Socino, Felino Sandeo, Juan de Imola, Alexander —el comentador más conocido de Bartolo—, Luis Gozadino o Andrés Tiraquello, entre otros famosos, trabajaban de este modo.²³⁷ Algunos juristas españoles de los que haré mención más adelante caen en este mismo defecto.

Pero no toda la producción científica de estos autores tiene tal fundamentación, ni todos ellos usan del principio de autoridad con la misma intensidad. Bartolomé Socino, por ejemplo, se deja guiar por las autoridades casi exclusivamente en su *Tabula Regularum*, pero en los comentarios al Digesto muestra más sentido de la medida en el momento de citar. Mariano Socino deja entrever una cierta afición teorizadora sobre las principales instituciones jurídicas, entre el amontonamiento de citas. Juan de Imola, aunque es arrastrado por la moda del tiempo, es más sobrio que estos otros juristas en el manejo de las autoridades. Luis Gozadino alterna periodos en los que predominan largas argumentaciones propias con otros en los que reina el puro principio de autoridad. Andrés Tiraquellus constituye un caso especial: dotado de una gran erudición clásica y conocedor de las obras de Lorenzo Valla y Guillermo Budeo,²³⁸ publicó varias obras que casi no son más que repertorios amontonados de opiniones de otros juristas sobre los problemas propuestos. En ellas, su aportación personal —aparte del trabajo de clasificación— es mínima.

²³⁶ Cfr. *La formation...*, cit., p. 374.

²³⁷ Vid. Boërio, N., *Additiones In Regulas Juris Pontificii*, Lyon, 1564. Socino, B., *Tabula Regularum y Super Prima parte Digesti novi*, 1532. Sandeus, F., *Consilia seu Responsa*, Lyon, 1552. Imola, J. de, *Consilia clarissimi ac veridici in utraque censura Doctoris*, Venecia, 1581. Alexander, *Additiones super Commentaria*, Venecia, 1576. Gozadino, *Consilia seu Responsa*, Venecia, 1571. Andrés Tiraquellus tiene una producción extensa y variada. Vid., por ejemplo, *Le mort saisit le vif*, París, 1550. O *In l. Boves paragrapho hoc sermone, D. de verborum significatione*, París, 1550. *De privilegiis piae causae*, Lyon, 1584.

²³⁸ Vid. *Semestria in geniale dierum Alexandri ab Alexandro Jurisperiti Neapolitani libri VI*, Lyon, 1586. Aquí hace un comentario erudito en el que muestra una gran cultura clásica. Conoce bien la historia de Grecia y Roma y la literatura latina. Apela a Lorenzo Valla para apoyarse en sus comentarios filológicos, en los que utiliza también el griego. Dice de Budeo: "*Scientissime Buddaeus Galliae nostrae huiusque saeculi decus perpetuum...*"

Cada autor necesita, por tanto, de una cuidadosa matización. Pero como regla general se puede mantener sobre ellos el juicio general ya expresado.

Al centrar la atención en las opiniones de otros juristas, el interés por la comprensión del mismo texto romano —ya descuidado, como aludí páginas atrás, por los comentadores— pasó a un plano casi sin relevancia, aun cuando aparentemente siguieran una técnica exegética del *Corpus Iuris*.

4. *Quejas de los humanistas contra la 'jurisprudencia' existente*

Los literatos que mejor muestran el espíritu del Renacimiento no aceptaron la *jurisprudencia* existente, a la que he aludido. Dante reprochó a los juristas —personificados, en este caso, en Bartolo— su poco empeño especulativo y el excesivo apego al principio de autoridad. Petrarca, sintiendo la necesidad de una unión más fuerte entre la historia y la práctica, se quejó de que los juristas no se preocupaban por conocer los orígenes del derecho ni los primeros padres de la '*jurisprudencia*'. Desaprueba la excesiva sutileza de los libros jurídicos y el '*stile pedestre*' que usan. Bocaccio atacó con cierta vehemencia a los juristas porque no se preocupaban de la filosofía ni de la poesía. Entre los primeros humanistas, Travejsari y Filelfo acusaron a los comentadores de ser bárbaros en su estilo literario. Maffeo Veggio lamentaba que el derecho fuera "*obscurum confusumque verbosis tractatibus et commentariis*", y proponía estudiar el derecho romano (paradigma de claridad en esta mentalidad) libre de glosas y comentarios: "*Non possum sine dolore magno dicere eo deventum esse ut plus fidei adhibeatur Cynus vel Bartholo quam Scaevola aut Papi-niani aut Jurisconculatorum*". Lorenzo Valla, exacerbando con sus insultos la polémica, recomendó como remedio a estos males el estudio de la oratoria y un mejor conocimiento de las lenguas clásicas. Pero, a diferencia de los literatos anteriores, no se contentó con la actitud negativa de la queja y, siguiendo los pasos de Maffeo Veggio, comenzó la investigación histórica y filológica de las fuentes romanas. Angelo Poliziano, tras la actitud de Valla, se ocupó de depurar las Pandectas Florentinas:²³⁹ había nacido la historia del derecho romano.

239 Sobre las quejas de estos humanistas, *vid.* Chiapelli, L., "La polemica contro i legisti dei secoli XV e XVI", *Archivio Giuridico* XXVI (1881), pp. 295-322. Kisch, G., *Gestalten und Probleme aus Humanismus und Jurisprudenz. Neue Studien und Texte*, Berlin-Nueva York, 1969, pp. 36 y ss. Un estudio especialmente completo ha sido el realizado por Maffei, D., *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milán, 1964, pp. 36-126.

Los humanistas del siglo XVI presentan quejas parecidas. Juan Luis Vives insulta a Acursio, Bartolo, etcétera, a causa de su oscuridad. Propone la vuelta a “las leyes verdaderas y buenas que fueron grabadas en tablas de bronce”.²⁴⁰ El derecho, según el valenciano, debe tener por fuente la filosofía, que se nos muestra como norma de la naturaleza, de modo que leyes, derecho y equidad sean una misma cosa.²⁴¹ Comienza a aparecer un factor nuevo, que cuestionará toda la cultura ético-jurídica anterior. En esta misma línea de críticas, Erasmo y Budeo insisten en la idea de equidad que debe informar el quehacer jurídico, equidad que debe sustituir, según ellos, a la maraña del derecho creado hasta entonces.²⁴² Guillermo Budeo, personaje que llega a ser pintoresco en su afán de volver a la ‘era romana’, encarna y resume en las “*Annotationes in XXIV libros Pandectarum*” las quejas que los humanistas lanzan a la jurisprudencia.²⁴³ Efectivamente, este francés que desde su empeño humanista llega al derecho, quiere que sea recompuesto íntegramente el derecho romano, que supone corrompido por los juristas bajomedievales. Estos son “*perosos, ab omnibus doctrinis humanioribus abhorrentes, rusticos, inuentos, illepidos, hircosos. Qui nisi ut villicus alium, ita ipsi barbariem ubique... homines affectatae rusticitatis, qui ne sic quidem satis sua tueri videntur, nisi elegantiae studiosos lacesserunt maledictis*”. Ellos son los culpables del desorden que existe en el derecho.²⁴⁴ Budeo hace una crítica filológica de algunos términos del Digesto y recurre a tal fin a los autores clásicos romanos, tales como Cicerón, Plauto, Tito Livio, Macrobio, etcétera, y a los clásicos griegos. Para comprender mejor, en su contexto, los textos romanos, acude a la erudición histórica, de la historia griega y romana.²⁴⁵

240 Cfr. *Aedes Legum*, Madrid, 1947, p. 682. Sobre este punto, vid. Sánchez Agesta, L., “Un capítulo de Luis Vives: *de iure civile corrupto*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 167 (1935), pp. 510-531.

241 Cfr. *op. cit.*, pp. 685 y 686. Sobre este punto, vid. el estudio de Hernández Gil, A., “Ética y derecho en la doctrina de Juan Luis Vives”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 13 (1943), pp. 43-52, y Castán Tobeñas, J., *El derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Madrid, 1950, pp. 27 y ss.

242 Vid. Kisch, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel, 1960, pp. 55-68 y 194-226. Se trata de un estudio especialmente completo sobre la ‘*aequitas*’ en el pensamiento europeo de la primera mitad del siglo XVI.

243 Sobre Budeo, vid. Delaruele, E., *Etudes sur l’humanisme français. Guillaume Budé. Les origines, les débuts, les idées maîtresses*, París, 1907.

244 Cfr. *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*, París, 1543, p. 7.

245 Sobre este extremo, vid. Piano Mortari, “*Studia humanitatis*’ e ‘*scientia juris*’ in Guglielmo Budeo”, *Studia Gratiana*, 14 (1967), pp. 437 y 438.

Pero este autor desborda la mera crítica histórica y filológica del derecho romano. Por una parte demuestra conocer bien este derecho y cada texto del Digesto es contrastado con otros textos jurídicos afines. Pero no se limita con citar el 'lugar' en el que se encuentra cada texto, sino que lo expone como opinión de un determinado jurista romano, citándolo por su nombre. De este modo, en lugar de un conocimiento fragmentario de las obras de los juristas romanos, aparecen en un primer plano los mismos juristas. Muestra de este modo un deseo de 'recomponer' las obras de cada jurista, que suponía dispersas por el *Corpus Juris*.

Por otra parte, la lectura de las "*Annotationes*" produce la impresión de que el derecho, según Budeo, es algo que debe ser creado y desarrollado por filósofos o, por lo menos, por juristas que tengan una formación filosófica. Al examinar la definición de '*ius*' de Celso, afirma que el "*ius est ars boni et aequi, et qua sequuntur*". Entre estas cosas 'que se siguen' incluye todos los saberes de su tiempo, que han de encontrarse en la filosofía gracias a su carácter enciclopédico: "*Hanc illa est encyclopedia, de qua Fabius libro primo, ut efficiamur, inquit, orbis illae doctrinae, quam Graeci encyclopediam vocant. Inde illud Vitruvii libro primo, cum autem animadverterit omnes disciplinas inter se coniunctionem rerum et communionem habere, fieri posse facile credent*".²⁴⁶

Los filósofos, afirma poco después, deben aglutinar mediante la razón, lo que se encuentra disperso por todas las ciencias,²⁴⁷ de lo que se puede inferir que, para Budeo, el '*ius*' es una realidad subordinada a la filosofía y que se obtiene desde ésta.

Finalmente, en lo que interesa a este estudio, este autor se remite al *Organon* aristotélico como instrumento para exponer ordenadamente el derecho, obteniendo sus conceptos "*ex libro Topicorum*".²⁴⁸

5. La reacción de los juristas: el 'mos gallicus'

¿Cómo reaccionaron los juristas ante estas exigencias más o menos difusas de los cultivadores de las humanidades? De forma diversa: la jurisprudencia del siglo XVI siguió caminos distintos para adaptarse a las exigencias humanistas.

246 Cfr. *op. cit.*, pp. 5 y 6.

247 Cfr. *op. cit.*, p. 8.

248 Cfr. *op. cit.*, p. 9.

Observamos la existencia de un grupo numeroso de juristas al que podemos considerar de transición entre la jurisprudencia anteriormente aludida y el '*mos gallicus*'. El portugués Benedicto Pinellus, jurista del derecho común, se desligó casi completamente de los argumentos de autoridad, que quedaron sustituidos por largas argumentaciones propias expuestas en un latín aceptable. Buen conocedor de las obras de los principales representantes de la Escuela de Bourges, expone el texto romano que cita, sin limitarse con indicar el lugar en que se encuentra. De esta forma, el derecho romano pasa a un primer plano y los comentarios de los juristas del *ius commune*, aunque no desaparecen, quedan en un segundo lugar.²⁴⁹ Otros juristas, como Arias Pinellus, sin manifestar tanto aprecio por el texto romano, escriben en latín de calidad y citan sobriamente el derecho romano y los juristas, evitando el recargamiento del estilo que se producía en buena parte de los autores coetáneos. Así proceden, entre otros muchos, Felipe Decio, Mateo de Afflictis, Juan de Platea, Carlos Ruino, Juan Francisco Balbo y Pedro Felipe Corneo.²⁵⁰ Los dos últimos autores mencionados superan a los anteriores en que utilizan tímidamente algunas citas de los literatos clásicos latinos. Todos estos juristas aceptan y utilizan el derecho romano tal como viene expuesto en las manuscritos corrientes de su tiempo.

Andrés Alciato es el primer jurista que responde a la exigencia humanista de la depuración y clarificación filológico-histórica de las fuentes romanas. En 1513 publica las *Annotationes in tres posteriores Codicis libros*, en las que estudia la organización política y administrativa de Roma a fin de comprender mejor los textos romanos, y en 1518, con la publicación de las *Dispunctiones, Praetermissa y Paradoxa*, propugna el método que, tendente a esclarecer el sentido genuino del derecho romano, se basa en el análisis filológico de sus términos y expresiones. Por estos mismos años Uldarico Zazius realiza una labor similar y, también en 1518, ven a la luz sus *Lucubrationes in legem secundam, D, de origine juris*. Zazius, bajo la forma tradicional de un comentario al texto romano con *quaestiones* numeradas a modo de sumario, inaugura una nueva dirección de la literatura jurídica al incluir entre las *quaestiones* diversos estudios monográficos sobre la historia de Roma. Sus fuentes para la investigación his-

249 *Vid. Selectarum iuris interpretationem, conciliatorum ac variarum resolutionum*, Venecia, 1613.

250 *Vid. Decio, De Regulis Juris*, Turín, 1579; Afflictis, *Tractatus de iure prothomiseos*, Spiraev Nevetum, 1579; Balbo, *Tractatus praescriptionum*, Spiraev Nevetum, 1590; Corneo, *Consilia in quattuor Partes Digestorum*, Lyón, 1574, y *In Primam Codicis Partem Commentarius elegans*, Lyón, 1553.

tórica fueron, fundamentalmente, diversas obras de Cicerón, Plinio, Tito Livio, Terencio, Dionisio, Baro y Aulo Gellio.²⁵¹

Una vez iniciado, el estudio histórico-filológico del *Corpus Juris* ganó adeptos rápidamente. Entre 1520 y 1550 aparecen todas o la mayor parte de las obras de Luis Charonda, Francisco Duarenus, Eguino Barus, Antonio Garronus, Francisco Balduinus, Jerónimo Cagnolus, García de Toledo, Rodolfo Prateius, Bernabé Brissonius, Juan Corasius, Antonio Govea, Cristóbal Hegendorf, Antonio Agustín y Jacobo Cujas, entre otros autores que podríamos mencionar. Con Hugo Donellus, que publicó sus obras en la segunda mitad del siglo XVI, tuvo esta escuela su canto del cisne. Estos últimos autores se propusieron primordialmente redescubrir y restaurar el derecho romano, al que algunos suponían desordenado y corrompido por la actividad de ministros de Justiniano y por la de los juristas de la baja Edad Media. Por este motivo, las citas de los grandes juristas de los siglos XII al XVI no existen en sus obras, a no ser que aparezcan para ser refutadas sus opiniones, o censurados, recriminados o insultados ellos mismos.

Para alcanzar el fin indicado de la concordancia interna del *Corpus Juris* —por esta razón son continuas las remisiones internas a otros lugares del derecho romano—, se sirvieron de la ayuda que les proporcionaban la historia y la literatura latina y griega. La historia ayuda a comprender mejor la '*ratio legis*' de cada disposición legal, y la literatura les permitía contrastar las mismas palabras en contextos parecidos o diferentes. Algunos humanistas consideraron insuficiente el saber simplemente histórico sobre el derecho romano y reclamaron una cultura de proporciones enciclopédicas para el estudiante de derecho.²⁵²

La producción científica de estos autores se diversificó en un conjunto de obras que se pueden encuadrar en varios géneros distintos de la literatura jurídica de la época.²⁵³ El género más común fue el de la glosa al

251 En la edición de la *Opera Omnia* de Zazius que he consultado, dicho estudio no aparece como libro independiente, sino que está incluido, como uno más, en los *In titulos aliquot Digesti Veteris Commentaria*, que ocupa las páginas 242-1018 del vol. I de la edición de Lyon de 1550. Los comentarios a la ley segunda del título "*De iustitia et iure*" del Digesto ocupan las páginas 270-365 de dicho volumen.

252 G. Astuti estudia especialmente este último fenómeno en "'Mos italicus' e 'mos gallicus' nei dialoghi" "*De iuris interpretibus di Alberico Gentili*", *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 1937, pp. 192 y ss.

253 Troje, H. E., "Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluss des Humanismus", *Ius Commune* III (1970); pp. 35-38, distingue siete tipos de la literatura jurídica del '*mos gallicus*': ediciones de textos jurídicos romanos, monografías, lexicografías, obras en las que se ordenan las materias del *Corpus Juris*, estudios expositivos, tanto de tipo dogmático como destinados a la enseñanza, y obras destinadas exclusivamente a la enseñanza.

Corpus Juris, que cultivaron la mayor parte de los integrantes del ‘*mos gallicus*’. Esta nueva glosa fue realizada de una forma distinta a la de los juristas a los que aludí anteriormente. A pesar de que sus obras se suelen titular *Comentarios*, no consisten exactamente en tal cosa: ya no se trata de comentar el texto romano con finalidad práctica, añadiendo a la ‘*lex*’ estudiada un *summarium* con las cuestiones que pueden ser resueltas a la luz del criterio allí expuesto. Su actividad consistió en glosar el derecho romano, normalmente mediante el procedimiento de letras intercaladas en el texto principal. Estas letras corresponden a otras tantas notas a pie de página o marginales en las que explican el significado de una expresión o de un término. Así, el texto romano aparece como lo más importante, y la actividad de estos nuevos glosadores tiende solamente a esclarecer su sentido o contenido. Por tanto, la sola presentación externa de la glosa humanista ya muestra el distinto modo de proceder —y la diferente finalidad— que existe entre los cultivadores del ‘*mos italicus*’ y la de estos otros a los que estoy aludiendo.

En la recomposición y explicación de las fuentes justinianas se siguieron procedimientos distintos. Unos, como Guillermo Budeo, Francisco Hotman, Luis Charonda, Juan Corasio, Antonio Duareno, Antonio Garronus, Jerónimo Cagnolus, Rodolfo Prateius, Francisco Balduinus o Antonio Agustín, pusieron una gran erudición humanista al servicio del estudio filológico e histórico de estas fuentes. Recurren continuamente a diversos manuscritos, y a la literatura, filosofía e historia clásicas.²⁵⁴ En cambio, otros autores, y algunos de los ya mencionados en *Cor-*

²⁵⁴ Vid. Budeo, *Annotationes...*, cit. cit.; Hotman, *Epitomarum in Pandectas libri XII*, Lyon, 1599; Charonda, *Sacratissimi Principi Justiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta*, Amberes, 1575; del mismo autor, “De Legibus XII Tabularum”, incluido en el *Tractatus universi iuris*, cit., vol. I, pp. 267-270; Corasius, “Commentarii in Pandectarum titulos”, incluido en la *Opera Omnia* de Wittemberg, 1603, vol. I. Del mismo autor, “In titulum Digestorum de Senatoribus commentarii”, e “In titulum de verborum obligationibus commentarii”, vol. I de la ed. cit., pp. 82-100 y 132-154, respectivamente. Duareno, *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*. Frankfurt, 1592; Garronus, *Commentaria in titulum de origine juris*. Basel, 1544; Cagnolus, *In Constitutionibus et leges Primi, Secundo, Quinti et Duodecimi Pandectarum auream enarrationem libri duo*, Venecia, 1586; García de Toledo, *Rubricarum et titularum in tres posteriores libros Codici Justiniani*, Madrid, 1613; Prateius, *Catapodismon libri II in titulum de in ius vocando*, Lyon, 1561; Balduinus, *Commentaria ad leges de iure civili, Voconiam, Falcidiam, Papiam Popeam, Rodiam, Aquilianam*, Basel, 1559. Del mismo autor, *Commentarii de legibus XII Tabularum*, 3a. ed., Basel, 1557; Agustín, “Emendationum et opinionum libri IV”, *Opera Omnia* de Luca de 1764, vol. II, pp. 7-94. Del mismo autor, *Constitutionum graecarum Codicis Justiniani Imperatoris collectio, et interpretatio*, ed. cit., vol. II, pp. 147-250. *Juliani antecessoris constantinopolitani Novellarum Justiniani Imperatore Epitome*, ed. cit., vol. II, pp. 255-450. *Ad titulum Pandectarum De diversis*

pus el mismo derecho romano, recurriendo rara vez al auxilio de la literatura o de la historia. Así proceden, por ejemplo, Eguino Barus, Francisco Balduinus, Jacobo Cujas, Antonio Govea o Hugo Donellus.²⁵⁵ Estos juristas tienden preferentemente a crear un entramado conceptual estrictamente jurídico, y las consideraciones filológicas e históricas pasan a un segundo plano.²⁵⁶

Las aportaciones de unos y otros para la comprensión del *Corpus Juris* fue muy diferente. El jurista que produjo la obra más completa fue Jacobo Cujas. Su glosa abarca, en varios volúmenes *in folio*, el Digesto, la Instituta, el Código y las Novelas. Los demás juristas se limitaron, por lo general, a estudiar el Digesto o la Instituta, o alguna parte de estas dos obras. Los comentarios a títulos concretos del Digesto y del Código fueron muy frecuentes, y en esto consistió fundamentalmente la actividad de Garronus, Corasius o Govea. Otros juristas, como Cagnolus o García de Toledo, sólo hicieron incidentalmente algunos estudios históricos al comentar alguna ley del Digesto o del Código.

Hay que hacer una mención especial del español Antonio Agustín en razón, de una parte, de la calidad y extensión de su obra y, por otra, del olvido en que actualmente se encuentra. Aunque sus intereses tienden más hacia el derecho canónico que no al derecho romano,²⁵⁷ nos ha dejado una amplia obra romanística. Este '*Cujas espagnol*', como lo llama Mesnard,²⁵⁸

Regulis Juris antiqui explanationes, ed. cit., vol. II, pp. 407-450. *Ad institutiones Imperatoris Justiniani Commentarii*, ed. cit., vol. II, pp. 454 y ss.

255 Vid. Baro, *Commentarius ad librum I Justiniani Caesaris*, París, 1562. Balduinus, *Institutionum Juris Civilis Commentarii*, Lyon, 1583. Cujas glosó la Instituta, el Digesto, el Código y las Novelas. Vid. vols. I, V, VI y VII de la *Opera Omnia* de París de 1617. Este autor se ayuda con frecuencia en análisis históricos y filológicos, pero su obra es ante todo jurídica. Donellus, *Commentaria in Codicem Justiniani*, que ocupa los vols. VIII y IX de la edición de Luca de 1763, y *Commentaria in selectos quosdam titulos Digestorum*, que ocupa el vol. X de esta edición. Govea, en las pp. 120-750 de la *Opera omnia* de Lyon de 1622 tiene numerosos estudios, que versan normalmente sobre títulos concretos del Digesto.

256 Troje, en *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., desconoce los distintos procedimientos que siguieron estos juristas en el estudio y esclarecimiento del derecho romano. Solamente, en la p. 42, al tratar de los medios auxiliares de que se sirvieron en su trabajo, alude a "manuscritos de confianza".

257 De los siete volúmenes '*in folio*' que ocupa la *Opera omnia* de Luca de 1764, sólo los dos primeros están dedicados al estudio del derecho romano. Los restantes están ocupados por estudios de naturaleza similar, pero sobre el derecho canónico.

258 Cfr. "La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique", *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 23 (1950), p. 534.

fue el jurista coetáneo que más apreció Cujas,²⁵⁹ y el que desarrolló, entre estos juristas humanistas, la labor filológica más completa.²⁶⁰

Otro género ampliamente cultivado fue el de las monografías, hechas, en unas ocasiones, sobre institutos jurídicos determinados o consistentes, en otras, en estudios históricos a propósito de una 'lex' o un título normalmente del Digesto.²⁶¹ En este género destacó especialmente Agustín, con dos tratados de calidad. Uno es el *De legibus et senatusconsultis liber*, en el que estudia ordenadamente las cuestiones más importantes relacionadas con las leyes romanas, tales como la etimología de 'lex', qué es una ley, qué hechos motivaron su creación, partes de que se compone, etcétera. Su intención era estudiar todas las leyes romanas clásicas: "*Collectae sunt a nobis, ut opinor, omnes veterum leges, quarum nomine in nostris libris, aut in variis variarum rebus scriptoribus require potuimus*". En la página 127 del volumen I de la edición de Luca de 1764 acaba el tratado de las leyes y comienza el de los senadoconsultos, que se extiende hasta la página 174. Al final acompaña una relación de "*leges et senatusconsulta quae in veteribus cum ex lapide tum ex aere monumentis reperiuntur*", y reproduce en folios desplegados los textos que ha encontrado, tanto griegos como latinos.

La otra monografía es el *De nominibus propriis*, que es un catálogo, con pretensión de ser completo, de todos los nombres propios que se en-

259 Cfr. Mesnard, *op. cit.*, p. 531. Antonio Agustín era uno de los pocos juristas que Cujas recomendaba estudiar, según consta por carta dirigida a Juan Antonio Brassicanus, que reproduce parcialmente J. Flach en "Cujas, les Glossateurs et les Bartolistas", *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* VII (1883), pp. 205-227.

260 Los siete volúmenes de la *Opera omnia* citada están dedicados preferentemente a estudios de tipo filológico sobre el derecho romano y el derecho canónico. Ello explica que Selchow, en su *Historia Universi Juris Romani*, Pisa, 1769, vol. II, p. 76, escribiera que "*donec Alciati potissimum, Antonii Augustini et Cujacii Jureconsulti post hominum memoriam summi, et cui postea aetas habebit, beneficio literarum humaniorum lumen elegantissimo jure inferretur*". Cit. Por Domenico Maffei en *Gli inizi...*, *cit.*, p. 33. J. Flach dice de él que es "*un des plus savants hommes que l'Espagne ait produit au XVI siècle; aussi versé dans la philologie et l'histoire ancienne que dans le droit romain et le droit canonique*".

261 Vid. Brissonius, B., *De ritu nupciali liber singularis*, París, 1564; del mismo autor, *De jure connubiorum liber singularis*, París, 1564; Duarenus, F., *De jure accrescendi libri duo* y *Disputationum anniversariorum libri duo*, Frankfurt, 1592; Corasius, "Enarrationes, Rubrica de Sum. Trit. et fide catholica", que se encuentran, respectivamente, en las pp. 155-157 y ss. de la *Opera omnia* de Amberes de 1603. A pesar de sus títulos, tales obras no consisten en glosas a los textos indicados: se trata de dos monografías breves. La primera trata de cuestiones muy generales de tipo ético-jurídico, y la segunda sobre el delito de herejía. Govea, A., *De jurisdictione libri duo. Adversus Eguinum Baronem*. Lyon, 1622; Cujas, J., *De diversis temporis praescriptionibus et terminis*, ed. cit., vol. I, pp. 326-354. Corversius, Pedro, *Edicta seu Decreta Veterum Imperatorum ac Jurisconsultorum in tit. de Pactis, D. et C. nunc primum in artem digesta*, Lyon, 1552.

cuentran en el *Corpus Juris*. Todos ellos son comentados y explicados. La mayor parte de esta obra está dedicada a los nombres de los juriscultores, a los que divide en cuatro grupos: a) los anteriores a Sabino; b) los que vivieron en el periodo comprendido entre Sabino y Salvio Juliano; c) los comprendidos entre los reinados de Septimio Severo y Gordiano. Después examina los nombres de los reyes, cónsules, emperadores, leyes, senadoconsultos, edictos, interdictos, etcétera. Nombres de otras personas: escritores griegos y latinos, dioses, etcétera. Nombres de las provincias, islas, regiones, ciudades. El trabajo se cierra con una relación y explicación de "*alia nomina ex suprascriptis deducta, quae non facile possunt superioribus conjugii*".

Un deseo de algunos humanistas era el de reordenar el derecho romano dejándolo como ellos suponían que debía de haber sido antes de que lo desordenaran los expertos de Justiniano. 'Ordenar' el *Corpus Juris* no consistía únicamente en exponer ordenadamente su contenido, como ha entendido algún autor,²⁶² sino en recomponer la producción de cada jurista según el orden cronológico de aparición de su obra, extrayendo los diversos fragmentos de la masa del *Corpus Juris*.²⁶³ En esta tarea se distinguió Wolfgang Freymonius,²⁶⁴ pero el jurista que realizó la labor más amplia fue Cujas, que recompuso las obras de Papiniano, Africano, Paulo y Modestino. Balduinus y Agustín también abordaron este tipo trabajo, mucho más modestamente que Cujas.²⁶⁵

Además de los "Paratitla", que consistían en comentarios breves a cada título, con los que se puede obtener rápidamente una visión de conjunto,²⁶⁶ en la primera mitad del siglo XVI aparecen por primera vez los

262 Cfr., entre otros, a M. Villey, *La formation...*, cit., pp. 522 y 523.

263 Cfr. Mesnard, *La place de Cujas...*, cit., p. 534.

264 *Ibidem*.

265 Vid. *Ad Africanum tractati IX*, París, 1617, vol. I, pp. 941-1206. *Commentaria accuratissima in libros quaestionum summi inter veteres Jurisconsulti Aemylly Papiniani*, vol. II, pp. 2-835 de la ed. cit. *Commentaria Aemylly Papiniani iuris. libros XIX Responsorum*, en vol. II, pp. 2-602. *In libri LXXVIII Pauli ad Edictum Commentarii seu Recitationes solennes*, vol. III, pp. 2-954; *Ad Julii Pauli jurisconsulti libros Quaestionum XXV*, vol. III, pp. 958-1259; *Recitationes solennes ad Herenii Modestini Differentiarum libros novem*, vol. III, pp. 2-50. *In libros XXI Responsorum Julii Pauli Recitationes solennes*, vol. VIII, pp. 2-111. Balduinus, F., *Commentarius de jurisprudentia Muciana*, Basel, 1558; Agustín, *Ad Modestinum, sive de excusationibus liber singularis*, cit., de Luca, vol. II, pp. 95-144.

266 Vid., entre otros, a Zazius, *In Digestorum, sive Pandectarum Partem primam Paratitla*. Lyon, 1550, vol. I, pp. 2-490. Cujas, *Paratitla, in libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum*, ed., cit., vol. I, pp. 490-586. Del mismo autor, *Paratitla in libros IX Codicis Praelectionis*, cit., vol. II, pp. 2-266. La noción de 'Paratitla' es incierta, como reconoce Stintzing en *Geschichte, op. cit.*, vol. I, p. 143. Según este autor, se trata de un género jurídico-literario en el que se expone ordenada y brevemente el contenido de cada título. Por este motivo opina Stintzing que este género nuevo de la

tratados generales y pretendidamente sistemáticos del derecho romano. Charonda fue el primero que publicó un tratado de este tipo. Pronto le siguieron, entre otros, Connanus, Balduinus y Wesembeck.²⁶⁷ Al tratar, más adelante, del movimiento sistematizador, tendremos ocasión de aludir a este tipo de obras.

6. Dificultades del 'mos gallicus' para renovar la jurisprudencia

Entre los estudiosos actuales de la historia del pensamiento jurídico está extendida la opinión de que los seguidores del 'mos gallicus' sólo pretendieron conocer mejor que los juristas anteriores el derecho romano, sin pretensiones de aplicarlo a la vida práctica.²⁶⁸ Según esto, su actividad fue ante todo teórica, desligada de la práctica jurídica y sin pretensiones de influir en ella ¿Es cierto esto?

Es difícil contestar esta pregunta porque la revisión de este juicio ha comenzado recientemente. Kisch, contradiciendo a Stintzing, quien negó que el humanismo jurídico haya tenido influencia en la formación del pensamiento moderno, indica que existieron dos direcciones entre los juristas humanistas. Unos se dedicaron, según Kisch, a la comprensión filológica de las fuentes y otros elaboraron una dogmática jurídica mediante la interpretación del derecho romano.²⁶⁹

No parece lícito generalizar acerca de las pretensiones de los juristas que integran el 'mos gallicus'. Más bien podemos apreciar varias tendencias dentro de este amplio movimiento. Unos, como Garronus, Cujas, Agustín, Balduinus o Brissonius, dedicaron sus esfuerzos al puro estudio histórico del derecho romano. Otros, y tal es el caso de Duarenus o Hotman, por ejemplo, alternan las investigaciones histórico-filológicas con estudios que tienen una finalidad práctica. En cambio, Baro o Julio Pacius, sin abandonar la investigación histórica en su ocupación con el *Cor-*

literatura jurídica es extremadamente parecido al de las antiguas "Summae" y *Expositiones titulum*"; *vid. op. cit.*, vol. I, pp. 143-144.

267 *Vid.* Charonda, L., *Verosimilium...*, *cit.*; Balduinus, *De iure novo commentariorum libri III*. París, 1596. Del mismo autor, *Juris Civilis Catechesis*, Basel, 1558; Connanus, *Commentariorum Juris Civilis libri X*, Lyon, 1545; Wesembeck, *Isagoge in Commentarium Institutionum frequentem*, Colonia, 1593. La "Catechesis" de Balduinus y la obra citada de Wesembeck se limitan a exponer resumidamente el contenido de la Instituta.

268 *Cfr.*, entre otros, Koschaker, *Europa y el derecho romano*, *cit.*, p. 167. Villey, *La formation...*, *cit.*, p. 522; Friedrich, *La filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 81 y ss.

269 *Cfr.* *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, Berlin-Nueva York, 1972, pp. 60 y 61.

pus Juris, pretenden ejercer con algunas de sus obras una influencia en la praxis jurídica. Existe un último grupo de juristas que, con independencia de la finalidad que queramos asignar a sus obras, muestran una tendencia a la teorización acerca del origen, fundamento y naturaleza del '*ius*' en general, del derecho natural y de gentes, de las leyes positivas, etcétera. La ocupación en actividades especulativas sobre las cuestiones más generales de la jurisprudencia había sido hasta entonces patrimonio casi exclusivo de los teólogos que se ocuparon de temas ético-jurídicos. Este nervio teórico, que amplió el horizonte de los juristas, puede ser considerado un rasgo distintivo de la jurisprudencia culta o humanista que nace en el siglo XVI.²⁷⁰

Pero Antonio Agustín, Cujas y los demás estudiosos que pretendieron reconstruir y explicar el derecho romano, ¿influyeron sobre la ciencia del derecho de su tiempo? Dicho de otra forma más concreta: ¿el conocimiento del derecho romano histórico era suficiente para renovar la jurisprudencia? Hay que reparar en que a estos juristas se les planteó un problema inexistente con anterioridad, problema que tomando prestada una expresión de Ricardo Orestano, llamaremos la del 'objeto' del derecho.

En efecto, es conocido que los juristas medievales identificaron el derecho con los textos, y la validez jurídica de éstos no ofrecía problemas porque todos quedaban bajo el principio de autoridad: autoridad del sa-

270 F. Duarenus dedica las dos obras anteriormente citadas a profundizar en el puro derecho romano. En cambio, la *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*, es una obra con finalidad práctica, a la que aludiré después. François Hotman tiene una producción muy variada. El "Disputationum Juris Civilis volumen unum", el "Commentarii verborum juris", el "Antiquitatum Romanorum libri V", los "Commentarii in XXV Ciceronis orationis", los "Notae renovatae in C. Juli Caesaris Commentarii", entre otras muchas obras suyas de este tipo, son estudios eruditos sobre la cultura de Roma. En cambio, el "Quaestionum illustrium liber" o las "Partitiones Juris Civilis Elementariae" persiguen una finalidad práctica. Estas obras se encuentran en su *Opera omnia* a cargo de los herederos de Eustaquio Vignon y Jacobo Stoer, 1599. Barus, en el *Commentarius ad librum I, cit.*, incluye una *accomodatio huius tituli ad mores Galliarum et leges Regias* al final de la exposición y comentario de cada título. Julio Pacius, en el *Analisis Institutionum Imperalium*, Lyon, 1570, expone al final de cada título de la Instituta comentado por él, varios '*axiomata*' o reglas en tono sentencioso que vienen a ser una recapitulación o resumen de lo comentado antes.

Sobre la actividad especulativa en torno a cuestiones ético-jurídicas fundamentales, *vid.* Bolognetus, A., "De lege, jure et aequitate disputationes", en el *Tractatus Universi Juris, cit.*, vol. I, pp. 289-322. Hopper, L. "De juris arte", en el mismo *Tratado*, vol. I, pp. 81-102. Charondas, Luis, *Verosimilium...*, *cit.*, en la 'Rubrica' indicada. R. Prateius, *Dicaiologiae liber singularis*. Lyon, 1561; Kisch, G., en *Studien...*, *cit.*, pp. 52-54, alude a la inclinación de los juristas humanistas hacia la '*Rechtsphilosophie*', y Welzel, H., *Introducción a la filosofía del derecho, cit.*, p. 112, indica que en el siglo XVI aparecen 'juristas filósofos', tales como Vázquez de Menchaca y François Connanus. Welzel no debió sufrir muchos quebraderos de cabeza para indicar esto: Vázquez y Connanus son los únicos juristas que Pufendorf cita en el 'Index' final del *De jure naturae et gentium*.

cratísimo emperador Justiniano, del texto en sí mismo, o de cada jurista.²⁷¹ Pero el principio de autoridad así entendido pierde su validez en los juristas humanistas y, en consecuencia, el *ius civile* romano pasa a ser considerado el producto de una cultura ya desaparecida. ¿Con qué renovar, pues, la jurisprudencia? Indica Orestano que, ante este problema, los humanistas anduvieron desorientados y divididos.²⁷²

No es fácil exponer las soluciones que dieron aquellos juristas, porque los estudiosos actuales han dado respuestas muy diferentes a esta cuestión, quizá con la nota en común de una cierta unilateralidad en sus apreciaciones. Villey estima que los humanistas, bajo el influjo de la filosofía estoica, sustituyeron la *jurisprudencia* anterior por un complejo de doctrinas basadas en los derechos subjetivos naturales.²⁷³ Esta apreciación no me parece que se pueda fundamentar documentalmente. En cambio, Wieacker opina que, gracias a la influencia de la filosofía neoplatónica, los humanistas se formaron una 'idea del derecho' que sería como una rememoración de lo que ya encontraban en la historia y la literatura antiguas.²⁷⁴ Es posible que fuera así en las obras de los juristas de la primera mitad del siglo XVI. De forma menos comprometida, Piano Mortari indica que la actividad de los juristas humanistas —que él personifica en Eguino Barus— “tendía a desenvolver la actividad intelectual en un sentido creador de nuevos principios jurídicos”, y H. E. Troje estima que estos juristas lograron una alianza singular entre investigación humanista y jurisprudencia práctica.²⁷⁵

Entre los juristas hasta ahora mencionados, sólo Luis Charonda tocó expresamente el tema de la renovación de los contenidos de la jurisprudencia. Este autor declara que “*jurisprudenciam originem habet a natura*” y que “*omnis juris atque legis fons ipsa natura est*”. La razón humana se ajusta a la naturaleza y, por tanto, la ley, “*quae est recta ratio*

271 Cfr., entre otros, a Orestano, R., *Introduzione...*, cit., pp. 158 y ss.; Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 103. J. Bolognetus, jurista que realizó un estudio especialmente extenso de las nociones del *ius civile* utilizadas en su tiempo, indica que “*ius significat totum corpus juris civilis, et ejus partem*”. Cfr. *Prima Digesti Veteris vocant, Commentarius seu Repetitioes*, Venecia, 1582, p. 69 y 50.

272 Cfr. p. 156.

273 Cfr. *La formation...*, cit., pp. 540 y ss.

274 Cfr. *Privatrechtsgeschichte...*, cit., p. 92.

275 Cfr. Piano Mortari, “Razionalismo e filologia nella metodologia di Baron e di Duareno”, *Labeo* 15 (1969), p. 11; Troje, “Humanistische Kommentatierungen Klassiker Juristenschriften”, *Jus Commune* IV (1972), p. 52. Este mismo autor, *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., pp. 58 y 59 desarrolla más ampliamente esta idea.

in juvendo et vetando”, y el ‘*jus*’, consisten en la “recta razón” común a todos los hombres.²⁷⁶ Pero no piense el lector que Charonda propone una metodología jurídica nueva basada en el ‘derecho de la razón’ o el ‘derecho de la naturaleza’, que sustituiría al *Corpus Juris*. Por el contrario, las explicaciones de este autor sobre las relaciones entre la *natura*, *ratio* y *jus* sólo persiguen convencer al lector de que el derecho romano es superior al elaborado por los juristas bajomedievales, ya que aquél se fundamenta en la equidad natural y los juristas medievales (Charonda los llama *scholastici*) “*iniquitatis artem confixerunt*”. Consecuentemente con estas ideas, el francés propone la vuelta al estudio del puro derecho romano.²⁷⁷

Algunos estudiosos destacan la función de la idea de la *aequitas* en las teorías de los humanistas del siglo XVI,²⁷⁸ pero esto no cambia sustancialmente el estado de la cuestión, porque también los juristas medievales recurrieron a la *aequitas* como punto último de referencia de la justicia de las opiniones que ellos emitían.²⁷⁹ Es decir, a menos que entendieran la equidad de forma distinta a los medievales, la simple alusión a ella no cambiaba ningún fundamento.²⁸⁰

Domenico Maffei sostiene reiteradamente que la filología fue el instrumento hermeneútico que permitió a los humanistas construir una visión renovada del derecho, de modo que estos juristas hicieron brotar una filosofía del seno de la filología.²⁸¹ Pero Maffei no plantea ni resuelve el problema de la renovación del ‘contenido’ del derecho en el marco del

276 Cfr. *Verosimilium...*, cit., ‘Praefatio’.

277 Cfr. *ibidem*.

278 Vid. el ya citado estudio de Kisch, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*. Ideas parecidas del mismo autor encontramos en *Studien...*, cit., pp. 51 y 54.

279 Vid. mi estudio “En torno al método de los juristas medievales”, *Anuario de Historia del Derecho Español* (1982), pp. 617-647.

280 Indica Piano Mortari que la ‘*aequitas*’ en el pensamiento jurídico medieval era identificada con la *naturalis ratio* y que, conforme a este pensamiento, las normas jurídicas representaban la actuación de la justicia en cada caso concreto: la *aequitas constituta*. Prosigue indicando este historiador que no podríamos hoy determinar el significado de la equidad, ‘*justitia*’ y *naturalis ratio* en las teorías de los juristas del siglo XVI y que, por tanto, no es posible saber si estos autores dieron un sentido nuevo al contenido equitativo y racional de las normas jurídicas: “*Qui ci interessa mettere in rilievo la derivazione sostanziale delle concezioni del diritto dei giuristi del secolo XVI da quella dei Commentatori e porre in evidenza soprattutto che per gli altri l’attributo più importante delle norme giuridiche era la loro intrinseca razionalità*”. Cfr. *Dialettica...*, cit., pp. 358 y 360.

281 Cfr. *Gli inizi...*, cit., p. 154, entre otros lugares. Troje, en *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., pp. 54, 55 y 60 sigue esta misma tesis, pero destacando más que Maffei la proyección política de la jurisprudencia humanista. Según Troje, los humanistas aplicaron los conocimientos filosóficos, históricos y literarios a las circunstancias políticas de su tiempo. La actitud de Troje viene a ser como de conciliación entre las soluciones de Maffei y de Orestano, que veremos después.

humanismo jurídico. Se limita con indicar que la filología hizo posible la 'historificación' del derecho romano, que fue vuelto a su estado original con una comprensión más plena de la norma jurídica romana, y que tal sentido histórico del derecho romano es la línea que separa a los juristas medievales de los humanistas.²⁸²

Orestano, por su parte, entiende que los humanistas sustituyeron la autoridad del *Corpus Juris* por la de la historia, viendo en ella una "*certissima philosophia*".²⁸³ Esto es cierto, porque estos juristas concedieron a la historia un valor normativo sobre la realidad presente, y esta idea sirve de telón de fondo, en el campo del derecho público, a la *Francogallia* de Hotman, y al *De Ecclesia, potestate ecclesiastica et civile, ac de utriusque discrimine* de Francisco Duarenus, obras que intentan la solución de algunos problemas políticos de su tiempo. A pesar de que hubo algunos intentos de aplicar la historia al derecho civil privado,²⁸⁴ los humanistas se hubieron de contentar con exponer ordenadamente lo que encontraban en el derecho romano.

Por este motivo, Astuti opina que los juristas que se adscribieron al '*mos gallicus*' no supieron distinguir entre la elaboración dogmática del derecho y su conocimiento histórico y que, en su ilusión por la antigüedad, fueron incapaces de renovar la ciencia del derecho.²⁸⁵ Giambattista Vico fue consciente de la impotencia del '*mos gallicus*', y por ello designaba a los seguidores de esta tendencia como "simples historiadores del derecho romano", mientras que a los juristas de la corriente 'bartolista' los tenía por "filósofos de la equidad natural".²⁸⁶ Al dedicarse al puro estudio histórico del derecho romano, estos juristas emprendieron un camino que se mostró insuficiente para remozar o sustituir a la jurisprudencia medieval, esencialmente práctica.

282 Cfr. *op. cit.*, pp. 154-161. Me parece más exacto el juicio de Piano Mortari —aunque lo matizaré más adelante— cuando escribe que "*quello in realtà significò per la scienza giuridica l'utilizzazione degli studi letterati, delle ricerche storiche e filologiche nel campo del diritto è problema non ancora approfondito in concreto della storiografia*". Cfr. *Considerazione...*, *cit.*, p. 284.

283 Cfr. *Introduzione...*, *cit.*, p. 178.

284 *Vid.*, entre otras, las monografías del Alciato, "De singulari certamini" y "Consilium in materia duelli exercitum ex libro quinto responsorum Alciati", en el vol. XII del *Tractatus Universi Juris*, pp. 293 y ss.

285 Cfr. *Mos italicus...*, *cit.*, pp. 177 y ss.

286 Cfr. *De nostri temporis studiorum ratione*, citado por Biagio Brugi en "Come gli italiani intendevano la culta giurisprudenza", *Per la Storia de la Giurisprudenza...*, *cit.*, p. 134.

7. La superación del 'mos gallicus' por el racionalismo humanista

De una forma más o menos intuitiva, otros juristas, la mayor parte de los cuales no suelen ser considerados plenamente humanistas, obviaron estos inconvenientes. Andrés Alciato, al que por varios motivos se le puede considerar el iniciador del humanismo jurídico,²⁸⁷ no pretendió hacer historia, al contrario que Cujas o Agustín, sino remozar elegantemente la jurisprudencia con un espíritu renacentista: de ahí su latín de calidad. Por esto, sigue contemplando al derecho romano como un ordenamiento jurídico vigente y en modo alguno acepta las sugerencias de los *grammatici* italianos que, como Lorenzo Valla, propugnaban un estudio puramente histórico de él.²⁸⁸ Empezó, ciertamente, investigaciones históricas y filológicas, pero no se propuso crear un saber simplemente teórico. Por el contrario, consideró a la historia como un medio eficaz de obtener experiencias que debían servir al jurista como reglas y lecciones orientadoras de su trabajo: "*Bene beataque vivendi exemplis, historiae lectione admonemur*",²⁸⁹ ya que los conocimientos históricos formaban parte de los fundamentos de la '*prudentia juris*' a la que tanto valor concedía este autor.²⁹⁰ De este modo, los estudios lógicos, históricos o filosóficos sólo constituían unos instrumentos culturales imprescindibles de los que debía valerse el jurista para alcanzar los fines propios de la jurisprudencia. Alciato tuvo siempre presente la distinción entre elaboración dogmática y conocimiento histórico de los institutos jurídicos.²⁹¹ La filología, en cambio, era un medio útil al servicio de la interpretación del texto romano dentro del marco de los principios interpretativos fijados por el *jus commune* medieval. No se advierte en Alciato —al contrario de lo que sucedía entre los seguidores de la Escuela de Bourges— una tendencia a la simple erudición histórica hecha posible por el análisis filológico.²⁹²

287 Forster, a mediados del siglo XVI, escribía de Alciato: "*Hic omnium primus jurisprudentiam nimis disputationibus et barbaro descendique involutam, pristino nitore restituere, et ad veros fontes conatus est*". Cfr. *Historia Juris Civilis*, cit., p. 58.

288 Cfr. Brugi, *Come gli italiani...*, cit., p. 113.

289 "Encomium Historiae", *La lettere di A.A. giureconsulto*. Barni, Firenze, 1953, p. 222, cit. por Piano Mortari en "Pensieri di Alciato sulla giurisprudenza", *Studia et Documenta Historia et Juris* 33 (1967), p. 213.

290 Cfr. Piano Mortari, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

291 Cfr. Piano Mortari, *op. cit.*, p. 218. Este autor explica, refiriéndose a Alciato, que "*per lui la ricerca storico-giuridica non poteva esaurire i problemi creativi indispensabili all'attività intellettuale del giureconsulto, ma allargare solo il patrimonio del suo spirito, fornendogli le lezioni della storia da tener presenti nell'esercizio della sua opera*". Cfr. *op. cit.*, p. 219.

292 Sobre la función de la filología, *vid.* Piano Mortari, *op. cit.*, p. 219.

La intención que le guiaba era eminentemente práctica, como se reconoce, entre otras obras suyas, en el *De verborum obligationibus*, estudio en el que tiene en cuenta ampliamente las aportaciones de los juristas medievales. En él, contrariamente a los que propugnaban el estudio del derecho romano libre de glosas y comentarios, el de Alciato tiene en cuenta a Acursio —al que llama ‘columna del derecho’— y a Bartolo —‘maestro del arte jurídico’— y en cualquier caso es preferible, según Alciato, Acursio a Valla. Hay que tener en cuenta que Alciato consideraba necesarias las obras de los juristas para entender muchos textos romanos porque faltando aquéllas éstos eran un enigma incluso para los expertos.²⁹³ Esta intención práctica se reconoce también en el *De verborum significatione liber*, en donde pasa del comentario de este título a la elaboración propia del significado que han de tener las palabras que se emplean en el derecho.²⁹⁴

En conjunto, la aportación de Alciato más importante, además de exigir una formación humanista en el estudioso del derecho, de la que él mismo dio ejemplo, fue hacerla compatible con un buen latín, y con la brevedad en la forma: “*Latine breviterque de iure disserendo*”.²⁹⁵ En efecto, al explicar en Bourges, en 1530, el título “*De verborum obligationibus*”, se sirvió de las numerosas opiniones de los juristas medievales y de otros doctores más recientes. Fueron examinadas y, en su caso, refutadas, una a una, como era costumbre. Ello suponía dedicar la mayor parte del tiempo a esta tarea, sin que los estudiantes pudieran alcanzar una visión sintética del estado de la cuestión. Por esta razón, este mismo curso, los estudiantes de Bourges le pidieron mayor brevedad en la exposición del programa: no era necesario exponer con detalle y minuciosamente todas las opiniones existentes sobre un detalle determinado. Bastaba con hacer un breve resumen, con orden y claridad. Así se podía ampliar la materia a estudiar, y quedaba tiempo para exponer las ideas propias. Alciato,

293 *Vid.*, sobre estas ideas, Brugi, *op. cit.*, pp. 112-114. Acerca de la repugnancia que causaban en Alciato las exigencias de Lorenzo Valla, *vid.* Mesnard, P., “Alciato y el nacimiento del humanismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos* 53 (1950), pp. 123-129.

294 *Cfr.* Mesnard, *op. cit.*, p. 126, y Brugi, *op. cit.*, p. 115.

295 En el “*De eo quod interest. Commentariis ad l. unicam C. de sentent. quae pro eo, quod in te pro se*”, en el *Tractatus Universi Juris, cit.*, vol. V, p. 7, escribe: “*Non me latet ab Romani Imperii inclinatione nullius opera extare, quae latina dictione in civile disciplina, concinnata sint, quin potius tum primum ab recto curso flecti ceptum est, et barbarismis quisbusdam corrupta commentaria in pretio tamen habebantur, deinde processu temporis mandrabuli more eo deventum, ut nostris hisce diebus nulla bona littera in omnibus, quotquot sunt juris civilis interpretibus, reperiri queat, et jam vulgo circumferatur, nullum est se jurisconsultum posse, qui latine loqui et eleganter sciat*”.

titubeando por miedo a ofender a la tradición de Bourges, accedió al deseo de los estudiantes, mientras manifestaba que el nuevo método le costará mayor esfuerzo. No se trataba de escoger un argumento, entre otros, y añadir algo propio. Sería preciso estudiar profundamente la cuestión debatida y agrupar todos los principios dispersos en la casuística jurídica existente. Después, habrá de contemplar de un golpe de vista el problema en su conjunto, y aducir una sola razón que anule todas las contrarias.²⁹⁶

Algo parecido hizo Uldarico Zazius, el otro pionero del humanismo jurídico, que compatibilizó la erudición sobre la historia y la literatura clásicas con las doctrinas de Acursio y Bartolo.²⁹⁷ En los *Paratitla*, una de sus obras más conocidas, tiene presentes continuamente las aportaciones de los glosadores y comentadores, cosa congruente con el propósito que persigue con este estudio y, consecuentemente, en la polémica entre los humanistas y los juristas se puso decididamente de parte de éstos, defendiendo a Acursio y a Bartolo de los ataques de Valla y Budeo.²⁹⁸ Así pues, Zazius, el otro pionero del humanismo jurídico, construye sobre las doctrinas de los medievales, como cualquiera reconoce en sus *Commentaria, seu lecturas in titulos... Pandectarum*,²⁹⁹ y no aprueba que *grammatici* como Lorenzo Valla se entrometan en la jurisprudencia, pues ésta presenta unas exigencias que sólo pueden ser satisfechas por aquellos que poseen una adecuada formación jurídica. Entre los humanistas, esta formación únicamente la encuentra en Budeo, hombre que es “*modestius tamen quam Valla, et doctius egisse videtur*”.³⁰⁰

Este jurista tiene en cuenta las exigencias culturales de su tiempo; demuestra conocer bien las obras de Angelo Poliziano y Lorenzo Valla. Con frecuencia se remite a Alciato y Budeo, y sigue con entusiasmo los escritos de Erasmo.³⁰¹ Aceptando algunas de las ideas nuevas sobre el

296 Sobre estas últimas ideas, *vid. Brugi, cit.*, pp. 116 y ss.

297 Indica en el *Praefatio*: “*Ordo dabitur titulis pulcher et brevis. Porro et quae vel in textibus vel gell. selecta putavero, velut ad puncta congeram, Bartoli potissimum et Baldi, et aliorum doctrinis, si quando necessitas exigat, non praetereundis*”. *Cfr. ed. cit.*, vol. I, p. 1.

298 *Cfr. Kisch, Gestalten...*, *cit.*, pp. 56 y ss.

299 *Vid. Commentaria, seu lecturas eiusdem in titulum secundae partis Pandectarum quod vulgo Infortiatum vocat y Commentaria, seu lecturas eiusdem in titulos tertiae partis Pandectarum, quod vulgo Digestum novum vocat*. Ambas obras ocupan, respectivamente, los vols. II y III de la ed. cit.

300 *Cfr. “Antinomiaram aliquot dissolutiones”*, 7. Ocupa las pp. 242-256 de la ed. cit.

301 Los datos más importantes a este respecto los encontramos en su Epistolario. Son especialmente interesantes las cartas dirigidas a Bonifacio Amerbach, magistrado en Basilea, que se encuentran en el vol. V de la ed. cit. Alude repetidas veces a Montaigne. *Vid. carta sin fecha*, en la p. 546; *carta de julio de 1627*, en p. 465. Se refiere a Angelo Poliziano en una carta de mayo de 1520, en la p. 473, entre otros lugares. Su autor más admirado es, sin duda, Erasmo. En una carta sin fecha, del año

modo de proceder en el derecho, concede al derecho romano más importancia que la que le habían asignado los juristas anteriores. Pero, a diferencia de los seguidores del '*mos gallicus*', no emplea su tiempo en el simple estudio histórico de este derecho, pues aunque se esfuerza por conocerlo y exponerlo con claridad, y a tal fin prescinde de vez en cuando de las glosas y comentarios medievales, no se limita a concordar los textos romanos y a esclarecer su sentido. Estudió a fondo el Digesto, la Instituta y el Código, y obtuvo un entramado de conceptos jurídicos romanistas que proyectó sobre el derecho de su tiempo, con una pretensión práctica. Así procede en las "*Enarrationes in titulum institutionum de actionibus*" y en el "*De verborum obligationibus*".³⁰²

Así pues, Alciato y Zazius, por una parte, y los representantes del '*mos gallicus*' por otra, no guardaron una relación de precedente a realidad madura. El milanés y el alemán iniciaron los estudios históricos y filológicos sobre el *Corpus Juris Civilis*, pero ambos entendieron a la *Jurisprudentia* como un saber esencialmente práctico basado en la autoridad del derecho romano y de los principales representantes de las escuelas jurídicas que se fueron sucediendo hasta el siglo XVI, lo que era algo opuesto al espíritu que animaba a los seguidores de la Escuela de Bourges. Algunos juristas del siglo XVI se percataron ya de estas diferentes actitudes metódicas, y Julio Paciús, en la '*Dissertation*' leída en Heidelberg el 30 de agosto de 1584, reconocía la existencia de cinco métodos jurídicos existentes desde el siglo XII hasta entonces. Los más importantes, según Paciús, son los de Bartolo y Baldo, Alciato y Zazius, y la dirección filológica que compete tanto a los juristas como a los gramáticos.³⁰³

1509, escribe: "*Erasmus et Budaeus ambo Graeci sunt*". A Erasmo se refiere normalmente llamándole *Magnus Erasmus*: vid. pp. 532, 539, 544. En una carta de diciembre de 1521 (p. 538) dice de él que es "*nostri saeculi ornamentum*", y llega a decir "*Vivat in aeternum os Erasmi gemmeum, quod circa aureum os tam eleganter versatur, os oci tam salubriter jungit*". Cfr. p. 454.

Se considera amigo de Alciato, con quien cruzó correspondencia: vid. pp. 470-474 del volumen referido. En una carta de agosto de 1525 (p. 549) escribe: "*Alciati Fortunam prosperam avidissime accepi: det Dominus, ut ad animae ejus salutem sit perpetua. Quod autem non semel ab eo discedo, me id facere veritas cogit, quis Plato amicus et veritatem omnibus amicitias semper praetuli*". Le llama "*principi in doctrinis*" (carta de octubre de 1522, p. 533), alude a los "*Alciati divini responsa*" (carta de septiembre de 1525, p. 451) y dice de sus escritos: "*Nihil enim in ejus scriptis est otiosum, nihil absque ratione collocatum*". Cfr. carta de octubre de 1525, p. 454.

302 Ambas obras se encuentran en el vol. IV de la ed. cit. La primera ocupa las páginas 243 y ss., y la segunda, con una paginación no correlativa con la anterior, las 671 últimas páginas.

303 Cfr. Astuti, *Mos italicus...*, cit., p. 181.

Alciato y Zazius fundaron una escuela que tuvo numerosos seguidores. Por estos mismos años Jerónimo Cagnolus procede de una forma similar a la de los iniciadores de la corriente humanista. Cagnolus conoce bien las obras de Budeo, Zazius y Alciato,³⁰⁴ y alterna los estudios históricos sobre el derecho romano con cuestiones orientadas a la práctica jurídica. Pero no tiene obras dedicadas exclusivamente a estudios puramente históricos, al contrario que Alciato, sino que, intercaladas en sus *'enarrationes'* y *'commentaria'*,³⁰⁵ incluye numerosas digresiones históricas, procediendo así de una forma similar a la de Zazius. Su preocupación más importante es el derecho público y todas aquellas cuestiones que se relacionan con la naturaleza, ejercicio y límites del poder político.³⁰⁶ En el campo del derecho privado propone —siguiendo las sugerencias de Poliziano, Valla y Alciato— restituir "*textum proprio candori*",³⁰⁷ y se muestra preocupado por crear un procedimiento de enseñanza del derecho concorde con las nuevas corrientes.³⁰⁸

Las dos obras citadas de Jerónimo Cagnolus presentan externamente la estructura antigua, un comentario al texto romano constituido por un conjunto de casos prácticos presentados en un *'summarium'* colocado en el lugar de cada *'lex'*. Pero los contenidos concretos y formales de su argumentación jurídica se han enriquecido. Además de las *leges* y las *rationes*, incluye entre las *auctoritates* no solamente a los juristas medievales y del siglo XVI —que demuestra conocer bien— sino también los autores clásicos griegos y latinos, tanto literatos como filósofos, cuyas opiniones tienen la misma autoridad en el momento de resolver un problema como una *'lex'* romana o la opinión de un jurista importante. Obviamente, los filósofos y literatos de la antigüedad no tratan directamente temas jurídicos: Cagnolus se sirve de sus citas para mostrar lo adecuado o inadecuado, la conveniencia o la inconveniencia de una conducta, y estas citas funcionan a modo de argumentos de autoridad, o explicativos, que hacen ver la justicia o la injusticia de una determinada solución. Esto era algo nuevo hasta entonces que tendría para la jurisprudencia coetánea y posterior una importancia insospechada, porque proporcionó al jurista una li-

304 *In Constitutiones et leges Primi, Secundo, quinti et duodecimi Pandectarum aurearum enarrationem libri duo*, Venecia, 1586, pp. 70 y 79, entre otros lugares.

305 *Vid. In titulum Digesti De regulis Juris, omnibus jurisperitis utilissima*, Venecia, 1558.

306 *Vid. la extensa Epistola boni principii*, editada juntamente con el *In Constitutionibus et leges...*, *cit.*, en el *In Constitutionibus...*, también se plantea frecuentemente cuestiones de este tipo.

307 *Cfr. In Constitutionibus...*, *cit.*, p. 61.

308 *Cfr. cit.*, pp. 50 y 51.

bertad intelectual muy superior a la de los seguidores estrictos del ‘*mos gallicus*’ —dependientes enteramente del *Corpus Juris*— y de los ‘bartolistas’ decadentes, excesivamente apegados a la producción jurisprudencial anterior.

Al incluir las humanidades en el derecho, renovando con aquéllas el contenido de éste, Cagnolus y otros juristas hicieron posible una nueva dirección metódica distinta de la jurisprudencia tradicional y del ‘*mos gallicus*’, que fue seguida por numerosos autores. Su rasgo fundamental, frente a las actitudes metódicas ya existentes, fue el de proporcionar al cultivador de la ‘*jurisprudentia*’ 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 —adelanto ideas— será frecuente la indagación sobre los fundamentos últimos de los diversos institutos jurídicos, para lo que fue preciso aludir al derecho natural y al *ius gentium*, y los juristas reclamaron progresivamente, como propia, la ocupación con temas filosófico-jurídicos.

La etapa en la que el ‘*ius*’ era identificado con el derecho romano y sus glosas y comentarios ha quedado, así, definitivamente superada por un sector de juristas. Esta nueva orientación del pensamiento jurídico —que no rompe bruscamente con la tradición: normalmente dicen ocuparse del derecho natural— se deslizó paulatinamente hacia un razonamiento jurídico en el que lo fundamental era el libre despliegue de la razón de cada cual. Ello 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.³⁰⁹ Es decir, influye la tendencia nueva que consideraba al derecho de Roma como algo perteneciente a una cultura ya desaparecida, pero el peso de la tradición era demasiado fuerte como para desprenderse de él bruscamente. De esta manera, como la autoridad del derecho romano se había debilitado extraordinariamente en tanto que fuente principal del derecho, y algunos juristas del siglo XVI, que eran más o menos conscientes del vacío que se estaba produciendo en la docencia universitaria, echaron mano de otros elementos que fundamentaran la argumentación jurídica.

309 En los *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*. Venecia, 1559, cap. 45, 3, afirma que “*exulavit enim caeque eorum sententia, qui existimabant jus Romanorum omnium gentium commune esse debere, quasi Romanorum Imperator dominus esset totius mundi; res sane risu et ludibrio, quam longa contentione dignior*”.

En este sentido, apunta Piano Mortari que para los humanistas, los antiguos no proporcionaban tanto modelos literarios 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 Piano, es que los nuevos ideales éticos y culturales de algunos juristas del siglo XVI se alimentaban de las obras jurídicas, filosóficas y literarias de la antigüedad griega y romana de una forma que aún nos resulta desconocida.³¹⁰ Tiene razón Piano Mortari en insistir en la dificultad para entender este paso histórico de la *jurisprudencia*. En un primer momento, muchos rechazaron el derecho bajomedieval en nombre de la recuperación del derecho romano 'puro'. Pero, pocos años después, ya rechazan el derecho romano en nombre del derecho natural, es decir, de una especulación sobre el origen, fundamento, naturaleza, etcétera, del derecho, de las leyes y del poder político. Se podría decir imprecisamente que, en este segundo momento, rechazaron el derecho romano en nombre del derecho de la razón. Fue lógico que volvieran sus ojos a los clásicos romanos y griegos: en esta época, aún renacentista, ante la tesitura de tener que crear un nuevo orden jurídico que sustituyera al derecho romano, lo más fácil y aceptado socialmente fue recurrir a la cultura antigua. Estaban, pues, en una situación en la que la razón aplicada al derecho se desplegó apoyándose en la historia, la filosofía y en teorías diversas sobre el derecho natural y el derecho de gentes, con el fin de sustituir el espíritu del derecho romano. Es decir, el enriquecimiento de los elementos que constituyen la nueva argumentación jurídica se debió, fundamentalmente, no tanto al rechazo del derecho romano porque se percataran de sus condicionantes históricos, como a la búsqueda de una 'idea del derecho' (por usar una expresión alemana) que hiciera honor a la mentalidad individualista que ya estaba extendida socialmente. El derecho romano perdió su vigencia jurídica, en parte porque resultó 'historicado' tras el proceso humanista, y en parte porque buscaron otros fundamentos para la convivencia.

Jerónimo Cagnolus no fue el único que procedió de esta forma. Un grupo numeroso de juristas que no se interesaron por las investigaciones históricas comenzaron a aplicar la literatura antigua y la filosofía escolás-

310 Cfr. *Considerazione...*, cit., pp. 285-287. Orestano, en *Introduzione...*, cit., p. 170, confiesa que nada se sabe con certeza sobre el motivo por el que los humanistas volvieron los ojos hacia la filosofía.

tica al derecho, convirtiéndolas en fuentes directas de él. Andrés de Exea fue uno de los primeros en seguir este nuevo camino. Exea presenta la peculiaridad, además, de remitirse con precisión a ciertas nociones del derecho natural para resolver sus problemas: era la primera vez en la historia que el *ius naturale* recibía una aplicación práctica en la sede del *ius civile*. El derecho romano estaba siendo sustituido por el derecho natural, en un proceso bastante confuso, como es el comprendido entre 1550 y 1640. Exea, además de fundamentar sus opiniones en los juristas más conocidos de la Edad Media y del siglo XV, se introduce por un camino filosófico y cita abundantemente a Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, etcétera. Tiene en cuenta diversas obras de Alciato y Zazius y usa el griego cuando le parece conveniente. Pero, como he indicado, al comienzo de su *Liber pactorum* hace unas largas digresiones sobre el derecho natural y el derecho de gentes. De esta forma desprendió el *ius naturale* de los textos romanos —en donde los juristas lo habían tenido recluido hasta entonces— y le dio una vida propia.³¹¹

Este humanismo por el que la razón encontró un nuevo camino tuvo seguidores en Francia desde los primeros tiempos en que irrumpe la corriente humanista. Francisco Connanus aún la erudición sobre el derecho romano con la historia, la filosofía y la literatura griega y latina, utilizándolas en la forma antes indicada a propósito de los autores anteriores. En su obra principal, los *Commentariorum Juris Civilis libri X*, se puede observar este modo de proceder, aunque hay que observar que la erudición clásica se agota en los primeros capítulos. Duarenus, sucesor de Alciato en la cátedra de Bourges, también se sirve de las humanidades en el *In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*. Sus argumentos están fundamentados, además de en el derecho romano, en la filosofía e historia griega y latina. François Hotman, en cambio, rara vez fundamenta sus opiniones en el derecho romano, pero recurre continuamente en el *Quaestionum illustrium liber*,³¹² a todas las fuentes de la sabiduría antigua, formando una argumentación que resulta, en conjunto, armoniosa y límpida. Andrés Tiraquellus, que posee una producción muy variada tanto por el contenido de sus obras como por los estilos literarios que emplea en ellas, tampoco duda en recurrir a los clásicos. Apunta F. Schaffstein que este jurista “brilla con su conocimiento extraordinario, incluso para aquella época, de la literatura antigua. Junto a los poetas, his-

311 Vid. *Liber pactorum unus*, Lyon, 1592.

312 Pp. 846-1007 de la ed. cit.

toriadores y filósofos romanos, cita en abundancia a los griegos y, aún más, éstos se mencionan de modo inmediato y con la misma fuerza que los juristas romanos y medievales”.³¹³ Este juicio de Schaffstein necesita ser matizado para no desorbitar la aportación de Tiraquellus. Este francés recurre a los autores clásicos de la antigüedad en algunas de sus obras. En unas, monografías como “*De utroque retractu municipali, et conventionali, commentarii duo*, y *Cessante causa, cessat effectus*, y otras, comentarios sobre el Corpus Juris, tal como el *Commentarius, L. si unquam, C. de revocandis donationibus*”,³¹⁴ Tiraquellus demuestra dominar el griego y poseer algunas nociones de hebreo, y cuando la cuestión que se discute es muy general, recurre a los testimonios de Homero, Virgilio o Terencio, por ejemplo.³¹⁵ Pero cuando el problema es más concreto, o al comenzar la glosa propiamente dicha, su argumentación descansa, como apuntaba páginas atrás, en una relación farragosa de autoridades. El recurso a los clásicos se muestra, en la obra de Tiraquellus, como una muestra de erudición histórica, literaria y filosófica que proporciona un cierto aire humanista a sus líneas, pero que apenas influye en la estructura de su argumentación. Y el mismo Tiraquellus no debió conceder gran importancia a esta forma de proceder porque en otras obras suyas que se prestaban a la inclusión de la cultura clásica, se limitó a recurrir al derecho romano y a los juristas.³¹⁶

Fuera de Francia, esta dirección metódica alcanzó un fuerte éxito. Juan Pedro de Ancharanus, desligado por completo del principio de autoridad —ni siquiera cita al derecho romano—, se deja guiar de vez en cuando por los filósofos y literatos antiguos.³¹⁷ En los Países Bajos, dos juristas de gran importancia, Gabriel Mudaeus y Mateo Wesembeck, lo siguieron.³¹⁸ Mudaeus, profesor en Lovaina, cita algunas veces a Cicerón

313 *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957, pp. 47 y 48.

314 Las dos monografías primeras están citadas por la edición de Lyon de 1584. El *Comm. L. si unquam...*, por la edición de Lyon de 1587.

315 En el *Utroque retractu...*, para fundamentar la afirmación de que “amicus fratri non posponendus”, por ejemplo, cita a Homero. Poco después, para dilucidar “*Affectio quanta in rebus majorum*” recurre a Tibulo y a Claudiano. *Cfr. op. cit.*, p. 15.

316 *Vid.*, entre otras, *Le mort saisit le vif*, París, 1550; *In L. Boves paragrapho hoc sermone, D. de verborum significatione*. París, 1550. *De privilegiis piaae causae*, Lyon, 1584; *De Praescriptionibus Tractatus in consuetudines Pictorum*. Lyon, 1584.

317 *Vid. Quaestiones aureae ac seletissimae omnium praestantissimorum*, Frankfurt am Main, 1581.

318 Wesembeck publicó sus obras a lo largo de la segunda mitad del siglo XVI y por este motivo el análisis de su obra desborda los límites impuestos. Cabe apreciar, de todos modos, que su actividad se orienta preferentemente por un camino histórico-filológico que tiende a esclarecer los textos romanos para, después, exponerlos de forma ordenada. Pero este autor intenta una finalidad práctica, como

l comentar algún pasaje del *Corpus Juris*, pero sin buscar en dicho autor una ayuda para el análisis filológico, sino más bien el auxilio de su filosofía moral. En el *Libri Sexti Codicis (tit. IX) Commentarius* no se limita a esclarecer el texto romano: la intención que le guía es la de exponer sus opiniones a propósito de las cuestiones que suscita la lectura de este libro del Código. Su exposición rompió los moldes tradicionales porque no consiste ya en un agrupamiento de casos prácticos con el inevitable sumario, ni tampoco en una glosa humanista del texto romano.³¹⁹ Se trata de un comentario extenso para cada título o 'lex', escrito en buen latín, en el que además de tener en cuenta a los juristas, tanto humanistas como los que no lo son, cita repetidas veces a Cicerón, Quintiliano, Valerio y otros autores latinos.

En España arraigó fuertemente esta dirección del humanismo jurídico, a veces con características peculiares. El portugués Arias Pinellus conoce bien las obras de los seguidores de la Escuela de Bourges, y las referencias a Alciato, Balduinus, Duarenus, Barus, Zazius, etcétera, se suceden frecuentemente. Pero Arias trasciende la simple explicitación histórica de los textos romanos: en sus obras, consistentes en comentarios a los lugares del *Corpus Juris* con la estructura tradicional del agrupamiento de casos tras el sumario, se ayuda de clásicos latinos y griegos para resolver problemas concretos.³²⁰ Y, además, este jurista manifiesta una inclinación entonces poco usual para tratar cuestiones muy teóricas,³²¹ alejadas de la praxis jurídica.

Se desprende de la lectura de *De studio iuris recte inchoando*, incluido en las pp. 21-23 de la *Opera omnia* de Colonia de 1593, y de otras obras suyas en las que combina los estudios tendentes a esclarecer el sentido genuino del texto romano con otros en los que tiene en cuenta las aportaciones de la jurisprudencia medieval. El interés de su obra no reside en el recurso al saber antiguo como fuente del derecho, sino en la combinación del método glosador, propio del 'mos gallicus', con el analítico-sintético usado por los 'bartolistas'. Tal método lo recomienda en el *De compositione juris*, en las pp. 1-21 de la *Opera* citada, y podemos observar su aplicación en el *Commentarius in Institutionum et Elementorum Juris Civilis libri IIII*, edición de Colonia cit., pp. 93 y ss.

³¹⁹ Solamente incluye un sumario con enunciación de los temas propuestos cuando la 'lex' o párrafo a comentar son de corta extensión. Stintzing opina que Mudaeus sigue un método exegetico-analítico, pero mostrando las conexiones conceptuales existentes entre los diversos institutos jurídicos. Cfr. *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 341.

³²⁰ Vid. *Constitutiones, Codice de Bonis maternis Commentarii quibus maternae successiones iure foeliciter explicantur y Rubricae, C. de rescindenda venditione*, Salamanca, 1518.

³²¹ Cfr. *Constitutiones...*, cit., p. 154, entre otros lugares. Se plantea aquí que "agitur de justificatione usucapione" y, además de remitirse a la interpretación filológico-histórica que Balduinus hizo de ese texto, cita, para apoyar su opinión personal, a Cicerón y Cornelio Tácito.

Martín de Azpilcueta recurre también a la literatura clásica, especialmente a algunos poetas, para mostrar la 'naturalidad' de sus opiniones.³²² Pero mayor interés que este canonista presentan Fortún García y Miguel de Ulzurrum. Las obras de estos dos autores ofrecen una doble peculiaridad. En primer lugar, versan sobre temas que son tratados desde un ángulo estrictamente teórico o abstracto, por lo que las remisiones al derecho natural son frecuentes. Por otra parte, apoyan normalmente sus argumentaciones en la filosofía tomista, cuyas '*quaestiones*' y artículos entran, por primera vez en la historia, en la literatura hecha por los juristas, a formar parte de una argumentación sobre el derecho.³²³

La obra de Fernando Vázquez de Menchaca ha despertado un interés singular, porque ha sido considerado el iniciador de la Escuela del derecho natural moderno que se desarrolla en el siglo XVII a partir de Grocio.³²⁴ Este jurista hace en sus "*Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*", aparecida en Venecia en 1559, un alarde de erudición de la literatura latina que no fue superado por ningún autor coetáneo. Las citas de Cicerón, Ausonio, Horacio, Ovidio, Manilio, Propertio, Lucano, Terencio, Séneca, Juvenal, Lucrecio, etcétera, se suceden —de forma desigual según cada tema— para fundamentar en ellas conclusiones prácticas. Jurista ante todo del derecho común, Fernando Vázquez suele tratar los problemas "ilustres" (como reza el título de su obra) desde una perspectiva muy abstracta, cosa inusitada entonces. Recurre con bastante frecuencia a diversas teorías sobre el derecho natural que, por primera vez en la historia, sirve para fundamentar y resolver soluciones jurídicas concretas. Los juristas anteriores, desde el siglo XII, habían recurrido en contadas ocasiones al *ius naturale*, normalmente en casos fijados por la costumbre para ser tratados desde el derecho natural. Pero nadie había empleado una o varias versiones del derecho natural de forma constante en las argumentaciones jurídicas, o había hecho del *ius naturale* el fundamento único de un sector de la jurisprudencia.

322 Vid. las numerosas obras que se encuentran en la *Opera omnia* de Lyon de 1595.

323 Vid. Fortún García, "De ultimo fine Juris Canonici et Civili. De primo principio et subsequentibus praeceptis, de derivatione, et differentiis utriusque Juris, et quod sit tenendum ipsa justitia", y Ulzurrum, Miguel de, "Tractatus regimini mundi", estudios que están incluidos respectivamente en el vol. I del *Tractatus Universi Juris*, pp. 106-132, y en el vol. XVI, pp. 103-129 del mismo Tratado.

324 Vid. Reibstein, Ernst, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den 'Controversiae illustres' des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949. Vid. también mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977.

Diego de Covarrubias fue uno de los juristas europeos que mejor respondió al conjunto de las exigencias del movimiento humanista. No se contentó con las aclaraciones filológicas e históricas porque, ante todo, es un jurista práctico que indica expresamente que sigue a Alciato.³²⁵ Pero lo que llama la atención en las obras de Covarrubias es la síntesis que realiza entre la jurisprudencia medieval y coetánea, de un lado, y la filosofía y teología moral, de otro. Para dilucidar las cuestiones que él mismo se propone, se remite con frecuencia a Platón, Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, Escoto, y no duda en recurrir a los padres de la Iglesia (demuestra conocer bien la patrística), San Pablo, las Sagradas Escrituras, y varios filósofos del siglo XVI, como Cayetano, Vitoria o Soto.³²⁶ Esto, en el marco de una exposición humanista en el que aparecen repetidamente las obras de Juvenal, Ovidio, Tácito, Suetonio, Aristófanes, Platón, etcétera, cuyas citas son tomadas como autoridades que encuentran una aplicación inmediatamente práctica.³²⁷ La *jurisprudencia* se enriqueció con Covarru-

³²⁵ Cfr. "Praefatio" de la *Variarum Resolutionum Summa*. Salamanca, 1578. Sobre Diego de Covarrubias existe una monografía de Pereña, L., *Diego de Covarrubias y Leyva, maestro de derecho canónico*. Madrid, 1957. El apartado II del cap. 1, titulado "Derecho y humanismo", es especialmente ilustrativo acerca de la metodología propia de este jurista.

³²⁶ En la *Opera omnia* de Salamanca de 1557-1578 puede comprobarse la forma de argumentar de Covarrubias. Este jurista dosificaba su cultura humanista con gran regularidad, y por ello ninguna de sus obras es diferente, respecto del tema que nos ocupa, de las demás. En el *In librum quartum decretorum Epitome*, vol. II de la ed. cit., pp. 225-465, cap. Sextum, secundae partis, epígrafe Decimus, 3, encontramos un texto que muestra claramente su modo de proceder. En dicho lugar se propone la cuestión de si el matrimonio entre parientes de primer grado está prohibido por el derecho natural. Parece que, en efecto, está prohibido por este derecho, y así lo confirman Santo Tomás, Cayetano y Escoto. Pero Quinto Curcio, Estrabón, Catulo, Quintiliano, Tertuliano, Crisóstomo, Clemente Alejandro, Suetonio, Tito Livio y Plutarco muestran que en algunos pueblos era tolerado el incesto. Pero no quiere decir, sin embargo, que el incesto esté permitido por el derecho natural o que el mismo derecho natural haya cambiado, "nam licet in aliquo homine dictamen legis extinctum, et sopitum sit una specie, non tamen inde sequitur in eo prorsus extinctam esse legem naturae communem, ex qua tamen ex principio communi illud particulare deducitur". Esta juicio se refuerza por el testimonio de César en "De bello gallico", en donde afirma que entre los germanos estaba permitido el robo, y es evidente que los robos están prohibidos por el derecho natural. La respuesta correcta a esta cuestión es la que ofrecen Santo Tomás, Alejandro de Hales, Escoto, Durando, Silvestre, San Agustín y un comentario de Juan Luis Vives al *Nuevo Testamento*.

³²⁷ Schaffstein, en *La ciencia europea...*, cit., afirma que "cual sus contemporáneos franceses e italianos, está también Covarrubias herido por el espíritu humanista... Este ropaje humanista ha convalidado sin duda a proporcionar a la obra de Covarrubias aquella difusión asombrosamente rápida y amplia fuera de España, que expresa la multitud de ediciones que llegó a tener. Podría hablarse de un lenguaje humanista, ciertamente. Pues el influjo humanista determina en Covarrubias únicamente la forma externa de exposición, no el contenido. Precisamente en sus teorías jurídico-penales se nos presenta también, en absoluto, como un post-escolástico" Cfr. pp. 161 y 162.

Es difícil ponderar este juicio de Schaffstein. Al parecer, este alemán —como resulta de la lectura de la obra indicada— pretende equiparar a Covarrubias con los teólogos españoles del siglo XVI que

bias con unos contenidos que los juristas anteriores habían usado sólo parcialmente.

Alfonso de Castro, con su *De potestate legis poenalis libri duo* fue el jurista español de esta época que procedió más elegantemente. Ante todo, está su claridad y coherencia, problemas que tanto preocupaban a los humanistas. Él se aparta del método casuístico seguido por la mayor parte de los juristas coetáneos, y en este estudio suyo, aunque no es una obra con una presentación pretendidamente *sistemática*, sí existe orden en la exposición de sus opiniones. El razonamiento personal predomina en su argumentación, y rara vez recurre a las *autoritates*. En estos extremos supera a los juristas ya mencionados. El zamorano, igual que Covarrubias, demuestra ser un *homo universalis* que pone al servicio de la *jurisprudencia* todos los saberes que se encuadraban entonces bajo el rótulo de humanidades. Las remisiones de las *Sagradas Escrituras* son frecuentes, tanto, al menos, como las de los filósofos: Platón, Aristóteles, Santo Tomás, Escoto, etcétera. A pesar de ser fraile franciscano, las citas más frecuentes son las de Aristóteles y Santo Tomás, y los Padres de la Iglesia aparecen una y otra vez, del mismo modo que Virgilio, Plutarco, Aulo Gellio, Terencio, Herodoto, etcétera.

Los juicios negativos sobre la penetración del humanismo en la cultura española del siglo XVI,³²⁸ y sobre la influencia de las corrientes humanistas en la jurisprudencia hispana de esta época,³²⁹ necesitan ser revisa-

se ocuparon de temas ético-jurídicos. De ahí el epíteto "post-escolástico" aplicado a sus teorías. Si Schaffstein entiende por 'escolástica' una actitud metódica escasamente o nada original, hay que concluir que está equivocado. El modo de argumentar de Covarrubias aparece por primera vez en el siglo XVI, siendo desconocido por los juristas y teólogos anteriores, y precisamente fue el mismo Covarrubias uno de los que recreó y ayudó más a difundir y prestigiar por Europa este nuevo método. Si Schaffstein considera 'escolásticos' a los juristas que no presentan su doctrina de forma sistemática —así parece que también caracteriza a los que él llama tales— tendría que considerar como escolásticos a la mayor parte de los juristas humanistas franceses, belgas y holandeses de la primera mitad del siglo XVI, que tampoco exponen sus doctrinas de forma sistemática.

328 *Vid.*, entre otros, Gil, L., "El humanismo español del siglo XVI", *Actas del III Congreso Español de Estudios Clásicos*, Madrid, 1968, vol. I.

329 Schaffstein afirma que "por lo demás, bajo el título conjunto de 'Ciencia del derecho penal en la época del Humanismo', estos juristas españoles sólo pueden mencionarse a modo de apéndice. Pues aunque el humanismo llegó también a España y se percibe su influencia en la forma externa de composición, no obstante, su penetración fue demasiado superficial para poder impregnar la auténtica substancia del pensamiento español y, en especial, del pensamiento jurídico español. Estos juristas eran, como se sabe, esencialmente post-escolásticos, lo que se traduce no sólo en los puntos filosóficos de partida sino también en el método que siguen para discutir problemas aislados dogmático-jurídicos y en los resultados a que llegan". *Cfr. La ciencia europea...*, *cit.*, pp. 154 y 155. Según Schaffstein, los juristas españoles son "escolásticos" porque no siguen un camino sistemático y porque buscan

dos. España, ciertamente, careció de grandes centros editoriales, del tipo de los de Amberes, Lyon o Venecia, y los mismos españoles solían publicar sus libros fuera de España. Pero Elías Kembach, testigo de excepción de las corrientes metodológicas del siglo XVI, después de aludir al '*mos italicus*' y al '*mos gallicus*' escribe: "*Mediam ingredi viam putantur hispani; qui et legum textus, eiusque verbarum magnam habent rationem, et simul in ea, quae glossa Doctoresque tradiderunt, accurate inquirunt... Tales sunt Didacus Covarrubias, Arias Pinellus, Garzias, Gomezius, Alvarus et alii, quorum monumenta hodie sunt in manibus omnium*".³³⁰

8. La ordenación de los institutos y la aparición de diversos sistemas jurídicos

Los cambios que experimentó la *jurisprudencia* en el siglo XVI afectaron también a la forma según la cual debían ser expuestos los diversos institutos jurídicos. Ya he indicado que la actitud metódica y docente de la jurisprudencia anterior, que consistía en el examen minucioso y detallado de cada parte del *Corpus Juris*, debía ser superada, aunque los motivos en los que se fundamentó esta exigencia fueron de naturaleza muy diversa. De una parte, la enseñanza del derecho en las facultades universitarias se veía seriamente afectada por la enorme cantidad de glosas, comentarios y monografías ya existentes. Sobre este problema Chiapelli indica que "en esta época de decadencia de los estudios jurídicos era

en la filosofía de Santo Tomás su apoyo doctrinal último. Como crítica a la primera parte de esta afirmación, me remito a lo indicado inmediatamente antes. En lo referente a la filosofía tomista, me parece que no se puede llamar "escolástico" —tómese o no este adjetivo en sentido peyorativo— a un jurista porque fundamente su doctrina en la filosofía tomista. Debe tenerse en cuenta que los principios ético-jurídicos fundamentales tomistas eran aceptados comúnmente, de forma tácita, por la práctica totalidad de los juristas, católicos o protestantes. El hecho de que algún jurista se remita expresamente a Santo Tomás sólo indica —teniendo en cuenta la formación filosófica de los juristas de este tiempo— una mayor cultura en filosofía por parte de quien lo cita. Además, hubiera sido deseable que Schaffstein describiera esa "auténtica substancia del pensamiento jurídico español", que le parece a él tan fácil de caracterizar.

330 F. Tomás y Valiente, en *El derecho penal en la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII)*, Madrid, 1969, p. 121, entiende que Castilla no conoció bien el humanismo porque culturalmente se relacionó con Italia, en donde apenas prosperó esta corriente, y no con Francia. Holthöffer, a su vez, mantiene que "*Hier sowie in Spanien und Portugal, wo die humanistische Richtung sich nicht nachhaltig oder nur zögernd durchsetzen kann, ist es auch in der zweiten Jahrhunderthälfte noch verbreitet, während es in Frankreich, den Niederlanden und in Deutschland jetzt vom humanistischen Kommentar völlig verdrängt wird*". Cfr. *Rechtstypen...*, cit., pp. 146 y 147. Este juicio es realmente sorprendente si tenemos en cuenta que los juristas alemanes, fuera de Zazius y Catiúncula, permanecieron refractarios al humanismo jurídico

común un vicio gravísimo, concretamente el de extenderse en el comentario de una ley hasta el punto de consumir un año entero de enseñanza en el examen de un solo título de las Pandectas³³¹. Había que poner remedio a esta situación, y a ello ayudaron los ideales pedagógicos humanistas que querían un método de estudio del derecho atrayente y sencillo, tendente a conseguir un conocimiento claro, armónico, bien organizado en su totalidad.³³² Ante esta exigencia, algunos juristas recogiendo ideas difusas entre los humanistas que habían atacado la jurisprudencia 'bartolista', elaboraron una serie de escritos programáticos en los que propugnaron como programa científico la reelaboración metódica de toda la *jurisprudencia* a fin de obtener unos compendios panorámicos del *ius civile*.

Además, existe un factor difícil de caracterizar según lo que nos muestran las fuentes. Resumidamente lo podría llamar 'la tendencia hacia el *sistema*', porque existía una mentalidad, borrosa, que entendía que toda la multiplicidad y la variedad de opiniones que mostraban los libros de los juristas era consecuencia de un fallo en el método científico seguido. Los humanistas entendían, más o menos, que así como la naturaleza del hombre es única, el derecho ha de ser igualmente unitario, sin dar lugar a discrepancias entre unos juristas y otros, o entre unas naciones y otras. Era preciso que la filosofía estudiara correctamente la naturaleza humana (cosa que ellos entendían que hasta entonces no se había hecho) y que, de la mano de esta investigación filosófica, se *expusiera* el derecho 'verdadero y bueno', por usar la expresión de Juan Luis Vives. Un personaje importante en este capítulo de la historia de la jurisprudencia fue Guillermo Budeo, que propugnaba la unión entre la filosofía y la *jurisprudencia*, porque entendía que la única forma válida de proceder en la creación y exposición del derecho era la 'sistemática', ya que la filosofía, en esta época precartesiana, tendía a desarrollarse bajo la exigencia del sistema. De este modo, una preocupación práctica, surgida de las exigencias de la docencia del derecho, y una convicción puramente ideológica, coadyuvaban a reformar la exposición y la enseñanza del derecho en la primera mitad del siglo XVI.

331 *Firenze e la scienza del diritto nel periodo del Rinascimento*, cit., p. 465. Schaffstein indica en *op. cit.*, pp. 35 y 36 que "ya desde el siglo XVI se había convertido, con independencia del movimiento humanista, en una necesidad inaplazable para la enseñanza teórica de palabra y por escrito ordenar la materia jurídica porque ésta había llegado a alcanzar una extensión insospechada".

332 *Cfr. Piano Mortari, Considerazioni...*, cit., p. 288.

Está extendida la idea de que los juristas seguidores del ‘*mos gallicus*’ se encaminaron colectivamente por un camino sistemático, y que la sistematización del derecho fue un logro de esta Escuela.³³³ Quizá el decurso histórico fue más complejo. Alciato siempre se mostró reacio ante los intentos del *ius in artem redigere*. Para él era suficiente con exponer las instituciones según el orden del Digesto.³³⁴ Zazius rechazó la conveniencia de un cambio total en la jurisprudencia y, consecuentemente, polemizó con los primeros defensores de la exigencia sistematizadora,³³⁵ que no eran juristas. Cujas, el representante por excelencia del ‘*mos gallicus*’, fue ante todo un glosador y un exégeta del *Corpus Juris Civilis* que hacía de la *interpretatio*, frecuentemente analítica, el último escalón de su quehacer jurídico. Ciertamente, si él hubiera querido hubiera podido redactar un cuerpo doctrinal —lo que hoy llamaríamos ‘dogmática jurídica’— con las nociones romanas. Nadie estuvo en mejores condiciones que él, dada la calidad de su investigación, su dominio de todo el *Corpus Juris*, y el método ante todo jurídico que siguió para ofrecer un conocimiento adecuado del derecho romano. Pero en Cujas destaca su falta de espíritu sintético,³³⁶ lo que quizá fue consecuencia de su mentalidad jurídica: los juristas romanistas siempre han tendido a considerar el derecho como un *saber* o actividad, como explicitaba Pedro de Bellapertica: “*quia ius est scriptum, et jurisprudentia est scire*”.³³⁷

Esta resistencia a la tendencia sistematizadora opuesta por los representantes más importantes del ‘*mos gallicus*’ motivó la existencia de una

333 Piano Mortari escribía que es característico de la Escuela de Bourges “*il delinearsi di un moto intellettuale tendente a mettere in rilievo la grande importanza delle discipline logiche per costruire un sapere sistematico del diritto*”. Cfr. *Razionalismo...*, cit., p. 7, Mitteis, H., “Renaissance, Humanismus und Rezeption der fremden Rechte in Deutschland”, incluido en *Die Rechtsidee in der Geschichte*, Weimar, 1957, p. 556, sigue también, entre otros, esta idea.

334 Vid. Brugi, B., “Un corso sistematico di un nostro professore del secolo decimosesto”, *Per la Storia...*, cit., p. 51. Schaffstein, *La ciencia europea...*, cit., p. 36. Este autor se apoya en los estudios de Moeller, E., *Andreas Alciat*, Breslau, 1907, pp. 103 y ss. y Viard, E., *André Alciat*, Paris, 1925, pp. 142 y ss., y Troje, *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., p. 43.

335 Cfr. Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, pp. 142 y 171.

336 Cfr. Troje, *Die europäische Rechtsliteratur...*, cit., p. 43, entiende que Cujas defendió el ‘*ordo juris*’ tradicional. Piano Mortari, en cambio, lo considera defensor del sistemático jurídico. Se fundamenta en el opúsculo de Cujas “*Oratio de ratione docendi juris*”. Vid. *Dialettica...*, cit., p. 298. Teniendo en cuenta el conjunto de la obra de Cujas, no parece que este juicio se pueda mantener aun cuando este jurista hiciera alguna concesión a la corriente sistematizadora en la citada *Oratio*. Brugi, en cambio, en *Un corso sistematico...*, p. 51, repara en las profundas diferencias metodológicas existentes entre Cujas y Donellus, que sí fue el gran sistematizador del ‘*mos gallicus*’.

337 *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi. Principis, Commentarium longe acutissimi*, Lugduni, 1586, p. 50.

actitud ecléctica entre la jurisprudencia tradicional, puramente casuística, y esa otra que se desarrolló a lo largo del segundo tercio del siglo XVI. Elen, Catiúncula, Duarenus o Wesembeck, entre otros, al partir del convencimiento de que “*in docendo in artibus, ab iis quae universalia, et nobis notiora sunt, ad singularia procedendum est*” —idea que era un lugar común tanto en muchos autores, del derecho como de otras ciencias— recomendaban a sus alumnos el estudio de la Instituta como medio propedéutico para introducirse en el estudio del derecho. Mateo Wesembeck, por ejemplo, superando los consejos de Alciato, sugería agrupar bajo principios generales o especiales los diversos problemas jurídicos, pero siguiendo fundamentalmente el orden de los títulos del Digesto.³³⁸

El camino hacia esta ‘medio-sistematización’ fue rápido, y aunque se publicaron obras pretendidamente sistemáticas en la segunda mitad del siglo XVI, puede afirmarse que tal camino nace, se desarrolla y llega a su plenitud en la primera mitad de este siglo.

Dicho rumbo fue marcado, ante todo, por los tratados de dialéctica legal que se fueron publicando a partir de 1514, año en que Pedro Andrés Gammarus publicó su *De modo disputandi ac ratiocinandi in jure libri III*. Esta obra es un compendio de lógica, redactada según las fuentes medievales, en la que expone las diversas formas de la *argumentatio*, centrandó su estudio en los cuatro tipos fundamentales, a saber, el silogismo, la inducción, el entimema y el ejemplo. Se ocupa de las diez categorías aristotélicas, de los cinco predicables de Porfirio, y concede un valor especial al estudio de los *loci argumentandi*, tomando su doctrina de Aristóteles y Boecio. El contenido de esta obra responde a su título, y Gammarus ilustra unas digresiones lógicas con ejemplos jurídicos.

Es oportuno advertir, y esta observación se puede referir tanto a Gammarus como a los otros autores que mencionaré a continuación, que los tratados de ‘lógica legal’ de esta época versan indistintamente sobre lógica, retórica y dialéctica, con la pretensión, por parte de algunos, de disolver la dialéctica en la retórica o, por lo menos, dejar reducida la diferencia entre una y otra a una simple cuestión de forma literaria.³³⁹

338 Cfr. Piano Mortari, *Considerazioni...*, cit., pp. 290 y ss. Wesembeck, en el *De compositione juris*, incluido a modo de “Praefatio” en la *Opera omnia* de Colonia de 1573, declara que el texto debe exponerse según un doble comentario, uno exegético “*seu methodico, altero analytico seu apodictico: quorum illo singulae Jurisprudencia partes industria investigatur, et in certum corpus ordine ac ratione cocinna contrahantur: hoc vero evoluantur enucleate omnia, et exponentur interpretatione justa*”.

339 Cfr. Brugi, *Dalla interpretazione...*, cit., p. 25. Piano Mortari, *Dialettica...*, cit., p. 305.

Sin embargo, la *inventio argumentorum* fue considerada el momento más importante en el trabajo con la jurisprudencia, gracias a su carácter práctico. En cambio, el *Organon* aristotélico resultaba excesivamente teórico y abstracto en este saber. Desde los inicios de la Escuela de Bolonia había existido la tendencia al *ius in artem redigere* por medio de la aplicación de los recursos lógico-formales a la jurisprudencia. Años antes, Alberico de Rosate denunciaba esta pretensión, haciendo suyas las palabras de Ricardo: "*Ipse enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo*".³⁴⁰ En plano práctico, lejos de las abstracciones de los filósofos, las dos obras sobre dialéctica jurídica publicadas después de la de Gammarus fueron dedicadas exclusivamente al tratamiento de los *loci* aplicables al derecho, y consistieron, por tanto, en tratados destinados a ayudar en la búsqueda de los argumentos utilizables en la argumentación jurídica. Tal sucede con los *Loci argumentorum legales* de Nicolás Everardus y con la *Topica tractata per exempla legum* de Claudio Catiúncula, también titulada y más comúnmente conocida como *Topica legalia*. Catiúncula declara en el *praefatio* de esta obra que sigue las doctrinas de Aristóteles, Cicerón, Boecio, Rodolfo Agrícola y Trapezontius. La *Topica legalia* se compone de veinticinco capítulos dedicados cada uno de ellos al estudio de un '*topos*', comenzando por los más generales y ocupándose progresivamente de los '*loci*' cada vez más concretos.³⁴¹ Esta forma de ordenar científicamente los criterios que permiten discernir las formas correctas del pensamiento tuvo gran importancia en la evolución del pensamiento jurídico sistemático. En efecto, todo sistema reclama partir desde un *principium unicum*, que forzosamente ha de ser la noción lógica más general, y el siglo XVI obedecía titubeantemente a esta exigencia. Otros autores de libros de dialéctica legal se limitaron, en cambio, a ordenar alfabéticamente los '*loci*'.³⁴²

340 La cita continúa: "*et dicebat considerare debere quod scientia nostra tradi non debet hoc modo... arguere enim in scientia nostra ad decapitationem alicuius de formato et forma, de substantia et accidenti et similibus modis et argumentis syllogisticis non credere bene tutum*". Negaba que ésta hubiera sido el método que siguieron los grandes maestros: "*nec hunc stylum secuti sunt patres et doctores nostri antiqui, qui satis fuit subtilis Azo, Bulgarus, Martinus, Odofredus et alii*". La cita la he tomado de Astuti, *La "glossa accursiana"*, *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani*. Milán, 1969, pp. 626 y 627.

341 Catiúncula comienza con los *loci* "*a praeiudicis, a definitione, ab Etymologia, a coniugatis, et toto*", etc. Concluye con los *loci* "*a scripto, a sententia contra scripto, quod sumitur a verosimile*", y estos últimos pueden ser "*a more, ab opinione, a natura, a qualitate rei vel personae, a tempore praeterito, instanti, consequenti*) a loco, a siquis et circumstantibus".

342 Cfr. Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 116.

No estaba muy claro, sin embargo, qué era un 'topos' jurídico. Estos autores mencionados se refieren a realidades diferentes cuando tratan de ellos. Por una parte están los *loci ordinarii*, que son aquellos lugares del *Corpus Juris* en los que se fundamentan los argumentos, aislados entre sí, referentes a un determinado instituto jurídico. De esta forma se obtenía una cierta unificación del contenido fragmentario del Digesto o de la Instituta. Así, por ejemplo, al aludir al *ius gentium* era obligado remitirse a la 'ley' *Ex hoc iure*, D., título "De iust. et iure" (D. 1,1,5), en donde se mencionan las instituciones 'introducidas' por este derecho. Por otra parte estaban los *loci communes*, que eran los criterios dialécticos empleados en la argumentación jurídica, necesarios para el análisis del texto romano. Estos autores eran conscientes de las diferencias que existían entre unos 'lugares' y otros, y esta diferencia la reflejaban en la distinta denominación que les otorgaban. Por ejemplo, Gribaldo Mofa llamaba a los '*loci ordinarii*' *sedes materiarum*, con lo que se resaltaba su carácter fundante y topológico, mientras que Pedro Lorient designaba a los '*loci communes*' como *axiomata*, destacando el carácter lógico de la dialéctica legal.³⁴³ Percibimos cómo Lorient era un tratadista de la lógica y no un jurista. La tradición jurisprudencial existente hasta entonces había entendido que un tópico consistía en la normalidad de una cosa: "*Locus est a communiter accidentibus*".³⁴⁴

Al confundir la lógica con la dialéctica, el '*locus*' recibió un significado muy amplio, pues en los tratados de los autores mencionados, los *loci* no consisten únicamente en los criterios de la demostración, sino, también, en un arte para pensar con el cual el jurista puede proceder ordenada y correctamente.³⁴⁵ Así, lógica y dialéctica legal venían a ser la misma cosa, pues la definición escolástica de lógica usada durante siglos venía a decir que la lógica era un *ars directiva ipsius actus rationis, per quam homo, faciliter, et ordinate, et sine errore procedat*.

Para ordenar o sistematizar el derecho —cualquier lector sabe que 'ordenar' y *sistematizar* son dos cosas muy distintas—, se precisaba de una disciplina que cumpliera una función instrumental en orden a conseguir estas cualidades en la jurisprudencia. El saber que cumplió esta función, o por lo menos lo intentaron a través de él, fue la dialéctica, porque, a causa de la confusión entre la dialéctica entendida *stricto sensu* y la ló-

343 *Idem*, vol. I, pp. 115 y 116.

344 Acursio, en I. I, tit. III, ley "Ideo", glosa "c", p. 39 de la edición de sus *Commentaria* de Lyon de 1628.

345 *Cfr.* Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 117.

gica, aquélla fue considerada como la razón misma, en este caso, como la razón en su proyección jurídica.³⁴⁶

Pero los juristas, casi siempre conscientes de la naturaleza prudencial de su trabajo, que opera con *operabilia* contingentes, incompatibles con la necesidad propia de la lógica, más bien trataron simplemente de hacer accesible al jurista los criterios lógicos para el desarrollo de su tarea interpretativa. Tal es la función de los tratados de Gammarus, Catiúncula, Everardus y Loriot,³⁴⁷ a pesar de que muestran estar afectados en cierta medida por las exigencias sistemáticas. Con matizaciones, se puede afirmar que existe una continuidad sustancial en el modo de entender la función de la dialéctica entre los juristas bajomedievales y estos otros autores sacados a colación.³⁴⁸ Consecuentemente, Stintzing afirmó sobre este problema que las obras de Gammarus, Everardus, etcétera, “no pueden ser consideradas como el comienzo de una nueva orientación, sino el resto de una tradición escolástica moribunda”.³⁴⁹ Estoy de acuerdo con este juicio de Stintzing, siempre que prescindamos en esta contexto del adjetivo ‘escolástico’, que fue usado omnipresentemente durante el siglo XVI y la Edad Moderna para designar, descalificándola, la práctica totalidad de la cultura humanista premoderna.

Como la lógica o la dialéctica (acabaron confundidas) fueron puestas especialmente al servicio del examen analítico del texto jurídico, la clarificación en el derecho que esperaban estos autores de tratados de dialéctica legal estuvo lejos de producirse. Ciertamente, el análisis fue más agudo y preciso. Pero si ya la *jurisprudencia* existente era excesivamente analítica, esto es, casuística hasta en los pormenores, una hipertrofia de criterios dialécticos agravó la complejidad inabarcable de la *jurisprudencia*. Por este motivo se fue afianzando el deseo de una lógica más sencilla que permitiera conceptualizar las instituciones jurídicas y exponerlas or-

346 Cfr. Piano Mortari, *Dialettica...*, cit., p. 305.

347 Loriot, P., publicó el *De jure apicibus tractatus VIII* y *De juris arte tractatus XX*. Lyon, 1545.

348 Cfr. Piano Mortari, *Dialettica...*, cit., p. 307, entre otros lugares. La tesis central que anima este estudio de Piano es mostrar que la dialéctica cumplió la misma función en los juristas medievales que en los tratados de dialéctica legal del siglo XVI. Sin embargo, en las últimas páginas —dedicadas a exponer las conclusiones obtenidas— afirma que los comentaristas utilizaron la dialéctica exclusivamente para el análisis sutil y refinado del texto romano, mientras que los juristas cultos del siglo XVI la usaron en la sistematización del derecho. Tal afirmación, además de no estar fundamentada y ser opuesta a los estudios más recientes sobre el tema, supone una contradicción con la tesis mantenida a lo largo de todo su documentado estudio.

349 Cfr. *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 121.

denadamente sin necesidad de aplicar el inmenso aparato lógico existente. Piano Mortari señala que el problema humanista de una lógica nueva fue sentido de forma especial por los juristas de la dirección 'cultura', y este empeño por simplificar las argumentaciones montadas sobre el *Organon* aristotélico y sus desarrollos bajomedievales debe ser entendido como un deseo de encontrar formas del razonamiento más concordantes con el proceso *real* del pensamiento. Buscaron una 'lógica del sentido común', más natural, más espontánea, más fácilmente comprensible para todos.³⁵⁰

En la tarea de simplificar la dialéctica legal destacó Pedro Ramus, quien en el opúsculo *Quod sit unica doctrina instituendae methodus...*,³⁵¹ propuso un replanteamiento de la dialéctica usual en aquel tiempo. Para Ramus, lo fundamental es plantear correctamente el problema epistemológico, para lo cual hay que volver a la doctrina de Aristóteles. Todo conocimiento, indica Ramus, tiene su origen en los sentidos y en la inducción realizada sobre las cosas singulares. Por tanto, el conocimiento de las especies es anterior al de los géneros, pero éstos, una vez conocidos, son '*notiores et clariores*' que las especies y las cosas singulares. Notemos cómo Ramus muestra una mentalidad que, pretextando a Aristóteles, es casi más cartesiana que no aristotélica. Realmente, Descartes fue un producto muy tardío de la mentalidad cartesiana. Ramus alude a los bárbaros que han malentendido a Aristóteles, tales como Porfirio, Armonio, Filopono, Simplicio y otros, "*qui logicam non ex Aristotelis principijs perpendere et componere... sed pro suo arbitrio tradere voluerunt*". Estos autores "*duas vias in descensu ascendenque fixarunt, rectam unam, alteram inversam: anales et genesim nominant... analysis denique a crassissimis maximaque compositis descendat ad simplicia: genesis contra a simplicibus ad composita perveniat... hoc aristotelicae philosophiae contrarium est, non approbo, non laudo*".

Porque, aunque todo conocimiento tiene su origen en los sentidos, y se asciende desde lo particular a lo general, como enseña Aristóteles, el error de los intérpretes aludidos ha consistido en asignar a la lógica una finalidad 'demostrativa', *in quo toto coelo aberrant*. Afirma Ramus que, según el pensamiento de Aristóteles, la lógica es solamente un *ars bene disserendi*, según el cual:

350 Cfr. *Dialectica...*, cit., pp. 308-310.

351 *Quod sit unica doctrina instituendae methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue e Galeno IX Animadversionem P. Rami ad Carolum Lotharigem, Cardinalem*, París, 1557.

*“Ea per qua scimus, primo loco tractanda sunt;
Per principia, causas, et elementa scimus
Principia, igitur, causae et elementa sunt primo loco tractanda”.*

Lo contenido en este silogismo se refuerza por otros que incluye a continuación, que demuestran que lo más evidente para nosotros son los “*effecta et composita*”. Luego estos elementos deben ser tratados en primer lugar. “*Totam hanc philosophiam*”, según la cual “*a generalibus ad specialia, a causis ad effecta... ab Aristotele institui*”.

Si aquello que se quiere tratar no va precedido de los conceptos más generales, se incurre, según Ramus, en una tautología. “*Ergo methodus et collocatio artis a generalibus et universalibus causas atque principiiis in phisicis et praeceptis et exemplo non solum necessaria, sed sola et unica traditur et approbatur*”. Éste es el inicio del método genuinamente aristotélico. “*¿Quomodo progreditur? Definitionem primo modo statuit, beatitudinem definit, genera deinde dividit, alteram in actione, altera in contemplatione; postremo generis utriusque species deinceps exponit*”. Como conclusión de esta doctrina general sobre el método, escribe: “*interrogatus de methodo ac ordine collocandae artis ert doctrinae, respondet a prioribus absolute progrediendum esse. Generalissima (inquam) absolute priora sunt subalternis: ab illis igitur ad haec procedendum: subalterna absolute priora sunt specialissimis: ab illis igitur ad haec progrediendum esse*”.³⁵²

Unos y otros propusieron lo mismo, y Piano Mortari indica que esta lógica nueva fue incapaz de concebir formas lógicas que renovaran fundamentalmente los principios y procedimientos existentes.³⁵³ De este modo encontramos las verdades primeras mediante la *inventio*, se fijan en *axiomata* y se continúan mediante el silogismo. En el silogismo se divide la definición en sus ‘*partes et species*’ que, individualizadas, se unen mediante *transitiones*. Al final del proceso, Ramus dice obtener una síntesis ordenada.³⁵⁴

Aludo a la doctrina de Ramus sólo para mostrar la existencia de una forma de pensar, intuida por muchos a mediados del siglo XVI, que sólo sería desarrollada por el *Jus naturale et gentium* más tarde. Porque la doctrina de Ramus, aunque conocida, no fue aplicada en su tiempo,³⁵⁵ y

352 Estas ideas ocupan las páginas 1-8 de la obra citada.

353 Cfr. *Considerazioni...*, cit., p. 297.

354 Cfr. Stintzing, *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 147.

355 *Idem*, p. 148.

antes de aparecer este libro, fueron publicadas varias obras que siguen fundamentalmente este esquema metódico.

Respecto de los tratados anteriores de dialéctica de Gammarus, Catiúncula, etcétera, Troje indica que no sabemos nada cierto acerca de la influencia que ejercieron sobre la jurisprudencia de la época.³⁵⁶ Éste es un juicio matizable. En los *praefationes* de algunas obras que ofrecen compendios de derecho más o menos ordenados, a las que aludiré más adelante, sus autores hacen referencias explícitas a dichos tratados de dialéctica legal. De hecho, en la primera mitad de este siglo encontramos dos obras que siguen los esquemas de ordenación y sistematización trazados por estos estudios dialécticos.

En 1540 fue publicada la *Jurisprudentiae liber unus* de Sebastián Derrerr, que fue quizá la obra de presentación ‘sistemática’ más lograda de todo el siglo XVI. Derrerr, profesor de matemáticas, estudió derecho como alumno de Zazius, y ambos hechos se reconocen en el rigor conceptual —casi matemático— de que hace gala y en la consideración de la *Jurisprudentia* como un saber práctico. Aunque cita ocasionalmente a Aristóteles y Cicerón, sus fuentes son ante todo la *Glossa*, Bartolo o Baldo. La razón que le mueve a Derrerr es el caos que él percibe en la ciencia del derecho: “*Hinc tam immensa commentariorum coacervatio, et opinionum sylva, in quibus nihil nisi perpetua incertitudo et animi fluctuatio*”.³⁵⁷ Ante este panorama, él inició el tratamiento sistemático del derecho partiendo desde convicciones de naturaleza filosófica: “*ego ex philosophicis institutis circa rerum cognitiones aliquo modo attentior*”. Ante todo, según estas convicciones filosóficas, hay que determinar el objeto supremo y esencial de la jurisprudencia a fin de asumirlo como el *principium* informador de todas las partes del derecho, a las que éstas han de remitirse.³⁵⁸ Su método consiste, pues, en un proceso de deducción sucesiva en el que, a partir del concepto fundamental del derecho (la *jurisprudentia*), va desarrollando las nociones incluidas en aquella otra superior. Derrerr se propuso elaborar un compendio de todo el derecho en varios libros, si-

356 *Idem*, p. 51.

357 “Prólogo” de *Jurisprudentia*..., cit.

358 En el prólogo citado escribe: “*Verum comperi huic malo aliter mederi non posse, neque nos, magnam collimatos ad verum scopum, nisi in legali scientia instar aliarum disciplinarum objectum certum praefiguratur, in quo omnis legalis scientia conatus tendet, et tandem idem objectum in penitioribus sui ipsius quidditatis, ut ratio jurisprudentia desiderat, intimius contempletur, in partibus subjectivis secernatur: et demum singulis capitibus debitae praeceptiones accomodentur: et sic ad statum ac verum rei scopum fiat*”.

guiendo el esquema de personas-cosas-acciones. Pero únicamente llegó a la imprenta el primero, que trata de las personas y de aquellos conceptos fundamentales a la luz de los cuales deben explicarse los demás conceptos más singulares.³⁵⁹

Otra obra ahora interesante es la *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam adcommodata* de Juan Apel, publicada en 1545. A diferencia de la Derrer, no se trata de un compendio del derecho que pretenda una finalidad inmediatamente práctica. Apel persigue, simplemente, enseñar cómo es posible aplicar la dialéctica al derecho, de modo que éste sea expuesto sistemáticamente. En la "Epistola nuncupatoria" de este libro insiste en la necesidad del conocimiento, para el jurista, de las principales categorías dialécticas, "*quae juris civilis studioso sunt valde necessaria... atque jurisprudentiae eam artem adcommodarem*". Sin embargo, reconoce que existen juristas que no se preocupan de exponer su doctrina bajo forma de *ars* y, a pesar de ello, sus obras son de gran utilidad. El conjunto doctrinal que debe ser compendiado y sistematizado es el de "*Bartholi, Baldi et aliorum clarissimum interpretum*". Apel, del mismo modo que Derrer, es un autor en el que predomina la vertiente jurídica, que no proviene de las filas del *mos gallicus*. Podría decirse que es un 'bartolista' que quiere exponer sistemáticamente el bagaje doctrinal legado por los medievales. Notemos, de paso, el sentido tan débil que recibe la palabra 'sistema' en estas obras. Apel se propone *exponer* sistemáticamente un ordenamiento jurídico ya constituido, lo que implica que la "sistematización" sólo afecta a la presentación externa de las materias. Evidentemente, ésta no es aún la época en la que el sistema pretende ser el *principium essendi* de todo el ordenamiento jurídico.

En el "Proemium" de esta obra declara que él se apoya en los tratados de dialéctica de Gammarus y Catiúncula, y recomienda tratar cada instituto jurídico según seis tópicos: *Definitionem, divisionem, causam efficientem, effectus, adfinem et contrarium*. El porqué de la conveniencia de utilizar todos y cada uno de estos tópicos, así como las partes de que consta cada uno de ellos y las matizaciones que es preciso hacer, constituyen la materia de su libro. Pero la *Methodica dialectices ratio...*, no es un

359 El esquema de su libro es el siguiente: *Jurisprudentia*, que se compone de a) *ius* y b) *iuris objectum*. El *ius* puede ser *divinum, misticum, humanum, naturale, formatum, consuetudo, scriptum*. Cada una de estas *species* del *ius* está dividida, a su vez, en sus correspondientes subespecies. El *iuris objectum* se compone de *personae, res, commercium et persecutio*. El estudio de las '*personae*' lo divide en *personae conductio, personae defensio, tutela et cura*. Cada una de estas partes se divide, ulteriormente, en sus correspondientes especies.

tratado de dialéctica como los de Gammarus y Catiúncula, por ejemplo. Apel se mueve en el marco de un género literario intermedio entre el puro tratado jurídico y el simple estudio dialéctico. Al exponer cada uno de los tópicos indicados refiere a ellos diversos institutos jurídicos, de modo que la presentación de buena parte de las instituciones queda ya sistematizada en sus elementos más importantes. Pero la intención que le mueve no es tanto ofrecer un conjunto ya sistematizado como enseñar, mediante ejemplos, pautas seguras para la *sistematización* jurídica. Por esta razón carga el acento en la faceta didáctica de su obra, y las instituciones que ofrece sistematizadas las presenta al lector como simples ejemplos de la aplicación correcta del método que él propone.³⁶⁰

Stintzing opina que Juan Apel prosigue la corriente exegética propia de los juristas medievales y que su aportación a la ciencia jurídica fue pequeña. Según este historiador alemán, el mérito de Apel reside en la simplificación de los criterios escogidos, criterios que extrae de la naturaleza de la cosa y que, por tanto, dejan de ser criterios externos, *loci*, para pasar a formar parte de una lógica más sencilla, que es la que usará algo más tarde Pedro Ramus.³⁶¹ No es fácil estar enteramente de acuerdo con este juicio de Stintzing. De una parte, su apreciación descansa en la convicción de que la dialéctica jurídica medieval sirvió únicamente como instrumento del análisis, volviendo imposible la síntesis de los institutos jurídicos. Me parece que un estudioso de la jurisprudencia bajomedieval percibe cómo aquellos glosadores y comentadores poseían una visión de conjunto de cada institución, a pesar de que sus rasgos y elementos se encontraban dispersos por el *Corpus Juris*. Lo que implica que usaron de un talante metódico que tanto servía para el análisis como para la síntesis. Otra cosa muy distinta fue el exceso de comentarios y el manierismo analítico en la época de decadencia del '*mos italicus*'. Además, la obra de

360 Este método se desarrolla de la siguiente forma: "*Ut sit verbigratia. Tutela veniat explicanda: primum quaeras, quod sit. Et definit eam Servius Sulpitius... Deinde investiges quot habeat partes, quot species*". Recalca la diferencia entre "partes" y "especies" proporcionando ejemplos diversos: "*Animal partimus in corpus et animam. Dividimus in hominem, leonem, bovem...*". En tercer lugar, hay que averiguar "*quae sit causa, unde fluat. Fluit tamen a jure civili...* Quarto loco quaeritur effectus et officium, hoc est, quod efficiat tutela: et exercet vim et potestatem in caput liberum et tuetur eum qui per aetatem se nequit defendere. Quinto 'loco' adfine habet tutela curam: magna siquidem est inter tutela et curam adfinitas, magna similitudo: neque tamen unum est alterum. Postremo contrarium est quod tutelam vel impedit, quod minus oriatur, vel jam ortam rursus tollit. Ut sit pubertatis fiat mentio: haec etenim tutelam, et quo minus oriatur impedit, eamque olim ortam rursus tollit". Cfr. el "Proemium" de la obra indicada.

361 Cfr. *Geschichte...*, cit., vol. I, p. 289.

Apel persigue mostrar una visión panorámica del derecho, y esto no se compadece con una inteligencia exclusivamente analítica de su 'lógica'.

En efecto, Apel, sirviéndose de las categorías dialécticas cuyo uso recomienda a los juristas, contempla panorámicamente todo el *ius civile*. Para esto se sirve de un proceso de deducción sucesiva en el que, a partir de la *deffinitio*, divide lo definido en sus '*partes et species*', define estas partes y especies, divisiones que, a su vez, son vueltas a definir y dividir. Así apunta la posibilidad de ofrecer un sistema jurídico que abarque todo el derecho. Aunque Apel no se expresa con la precisión de Derrer, su forma de proceder es muy parecida a la de aquél. En primer lugar, propone el concepto fundamental del *ius*, que es el de *Jurisprudentia*. Después explica que la "*jurisprudentia tractat*" del a) "*ius in re*", y b) "*ius ad rem*". El "*ius in re*" comprende tres especies: a) "*quasi dominium*", b) "*dominium*", y c) "*ius in re specificum*". A su vez, en el "*dominium*" hay que distinguir sus "*partes*" ("*proprietates et usufructum*") y "*species*": "*dominium directum et utile*". Se trata, como es obvio, de una exposición esquemática, pero lúcida, de los tipos de *dominia* en la que los distintos *dominia seu proprietates* quedan recogidas en un capítulo único. Posteriormente, Apel, en el *Brachylogus Juris Civilis*, publicado en Lyon en 1548, desarrolló más ampliamente sus ideas sobre el modo de impartir la docencia y el procedimiento para el '*ius in artem redigere*'.

El camino iniciado por Derrer y Apel fue seguido por juristas de escuelas muy diversas. En 1543, Conrado Lagus publicó en Frankfurt su *Juris utriusque methodica traditio*, obra que, según el juicio de Stintzing, fue el compendio del *ius civile* más logrado de esta época. En 1542 Melchor Kling había publicado sus *Enarrationes in libros IV Institutionum*, también en Frankfurt, obra en la que se aprecia una mixtura de exégesis y de exposición sistemática, escrita en un estilo popular, alejado de la elegancia propia del '*mos gallicus*'.

En la segunda mitad del siglo XVI proliferaron los estudios más o menos sistemáticos del derecho, y los relacionados con la teoría que suponía el *ars juris*. Luis Pelleus, en el "*De juris civilis arte defensione*",³⁶² expuso ordenadamente los ocho argumentos más utilizados por los adversarios de la sistematización jurídica y los refutó. Luis Hopper, en su *De juris arte*,³⁶³ se ocupó de ordenar sistemáticamente los problemas más importantes relacionados con la noción de "*ius*", del derecho natural, del

362 Se encuentra en el *Tractatus Universi Juris*, vol. I, pp. 103-105.

363 *Tractatus Universi Juris*, vol. I, pp. 81-102.

ius gentium. En tanto que escrito programático, el “*De jure civili in artem redigendo*” de Juan Corasius gozó de cierta fama. Ensayo corto, aunque con pretensiones, además de ofrecer algunas ideas personales sobre la noción del método propio de la jurisprudencia,³⁶⁴ le sirvió para ordenar algunos conceptos generales, según las fuentes romanas, y algunas cuestiones jurídicas especialmente controvertidas en su tiempo.

Las monografías en las que se exponen sistemáticamente las cuestiones más importantes referentes a un determinado instituto jurídico forman parte de un género jurídico-literario cultivado por varios juristas a mediados de siglo. Pedro Conversius intentó sistematizar los temas referentes a los *pacta*, pero su estudio es bastante desordenado si lo comparamos con otros estudios similares de la misma época.³⁶⁵ Gabriel Mudaeus se ocupó de la compraventa y de la hipoteca.³⁶⁶ Julio Clarus, autor que ha pasado desapercibido durante mucho tiempo, expuso sistemáticamente en sus “*Ex libros Sententiarum Receptarum*”³⁶⁷ las cuestiones más generales de la sucesión *mortis causa*, la donación, la enfiteusis, el derecho feudal. En el comentario al libro IV se ocupa detenidamente de varios delitos, y al final del libro V expone la “*Practica criminalis*”, estudio unas veces sistemático, otras casuístico, sobre el proceso penal. Con Clarus comienza la ordenación del derecho penal.

Con François Connanus, François Hotman y Hugo Donellus aparecen los primeros compendios, con pretensión de ser completos, del *ius civile*. Connanus, en sus “*Commentariorum Juris Civilis libri X*” intenta una sistematización de estilo muy personal, desordenada quizá para un lector actual, de la que excluye el estudio de las ‘*actiones*’. Los libros referentes

364 *Tractatus Universi Juris*, vol. I, pp. 59-80. Corasius tomó postura propia en la cuestión que nos ocupa. En el cap. 7 de la *Pars Prima* propone un método triple, resolutivo, compositivo y definitivo (o definitorio) que define en el capítulo siguiente como “*methodum aliud esse nihil, quam brevem quaedam, et compendiosam cum ratione docendi viam omnes artes partes subtiliter inveniuntur, et inventae, recto judicio distinguuntur et docentur*”. Su concepción del método está vinculada a convicciones filosóficas: en el capítulo 4 mantiene la necesidad de obtener el derecho “*ex inthima philosophia*”.

365 *Vid. Edicta seu Decreta Veterum Imperatorum ac Jurisconsultorum in tit. de Pactis, D. et C. nunc primum in artem digesta*, Lyon, 1522. En la “*Epistola nuncupatoria*” declara: “*Quod longo studio et meditatione assidua versatus, circa percipiendi et tractandi res modos et formas varias, ubi praestantiorem viam et methodum tutiorem esse, sic disponeres leges singulas ad materiam, ut haec ipsa secundum rectum suum ordinem... ut facilior intelligibilior multo ad suas rationes rei seu tituli, scientia quamvis redderet, ac minore animo negotio et molestia percipi posse*”.

366 *Vid. De contrahenda emptione et venditione y De Pignoribus et Hypothecis*, Lovaina, 1563. Ambos estudios están estructurados en siete capítulos, ordenados desde las cuestiones más generales a las más concretas.

367 Editado en Lyon, 1582.

a personas y cosas se entremezclan continuamente pero, en cambio, el contenido de cada libro en concreto está pulcramente ordenado. La extensa "parte general" que precede al estudio de los institutos concretos constituye una pieza de filosofía jurídica de valor inestimable. Siguiendo la tendencia que también apuntaban Juan Bolognnetus y Joaquín Hopper, Connanus entiende que el *ius gentium* romano creado por los hombres *ex necessitatibus*, constituye verdadero y propio derecho natural, pues si es natural al hombre percibir unos primeros principios innatos en la razón, igualmente 'naturales' son las necesidades que le obligan a crear unas formas de vida con las que hacer frente a estas necesidades.³⁶⁸ La figura del derecho natural como recurso argumentativo echa a andar con soltura, por primera vez, en el marco de esta *jurisprudencia* romanista. Una noción del derecho natural que poco o nada tiene que ver con el *Jus naturale et gentium* que pondrá de moda Hugo Grocio en el siglo siguiente. Connanus, aunque hace alguna referencia esporádica a Acursio, Bartolo, etcétera, toma el material de su exposición civilista del *Corpus Juris*.

Hotman, en las "Partitiones Juris Civilis Elementariae"³⁶⁹ realizó una sistematización del derecho privado en tono sentencioso y lacónico, similar al de una ley actual, siguiendo el esquema de personas-cosas-acciones. Presenta la peculiaridad de no citar ninguna fuente, ni siquiera el derecho romano. Teniendo en cuenta que Hotman preconizaba la conveniencia de la codificación del derecho francés, es muy posible que estas "Partitiones" fueran publicadas para servir ellas mismas como código de derecho civil. Por lo demás, este autor ocupa un puesto importante en la historia del movimiento codificador.³⁷⁰

La labor sistemática más extensa fue la que realizó Hugo Donellus. A lo largo de veintiocho libros³⁷¹ expuso ordenadamente el derecho romano. Es, pues, un seguidor del '*mos gallicus*'. Aunque desde el punto de vista

368 Vid. el estudio de Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, Universidad de Cádiz, pp. 291-304.

369 Ocupa las páginas 982-1066 del vol. II de la *Opera omnia* de 1599.

370 Hotman publicó en 1573 sus *dialectices Institutiones libri III*, tratado extenso de Dialéctica en el que se ocupa muy especialmente del concepto de '*methodus*', al que dedica buena parte del libro II. Pero, a diferencia de Catiúncula o Apel, esta obra no es un tratado de dialéctica jurídica. El mismo Hotman explica, en el libro II, cap. 18, que "*Dialecticam non aut materiam ullam esse, aut certum aliquod habere ac definitum genus, in quo solo versetur, atque occupata sit: sed instrumentum esse, quo artium omnium materiae ordine certe tractentur... Neque Physici, neque Theologoci, neque Medici, neque Jurisconsulti, neque aliarum artium professores suas disciplinas sine illius adiumento tractare possunt*".

371 Vid. *Commentariorum de jure civili in libri viginti octo. In quibus Jus Civile universum singulari artificio atque doctrina explicantur*, Hannoviae, 1612.

sistemático es inferior a Sebastián Derrer, ya que no guarda el rigor deductivo propio de este último autor, el *Commentariorum de Jure Civile...* fue la obra sistemática más completa del siglo XVI, aparte, claro está, de los estudios de Cujas.

No todos los seguidores del '*mos gallicus*' que publican en la segunda mitad del siglo XVI exponen sus doctrinas 'sistemáticamente'. Antonio Govea, Bernabé Brissonius, Eguino Barus, Julio Pacius, Rodolfo Prateius o Francisco Balduinus, entre otros, se desentienden de esta cuestión. A través de los trabajos de Juan Tomás Freigius, German Vulteius, Joaquín Hopper y Juan Althusius, la corriente sistematizadora llega hasta el final de este siglo y alcanza a la corriente racionalista del siglo XVII. Sin embargo, no hay que hacerse grandes ideas: por lo general, faltaron obras que expusieran sistemáticamente todo el derecho civil existente. Otto von Gierke nos indica que Johannes Althusius se lamentaba, en su *Jurisprudentia romana* de 1588, de que la sistematización de la 'materia jurídica' (*Rechtsstoff*) era una tarea aún no conseguida en absoluto.³⁷²

9. La proyección histórica del 'humanismo jurídico'

A lo largo de las páginas precedentes hemos sido espectadores, a vista de pájaro, de algunos de los cambios más importantes que experimentó la *jurisprudentia* a lo largo del siglo XVI. La atención prestada a los procesos que se desarrollaron en este tiempo puede ayudarnos a comprender algunas dimensiones de la génesis de la nueva ciencia del derecho, llamada derecho natural moderno, que se manifestó abiertamente con Hugo Grocio.

Aún en la primera mitad del siglo XVI, el '*ius*' era ante todo y fundamentalmente el derecho romano y, en consecuencia, la labor de los juristas era preferentemente exegética del texto romano. Como vimos en páginas anteriores, los juristas estaban firmemente convencidos de poder encontrar en el *Corpus Juris* el fundamento de todo lo que les era necesario: su trabajo se reducía a 'aplicarlo' a casos más concretos, o distintos, de los contemplados por los jurisprudentes romanos. Estamos ante una cuestión de prestigio: el derecho romano era la *ratio scripta*, un *donum Dei*: la convivencia humana, en su vertiente estrictamente jurídica, estaba suficientemente asegurada con las Pandectas.

372 "... die Systematisierung des Rechtsstoffs für eine überhaupt noch nicht gelöste Aufgabe zu halten". Cfr. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, reimpression de Scientia (Aalen) de la 7a. ed. alemana, 1981, p. 37.

Pero la historia es compleja, y rara vez discurre de forma más o menos lineal: sería fácil echar la culpa de la pérdida de la vigencia jurídica del derecho romano a la 'historificación' que este derecho sufrió a manos de los juristas humanistas. No cabe ninguna duda que este hecho debió de influir seriamente en esta *derogación* del derecho romano como orden normativo vigente. Pero no parece que éste fuera el único motivo de este cambio. El problema era difícil, y los juristas tardaron casi un siglo en encontrar el nuevo camino, el del derecho natural propio de la modernidad. Porque la etapa que discurre entre 1559 (año de la publicación de las *Controversias ilustres* de Fernando Vázquez de Menchaca) y 1640, cuando Grocio publicó su *De Jure Belli ac Pacis*, es un tiempo realmente tenebroso: los que proponían, no sabían bien qué era lo que querían, y los que se agruparon en torno al círculo conservador que hizo posible el *Tractatus Universi Juris* no conocían bien el enemigo que intuían que habían de combatir.

Paradójicamente, éste es un momento de enorme riqueza de la especulación jurídica. Quizá el gran vacío del derecho romano y del *ius commune* fue el de no reflexionar sobre su propio trabajo: de ahí las acusaciones, fáciles, de apego a los textos, exceso del principio de autoridad, etcétera, que les achacaron en el siglo XVI. Con independencia de la parte de razón que llevan estos ataques, lo cierto es que los juristas del *ius commune* sabían lo que hacían, aunque no supieron o no se preocuparon por explicarlo: su trabajo fue muy intuitivo. Ante los ataques, la segunda mitad del siglo XVI ve surgir una serie de obras, como las de Bolognetus, Hopper, Connanus o Tholosanus, que representan la primera filosofía jurídica hecha por romanistas: una autoexplicitación de su propio método. Desgraciadamente pronto fueron olvidados ante el alud imparable del derecho natural del siglo siguiente.

El nuevo derecho natural de la modernidad tiene unos puntos de partida y un contenido muy distintos de los de la jurisprudencia prudencial, romanista. Ésta partía desde las exigencias objetivas de las *situaciones*, y el *ius naturale* moderno no reconoce más que individuos aislados portadores de una *qualitas moralis*, la de su independencia. ¿Cómo fue posible el origen del derecho natural moderno? El jurista necesita una base sobre la que argumentar, y el '*mos gallicus*', con su actitud cerrada en torno al texto romano no facilitaba el cambio. En este caso, la base argumentativa fue justificada, o vino de la mano, de la forma de la argumentación. Efectivamente, el nuevo razonamiento jurídico, que reconocemos claramente

en Fernando Vázquez, se constituye por argumentaciones personales, fundamentadas y montadas sobre unos elementos que ya no son exclusivamente el derecho romano o las aportaciones de los juristas del *ius commune*. Podríamos observar, de forma muy imprecisa, que el 'objeto' del derecho (por seguir la expresión de Ricardo Orestano) es, en estos autores, una inteligencia de la razón humana que se despliega apoyándose en unos elementos distintos a los de la ciencia jurídica anterior. Los nuevos elementos externos, formales, de la argumentación jurídica moderna estuvieron constituidos por la literatura, por la historia y las filosofías de la antigüedad: éstas fueron las andaderas que justificaron y dieron el marchio de 'válido' a un pensamiento cuyo contenido era profundamente distinto del romano.

El *Corpus Juris* ya no servía, ni tampoco el *ius commune* elaborado sobre él. Ambos agotaban lo que se llamó desde la antigüedad *jus civile*, esto es, el derecho positivo propio de cada comunidad.³⁷³ Además, no rechazaron solamente los contenidos materiales actuales del derecho civil existente: en nombre del arbitrio (*arbitrium, Willkühr*) del individuo, contemplado como su único derecho natural, inmotivado porque no era una facultad moral (que habría requerido de una ley previa), sino una 'cualidad moral',³⁷⁴ repudiaron la médula misma del trabajo prudencial. No en vano, ya las primeras páginas del *Leviathan* de Hobbes están dedicadas a mostrar que el derecho no es asunto de experiencia o prudencia, sino de rigor lógico-deductivo. En otras palabras: era preciso crear 'ex novo' un saber *jurídico* de naturaleza distinta al existente. Obviamente, al *ius civile* sólo podía oponerse otro *ius civile*, es decir, otras opiniones contrarias a las existentes, pero que participarían del mismo estatuto epistemológico: con añadir más opiniones discordantes a las ya existentes no se ganaba nada. En consecuencia, fue necesario dar un nombre nuevo al nuevo saber sobre el derecho: *Novis nova imponenda*, escribía Pufendorf en el 'Praefatio' de su *De jure naturae et gentium*, y este rótulo enteramente nuevo fue el de derecho natural, *ius naturale*, que más tardíamente fue llamado derecho natural y de gentes por incluirse en él el derecho internacional.

373 Sobre el significado de la expresión *ius civile*, vid. el estudio de Kuttner, S., "Sur les origines du terme 'droit positif'", *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, IV série, XV (1936), pp. 728-739.

374 Vid. el estudio de Megías Quirós, J. J., "De la facultad moral a la cualidad moral", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), pp. 325-350.

En la primera etapa de su vida, durante el siglo XVII, el *ius naturale* se identificó ante todo con el método que he designado como humanismo jurídico, y que también podría ser llamado racionalismo humanista.³⁷⁵ La segunda nota que lo caracterizaba era partir desde las nociones romanistas del *status naturae*, en el que contemplaban únicamente a un individuo solitario, sin ningún tipo de *jurisdictiones*. Aun Grocio, autor en realidad de transición, reconoció tres formas de subjección: la voluntaria, la paterna, y la originada por la guerra. Pero este residuo, más propio de la literatura prudencial, desapareció poco después, y sólo quedaron los *pacta* como las únicas instituciones jurídicas 'reconocidas' o fundamentadas directamente en el derecho natural.

El contenido —el individuo aislado— ya estaba en la literatura del *jus commune*. Pero estaba contextualizado de tal forma que no podía echar a andar por sí solo: la *prudentia* lo ampliaba, lo limitaba, o lo sublimaba, según las expresiones de aquellos tiempos. Al crearse una *juris scientia* distinta del *jus commune*, que contempla al derecho romano como un ordenamiento más, los contenidos jusnaturalistas del derecho romano quedaron en libertad. Pero esto sólo fue posible porque la argumentación había ganado previamente una libertad desconocida hasta entonces, de la mano del racionalismo humanista. Como en casi todos los cambios realmente importantes, lo decisivo fue una cuestión de forma.

II. DEL 'IUS' A LA 'FACULTAS'

Tras los cambios metódicos latían exigencias nuevas que buscaban un cauce por el que expresarse: el método era solamente un pretexto por el que querían hacer posibles reformas de fondo en la inteligencia del derecho. La baja Edad Media, en su madurez, no tenía buena opinión de sí misma: Wycleff y Huss habían intentado reformar el estrato más hondo del *homo ludens* que historió Johann Huizinga, y Lutero triunfó allí donde fracasaron estos reformadores. Los cambios pretendidos no eran solamente religiosos: las ideas romanistas de la '*omnium una libertas*' habían calado en amplias capas de la población, que no alcanzaban a entender

³⁷⁵ Este hecho llevaba a L. A. Warnkönig a escribir, casi a mediados del siglo XIX, que "*Die ersten Gründer des Naturrechts, namentlich Grotius, legen auf Autoritäten das allergrößte Gewicht und haben durch die Berufung auf sie mehr auf die Meinung der Zeitgenossen gewirkt, als sie durch bloße Raisonnements oder ganz durch die philosophische Speculation gewirkt haben würden*". Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg im Bresgau, 1839, p. 17.

los motivos por los que había de existir una sociedad estamental y monárquica; las mismas quejas de Francisco de Vitoria contra los abusos políticos de comienzos del siglo XVI nos indican que las tesis tomistas según las cuales el poder 'reside en el pueblo', y las tesis romanistas relativas a la igualdad entre los seres humanos, estaban entrando con fuerza en la conciencia de buena parte de las clases cultas.

Los siglos XV y XVI fueron convulsos y equívocos: la protesta y el descontento estaban bastante generalizados, pero ni unos sabían exactamente lo que querían, ni los otros alcanzaban a entender el enemigo nuevo que habían de combatir. El gran factor presente en las polémicas escolares era el de la noción primera del derecho, que para los más conservadores seguía siendo un conjunto de 'reglas' a partir de las cuales trabajaba el jurista, y para los innovadores consistía en unas facultades o poderes de cada individuo. Una facultad jurídica implicaba la existencia previa de una norma jurídica que concediera tal poder: pero en este punto vemos la intencionalidad profunda de los escolares de París, que contra toda lógica situaron la facultad antes de cualquier ley objetiva.

Había, pues, que sustituir la forma romanista de argumentar por una consideración del ser humano que ante todo lo consideraba como un portador de derechos subjetivos, de derechos subjetivos de libertad o libertades *ad analogiam spatii*, como explicó Samuel Pufendorf.³⁷⁶ La consideración de 'las cosas', fueran las *personas* que encarna cada hombre, fueran las exigencias que las situaciones concretas plantean a la justicia, desaparecen en los tratados de los iusnaturalistas de la Edad Moderna. En su lugar entra un individuo aislado, independiente y autónomo que es 'persona jurídica' en el sentido que Pufendorf otorgó a esta palabra, y que bastante más tarde recuperó Kant expresamente.³⁷⁷ Estamos, pues, ante un *personalismo* que sustituye a la metodología jurídica típicamente romanista. Ha sido una constante de todos los tiempos considerar que la 'per-

376 "Sic v. g. *libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii: pro facultate agendi ad modum qualitatis activae*". Cfr. *De jure naturae et gentium libri octo*, Ed. de Francofurti et Lipsiae, 1759, I, cap. I, 11.

377 Pufendorf escribe que: "*respiciunt illae vel Personas vel res, et utroque vel proprias vel alienas. Potestas in personam actionesque propria vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum). Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda, aut tanquam vis seipsum de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involvit negationem impedimenti ex alia quandam potestate superiore provenientis*". Cfr. *De jure naturae...*, cit., I, I, cap. I, XIX. Sobre este tema en Kant, sus precedentes y sus discípulos, vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la 'persona jurídica'*, que está publicado en este mismo volumen.

sona', con su inconmensurable dignidad, sólo puede ser medida por sí misma y desde ella misma. Y que la vara de medir un acto de una persona libre, sólo puede ser la naturaleza de tal persona.

Desde la relativa objetividad del cálculo jurídico que Aristóteles entendió y que Tomás de Aquino fijó en la fórmula del *medium rei*, el pensamiento jurídico europeo pasó a la consideración de la *persona* y sus derechos o libertades. Actualmente experimentamos con una especial viveza lo que los siglos XVII y XVIII propusieron como fundamento único del razonamiento jurídico: que la manifestación primera y fundamental del derecho sólo pueden ser los derechos de la persona. Más adelante aludiré a cómo estos derechos de la personalidad se descompusieron históricamente sólo en manifestaciones concretas —'libertades'— de una *lex permissiva originaria*. Quizá el expediente buscado para rehacer la ciencia del derecho, que fue el recurso al 'estado de naturaleza', encarriló decisivamente la consideración de la personalidad como una igual libertad, fuente de cualquier otro derecho. Hasta que Locke no añadió el derecho natural a la propiedad privada, los únicos 'derechos naturales' fueron la igualdad y la libertad.

Este proceso no se produjo repentinamente, como de la mano de un pensador genial que innovara él todo el fundamento de la *jurisprudencia*. Al contrario, más bien parece que se fue gestando lentamente durante los siglos anteriores, especialmente en los siglos XV y XVI. Ciertamente, los iusnaturalistas de la Edad Moderna no hablaron de derechos subjetivos, sino de *qualitates morales personae competentes*.³⁷⁸ La diferencia entre la facultad y la cualidad moral consiste en que aquélla precisa de una ley objetiva anterior que otorgue al sujeto tal facultad. La cualidad moral, por el contrario, no necesita de ninguna ley anterior: es algo que corresponde *naturalmente* a cada persona, de modo que la noción de ley objetiva y supraindividual, vinculando las libertades originarias, es siempre algo antinatural o *contra natura*.³⁷⁹ Lo 'natural' es la libertad o son las libertades de cada individuo.

378 Vid. Megías, J. J., "De la facultad moral a la cualidad moral", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), pp. 325-350.

379 Pufendorf explicaba que la noción de una ley natural es una contradicción en sí misma: "*Ubi notandum, hoc loco per vocabulum Juris non notari legem, iuxta quam agendum sit, et citra iniuriam agere quis possit; sed facultatem agendi: eoque non recte inferri, omnia, ad quae agenda jus aliquis habet, necessario quoque eundem agere debet. 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; qui in creaturis ratione non praeditis, juris nomine vocatur.*"

Pero aunque no se puedan confundir históricamente facultades morales y cualidades morales, lo cierto es que la doctrina de la facultad preparó decisivamente el terreno para poder hablar de la persona como portadora de cualidades morales en el derecho. Hubo de ser así porque la jurisprudencia romana no conocía la noción contemporánea de derecho subjetivo, según informa Michel Villey.³⁸⁰ Desde luego, la realidad del derecho como poder es una categoría necesaria de cualquier consideración jurídica, pero todo es cuestión de matices. Los juristas romanistas, o los teólogos que teorizaron al filo de esta jurisprudencia, vieron la 'facultad natural' más bien como una realidad extrajurídica, que correspondía al campo del *fas*, no del *jus*.³⁸¹ Lo propio del derecho o *jurisprudencia* era 'lo debido' objetivamente, con lo que saltaba a un primer término la noción de deber u obligación, no la de prerrogativa o poder.

Este planteamiento había de ser cambiado en la historia, hasta quedar sustituido por el de una *libertad en general* que corresponde a todos los seres humanos 'de forma innata', como se decía en la terminología antigua. De modo que si hasta entonces lo primero y positivo era la institución jurídica existente, desde ahora en adelante toda institución será vista como una restricción de la libertad natural del hombre, y recae sobre ella la carga de la prueba de la justificación de su existencia. Por este camino, todo el derecho fue tomando un carácter negativo: sólo existe en la medida en que es necesario para asegurar las libertades de las personas que viven en el mundo exterior, en el *Sinnenwelt*,³⁸² como se expresaban los últimos iusnaturalistas, normalmente kantianos. Lo primero y positivo es la libertad. Lo segundo, con un carácter predominantemente negativo, es el orden coercitivo necesario para que puedan coexistir las 'esferas de libertad' o *Freiheits-sphären*. Tengamos en cuenta que durante la Ilustración, la propiedad fue entendida a modo de un aseguramiento eficaz de la libertad del in-

Nam proprie illum duntaxat ius ad agendum habere dicimus, quia previa ratione agit". Cfr. *De jure naturae et gentium libri octo*, ed. cit., l. II, cap. II, 2, p. 156 de esta edición. No podemos estar de acuerdo con A. Dufour cuando escribe que "En affirmant que le Droit naturel-ou la Loi naturelle, Pufendorf employant indifféremment l'un ou l'autre terme...". Cfr. *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, Paris, 1972, p. 125.

380 La producción de Michel Villey sobre este tema es muy abundante. Vid., por ejemplo, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1981, pp. 37-104.

381 Francisco de Vitoria entendía el problema de forma parecida. Vid. *Comentario al tratado de la ley*, Madrid, Ed. de V. Beltrán de Heredia, 1952, q. 62, art. 1, 8.

382 Vid. mi estudio, *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, pp. 103-110.

dividuo en el mundo exterior,³⁸³ que no tiene más garantía o fundamento que servir a la libertad. Como el *quantum* de la propiedad quedó indeterminado, según los consejos de Locke y Adam Smith, la propiedad o las propiedades aseguraban la libertad efectiva de algunos, pero menoscababan la igual libertad de todos. Pero éste es otro tema.

Los primeros escarceos de este modo de valorar al hombre y su conducta los reconocemos en las discusiones que mantuvo Pedro de Bellapertica en el siglo XIII, cuando se enfrentaba a la opinión de algunos *moderni* que mantenían que todos los hombres somos iguales desde todos los puntos de vista, de forma que todos quedamos equiparados, seamos libertos o ingenuos, con independencia de la dignidad o de los oficios propios de cada cual.³⁸⁴ Éste era un tema escolar que había de ser tratado a modo de ejercicio típico, porque de él se ocupó Isidoro de Sevilla, cuyas *Etimologías* constituían una de las más grandes autoridades de la baja Edad Media. La identificación incipiente entre libertad y derecho emerge ya claramente en las páginas de Conrado cuando explica este tema en la segunda mitad del siglo XV. Explica Conrado que según Isidoro, *fas* es el derecho natural, y el *ius* constituye el derecho positivo. “Transitar por un campo de propiedad ajena es ‘*fas*’, porque es lícito. Pues es ‘*fas*’ todo lo que es lícito. Pero no es ‘*ius*’, esto es <derecho> positivo”.³⁸⁵ Así pues, el *ius naturale* sería esa libertad o permisión universal para los hombres de la que habló Ulpiano.

Pero esta vez los términos derecho natural, libertad, etcétera, tienen una significación distinta a la que hemos observado en siglos anteriores en los juristas del *jus commune*: para estos últimos, lo que era justo o injusto estaba claro: para conocerlo existían el *Corpus Juris* y la ‘razón natural’ del hombre. Aludir al derecho natural no tenía gran relevancia práctica. En cambio, en el momento histórico en que escribe Conrado, y en el ámbito escolar en el que él se mueve, los problemas eran distintos: había comenzado la polémica por determinar los últimos fundamentos del dere-

383 Vid. *La cabeza de Jano*, cit., pp. 103-117.

384 “*Credis tu quod propter hoc quod dixit quod una est conditio: nunquid omnes liberi aequi liberi sunt? Moderni dicunt quod sic, libertinus aequi liber est, sicut ingenuus: tantum libet sibi quantum ingenuus. ideo nunc vult dicere quod in hoc differunt penes dignitatem et penes officia*”. Cfr. *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratiss. Principis, Commentarium longe acutissimi*, Lugduni, 1586, p. 128.

385 “*Unde Isidorus intelligendo per fas ius naturale, et per ius intelligendo positivum ius: ait sic. Transire per alienum agrum fas est: quia est licitum: fas enim est, quod licitum est: sed non est ius, scilicet positivum, immo vetitum est iure positivum*”. Cfr. *De contractibus licitis atque illicitis*. Veneitiis, 1580, tractatus I, quaestio IX, pp. 32-33 de esta edición.

cho y de la nueva sociedad. Ya no se trataba de ningún ejercicio escolar en el que la capacidad dialéctica de cada cual pagaba los gastos de lo expuesto.

Bellapertica optó claramente contra un sentimiento que llegaría a ser dominante: una cosa es el ámbito del derecho, en el que hay que hablar de 'libertades' <jurídicas>, *libertas est in his quae juris sunt*, y otro el ámbito de las 'facultades', *et in his quae sunt facultatis*,³⁸⁶ que en principio poco tienen que ver con el derecho. Por esta razón:

transitar por un campo ajeno es *fas*; no es lícito concluir que se tiene un derecho, *ius*, a hacer esto, porque entonces, si alguno me impidiera transitar yo podría oponerle un interdicto. Pero ir por un campo ajeno es '*fas*', pero no '*ius*'. De modo que si el dueño me lo prohíbe no podré transitar, y si lo hago, él tendrá contra mí una acción de injurias. Y así se dice que la libertad es una facultad natural.³⁸⁷

Tomás de Aquino planteó una solución parecida: del hecho de que existan algunas cosas permitidas no se deduce que la ley las apruebe, sino, simplemente, que las leyes no alcanzan a dirigirlas.³⁸⁸ No se trata exactamente del mismo problema, pero muestra una mentalidad similar a la de Bellapertica. Y la teoría de Tomás de Aquino sobre el derecho posee para nosotros, en estos puntos, un interés grande, porque Tomás fue el teorizador más completo de la jurisprudencia romanista: él suele explicitar lo que los juristas simplemente daban por supuesto. Los juristas trabajaban, y tenían a gala, dada su enemistad gremial de entonces con los teólogos, no proporcionar demasiadas explicaciones. Quizá por este motivo Bellapertica se siente obligado a explicar expresamente que la ciencia jurídica no embrutece a sus expertos.³⁸⁹

386 "*Quare dico quod libertas est in his quae juris sunt, et in his quae sunt facultatis*". Cfr. Petri de Bellapertica..., cit., p. 121.

387 "*Quare dico quod libertas est in his quae juris sunt, et in his quae sunt facultatis. Per agrum alienum ire fas est: ergo ius, non est verum, quia tunc si quis impediret me ire, interdictis possem age. Sed per agrum alienum ire fas est, sed non ius. Ideo si dominus me prohibeat non ibo: sed si irem tenere actione iniurarum. Et ideo dicit libertas est naturalis facultas...*". Cfr. Petri Bellaperticae..., cit., p. 121.

388 "*Ad tertium dicendum quod lex humana dicitur aliqua permittere, non quasi ea approbans, sed quasi ea dirigere non potest*". Cfr. *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1947-1960, I-II, q. 93, art. 3.

389 "*Et sic supponit quod omnes qui veniunt ad istam scientiam sunt rudes: hoc est contra artistas qui veniunt de parisii et faciunt se subtiles. Quidam dixit mihi anno praeterito quod ista scientia reddiderat ipsum rudem. Dico ista scientia non facit aliquem rudem: si ante subtilis fuit*". Cfr. Petri de Bellapertica..., cit., p. 52.

En este proceso histórico, desde el *ius* a la 'facultad', en el que hay todavía hoy pocas cosas claras,³⁹⁰ tenemos como protagonistas a juristas del *ius commune*, a teólogos de París y a los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII. Los teólogos españoles no forman, ni mucho menos, un bloque compacto ante el problema de la fundamentación o naturaleza última del derecho. Los primeros cronológicamente, como Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, viven en un ambiente jurisprudencial aún en buena medida medieval, y por este motivo buena parte de sus obras están dedicadas de hecho a polémicas con los maestros de París. Porque Soto o Vitoria han estudiado a Tomás de Aquino, y han aprendido de él a valorar la *jurisprudencia* existente. En cambio, los más tardíos, como Molina, Vázquez o Suárez, aunque hacen alarde de un gran conocimiento de la jurisprudencia, especialmente Luis de Molina, se apartan del espíritu romanista y de Tomás de Aquino. Ellos conectan mejor con las tesis modernas de Escoto, Gerson y Conrado sobre el derecho.

En este punto parecería obligado echar mano de la filosofía seminominalista de Guillermo de Occam. Estamos ante un tema delicado. Yo compruebo que los teólogos españoles conocen y citan, en este problema, a Gerson sobre todo, y a Conrado; en menor medida a Escoto. Y Grocio, a su vez, citará profusamente a estos teólogos españoles, con Escoto ya perdido de vista. Occam es el gran ausente en la polémica. Hoy damos gran importancia a la contribución filosófica de este autor; pero en los tiempos que le siguieron, Occam no gozó de un prestigio tal como para influir en la historia. Aunque es posible que sus tesis extremadamente voluntaristas, y seminominalistas, expliciten los supuestos más abstractos que hacen inteligible el deslizamiento desde el '*ius*' a la *facultas*.

Domingo de Soto explicaba, con extraña facilidad, que Gerson y Conrado habían mantenido que el derecho o *ius* se puede entender de una doble forma, *bifariam*: "*primo pro lege, secundo pro facultas seu legitima potestate*".³⁹¹ El tema tenía ya alguna historia a sus espaldas a la altu-

390 Existen estudios de calidad sobre la génesis histórica de la noción del derecho subjetivo como manifestación primera del derecho. Tal es el caso de, por ejemplo, Folgado, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*. San Lorenzo del Escorial, Ed. Pax Juris, o el de Bastit, M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, París, 1990. De todos modos, y a pesar de estos estudios, el desarrollo histórico de este problema dista de estar claro.

391 Estos autores habían establecido que el "*jus bifariam: primo pro lege, secundo pro facultas seu legitima potestate... dominium, inquit, est potestas seu facultas propinqua assumendi res alias in sua facultate vel usum licitum secundum jura rationaliter instituta*". Cfr. *De justitia et iure libri decem*, Madrid, IEP, 1967, l. IV, q. 1, art.1, p. 279.

ra de 1530, porque Francisco de Vitoria había explicado, algunos años antes, que el derecho no es otra cosa que aquello que es lícito hacer según las leyes, es decir, “*id est jus quod est licitum per leges*”.³⁹² De acuerdo con lo que explica Santo Tomás en la q. 57, artículo 1. prosigue Vitoria, la ley no es propiamente el derecho, sino una cierta razón del derecho, es decir, es aquella razón por la cual algo es lícito para alguien. En este lugar, afirma Vitoria, explica Santo Tomás que el *ius* y el *iustum* son lo mismo, pues lo justo es lo que es lícito según las leyes.³⁹³

El mismo Vitoria nos sigue informando que esta definición del derecho es la que proponía Conrado, que identificaba *facultas* y ‘*jus*’, y aunque Conrado ofrece dos definiciones, en realidad coinciden en una, por lo que este autor afirmaría que “el derecho es una potestad o facultad que pertenece a alguien según las leyes, esto es, una facultad concedida”.³⁹⁴ Esta definición del derecho, nos instruye Vitoria, la tomó Conrado de Juan de Gersón, quien la expone en su *De potestate ecclesiastica*, en la *consideratio* 13, en donde afirma que es derecho porque es una facultad: *jus quia facultas*. Y en esta acepción es como aparece frecuentemente en las *Sagradas Escrituras*.³⁹⁵ Ni Vitoria ni Soto mencionan a Guillermo de Escoto, aunque sí a Escoto.

1. *Duns Escoto y Juan de Gerson*

Escoto había reaccionado fuertemente contra Tomás de Aquino, al que despectivamente llama ‘cierto doctor’ sin mencionarlo por su nombre. En efecto, Escoto mantiene que el *medium* en que consiste la justicia según Tomás no viene suministrado por la cosa, sino exclusivamente por la razón: es un *medium rationis*. Escribe el escocés que ‘cierto doctor’ ha

392 “*Jus ergo, ex superioribus constat, nihil aliud est nisi illud quod licet, vel quod lege licet, id est jus quod est licitum per leges*”. Cfr. *De Justitia*, Madrid, edición preparada por Beltrán de Heredia, 1934, vol. I, II-II, q. 61, art. 1, 5.

393 “*Patet hoc ex Sancto Thomas, q. 57, art. 1, ubi dicit quod lex non est proprie jus, sed est ratio juris, id est, est illud ratione cuius aliquid est licitum. Item, patet in eodem loco in corpore articuli, ubi dicit quod jus et justum idem sunt; et justum illud idem est quod legibus licet: ergo jus etiam idem est, id est quod legibus licet*”. Cfr. *ibidem*.

394 “*Sed ista est diffinitio quid nominis tantum illius vocabuli. Et ideo de diffinitione quid rei notandum est quod Conradus ponit late diffinitionem illius nomine “jus”. Et licet ponat duas diffinitiones, nihilominus coincidunt in unam. Dicit ergo quod jus est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges, id est, facultas data*”. Cfr. *ibidem*.

395 “*Hanc diffinitionem accepit Conradus ex Gersono in tractatu “De potestate ecclesiastica”, consideratio 13, et ideo vocatur jus quia facultas. In qua significatione saepe reperitur hoc nomen ‘potestas’ sive ‘facultas’ in scriptura sacra*”. Cfr. *ibidem*.

explicado que la justicia consiste más bien en un '*medium rei*', a diferencia del *medium rationis* en que se expresan las demás virtudes. *Hoc enim falsum est*. Porque incluso en el 'medio' que es propio de la justicia conmutativa existe una gran amplitud, y dentro de esa latitud no se alcanza ese punto indivisible en el que se sitúa la equivalencia entre cosa y cosa.³⁹⁶

Si la realidad externa a la racionalidad humana no habla de algún modo y medida, entonces la vida práctica del hombre, más que consistir en el análisis de los problemas para alcanzar un fin, se circunscribe al conocimiento (en cierto modo pasivo) de unas normas 'ya dadas' por Dios. Sucede que Escoto rehúye admitir una naturaleza de los actos humanos que, de algún modo, pudiera vincular la omnipotencia divina; porque el movimiento escolar bajomedieval conocido como intelectualismo³⁹⁷ tendía a concebir las naturalezas de las cosas como absolutamente inmutables, inmodificables para Dios mismo: éste es un peligro que siempre se ha cernido sobre las actitudes filosóficas y teológicas que quieren explicar racionalmente toda la realidad, de modo que el teólogo lanzaría condiciones a Dios, que Él debe cumplir si quiere que el teólogo lo considere ser divino. Escoto, para acallar las pretensiones que tendían a esta inteligencia del orden moral, parte siempre desde la voluntad absoluta de Dios, incognoscible para nosotros. Sigue el viejo aforismo latino: *Non licere mortalibus scrutare arcana Dei*. Y como la voluntad es irreductible a cualquier razón, motivo o causa, Duns traspasa la indeterminabilidad de la voluntad divina a las voluntades humanas, por lo que también consagra la independencia del hombre frente a la naturaleza: ya no existe, según él, una finalidad en los actos del hombre.³⁹⁸ Duns Escoto únicamente exige el amor incondicional del hombre a Dios, el 'amor espiritual' porque no se fundamenta en ninguna ventaja que tal amor le pudiera reportar a hombre; y este amor reside y es hecho posible por la voluntad, siempre irreductible a motivos o razones.³⁹⁹

396 "Ista autem aequalitas secundum rectam rationem non consistit in indivisibili, sicut dicit quaedam doctor, motus ex hoc, quia justitia habet tantum medium rei, sed caetera virtutes medium rationis. Hoc enim falsus est. Immo in isto medio, quod justitia conmutativa respicit, est magna latitudo, et intra illam latitudinem non attingendum indivisibilem punctum aequivalentiae rei, et rei, quia quod hoc quasi impossibile est communitatem attingere". Cfr. *In Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum quaestiones subtilissimae*, Antwerpiae, 1620, l. IV, distinctio XV, q. 2, 15.

397 Para conocer lo que entendemos por tal, vid. J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona, 1987, pp. 175-179.

398 Vid. Dufour, A., *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel au XVII siècle*, Paris, 1981, p. 28.

399 Vid. A. Dufour, *Le mariage...*, cit., pp. 29 y 32.

El peso de la explicación de la realidad jurídica se desplaza entonces desde el análisis de los hechos y situaciones, a las leyes.⁴⁰⁰ Consecuentemente, Escoto explica que la ley natural es aquella ley que ‘desciende’ desde los primeros principios: tales son algunos principios prácticos, conocidos por sí mismos (*nota ex terminis*), que son como semillas hacia cuya verdad se inclina naturalmente el intelecto por ellos mismos.⁴⁰¹ Amplía algo más el contenido de la ley natural cuando explica que algunas cosas se dicen que pertenecen a la ley natural de un modo doble: bien como los primeros principios prácticos, “conocidos por sí mismos”, *nota ex terminis*, bien como las conclusiones que se siguen necesariamente de tales principios, de las que se dice que constituyen ley natural en sentido muy estricto.⁴⁰² Aunque también cabe la posibilidad de que alguna conducta sea considerada de ley natural porque *consonat* con estos primeros principios conocidos ‘*ex terminis*’.⁴⁰³ Concluye su breve tratamiento del problema explicando que “Verdaderamente es de derecho natural aquello cuya verdad es conocida por sus términos... o aquello que se sigue evidentemente de lo que es conocido así, como sucede con la conclusión práctica demostrada. Pues hablando estrictamente, sólo son de ley natural aquellos principios o estas conclusiones”.⁴⁰⁴ Si extendemos la noción de ley natural, vemos que también lo es aquello que *consona* con aquellos principios y estas conclusiones.⁴⁰⁵ Siempre según un talante ‘descendente’: “La Ley natural es aquella que desciende...”⁴⁰⁶

400 Michel Bastit repara extensamente en este problema. *Vid. Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, París, 1990, pp. 227 y ss.

401 “*Sed istae expositiones non videtur salvare propositum. Dispensare enim non est facere, quod stante praecepto liceat facere contra praeceptum: sed dispensare est revocare praeceptum, vel declarare qualiter debeat intellegi. Est enim duplex dispensatio scilicet, juris revocatio, et juris declaratio*”. *Cfr. In Primum...*, cit., I III, distinctio 37, q. 1, 3.

402 “*Ad quaestionem igitur dico, quod aliqua possunt dici esse de legis naturae dupliciter. Uno modo tanquam prima principia practica, nota ex terminis, vel conclusiones necessario sequentes ex eis: et haec dicuntur esse strictissime de lege naturae*”. *Cfr. loc. cit.*, 5.

403 “*Alio modo dicuntur aliqua esse de lege naturae, quia sunt multum consona illi legi; licet non sequantur necessario ex principiis practicis, quae sunt nota ex terminis; et omni intellectus apprehendenti sunt necessario nota*”. *Cfr. loc. cit.*, 8.

404 “*Illud autem est verum de jure naturali, cuius veritas est nota ex terminis... sive quod sequitur evidenter ex tali vero sic noto, cujusmodi est conclusio practica demonstrata: et stricte loquendo, nihil aliud est de lege naturae, nisi principium, vel conclusio demonstrata*”. *Cfr. In Primum...*, cit., I, IV, distinctio XVII, q. 1, 3.

405 “*sic tamen extendendo quandoque dicitur illud esse de lege naturae, quod est rerum practicum consonum principiis, et conditionibus legis naturae, quod statim notum est omnibus illud convenire tali legi*”. *Cfr. ibidem*.

406 “*Lex naturae est lex descendens...*”. *Cfr. In Primum...*, cit., I, 3, distinctio 37, quaestio 1, 2.

Curiosamente, Escoto desconoce la distinción jurisprudencial entre derecho y ley. Realmente, si para él la realidad humana es algo opaco y amorfo, los hombres carecemos de puntos de referencia para analizar nuestros problemas, y estamos abandonados a seguir pasivamente lo que aparentemente Dios nos indique. Sin embargo, los glosadores habían explicado que las instituciones 'odiosas' que se oponen al derecho natural, como sucede con la esclavitud o la *usucapio*, son lícitas porque han sido 'introducidas' *propter necessitates*. Es decir, según los juristas, la inteligencia o razón humana posee la capacidad de estudiar lo que es 'necesario' para la vida. Y lo que 'está bien o mal' de acuerdo con las necesidades, es justo o injusto en el sentido profundo del término porque, como explicaba Hugo de Roy bastante más tarde, pero siguiendo siempre los pasos de Acursio,⁴⁰⁷ así como la naturaleza no falla en lo que es natural, del mismo modo la voluntad de Dios no nos deja de asistir en lo que es racional.⁴⁰⁸ Parece que Duns no reconoce esta posibilidad al hombre. Él, cuando estudia el porqué de estas instituciones *odiosas*, explica que existen porque así lo han querido de hecho o históricamente los hombres; pero se niega a analizar las razones sociales que aconsejaban su creación y ordenan hoy su mantenimiento.⁴⁰⁹

Entra igualmente por un camino irracionalista al definir la virtud. Según él, la definición de justicia que es preferible seguir es la que proporcionó san Anselmo en su tratado *De veritate*, capítulo 12: *Justitia est rectitudo voluntatis propter se servata*. Esto es así "porque la primera exigencia es que sea observada por sí misma, no a causa de algún provecho o pasión de aquel que la guarda: sino observada o guardada por sí, esto es, espontáneamente por sí misma".⁴¹⁰ A la vista de esta declaración,

407 En la glosa "g" a las palabras "Non omnium" del tit. III, libro I del Digesto, escribe que "Quidam dicunt se non intelligere hanc legem. Alii dicunt, non omnium, id est nullorum: sed hoc falsum est: quia eorum, quae vira ratione statuuntur, ratio reddi potest".

408 En su obra *De eo quod justum est*, Hildesii, 1653, liber II, titulus primus, 2, escribe que: "Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob aequitatem necessarium, ob necessitatem justum, quia rationi naturali, ac divinae voluntati congruum est. Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus".

409 Escribe, a propósito de la *usucapio*, que "Istud etiam apparet probabile per hoc, quod si quilibet posse suum dominium transferre in alium, tota communitas posset cujuslibet de communitate transferre dominium in quamlibet (quia in facto communitatis suppono inclusi consensu, cujus libet) ergo illa communitas habens justum consensum, quasi jam oblatum, in hoc quidem quilibet consentit in leges justas condendas a communitati vel principe, potest per legem justam cujuslibet dominium transferre in quemlibet". Cfr. In Primum..., cit., l. IV, distinctio XV, q. 2, 10.

410 "Hic primo videndum est de justitiae diffinitione, rationem generalissimam justitiae ponit Anselm. de verit. cap. 12, quod "justitia est rectitudo voluntatis propter se servata"... quia prima

el autor de estas líneas rememora los escritos de los kantianos, que historió en *La cabeza de Jano* hace ya algunos años.⁴¹¹ Porque es típico de Kant y sus discípulos no matizar entre las razones o motivos que generan un deber (a los que no tienen en cuenta por su rechazo global del eudemonismo moral o consecuencialismo ético), y la faceta necesariamente autorreferencial que presenta cualquier deber ya constituido. Del mismo modo, para Escoto la “rectitud de la voluntad guardada por sí misma” agota todo lo que se puede explicar de la justicia. Esta actitud parece suponer que las ‘normas’ morales ya existen, que están dadas al hombre desde siempre y para siempre: es la misma actitud de Kant cuando se asombraba del cielo estrellado sobre su cabeza y del mundo moral, que existiría del mismo modo que las estrellas.

Pero Escoto, aunque citado por los autores del siglo XVI, fue poco conocido en comparación con Juan de Gerson, canciller de la Universidad de París, omnipresente en los españoles del siglo XVI, juristas o teólogos. Gerson fue la persona que, además de transmitir estas ideas, las hizo operativas en el derecho, porque abandonó la escueta noción de ‘facultad’ y la sustituyó por la de ‘cualidad moral’. Explica Mauricio Beuchot que:

El que propiamente extrae esa noción de derecho subjetivo es Juan de Gerson, pero, a diferencia de Ockham, él sostiene que al dominio pertenece por completo a la libertad, la cual es una facultad irrestricta dada por Dios al hombre... Gerson fue un gran filósofo nominalista, pero también un gran místico, y su vivencia de la libertad divina (para crear y para salvar) le lleva a ver la libertad como un derecho y como una libertad. Ya el derecho no está vinculado a un orden moral objetivo ni a un deber —como para Santo Tomás—, su fundamento es la soberanía del individuo.⁴¹²

Porque Tomás de Aquino entendía que desde el ‘*ius*’ se derivaba el *dominium*, y desde éste la ‘facultad’ de hacer o no hacer, de forma que el dominio y la facultad no eran más que simples contenidos del ‘derecho’, que presentaba ante todo una faz ‘objetiva’ y normativa. Según Beuchot, los derechos subjetivos que Tomás admite son solamente los ‘pasivos’, “como derechos que son dados o permiten algo por otro, más

regula est, et servata propter se, non prout servata dicit aliquam susceptionem, vel passionem respectu alicuius servantis: sed servata propter se, id est spontanee propter se habita”. Cfr. In Primum... cit., L. IV, distinctio XLVI, q. 1, 2.

411 Fue publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989.

412 *Derechos humanos. Juspositivismo y jusnaturalismo*, México, 1995, p. 33.

que como derechos para hacer algo por uno mismo".⁴¹³ El pensamiento tomista es, en este punto, igual al de Pedro de Bellapertica, esto es, jurisprudencial, que entiende que las facultades 'naturales' de hacer o no hacer *ad libitum* constituyen realidades *de facto*, en principio ajenas al mundo del derecho: pertenecen al *fas*, no al '*ius*'.

Explica Alejandro Guzmán que:

La noción de derecho subjetivo, tan familiar a nuestro actual entendimiento, no es romana ni medieval hasta el siglo XIV... No existe ningún texto de esas épocas que nos diga que la palabra *ius* significa *facultas* o *potestas*, que es lo que a fin de cuentas se quiere decir cuando se toma la palabra *ius* en sentido subjetivo. Entiéndase, por ende, que no se trata de negar que los romanos o los medievales hayan desconocido la existencia de *facultates* o *potestates*, cosa que por lo demás hubiera sido muy extraña; lo que se quiere decir es que ellos desconocieron que las facultades o las potestades fueran una de las acepciones de la palabra *ius*.⁴¹⁴

La palabra *facultad* pertenece al mundo de los hechos, sea porque se derive de *facilis* o *facere*. En el plano jurídico no cambian sustancialmente de significado, explica Guzmán, porque el dueño 'puede' usar de las cosas que son suyas: "Porque el uso, el disfrute y la disposición, después de todo, son acontecimientos que ocurren en el plano de los hechos. Solo que, y aquí viene lo interesante, en ciertos casos eso que ocurre en el plano de los hechos es *ius*, como si se dijera *iustum* y en otros es *inius*, como si se dijera *iniustum*".⁴¹⁵ El *ius*, en consecuencia, es un juicio que se emite sobre algo ya acontecido en la realidad, y por ello originariamente aparece como adjetivo.

Una vez substantivado, equivale a los juicios que se pueden emitir sobre lo real. Éstos, una vez conocidos y reiterados, sirven para emitir juicios sobre lo futuro. Como quiera que, cuando hay un título, esas actividades de hecho, facultades o potestades consistentes en usar, disfrutar y disponer son calificables de *ius* o, si se quiere, de *iustae*, y abreviativamente decimos, es decir los romanos decían, que cuando son *ius* entonces hay un *dominium*, en el lenguaje corriente es correcto decir que el *dominium* hace posible usar, disfrutar y disponer, queriéndose decir sólo, tautológicamente, que es

413 *Idem*, p. 28.

414 "La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos", *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso), 41 (1996), p. 247.

415 *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos...*, cit., p. 248.

justo usar, disfrutar y disponer y no que es posible, porque de todos modos, con *ius* o sin *ius*, es posible, si hay los medios físicos para ello.⁴¹⁶

Es fácil dar a la palabra *ius* un sentido subjetivo, porque con ella se opera una discriminación entre lo factible y lo que no lo es. “Pero los romanos y tampoco los medievales, no se dejaron llevar por tal facilidad. Jamás dijeron que *ius* fuera palabra que designa la facultad o el poder hacer; lo que dijeron fue que el *ius* es una palabra que expresa un juicio sobre lo ya hecho y, por ende, si es el caso, sobre lo factible o posible”.⁴¹⁷ Ésta es la explicación más precisa que he encontrado para entender, desde nuestras categorías actuales, la diferencia entre ‘*ius*’ y facultad de hacer.

Por contra, Juan de Gerson explica que “el derecho es la potestad, o la facultad que pertenece a alguien según el dictamen de la Primera Justicia”.⁴¹⁸ Con una definición así, Gerson se va directa y realmente a los cielos porque sitúa el fundamento de la justicia en un plano celeste y divino, de modo que con tal distancia entre el hombre empírico y la justicia, aquél no tiene nada que hacer con ésta, que le desborda completamente. La jurisprudencia ya no tiene sentido, porque es imposible. Este irse a las nubes en el plano jurídico se nos manifiesta en la afirmación de un derecho natural puramente ideal, siempre impotente por su condición de ordenamiento paralelo al derecho realmente vigente.⁴¹⁹

Juan de Gerson mantiene que conocemos la ley natural por la ‘evidencia natural’,⁴²⁰ de modo que el hombre es totalmente pasivo ante esta ley. Los juristas estaban explicando, y venían afirmando desde Irenio, que los primeros principios de la razón práctica, comunes a todos los hombres, e indemostrables, sólo se podían conocer de la forma indicada por Gerson: mediante el conocimiento directo. Pero estos juristas entendieron que junto a esta justicia ‘primera’ o inicial, el funcionamiento conjunto del *intellectus* y de la *ratio* permitía al jurista y al moralista avanzar más en el conocimiento de lo que es justo, y por este motivo era posible la *jurisprudencia* como un saber opinable y prudente. Y como el derecho

416 Guzmán, *La doctrina iusnaturalista...*, cit., p. 249.

417 *Idem*.

418 “*Jus vero sic describitur. Jus est potestas, seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae Justitiae*”. Cfr. *Tractatus de potestate ecclesiastica, et de origine iuris et legum*, edición de Amberes de 1706, vol. II, p. 250, “*Consideratio Decimo Tertia*”.

419 *Vid.* la explicación de M. Bastit, en *Naissance...*, cit., p. 231.

420 “*Sed si cognoscatur per evidentiam naturalem, accipitur jus proprie naturale*”. Cfr. *Tractatus...*, cit., p. 252.

se consigue a través de un saber prudente, no arbitrario, las leyes justas obligan en conciencia a su cumplimiento, tanto por la índole de lo que contienen como por la calidad de las personas de las que emanan. Pero si se hace como Escoto y Gerson, no queda más remedio que afirmar que el derecho que no es estrictamente derecho natural no posee fundamentos razonables, o que su origen es exclusivamente arbitrario. Veamos este tema despacio, porque es delicado.

Efectivamente, Gerson, que sigue estrechamente a Escoto,⁴²¹ reduce el derecho de origen humano a las leyes dictadas por los gobernantes.⁴²² Así, lo que es justo se especifica como tal únicamente por una peculiaridad de origen: lo justo es lo ordenado o mandado por una voluntad superior. Muy consecuentemente, en su *Opusculum de contractibus*, Gerson viene a negar la capacidad de los *jurisprudentes*⁴²³ y con ello, la existencia misma de cualquier ciencia del derecho. Notemos que los voluntarismos de todos los momentos, morales y jurídicos, no han atacado tanto la posibilidad de una justicia objetiva, que estos escolásticos aún admiten reduciéndola al ámbito del derecho natural así entendido, como la posibilidad de los saberes propiamente jurídicos.

Al lector de estas obras le queda la impresión, difícil de mostrar mediante textos claros y expresos, que consiste en que existía una intencionalidad que hizo entender las manifestaciones del derecho sobre el esquema del derecho real de propiedad. Así, del mismo modo que la propiedad es asunto humano, creación de los hombres para su mayor comodidad y seguridad, según la mentalidad de esta época,⁴²⁴ el derecho o las leyes son igualmente creación humana que poco tienen que ver con la moral o humanidad, con este sector de la moral que es la justicia. No deja de llamar la atención que Escoto, inmediatamente después de describir lo que es el derecho real de propiedad, pase a estudiar la noción del derecho natural,⁴²⁵ y que Gerson trate incluso en la misma página de la definición del

421 Vid. en Escoto el 10 del L. IV, distinctio XV, q. 2 de *op. cit.*

422 Esta cuestión es tratada profusamente en la "Consideratio Quarta" del *Tractatus*, pp. 230 y ss.

423 No lo expresa así taxativamente, pero lo da a entender cuando escribe que "*Arbitrio Legislatoris convenit nedum in Contractibus ponere; sed positas interpretari, non tantum doctrinaliter ut jurisperiti possunt, sed authoritative et judicialiter. Est itaque Legislator tanquam lex viva, director et epikeies*". Vid. el vol. IV de la edición citada, p. 171.

424 Vid. Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia: Una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994, pp. 65-290.

425 Estudia la propiedad en el L. IV, distinctio XV, de *op. cit.*, y al derecho natural en este mismo libro, distinctio XVII.

derecho natural y del *dominium*.⁴²⁶ Gerson escribía que “el dominio es la potestad adecuada de tomar otras cosas, o *como otras* en su facultad <del sujeto> o uso lícito, según los derechos o leyes instituidos racionalmente”.⁴²⁷ La mayor precisión de la lengua latina nos permite reparar en un hecho importante: el dominio vincula de tal modo al dueño con sus cosas, que éstas incluso pueden ser entendidas ‘como si’ fueran cosa distinta del mismo dueño, que no lo son, según da a entender Gerson: “*res alias, vel ut alias...*”. Entre los juristas, el dominio tendía a identificarse con la cosa misma *objeto* del derecho. Ahora, en este subjetivismo creciente, son las cosas las que se identifican con el titular del derecho.

2. *Persona, derecho y facultad*

Según Escoto, Gerson y Conrado, el derecho no es algo externo al sujeto, como tampoco lo son las cosas objeto de las propiedades. El derecho, o los derechos, comienzan y culminan en el sujeto mismo y, faltos de una objetividad exterior que los mida o determine, los derechos constituyen facultades de los sujetos en las que no queda clara cuál es su medida o cuáles son los criterios para tal medición. Con el tiempo se imponía una solución como la de Samuel Pufendorf, cuando explicó que el *ius naturale* consiste en una *libertas ad analogiam spatii*, una libertad que, de acuerdo con el espíritu de su obra, había de ser ‘igualitaria’. Si no, ¿cómo conciliar la multitud de derechos o facultades enfrentadas? Así se llegaría, como a un dato evidente, a mantener que la misión más importante del ordenamiento jurídico, es la de mantener intactas las ‘esferas de libertad’ o *Freiheitssphären* de los individuos, cosa que hicieron los kantianos.⁴²⁸

El derecho quedó separado en cierto modo de la moral, porque ha dejado de ser la ‘cosa justa’, objeto y resultado simultáneamente de la virtud moral de la justicia. Hubiera sido muy difícil a Escoto y Gerson determinar, dentro de sus categorías escolásticas, el estatuto real u ontológico de las leyes positivas humanas. Éstas son, según ellos, creación humana, con un fin igualmente humano y terreno, no sobrenatural. Por esta razón, ellos entienden que ninguna transgresión de la ley natural o de las leyes huma-

426 Vid. la p. 252 de *op. cit.*

427 “*Dominium, est potestas propinqua assumendi res alias, ut vel alias in sui facultatem vel usum licitum, secundum jura vel leges rationabiliter institutas*”. Cfr. *Tractatus de potestate ecclesiastica...*, ed. cit., vol. II, p. 252.

428 Vid. mi estudio *La cabeza de Jano*, Cádiz, 1989, pp. 103 y ss.

nas es pecado grave, pues la ley natural y las leyes humanas no pueden servir para alcanzar un fin sobrenatural, como una pena o un premio.⁴²⁹

Conrado representa un batiborrillo de ideas populares no siempre coherentes, interesante para hacerse cargo de este problema en aquel momento histórico. El de Summerhart nos explica que él sigue la definición del *ius* que dio Gerson, a la que califica de 'magistral'; ya comienza el *Compendium* que precede a su tratado sobre los contratos, identificando el *ius* con el *dominium*. Veamos: Conrado escribe que:

existe una descripción del dominio magistralmente expresada por los maestros, según la cual el *Ius* es una potestad o una facultad adecuada (*propinqua*) que pertenece a uno según el dictamen de la primera justicia. Y por eso, el *Ius* es una potestad, o facultad, adecuada, que corresponde a cada cual según el dictamen de la recta razón. El dominio es una potestad o facultad adecuada de hacerse con una cosa (*assumendi res*) en su facultad o uso lícito, según las leyes racionalmente establecidas.⁴³⁰

En realidad, aunque usa términos distintos, no reconoce ninguna diferencia entre el *ius* y el *dominium*: "*Omnes clausulas positae in descriptione domini sunt etiam positae in descriptione juris: et hoc vel expresse, vel impliciter*".⁴³¹

En esta equiparación entre *ius* y *dominium*, que hace que el *ius* se conciba como una facultad libre para todos los usos permitidos por la ley, debió jugar una función importante la noción medieval del '*dominium*'. Hoy entendemos que dominio significa lo mismo que derecho de propiedad, pero en la baja Edad Media *dominium* significaba más bien cualquier sujeción jurídica de un hombre a otro.⁴³² De ahí que se hablara del *dominium episcopi*, etcétera. Pero en esta equiparación, Conrado avanza hacia

429 "*Nulla transgressio Legis naturalis aut humanae, ut naturalis est vel humana, est de facto peccatum mortale... quia lex naturalis et humana, ut tales sunt, non possunt attingere ad cognitionem aeternitatis in poena vel praemio; non ergo seruntur ad finem talem supernaturalem*". Cfr. *Liber de vita spirituali animae*, en el vol. III de la ed. cit., Lectio IV, corollarium primum, p. 38.

430 "*Una descriptio domini sint a magistris bene ac magistraliter positam, quibus dicit Ius est potestas, vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae. Et iterum, Ius est potestas, vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis. Dominium autem est potestas vel facultas propinqua assumendi res, alias in sui facultatem, vel usum licitum: secundum jura vel leges rationabiliter institutas*". Cfr. *De contractibus licitis atque illicitis*, Venetiis, 1580, *Compendium* inicial, quaestio 1, p. 1.

431 *Op. cit.*, p. 4, Quarta Conclusio.

432 Vid. Willomeit, "Dominium und proprietas. Zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen Literatur und neuzeitlichen Rechtswissenschaft", *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* 94 (1974), pp. 133-140.

una falta de medida en el derecho: ¿cómo conocer el alcance de nuestro *ius* o *dominium*, toda vez que el 'dominio' viene a ser una facultad o potestad *ad libitum* del sujeto? Era necesario matizar acerca del estatuto ontológico de la potestad o facultad en que consiste el derecho. Para este fin, Conrado nos explica que todo derecho o todo dominio es un 'hábito', y este hábito no termina en la cosa misma, sino que llega hasta el acto o acción que puede ejercer quien posee el *ius vel dominium* sobre esa cosa. Él propone un ejemplo: el derecho o dominio que tiene el padre sobre su hijo, y los actos de dirección que comprende. Y el derecho que cada cual tiene sobre su casa, y el derecho a tenor del cual alguien puede ejercer esos actos en la casa, es decir, entrar, salir, usar de sus cosas. De lo que se desprende que tiene 'tanto' derecho o dominio sobre esa cosa como cuantas acciones puede ejercer sobre esa misma cosa.⁴³³

Quizá pudiera pensarse que Conrado tiene a la vista las 'personas' y *officia* propios de la jurisprudencia romanista, de forma que el alcance de un derecho viene determinado por la finalidad estereotipada y socialmente reconocida que se otorga a esa persona u *officium*. Pero lo que Conrado considera no es precisamente la tipicidad de una expectativa justificada, sino la libertad o arbitrio inherente a todo derecho subjetivo. Porque prosigue explicando que "Igualmente, la libertad es una especie del derecho, y aquel derecho es el que tiene el hombre libre sobre sí mismo para hacer lo que quiera". Por lo que la Instituta define al *ius* en el párrafo 1 del "*De iure personarum*" como "la facultad natural de hacer cualquiera lo que le agrade, a no ser que se le prohíba por la violencia o por el derecho. Y así es como el hombre libre tiene derecho sobre su persona".⁴³⁴ Aparece en esta idea otro elemento interesante: la noción de *persona ut persona*, como la llamaban los juristas, que ahora es convertida en el eje del fundamento del razonamiento jurídico.

433 "Nam omne jus, atque dominium est habitudo... et haec habitudo non terminatur ad illam rem: nisi secundum aliquem actum, vel actionem, quam habens jus vel dominium habet exercere in illam, vel in illa. Exemplum, jus vel dominium quod habet pater in filium, est jus in filium secundum quod pater potest exercere actus correctionis in filium, et actus directionis circa eundem. Et jus, quod habes quis in domo sua, et jus secundum quod tale potest exercere illos actus in domo, scilicet ingredi, egredi et res suas inferre. Unde tantum quisque habet juris vel domini in aliquam rem: quantum actionis licet sibi exercere circa rem". Cfr. *De contractibus...*, cit., p. 4.

434 "Similiter libertas est quaedam species juris, et illud jus habet liber in seipsum scilicet agendi quod libet. Unde diffinitur ius in *Inst. de iure personarum*, par. 1. Est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi per vi aut jure prohibeatur. Et sic liber habet jus super suam personam". Cfr. *De Contractibus...*, cit., tract. I, quaestio 1, p. 4.

El término 'persona', en el sentido jurídico-romanista, se refiere a aquella situación fijada socialmente, la de ser padre, hijo, comerciante, marido, etcétera, en la que lo que cada uno puede hacer lícitamente viene determinado por la naturaleza y fin de esa institución.⁴³⁵ Es decir, la persona jurídica no es fuente de derechos subjetivos, cuya nota fundamental es la irresponsabilidad: puede hacer lo que quiera, ejercerlo o no, ante todo. En cambio, cuando alguien reviste una 'persona jurídica', lo que puede hacer, y 'cuanto' puede hacer, es algo que viene determinado por el derecho objetivo según la finalidad de esa situación que ha sido fijada de acuerdo con lo que se persigue institucionalmente con ella. Por este hecho, a todo padre, por el simple hecho de serlo, le son lícitas una serie de conductas sin necesidad de haberlas convenido previamente con los hijos, o con la familia, y sin necesidad tampoco de estar expresamente contempladas en las leyes pertinentes. Y por este mismo hecho, todo padre o tutor tiene una serie de obligaciones y capacidades por el hecho de ser tal. Para designar estas situaciones en las que un ser humano se encuentra *objetivamente* vinculado, los romanos usaron el término de '*officium*'. En el *officium* apenas existen derechos, en el sentido de derechos subjetivos; más bien existen 'competencias', en las que casi nunca queda muy claro dónde comienza el deber y dónde acaba el derecho.

En la *jurisprudencia*, el término *persona* no era usado para indicar todas las posibles relaciones jurídicas, sino sólo las más fundamentales del ser humano, normalmente pertenecientes al derecho de familia. Naturalmente, todo es cambiado de raíz si en lugar de partir desde la persona en sentido jurídico, se hace arrancar el razonamiento desde la '*persona ut persona*', que fue definida por Boecio como "el ser individual de naturaleza racional", y que actualmente llaman algunos persona 'filosófica' para diferenciarla de la 'persona jurídica' romanista en la filosofía práctica. Buena parte de las transformaciones que sufrió la *jurisprudencia* desde su etapa romanista a su era moderna consistió en prescindir de la persona jurídica que, con sus objetividades aparecía como odiosa, y situar en su lugar la 'persona' sin más. Quizá entendieron que así se hacía un planteamiento de los derechos y deberes más humano, más *personalista*. Pero describiendo o normando de tal modo a la realidad jurídica, se plantea un

435 Las explicaciones más completas que encuentro sobre la noción de 'persona' en este sentido, son las de Austin, en *Lectures...*, cit., vol. I, pp. 274 y 275, y vol. II, pp. 700-728. Igualmente son de calidad las explicaciones de Carleton Kemp Allen en *Legal duties and other essays in jurisprudence*, Oxford, 1931, pp. 30-106.

problema serio: el contenido jurídico de la *persona ut persona* consistiría precisamente en no tener ningún contenido ‘determinado’: Esta persona únicamente se manifiesta mediante su voluntad indeterminable heterónomamente. De ahí que Conrado proponga como arquetipo del derecho la libertad que cada hombre libre posee su propia persona.

Conrado de Summerhart explicita más esta tesis cuando explica que:

Hay que decir, como lo hizo Juan de Gerson, que es más conveniente situar a la facultad (en la medida en que se deriva del *fas*) como el género, y no a la potestad... Pues el que un hombre tenga facultad en una cosa no quiere decir sino que tiene potestad de hacer en esa cosa... Así pues, la facultad, ya que se deriva del *fas*, connota licencia (*licere*). En cambio, tener potestad en alguna cosa denota poder hacer algo en esa cosa, pero sin especificar si es lícito o ilícito, como cuando decimos que el ladrón puede matar.⁴³⁶

Y así, concluye Conrado, la potestad que corresponde a alguien según el dictamen de la primera justicia, no es más que una facultad de hacer algo lícitamente.⁴³⁷ Poco antes ha indicado que *jus formaliter est potestas vel facultas, quod patet*.

Pero no toda ‘potestad del alma’ —como él la llama— es ya un derecho. Pues puede suceder, explica Conrado, que se trate materialmente o fundamentalmente de la realidad de un acto del alma elictiva (o de un acto elictivo del alma), en donde la potencia del alma es una realidad absoluta, y no una relación.⁴³⁸ Traduciendo esta idea al castellano actual, parece que Conrado quiere decir que no todo acto de voluntad del ser humano <del alma> es sin más un derecho. Para que pueda hablarse de ‘derecho’ se requiere una especial relación entre la voluntad y la cosa: “De otro modo, por sí misma y por su significado. Entonces, así, es un hábito del alma fundado en tal realidad, que es el hábito desde el alma al objeto, y así la potencia es una *relación*”.⁴³⁹ Las categorías filosóficas de

436 “*Dicendum, ut placuit Joanni a Gersona, quod convenientius ponitur a facultas (prout a fas derivetur) pro genere... Nam hominem habens facultatem in aliqua re, est eum habere potestatem agendi aliquid in illam rem, vel in illa re... facultas enim, ut a fas derivatur, connotat licere. Potestatem autem habere in aliqua rem denotat posse agere aliquid in illa re: sed sive licite sive illicite... quomodo dicimus latro possit occidere*”. Cfr. *De contractibus...*, cit., tractatus I, quaestio 1.

437 “*Potestas autem secundum dictamen primae justitiae alicui conveniens est potestas licite agendi aliquid*”. Cfr. *ibidem*.

438 “*Potentia, seu potestas animae capitur dupliciter. Uno modo materialiter sive fundamentaliter pro realitate animae elictiva actuum, quomodo potentiae animae est res absoluta, et non relatio: quoniam relatio non est entitas elictiva*”. Cfr. *De Contractibus...*, cit., tractatus I, quaestio 1.

439 “*Alio modo formaliter et pro per se significato. Et sic habitudo animae fundata in tali realitate, quam habitudinem habet anima ad obiectum, et sic potentia est relatio*”. Cfr. *ibidem*.

la baja escolástica ayudaron a precisar la definición del derecho. Éste no era ya la misma cosa debida, pero tampoco lo constituía, sin más ni más, cualquier deseo del agente: había de consistir en una 'relación' entre el agente y la cosa, y a esta relación Conrado la caracteriza como un 'hábito'.⁴⁴⁰

Por los mismos años que Conrado, otro escolar de París, John Mayr, precisaba más la exposición del problema: "Según los principios reales de la metafísica hay que enseñar que el derecho es fundamentalmente la cosa poseída".⁴⁴¹ Pero, sigue enseñando Mayr, "Formalmente es un hábito o relación del mismo poseedor con la cosa poseída".⁴⁴² Le mueve a pensar así el hecho de que —según él— el dominio es el derecho de tener, de poseer y de usar alguna cosa según el propio gusto, si no existe alguna limitación por la ley positiva".⁴⁴³ Notemos que define simultáneamente al *ius* y al *dominium*. Este *ius*, facultad, dominio o potestad no puede consistir en la misma cosa, pues esto sería absurdo: "El dominio de la cosa, o es la misma cosa, o es el posidente de la cosa... Valga esta proposición: yo tengo el dominio de este caballo: esto equivale a: yo soy el dueño de este caballo; y esto se dice con más propiedad que no decir que el caballo es mi propiedad o dominio".⁴⁴⁴

Temo que Mayr, igual que Conrado, no ha entendido a los juristas: éstos no mantenían que el derecho mismo consistiera 'en el' caballo. Más bien parece que los juristas querían indicar, y así lo entendían Tomás de Aquino y sus discípulos más directos como Vitoria o Soto, que 'el derecho mismo' de ser padre consistía *en* el hecho de ser padre, de forma que desde este hecho se podían determinar con cierta precisión las competencias de padres e hijos. Porque 'ser padre' no es un *hecho* más de la naturaleza: la paternidad es, cultural, social y jurídicamente, una acción con un sentido, con un fin. De ahí la importancia decisiva que Tomás otorga al fin en la caracterización de la ley: sin fines no puede haber leyes ni

440 "Ita hic non debet capi potestas, vel facultas in descriptione juris et domini pro aliqua absoluta entitate... quia jus et dominium sunt relationes: sed debet capi pro habitudine, ut dictum est". Cfr. *ibidem*.

441 "Sequendo principia realium in Metaphysica descendum est quod ius fundamentaliter est res possessa". Cfr. *Quartum Sententiarum quaestiones utilissimae*, París, 1521, questio 15, fol. 76, en el dorso.

442 "Formaliter aut est habitudo seu relatio ipsius possidentis ad rem possessam". Cfr. *ibidem*.

443 "Dominium est jus habendi, possidendi et utendi aliqua res proprio libito si no fuerit limitatio aliunde per legem positivam". Cfr. *ibidem*.

444 "quod dominium rei vel est ipsa res vel rem ipsam possidens... Et sic ista propositio: ego habeo dominium hujus equi: ego sum dominus hujus equi: et illud est magis proprie dictum quod dicere equum esse proprietatem meam vel dominium". Cfr. *Quartum Sententiarum...*, cit., q. 15, fol. 73, al dorso.

derechos. De ahí también el brocardo romano: "*Ex facto oritur jus*", que viene a indicar que 'desde el *hecho*' comienza, y sólo comienza (*oritur*) a diseñarse el contenido de los derechos. El fin al que tiende la institución de la paternidad (que eso es el *hecho* jurídicamente relevante de la paternidad), que se concreta en expectativas tipificadas, proporciona la medida y el alcance de los derechos y deberes. Pero si la paternidad se considera, ante todo o exclusivamente, como una *relatio* entre padre e hijo, o si la propiedad se considera como una relación entre propietario y cosa poseída, entonces esta explicación que se fundamenta en la "relación", sin dejar de ser verdad, no explica la verdad jurídica de la paternidad ni de la propiedad. Porque no alude al fin por el que existe, y el fin es tanto la causa que le lleva a la existencia como su medida permanente.

Indicar que se trata de una relación *específicamente* jurídica porque se ha construido según el esquema del *dominium* como propiedad, sigue planteando los problemas aludidos. Porque, en tal caso, como toda facultad *connotat licere*, según estos autores, la relación del padre o del propietario sólo puede consistir en la exteriorización sin trabas de la voluntad de quien lleva el protagonismo en la relación jurídica. Y ni la paternidad, ni tampoco en principio el derecho de propiedad, consisten en cotos de arbitrariedad para sus titulares. Tenía razón Michel Villey cuando denunciaba que "No se veía más que cosas debidas (*res debitae*), personas obligadas: he aquí que de la relación misma, del vínculo del derecho, se va a hacer una cosa en sí".⁴⁴⁵

A veces se acusa a los estudiosos que tienen en cuenta el criterio del *medium rei* de 'cosificar' las posibilidades de hacer de las personas libres. Pero quizá fueron estos otros autores, con su insistencia en las prerrogativas de las 'personas', las que reificaron las relaciones jurídicas. Porque éstas cobraron una vida propia cuando obtuvieron su estatuto filosófico u ontológico de 'hábito' o de 'relación' (entendida en este último sentido expuesto) al margen del significado de las 'personas jurídicas', y así las relaciones e instituciones jurídicas pasaron a existir en un mundo 'lógico', distinto del mundo propiamente humano. Así se explica que cuando esta mentalidad alcanzara su madurez, cosa que no sucede hasta el siglo XIX, los juristas desarrollaran una terminología extraña en la que aludían a la 'naturaleza jurídica' de los institutos, o a la 'jurisprudencia de con-

445 *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Universidad Católica de Valparaíso (Chile), 1976, p. 86.

ceptos' con su inevitable 'genealogía de los conceptos'. Entonces la ciencia jurídica, a fuer de insistir en la independencia de la *persona*, se vuelve peligrosa para el hombre cuando ha desvinculado la relación jurídica del ser humano por concebir a estas relaciones como un hábito o una relación con sustantividad propia. Era más humana la jurisprudencia romanista cuando entendía que el 'derecho' no era una cosa ajena a aquello mismo que se debía a otra persona.

3. *Los tópicos se reúnen*

Estos autores fueron lanzando incitaciones para la explicación de la realidad jurídica, y sus propuestas no cayeron en saco roto. Ya he aludido a cómo incluso los seguidores más fieles del espíritu tomista, como eran Vitoria y Soto, se encontraban influidos por las explicaciones de los maestros de París, hasta el punto que se podría explicar, si tomamos algunos textos aislados de su contexto, que Soto o Vitoria ya representaron una mentalidad moderna frente al espíritu medieval.

Hoy sabemos que la segunda escolástica ejerció una fuerte influencia en la formación del pensamiento jurídico moderno. Todas estas elaboradas construcciones filosóficas con materiales jurídicos, tales como las de entender el derecho como un 'hábito' o relación, proponer que entendamos la manifestación originaria y fundamental del derecho al modo del dominio que cada ser humano posee sobre su propio cuerpo, que el derecho natural existe necesariamente *a priori*, con independencia de las circunstancias sociales, históricas, etcétera, pasaron a través del siglo XVI gracias a la ayuda de algunos pensadores españoles, muy citados por Grocio y por otros autores importantes de la primera mitad del siglo XVII. No nos engañemos, sin embargo, acerca del alcance de esta influencia: los escolásticos españoles siguen aún bajo la idea de una 'facultad' que para existir necesita normalmente de una ley previa,⁴⁴⁶ aunque su manifestación primera sea la de facultad o *licentia*. El *ius* como libertad o licencia originaria y absoluta, únicamente aparece por primera vez con Hobbes, ya que Grocio, aunque expresa la tesis de la '*qualitas moralis personae competens*', no acabó de ser coherente con ella. Y Pufendorf hizo que esta noción hobbesiana fuera operativa en la filosofía jurídica.

446 Vid. Beuchot, *Derechos humanos...*, cit., p. 37.

Hugo Grocio permanece rodeado de una cierta nebulosa en este punto fundamental.⁴⁴⁷

Entre los teólogos que integran la Segunda Escolástica hay autores más conocidos, que ejercieron más influencia en la posteridad, y otros que han pasado más desapercibidos. Tras la primera generación de escolásticos, los dominicos que introdujeron la *Suma teológica* de Tomás de Aquino como libro de texto universitario, vienen los agustinos, fundamentalmente Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón. Y los más conocidos fueron los de finales del siglo XVI y comienzos del siglo siguiente, los que integran la generación de jesuitas, fundamentalmente Luis de Molina, Gabriel Vázquez de Belmonte y Francisco Suárez. No sería empresa sensata, sino más bien *naïv*, intentar exponer ahora el pensamiento filosófico-jurídico de Molina y de Suárez. Por este motivo, es preferible centrar algunos tiros en un par de puntos del “*De justitia et jure*” de Luis de Molina.

Molina reúne ejemplarmente los tópicos a los que he aludido anteriormente a propósito de Escoto, Gerson, Conrado o Mayr.⁴⁴⁸ “Explicaré esta parte de la definición de modo que se haga la luz paulatinamente... la facultad que todos tienen *ex natura rei* para usar sus cosas, para comer su propia comida, para vestir los vestidos que son suyos... esto es el derecho tal como quiero referirme a él”.⁴⁴⁹ Notemos el cambio de tono respecto a los juristas del *jus commune*: Molina habla con una seguridad que hubiera dejado algo atónito a un glosador como Acursio o a un comentador como Bartolo: para indicar que todos pueden usar sus cosas o consumir sus bienes consumibles, el jesuita habla de una ‘*facultad ex natura rei*’,⁴⁵⁰ con lo

447 Vid. Megías, J. J., “De la facultad moral a la cualidad moral”, *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992), pp. 342 y ss. Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, 1987, pp. 262 y ss.

448 A. Dufour nos indica que “*Dans cette perspective renouvatrice du droit naturel, ouvert tant à l'historicité qu'à la spécificité 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 posés de manière significative par le grand apologiste de la liberté humaine... Luis de Molina*”. Cfr. *Le mariage...*, cit., pp. 54 y 55.

449 “*Explicemus partes definitionis, ut res haec paulatim dilucidior fiat... Facultas, quod ex natura rei habet unusquisque, ad utendum rebus suis, ut ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem... est ius de quo modo loquimur*”. Cfr. *De justitia et jure opera omnia*, ed. de Venecia de 1614, tract. II, disputatio I.

450 Sería todo un problema discernir hasta qué punto Luis de Molina consideró que únicamente puede constituir derecho natural aquello que *siempre* es absolutamente ‘necesario’, o si más bien el pensamiento de este jesuita estaba próximo a los de los juristas coetáneos suyos, como Francisco Connanus o Gregorius Tholosanus, porque realmente él mantuvo que pertenece al *ius naturale* lo que es justo ahora, aquí. Por esta segunda interpretación se inclinaba Johann Kleinappl. Vid. su “Die Eigentumslehre Ludwig Molinas”, *Zeitschrift für Katholische Theologie* 56 (1932), p. 53. Manteniendo esta tesis, se oponía a A. Vermeersch, *Quaestiones de justitiae*, Brugis, 1901, p. 243.

que se sitúa, quizá inconscientemente, como en un plano superior al propiamente jurídico. Pues los juristas usaban más bien expresiones tales como “me parece que...”: *video, quaero, placuit, apparuit me*, etcétera, que no la rotundidad propia del criterio ‘*ex natura rei*’. Estamos ante el tono propio del que cree exponer derecho natural y no una simple explicación opinable: había pasado el tiempo de las *opiniones probabiles* en la ciencia jurídica y en las teorías más generales sobre el derecho. Es comprensible, sin embargo: Molina había contemplado la crisis de la *jurisprudencia* en el siglo XVI, y dado que él no se apoya especialmente en el derecho romano, ni pretende hacer teoría de la jurisprudencia tradicional o ‘bartolista’, pretende situar sus reflexiones en un nuevo estatuto epistemológico más propio de las *Sagradas Escrituras* (él era teólogo) que no de la argumentación jurídica. Además, debió influir bastante otro factor que menciona Beuchot: estos escolásticos traspasaron la ‘objetividad’ desde el sujeto al objeto de la conducta como reacción frente al subjetivismo de Escoto y sus discípulos.⁴⁵¹

Llega a este nuevo ‘estatuto epistemológico’ no porque razone de forma distinta a los juristas o a Tomás de Aquino: él sigue citando, como puntos de apoyo de su argumentación, a los juristas, al derecho romano, derecho canónico, etcétera. Tampoco se inscribe plenamente en la línea que he llamado ‘humanismo racionalista’: cita poco a los literatos, historiadores o filósofos de la antigüedad. Su novedad consistió ante todo en el tono dogmático que él usa y que encontraremos, a partir de ahora, en la escuela del derecho natural moderno. Este tono categórico es posible por el uso continuo de expresiones tales como *formaliter, proprie loquendo, sine dubio*, etcétera. Un simple recurso retórico, pero muy eficaz de hecho.⁴⁵²

Luis de Molina ya no razona para identificar, desde el comienzo mismo de su tratado, al derecho con el *dominium*: precisamente se refiere a categorías jurídicas que caen dentro del ‘*dominium*’ (usar las cosas *pro-*

451 *Vid. Derechos humanos... cit.*, p. 106.

452 Sobre este tema, quizá lo más sensato que escribió la modernidad es lo que expuso Baruch Spinoza, denunciado las actitudes del tipo de las de Luis de Molina: “Aquí me limitaré a decir brevemente qué entiendo por verdadero bien y, al mismo tiempo, qué es el bien supremo. Para entenderlo rectamente hay que anotar que bien y mal se dicen sólo relativamente, de tal manera que una misma cosa puede ser llamada buena o mala según las relaciones diversas que se consideran; dígase lo mismo cuando se trata de lo perfecto y lo imperfecto. En efecto, nada puede ser llamado perfecto o imperfecto si sólo se lo considera en su naturaleza misma. *Cfr. Tratado de la reforma del entendimiento*, Madrid, 1989, 12, p. 9. trad. L. Fernández y J. P. Margot.

pias, comer los alimentos *proprios*) para explicar, desde éstas, lo que es el derecho. El *ius* está dejando de ser una cualidad de las cosas y ya es decididamente una 'cualidad del sujeto': Molina hace arrancar sus consideraciones "desde aquello de lo que somos dueños, de los derechos",⁴⁵³ que nos otorgan un *ius in re*.⁴⁵⁴ El lector de su obra obtiene la impresión de que equipara muy intencionadamente los 'derechos' con los *iura in re*. Si observamos la discusión decimonónica de los ingleses que se ocupaban de la *jurisprudence*, distinguiendo los '*jura in re*', a los que calificaban de absolutos porque se pueden hacer valer contra cualquiera, frente a los derechos que son simplemente "*ad rem*",⁴⁵⁵ cuesta trabajo comprender cómo Molina, que disponía de una vasta formación jurídica, concibe los derechos a modo de títulos *absolutos*, porque alcanzan a toda la cosa y se pueden hacer valer contra todos.

El dato antropológico fundamental de su exposición quizá se encuentra en el momento en que define al derecho por la injuria: "El derecho, por tanto, como he indicado, es como la medida de la injuria, y viene contenido en la misma injuria".⁴⁵⁶ Se trata del mismo planteamiento que hacemos hoy con los derechos humanos: son derechos que no existirían si no hubiera la posibilidad de la 'injuria personal' que los aniquila, y es esta injuria la que los hace nacer. La gran innovación de Luis de Molina está en explicar, con precisión inusual, que los *iura* en que se descompone la noción genérica del *ius*, forman un solo cuerpo con la personalidad de cada individuo. Un jurista hubiera escrito que, fuera del ámbito del derecho penal, la personalidad individual fundamenta un sector más bien escaso de derechos, ya que éstos proceden más bien desde la cosa, el *officium* o persona que se considera, que no desde el sujeto, y que esta causa suya determina y concreta su medida y alcance. La regla de oro de la ju-

453 Sin embargo no erige al derecho real de propiedad en una 'facultad natural, porque él sigue —igual que los demás teólogos que integran la Segunda escolástica— la explicación romanista de la '*omnium una possessio originaria*', derogada posteriormente por el derecho de gentes.

454 "*Quia vero nihil magis nobis est devinctum, quam id, cuius sumus domini, jura, quae circa res quarum sumus domini habemus, earumdemmet rerum comparatione, in primis ac praecipue appellantur iura in re*". Cfr. *ibidem*.

455 Vid. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, 5a. ed., Londres, 1911, vol. I, pp. 40-47.

456 Este es un texto difícil de traducir para el lector actual si conservamos las categorías escolásticas. Molina nos dice que "*Jus quippe, ut dictum est, est quasi mensura injuriae, in eoque ratio injuriae est posita*". Cfr. *ibidem*. Quiere indicar que el *ius* es la misma cosa que la *injuria*, con la que comparte el mismo origen.

risprudencia romanista era, en este punto, la que expresaba el brocardo "*jus sine causa nasci non potest*".

Molina desconoce deliberadamente estas matizaciones posibles. El concibe unos derechos absolutos *ad modum dominii*, que se pueden hacer valer frente a todos. Por ser absolutos aparecen, en principio, como ilimitados. Posiblemente él mismo fue consciente de este problema, y por eso ya había definido a la justicia como "el hábito por el que los hombres son aptos para hacer cosas justas".⁴⁵⁷ "Los hombres son aptos...". Molina se propuso hacer del derecho subjetivo la manifestación primaria, fundamental y, al parecer, única del derecho: "No veo que se pueda definir más cómodamente al derecho, en esta acepción, que si decimos: es la facultad que alguien tiene de hacer, o de obtener, o de insistir en ello, o de usarla de otro modo, de forma que si le impide <ejercerla> sin legítima causa, se causa una injuria al que la tiene".⁴⁵⁸ Cuando indica "en esta acepción", no se refiere a ninguna 'especie' derivada o secundaria del derecho: se refiere al derecho mismo. Si el derecho no es una cualidad de las cosas, ¿qué es? El jesuita no afirma explícitamente que se consista en "cualidades o facultades morales del sujeto". Siguiendo la tradición que habían establecido Gerson y Conrado, Molina entiende al derecho como un hábito o relación de una persona a otra.⁴⁵⁹ Como observa Alejandro Guzmán, ya era cuestión de pocos años entender esta relación como una *qualitas moralis*.⁴⁶⁰ No parece correcto mantener, como hizo Gioele Solari, que la doctrina moderna montada sobre estas categorías filosófico-jurídicas fue un correlato del cartesianismo.⁴⁶¹ Hoy sabemos que había comenzado bastante antes, sin perjuicio de que pudiera haber sido ayudada académi-

457 "*Justitia est habitus, quo homines apti sunt ad res justas agendas*". Cfr. *De justitia...*, cit., tractatus I, disputatio 8.

458 "*Nec video posse ius in ea acceptione aliter commodius deffinire, quasi 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 habenti*". Cfr. *De justitia...*, cit., tractatus II, disputatio I, al comienzo.

459 "*Quod si quis petat, quidnam sit jus, seu facultas hactenus explicata. Respondeo, non esse aliud, quam habitudinem, seu relationem personae, a qua habetur, ad id, ad quod est alia facultas*". Cfr. *ibidem*.

460 Vid. el interesante estudio "La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (Examen crítico)", *Anuario de Filosofía Social y Jurídica* (1995), p. 153.

461 Escribía Solari que "*Il cartesianismo traendo il sapere del fondo stesso dello spirito, da alcune idee semplice e chiare in esso scolpite, offriva il mezzo di dare un nuovo fondamento al diritto oggettivo e soggettivo... La dottrina del diritto soggettivo, ossia nel linguaggio dell'epoca la teoria dei diritti innati intensi come facoltà soggettiva spettanti all'individuo, fue elaborata dai giunaturalisti sulle traccie di Cartesio*". Cfr. *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*. Parte I. "L'idea individuale", Milán-Turín-Roma, 1911, p. 8.

camente por la relevancia que Descartes concedió a las ideas 'claras y sencillas'.

En la medida en que el *ius* consiste ante todo en la libertad de cada individuo, podríamos decir que el derecho mismo fue entendido como una libertad rígida: "*Dominus enim est, quis habet aliquid suum simpliciter*".⁴⁶² Y esto es así porque Conrado, Gerson y Mayr han afirmado, escribe Molina, que el derecho no es otra cosa que una facultad cualquiera en una cosa cualquiera, y el dominio, en consecuencia, no solamente existe en los animales, como el caballo que se come el pasto, sino también en las cosas que carecen de conocimiento, como <el derecho> de los astros a iluminar, el de las cosas a estar en sus lugares propios, etcétera.⁴⁶³ Resultan patentes un par de extremos. Uno, que Molina tiene ante la vista únicamente el patrón de los derechos reales en el momento de entender el constitutivo último del derecho. Y el otro, que para él el *ius* y el *dominium*, según los ejemplos que expone, son datos *naturales* desde los que necesariamente ha de partir el razonamiento jurídico. Es decir, que el derecho modelado sobre el ejemplo del *ius in re* es el dato 'naturalmente' existente, del que depende todo el universo jurídico. El modelo para conocer lo que es el derecho es el derecho real de propiedad o, mejor expresado, según sus propias palabras, el derecho que cada ser humano posee para disponer de su propio cuerpo y acciones.⁴⁶⁴ En cierto modo, estamos otra vez ante el esquema previo a la definición ulpiniana de derecho: "*Quod natura omnia animalia docuit*". Molina parece entender subliminariamente al *ius* como la capacidad de desarrollarse cada ser según las operaciones que son 'propias' de cada cual: los caballos pastan, los astros iluminan, el hombre ejerce su libertad. El *ius* no es una realidad necesitada de justificación: es tan natural como las estrellas que brillan. *Ius seu libertas*: La '*lex*' ya aparece ante todo como una restricción necesaria,

462 *De iustitia...*, cit., tractatus II, disputatio 3, columna 33.

463 "*Jus no aliud esse quam facultatem quamcumque ad rem quamvis, dominiumque cum iure 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.*". Cfr. *ibidem*.

464 De este tema se ocupó P. Grossi. Vid. "La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica", *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milán, 1972, pp. 117-222. Sólo que Grossi, en su afán de hacer de los católicos los fundadores del capitalismo, explica que Molina fundamentó la propiedad en el derecho natural. No es así: Molina sólo fundamenta en el derecho natural el derecho a disponer libremente del propio cuerpo y de los propios actos. Vid. el *De iustitia...*, tractatus II, disputationes 3 a 20, en donde trata extensamente del derecho de propiedad. Vid. también Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia...*, cit., pp. 250 y ss.

pero en cierto modo antinatural, del *ius* o poder libre originario. Es la tesis que Javier Hervada llama de la 'libertad en general'.

Por lo demás, el jesuita sigue los carriles objetivistas y *a priori* para definir o caracterizar el derecho natural: explica que este derecho únicamente es aquel que surge '*ex natura rei*', por lo que no depende del arbitrio, tiene la misma fuerza entre todos los hombres, y desde este origen objetivo se extiende al precepto.⁴⁶⁵ Tomás de Aquino, ciertamente, tuvo en cuenta el criterio de la *natura rei*, como un criterio más, para indicar lo que era de derecho natural, y por ello indica, por ejemplo, que cuando las cosas son absolutamente necesarias, como la adecuación del varón a la hembra, esto '*est de iure naturali*'.⁴⁶⁶ Pero en modo alguno redujo el derecho natural a aquellas cosas que cada cual postula que son necesarias consideradas 'absolutamente'. Luis de Molina desarrolla una argumentación algo desconcertante, sólo inteligible desde un empeño en cierto modo secularizador.⁴⁶⁷ Efectivamente, él escribe que:

Si la obligación surge desde la naturaleza de la cosa, que es prohibida o que prohíbe, entonces es necesaria en sí, y tal es el caso de subvenir a la indigencia extrema, o de evitar aquellas cosas que en sí son ilícitas y malas, como robar, adulterar, mentir: entonces la orden o prohibición pertenece al derecho natural. Pero si la obligación no nace desde la naturaleza de la cosa... sino desde la voluntad y desde la orden del que la prohíbe... entonces pertenece al derecho positivo.⁴⁶⁸

465 El derecho natural es aquel "*cujus obligatio oritur ex natura rei de que est praeceptum, et non ex arbitrio praecipientis... vim apud omnes habet. Quo loco accipe egregium hoc discrimen inter ius naturale et positivum. Quod obligatio iusti naturalis oritur a natura objecti, indeque se diffundit in praeceptum*". Cfr. *De justitia et iure...*, cit., tractatus I, disputatio 4.

466 En *Suma teológica*, cit., II-II, q. 57, art. 3, Resp. escribe que "*Jus sive justum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri. Hoc autem potest contingere dupliciter. Uno modo, secundum absolutam sui considerationem: sicut masculus ex sui ratione habet commensurationem ad feminam...*".

467 Otto von Gierke explicaba que "*Darum waren es die eifrigsten Gegner der Reformation, insbesondere die Dominikaner und Jesuiten, welche nunmehr mit allen Waffen des Geist für ein rein weltliche Konstruktion des Staats und des Herrschaftrechts wirkten*". Cfr. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, reimpression de Scientia (Aalen), 1981, p. 65.

468 "*Regula ergo generalis ad cognoscendum, num aliquid ad jus naturale, an ad positivum pertineat, haec est. Si obligatio oritur ex natura rei, quae praecipitur vel 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 perceptio aut prohibitio pertinet ad jus naturale; si verius obligatio non oritur a natura rei quae praecipitur aut prohibetur, sed a praecepto et voluntate prohibentis... pertinet ad jus positivum*". Cfr. *De justitia et iure...*, cit., tractatus I, disputatio 4.

Esta terminología es algo misteriosa. Cualquier persona sabe que su *intellectus*, esto es, las normas primeras que forman como el fondo mismo de la conciencia, prohíben mentir o prescriben prestar ayuda al que lo necesita. Como siempre que aparece el *intellectus* o la conciencia, aparece inevitablemente el problema teológico: ¿por qué *debo* abstenerme de mentir, robar...? Molina cree evitarlo con el uso de la terminología estudiada: si la "obligación" procede *ex natura rei*... Sustancialmente se trata de la misma argumentación que usó Grocio treinta años más tarde: las cosas son buenas o malas "*per se et sua natura, seclusis aliis circumstantiis*", según la terminología escolástica. Son las mismas palabras que usaron Gerson y Conrado, a las que ya se oponía Vitoria en problemas concretos.⁴⁶⁹

Molina y Grocio no se atrevieron a razonar la tesis del universo de esencias prácticas necesarias. Posiblemente porque intuyeron que planteándolo así, como un 'hecho', era más convincente. Fue también el camino que siguió Herbert de Cherbury: el tono clásico, universal, del que expone cosas que son evidentes.⁴⁷⁰

4. Reflexiones generales

Detrás de la noción del derecho como *ius* o *facultas*, una *facultas* que está concedida por una '*lex*', salta a la vista, casi hiriéndola, una visión *normativista* del mundo humano que es nueva en la historia. La norma cobra importancia en la medida en que decae la consideración de la realidad: cuanto más aparece ésta como algo uniforme, sin relieves propios, tanto más hacen falta virtualmente unas normas que nos orienten en nuestra conducta. El hombre moderno vuelve la espalda a la realidad y quiere, en su lugar, mandatos imperativos con los que calmar sus temores. Pues

469 Sobre estas expresiones en el derecho como en la filosofía práctica, lo más ajustado a la realidad es quizá lo que expone A. Guzmán: "lo que podemos llamar hiperfilosofismo del derecho natural... penetró en los códigos y en la doctrina, o sea en la dogmática, de una manera que no habían visto penetrar la filosofía en el derecho la antigüedad romana ni la edad media. Lo curioso, y peligroso, del asunto es que esta penetración en muchos casos ha sido bajo la forma de lo que podríamos llamar filosofemas, es decir, de nociones de origen ciertamente filosófico, pero aisladas de sus contextos sistemáticos originales". Cfr. *La influencia de la filosofía en el derecho...*, cit., p. 149. Guzmán se refiere a la ciencia del derecho alemana del siglo XIX, pero este juicio se puede extender a otros momentos de la historia.

470 Dilthey, "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*, México, 1978, pp. 259-268.

proporciona mucha seguridad subjetiva actuar de acuerdo con alguna regla que, por el motivo que sea, se supone superior a nuestra voluntad.

A. La norma, ¿normativa o mensurada?

Notemos un tema importante para entender este proceso. En la mentalidad propia de la jurisprudencia romanista, la razón debe seguir, como a rastras, a una realidad que es demasiado compleja para ella; y por esta causa Tomás se cuida de no contemplar a la razón como una realidad o mecanismo *único*: no existe 'la razón', sino las razones, esas extrañas y en el fondo incognoscibles capacidades del ser humano para captar lo que es diverso. En consecuencia, como la ciencia trata tanto de cosas que son necesarias, como de cosas contingentes, la potencia humana que capta o conoce estas cosas de naturaleza distinta ha de consistir ella misma en un agregado de facultades de distinta índole. Por ello, Tomás se refiere expresamente a varios tipos de 'razones' que trabajan en el hombre: "*Unde oportet quod ratio prudentiae ex duplici intellectu procedat*". Una razón se ocuparía del conocimiento exacto, puramente teórico, y otro tipo de razón humana haría posible el conocimiento práctico sobre las cosas contingentes.⁴⁷¹ Tomás de Aquino no deja de lado el problema de modo que, ante una dificultad, se limite a hacer un distingo. Simplemente sucede que él percibe la prodigiosa multiplicidad de lo real, una riqueza que se mueve en distintos planos ontológicos, que el ser humano no puede captar con su sola razón: de ahí el nombre algo equívoco de 'razón' para hablar de una potencia cognoscitiva que se ha de descomponer inicialmente en *ratio* e *intellectus* y que, ante el problemas de las cosas singulares y contingentes, se descompone, otra vez, en teórica y práctica. Demasiadas divisiones para ser creíble: la potencia humana que genéricamente se llama razón, es como un caleidoscopio que continuamente va adoptando las *formas* necesarias para cumplir con su cometido, que es dar cuenta de la realidad: la realidad que ha de ser conocida, o la realidad que ha de ser realizada.

471 "*Ad primum dicendum quod ratio prudentiae terminatur, sicut ad conclusionem quandam ad particulare operabile, ad quod applicat universalem cognitionem... Conclusio autem singularia syllogizatur ex universali propositione. Unde oportet quod ratio prudentiae ex duplici intellectu procedat. Quorum unus qui est cognoscitivus universalium. Quod pertinet ad intellectum qui ponitur virtus intellectualis: Quia naturaliter nobis cognita sunt non solum universalia speculativa, sed etiam practica... Alium autem intellectus est qui, ut dicitur in VI Ethic., est cognoscitivus extremi, idest alicujus primi singularis et contingentis operabilis, propositionis scilicet minoris, quam oportet esse singularem in syllogismo prudentiae... Unde intellectus qui ponitur pars prudentiae est quaedam recta aestimatio de aliquo particulari fine". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 49, art. 2.*

Uno de los postulados básicos de la filosofía moderna es el de la afirmación de la razón como una realidad de naturaleza unitaria, de la que es portador el hombre. El primer gran alegato en este sentido fue el que realizó Hobbes: para él la razón no depende en modo alguno de 'las cosas: únicamente es una potencia humana que consiste sólo en la facultad de hacer cálculos aritméticos.⁴⁷² Como a la aritmética se le escapan las 'cualidades', puesto que solamente puede trabajar con magnitudes de igual naturaleza, las 'cualidades secundarias' no pueden entrar en la consideración científica. Estamos, otra vez, ante la *res extensa* cartesiana, susceptible de ser medida según solamente número y figura. Y postularon que éste es el único conocimiento serio que podemos obtener sobre la realidad. Es decir, la filosofía de la Edad Moderna buscó ante todo, de forma muy intuitiva, lo que podríamos llamar un monismo epistemológico: la realidad objeto del conocimiento sería una e igual en sus manifestaciones, y la potencia o facultad del hombre que conoce y elabora estos fenómenos sería un *instrumento* siempre igual a sí mismo. Parecen entender que "la razón" humana sería algo así como autoportante: ella existe por sí y se da a sí misma sus propias leyes. Hombre y naturaleza quedan, de este modo, enfrentados: el hombre moderno malinterpreta el mandato del Génesis ("dominad la tierra"), y se contempla él a sí mismo en el mundo como un conquistador de horizontes nuevos. Quizá perdió de vista que él, con su razón, no es sino una pequeña faceta de lo que ya existe. Obviamente, si queremos estudiar la mentalidad que hizo posible el derecho romano, de un lado, y de otro la mentalidad que niega su valor en la Edad Moderna, hay que referirse a este cambio de perspectiva en la contemplación de las relaciones hombre-mundo.

La mentalidad jurisprudencial, posiblemente por saber que su razón no era sino un destello insuficiente de la realidad, de la que obtiene sus contenidos, no sobrevaloró especialmente la potencia racional. Por esto, las declaraciones que hace Tomás de Aquino sobre la capacidad de la razón resultan algo deprimentes para quien tenga su esperanza puesta en

472 En el *Leviathan* escribe que: "For the arithmeticians teach to add and subtract in 'numbers'; so the geometricians teach the same in lines, figures... the logicians teach the same in consequences of words; adding together two names to make an affirmation, and two affirmations to make a syllogism; and many syllogisms to make a demonstration... In sum, in what matter there is plan for addition and subtraction, there also is placed for reason... For reason, in this sense, is nothing but reckoning, that is adding and subtracting, of the consequences of general names agreed upon the marking and signifying of our thoughts". Cfr. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*, Londres, 1830, p. 30. Las intensidades son de Hobbes.

encontrar un método racional de la ética y del derecho. Porque Tomás nos indica que en las conclusiones de la razón práctica —lo que usualmente llamamos derecho o moral— no podemos buscar la misma verdad o rectitud en todos los hombres,⁴⁷³ ni todos los hombres la pueden conocer igualmente. No se está refiriendo a la posibilidad de tropezarnos con inteligencias corrompidas, que no sepan distinguir lo bueno de lo malo: de este tema se ocupa expresamente algo después, e indica que en lo que se refiere ‘a la noticia’ de la razón práctica, algunos pueden tener una razón depravada.⁴⁷⁴ Tomás se está refiriendo a la pluralidad real y lícita de resultados igualmente justos según cambien ya, ahora, las circunstancias humanas o sociales. Todos entendemos fácilmente que las conclusiones de la razón práctica cambian a lo largo de la historia, pero nos resulta más difícil comprender que cambian igualmente ahora, aquí, porque varias soluciones distintas a un mismo problema pueden ser, hoy, igualmente justas. En algunos casos, basta con que los hombres sean distintos: Tomás de Aquino indica que la prudencia trata de cosas que son contingentes, *quae scilicet in ipso operante consistunt*.⁴⁷⁵

Si nos atenemos sucintamente a las obras tomistas que tratan de filosofía práctica, vemos cómo este pensamiento recalca una y otra vez que la razón humana es insegura.⁴⁷⁶ Según Tomás de Aquino, esta razón es tan poca cosa que no puede participar plenamente de la razón divina, “sino a su modo e imperfectamente”.⁴⁷⁷ Y esta falta de calidad de la razón motiva que cambie la ley natural. Notemos que Tomás se refiere ahora a la ‘ley’, no al derecho natural:⁴⁷⁸ no sirve la socorrida explicación de

473 “Quantum vero ad proprias conclusiones rationis speculativae, est eadem veritas apud omnes, non tamen aequaliter omnibus nota... Sed quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, non est eadem veritas seu rectitudo apud omnes; nec etiam apud quos est eadem, est aequaliter nota”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 4, Resp.

474 “... et etiam quantum ad notitiam; et hoc propter hoc quod aliqui habent depravatam rationem ex passione, seu ex mala consuetudine naturae”. Cfr. *ibidem*.

475 “Nam sapientia, scientia et intellectus sunt circa necessaria; ars autem et prudentia circa contingentia; sed ars circa factibilia, quae scilicet in exteriori materia, constituuntur, sicut domus... prudentia autem est circa agibilia, quae scilicet in ipso operante consistunt”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 5, resp.

476 Tomás escribe en *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3, ad 2, que “Praeterea, mensura debet esse certissima. Sed dictamen humanae rationis de rebus gerendis est incertum; secundum illud Sap. 9, 14: ‘Cogitationes mortalium timidae, et incertae providentiae nostrae’.

477 “Ad primum ergo dicendum quod ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 91, art. 3.

478 En la *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 5, escribe que “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

decir que cambia el derecho, siempre histórico en casi todo, pero que permanece la misma ley. Tampoco valdría la explicación a tenor de la cual la ley permanece, pero cambian los hombres: si el hombre es su medida para sí mismo, no se comprende cómo puede cambiar el hombre permaneciendo inalterada su medida. Soto matizó más este tema: "*Quia jus pro eo quod est justum, aequitas illa est quae in temporariis rebus constituitur, nullum est jus hoc modo aeternum: Licet sit lex aeterna*".⁴⁷⁹ Existe, efectivamente, una ley eterna, que es Dios mismo, pero la ley natural o lo justo natural no son realidades eternas: la ley o el derecho, una indeterminación querida por el mismo Soto.

Una consecuencia inmediata de esta inteligencia de la razón y de sus posibilidades, se refiere a lo que podríamos llamar la 'forma de existir' de las normas. Ya indiqué que éstas normalmente no son o existen antes de su aparente *aplicación* al caso concreto: lo que superficialmente se podría considerar como la 'materia' que es sometida a juicio, penetra en la norma tanto como ésta penetra en ella, por lo que sería muy difícil trazar una línea divisoria entre la medida y lo medido. La teoría de la geometría postula que la medida siempre trasciende aquello que ha de ser medido. Pero si tenemos en cuenta las observaciones más generales que hacen Tomás de Aquino y Domingo de Soto, aparece claro que aquello 'que es medido' suele, frecuentemente, seleccionar la medida que le ha de corresponder. Pero éste es un tema al que aludiré más adelante. Ahora interesa destacar que una consecuencia inmediata de esta alimentación de la razón desde la realidad, se nos manifiesta en el hecho de la insuficiencia del rigor (¿lógico?) para llegar a soluciones aceptables. Algo así argumentaba Francisco de Vitoria cuando se enfrentaba a una sentencia del cardenal Cayetano: se trataba de saber si era necesaria la restitución, en caso de robo, cuando la publicidad del hecho podía dañar gravemente la buena fama del ladrón. Cayetano, siguiendo la impecable lógica de la escolástica tomista,⁴⁸⁰ había mantenido que no era necesario

utilia, tam per legem divinam, quam per leges humanae. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum abstractionis, ut scilicet aliquid desinat esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem. Et quantum ad prima principia legis naturae est omnino immutabile".

479 *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 2, art. 1, p. 22.

480 Históricamente, una ha sido la realidad representada por Santo Tomás, y otra la de sus discípulos: éstos suelen seguir una lógica algo asfixiante en materias morales, que agostan la frescura de la vida. Por el contrario, los discípulos de Escoto suelen mantener opiniones más adheridas a lo que es y demanda el hombre, prescindiendo de la *impecabilidad* lógica.

restituir.⁴⁸¹ “Pero yo digo —proclama Vitoria— que tan falso es condenar a éstos universalmente, como no hacerlo. Porque hay que tener en cuenta tanto la fama como la cosa a restituir”.⁴⁸² No casan bien la lógica y el razonamiento práctico: “Pero Cayetano ha hablado muy rígidamente... Podemos mantener, con Silvestre, que si el daño del acreedor no es tan grande como el daño del deudor, entonces el deudor puede posponer el pago durante algún tiempo, siempre que pague todos sus intereses al acreedor”.⁴⁸³ Una sentencia que haría temblar la existencia misma del sistema económico capitalista.

Es decir, las exigencias del caso concreto orientan o mandan tanto como el análisis imperativamente contenido en la norma. Cuando hay polémica sobre un mismo hecho, esto indica que las normas y principios pugnan entre sí para ser aplicados a tal hecho: la inteligencia del juzgador decidirá en última instancia qué principios serán tenidos en cuenta, y cuáles serán postergados. En realidad, los principios y las normas suelen cumplir un papel más bien pasivo: están a la espera de ser llamados, ‘*in ius vocare*’. Pero no para comparecer como comparece una persona, ya acabadamente: las exigencias de justicia del problema serán las que les otorguen las facetas concretas de su personalidad y su función definitiva en la resolución del caso.

Este hecho nos hace ver, entre otras cosas, que aquella *jurisprudencia* no admitía una jerarquía rígida de normas y principios: éstos no tienen asignado un lugar permanente en ninguna ‘escala’, sino que más bien suben y bajan en esa supuesta escala según las necesidades del problema, como observamos ejemplarmente en los supuestos de ‘derogación’ del derecho natural. Por usar la terminología de Tomás de Aquino, estos principios “no tienen fuerza en sí mismos para imponerse necesariamente, sino que ellos mismos son contingentes y variables”.⁴⁸⁴ Tomás expuso claramente que la decisión mo-

481 “*De alia difficultate a qua incooperat istud praecedens dubium, quae erat an cum infamia teneatur ad restitutionem furti quando non potest restitui sine infamia, Cajetanus dicit quod non*”. Cfr. *De Justitia*, cit., vol. I, 22.

482 “*Sed ego dico quod universaliter non condemnare istos falsum est; et universaliter condemnare illos, etiam falsum est. Ideo dico quod habendus est respectu ad famam et rem restituendam*”. Cfr. *ibidem*.

483 “*Sed Cajetanus rigide loquitur, dicit enim quod si dominus incurrit novam jacturam ex detentione mea, teneor quacumque jactura mea statim reddere. Sed possumus tenere cum Silvestro, ut dictum est, quod si jactura creditoris non sit tanta sicut jactura debitoris, tunc debitor potest aliquo tempore detinere solutionem, dummodo solvat totum interessem creditoris*”. Cfr. *De Justitia*..., cit., comentario a II-II, q. 57, art. 8, 8.

484 “*Videmus autem, quod ea quae sunt in operationibus moralibus, et alia quae sunt ad hoc utilia, scilicet bona exteriora, non habeant in seipsis stans per modum necessitatis, sed omnia sunt contingentia et variabilia*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum*..., cit., p. 259.

ral no suele ser entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor, y que es difícil decidirse por unas ventajas sacrificando otras. No olvidemos lo que ya expuse páginas atrás: él mantiene que incluso en las cosas malas hay algo de bueno. La época entendió sin problemas este sacrificio inherente a toda selección, y Juan Driedo podía escribir con naturalidad que “la ley injusta es la que aporta más males que bienes”.⁴⁸⁵ Actualmente, a este sacrificarse en toda elección, algunos lo llaman ‘la contradicción’,⁴⁸⁶ y Alasdair MacIntyre alude para referirse a este hecho, a la estructura trágica de la vida humana. Tomás se percató de esta faceta trágica de la existencia del hombre, y escribió que “porque los operables son contingentes, la razón no es forzada a asentir a esto o a aquello, como sucede en los saberes demostrativos; sino que queda en la potestad del hombre el asentir a ésta o aquella parte de la contradicción”.⁴⁸⁷

En esta ‘lógica *real*’ del derecho, que poco tiene en común con lo que hoy llamamos lógica jurídica (porque ésta no es una lógica del derecho, sino de las normas, como si éstas ya *existieran* abstractamente), no debe haber lugar para los escrúpulos.⁴⁸⁸ Vitoria indica que se dice comúnmente que el derecho natural es aquel que ‘es necesario’. La razón de esta afirmación es que, tal como Aristóteles indicó en el libro I de los “Posteriores”, todo lo natural ‘es de por sí’ y, en consecuencia, todo lo que es de por sí, es necesario. “Pero hay que responder —replica Vitoria— que lo que es necesario tiene grados, esto es, es necesario en el grado en que debe ser asumido según la cualidad de la materia a que se refiere”.⁴⁸⁹

485 “*Lex iniqua est quae plus mali, quam boni affert*”. Cfr. *De libertate christiana liber*, Lovanii, 1540, p. 79.

486 Vid. mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, 1994, pp. 237-246. Ésta es una terminología que usan Schwarz-Liebermann y Trigeaud.

487 “*Uno modo in universalis, quasi speculativa quadam consideratione. Et hujusmodi iudicium de bono non consequitur aliquam specialem dispositionem, sed universalem vim rationis syllogizantis in operationibus, sicut et in his quae sunt a natura. Sed quia operabilia sunt contingentia, non cogitur ratio ad assentiendum huic vel illi, sicut accidit in demonstrativis: sed in potestate habet homo, quod assentiat uni vel alii parti contradictionis*”. In *decem libros Ethicorum...*, cit., p. 518.

488 Vitoria escribía: “*quod licet haec opinio possit teneri ad rigorem, tamen quia in rebus moralibus non oportet opiniones esse scrupulosas*”. Cfr. *De Justitia*, ed. cit., comentarios a la II-II, q. LXXVII, art. 3, 12.

489 “*Respondetur, hic non obstantibus, quod bene dicitur communiter quod jus naturale est necessarium. Et ratio est quia, sicut Aristoteles I Posteriorum dicit, omne naturale est de per se, et econtra (sic), omne de per se est necessarium. Naturale ergo est illud quod per se convenit, ut risibilitas est naturalis et rationalitas, quia per se homini adhaeret. Sic dicitur jus naturale, quia per se est jus et ex se. Et ad argumenta, respondetur quod necessarium habet gradus, id est necessariis est gradus qui debet sumi secundum qualitatem materia de qua est propositum*”. Cfr. *De Justitia*, cit., vol. I, II-II, q. 57, art. 2, 3.

Guillermo de Auxerre, que escribe pocos años que Tomás de Aquino, fue consciente de esta complejidad, y expuso que los principios, se digan que son derecho natural o no, tienen un estatuto distinto: unos se imponen siempre, porque son absolutamente inderogables; a éstos los llama 'de primera necesidad'. Otros, como es el caso de la monogamia, no siempre, y por ello Moisés permitió el divorcio: éstos son llamados 'de segunda necesidad'. Otros admiten muchas excepciones, como es el que ordena no matar, etcétera. Así aparece un abanico de principios en el que cada regla encuentra un lugar distinto según su importancia.⁴⁹⁰ Esto llevaba a James Lorimer a escribir, en el siglo XIX, que las reglas del derecho natural son "hipotéticas o contingentes".⁴⁹¹

B. *Las normas sustituyeron a los problemas*

Esta *jurisprudencia* parte desde los bienes para los hombres, los bienes humanos, y por esta razón es poco 'normativista': las normas sólo cobran relieve en la medida en que su *aplicación* es necesaria para alcanzar un bien humano. Obedecer la norma por obedecerla era algo sin sentido para esta mentalidad. Pero el proceso histórico que se desarrolló durante los siglos XV y XVI logró hacer perder de vista las conclusiones del razonamiento práctico, y el peso normativo de la argumentación se trasladó desde éstas al aparente '*initium*' del razonamiento, a las normas. Michel Bastit repara, a propósito de Francisco Suárez, que las leyes ya no están vinculadas entre sí por la jerarquía que les imprime su fin, sino por la jerarquía de sus causas respectivas, de modo que cada poder recibe de otro poder superior su capacidad de legislar,⁴⁹² y por este hecho 'obligan' las leyes.

Las exigencias *reales* de la justicia, encarnadas por los requerimientos de la *res* cuestionada, pierden relevancia. El hombre europeo de los siglos XVI y XVII, en el momento de construir una nueva ciencia del derecho que sustituya a la tradicional, deja en un segundo plano los bienes humanos, y se entrega ante todo a considerar las normas que supone

490 Vid. Lottin, O., *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, 2a. ed., Bruges, 1931, p. 36.

491 "Apart from their realisation in positive laws, the rules of natural law are merely hypothetical and contingents, depending for their concrete forms on the answers which may be given observation and experience to questions of fact..." Cfr. *The Institutes of Law* (2a. ed.), Edimburgo, 1880, p. 9.

492 "Il en découle d'ailleurs que les lois ne sont pas liées entre elles par la hiérarchie de leur fin, mais par la hiérarchie de leurs causes efficaces respectives, chaque pouvoir recevant de celui qui lui est supérieur la capacité de légiférer", *Naissance...*, cit., p. 322.

ya existentes. Lógicamente, la noción misma de *jurisprudencia*, aunque no impugnada expresamente (esto hubiera sido demasiado prematuro en el siglo XVI), desaparece de hecho,⁴⁹³ porque la jurisprudencia es un 'saber', un *scire* sobre los bienes jurídicos, como indicaba Bellapertica, en el que las normas son solamente un elemento o factor más, discriminado por los datos, a tener en cuenta. Si los tratados jurídicos de los últimos escolásticos españoles llevan el título *De Legibus*, en lugar del rótulo antiguo, *De justitia et iure*, esto fue una prueba de coherencia y sinceridad: Gabriel Vázquez o Suárez ya no parecen interesados por el derecho y la *jurisprudencia*, sino únicamente por las leyes, entendidas a modo de una manifestación de una voluntad superior.⁴⁹⁴ Parece escapárseles que el análisis del razonamiento práctico ha de comenzar simultáneamente 'desde el final', desde los objetivos a alcanzar, y desde el '*initium*', desde las normas 'aplicables'. Por esta causa, la argumentación práctica pierde su entronque con la realidad⁴⁹⁵ y, desde el momento en que la realidad ya no determina más o menos lo que es el derecho, las cosas ocupan un lugar secundario porque su puesto es ocupado por un acto de voluntad,⁴⁹⁶ que es el que crea la ley misma.

El pensamiento premoderno no ignoró en modo alguno que la voluntad es necesaria para que exista derecho, pero a esta voluntad le añadió Isidoro de Sevilla que fuera útil, racional, no opuesta al derecho natural,⁴⁹⁷ etcétera. Esta distinción entre la vertiente racional de la orden, y su no oposición al derecho natural, fue perdida de vista: desde finales del siglo XVI los teólogos católicos entenderán, más o menos implícitamente, que basta con que la ley no se oponga al derecho natural, o que desarrolle alguna exigencia de este derecho, para que ya sea racional. Con lo que se apartaron de la médula de la *jurisprudencia*. Pues no basta la voluntad de Dios, si es que se quiere tener en cuenta el derecho natural, por-

493 Vid. Bastit, *Naissance...*, cit., pp. 227 y ss.

494 J. N. Figgis entiende que los jesuitas de esta generación tomaron como ejemplo del poder político la estructura de la Iglesia católica, a la que quisieron hacer especialmente eficiente frente a los enemigos ya consolidados. Vid. *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge, 1956, pp. 32 y 33.

495 Vid. Bastit, *Naissance...*, cit., p. 185, a propósito de Escoto.

496 Bastit escribe que "*Chaque loi, telles les formes que la raison décupe dans le monde des essences, est une réalité séparée et surtout séparée de la chose... Le mépris des choses, où cette impuissance des choses, conduit à établir l'origine de la loi dans une autre faculté que celle qui met en rapport avec les choses, c'est-à-dire dans la volonté*". Cfr. *Naissance...*, cit., p. 186.

497 Vid. *Etimologías*, Madrid, 1951, I, II, cap. 10.

que la orden o ley únicamente ordena los actos que hay que realizar, pero en modo alguno determina su entero alcance, su contenido concreto.⁴⁹⁸

Siendo así las cosas, ¿cómo explicar el deber sobre el que se fundamenta y construye lo jurídico? Porque hasta ahora, como hace notar Bastit, “hay una obligación, pero se trata de la obligación de alcanzar lo que es un bien. La atracción propia del bien mismo es la fuente <de la obligación> de la ley”.⁴⁹⁹ La obligación es, pues, *real*, y por este hecho vincula intersubjetivamente, porque como hace decir Platón a Sócrates, el bien, cuando se manifiesta, es común para todos. Y el tema se agrava porque este voluntarismo, en su falta de análisis de la realidad, la contempla como un todo opaco y amorfo, sólo considera una única voluntad,⁵⁰⁰ que se postula que es la misma en Dios que en los hombres. Por este camino, el deber jurídico y moral se diluyen en la fuerza, la fuerza más potente de Dios o del superior político.⁵⁰¹ Como el deber no puede fundamentarse siempre en la fuerza, es posible aventurar que las tesis de estos autores salieron ya derrotadas cuando publicaron sus libros o hicieron pública su enseñanza: porque una explicación tan endeble no puede sostenerse mucho tiempo,⁵⁰² y fue Kant quien mostró su inconsistencia.

A partir de ahora, perdidas de vista las cosas, que suelen ser cotidianamente nuestra gran garantía de justicia,⁵⁰³ la relación jurídica sólo contemplará dos voluntades enfrentadas que deben ser juzgadas de acuerdo con la ley,⁵⁰⁴ cosa francamente difícil una vez que el objeto a juzgar ya no

498 Bastit indica que “*Malgré la proximité de leurs objets, la loi et le droit restent donc très différents. La loi porte sur de catégories d’actes même lorsqu’elle énonce l’obligation de réaliser d’actes de justice... mais elle ne porte pas sur la détermination de l’objet tout à fait concret de ces actes, domaine propre du droit qui attribue à chacun des choses extérieures*”. Cfr. *Naissance...*, cit., p. 165.

499 “*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*”. Cfr. *Naissance...*, cit., p. 59.

500 Cfr. Bastit, *Naissance...*, cit., p. 268.

501 *Idem*, p. 351.

502 Sobre las aventuras y peripecias de esta noción del deber en la modernidad, *vid.* mi estudio “Deber y fuerza: la modernidad y el tema del deber jurídico”, *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 151-181. Un estudio más conocido es el Hans-Ludwig Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudie zu seiner Geschichte*, Berlín, 1966. Para conocer el estado de la cuestión el siglo XIX centroeuropeo, el lector dispone de la obra de Kelsen, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1923, pp. 311-378. Para conocer algunos problemas que originó esta noción imperativista del deber en la *jurisprudence* inglesa del siglo XIX, *vid.* mi estudio “Dos horas de teoría del derecho”, *Persona y Derecho*, 32 (1995).

503 Sobre este punto, *vid.* mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, cit., pp. 41-45.

504 *Vid.* Bastit, *Naissance...*, cit., p. 230. Sobre la génesis histórico-filosófica de esta noción de ‘relación’ jurídica como derechos subjetivos enfrentados, *vid.* Guzmán, A., *La influencia de la filosofía en el derecho...*, cit., parte IV.

entronca con el contenido de la norma jurídica, que no se puede limitar a dar fuerza coactiva a las voluntades: no todo el derecho es derecho de contratos, y aun en esta rama del derecho, el *ius cogens* juega una función importante. Como únicamente existen voluntades, las leyes mismas sólo pueden surgir desde las voluntades, sin más *límites* que los que determina la ley natural. De este modo, 'las cosas' ya no son posibilitantes ni crean los cauces que hacen posible la argumentación jurídica o moral: las cosas o la realidad es vista más bien como un tope o límite, siempre una realidad *odiosa*, pero que, como expusieron Hobbes y Pufendorf, es necesaria para poder coexistir. Cualquier orden práctico adquiere un carácter limitativo y negativo, pues su misión es sólo la de *reprimir* las voluntades, especialmente las de los más fuertes: entonces entramos en el juego típicamente moderno, el propio de la ideología liberal, que contempla primero un *ius* que habilita, para hablar a continuación de una *lex*, que restringe.

C. Las autoridades se impusieron al análisis

Este proceso a que he aludido se desarrolló según una dinámica relativamente clara: aplicaron al derecho lo que constituía la receta universal de la ciencia moderna, o del 'método científico'. Este método requería ante todo simplificación, tanto de la 'materia' estudiada como de los procedimientos epistemológicos, y a partir del siglo XVII simplificaron concienzudamente ambas cosas. Además, se presentaban otras tareas colaterales a las que servía este método, fundamentalmente el comienzo de la secularización de la cultura y la construcción doctrinal de la base doctrinal de la incipiente teoría del Estado. Esta nueva forma de convivencia, la estatal, requería unificar las fuentes del derecho, hasta dejarlas reducidas a una sola.

Podemos entender más o menos convencionalmente, pero con cierta precisión, que la antigüedad en el derecho llega hasta el siglo XVII: hasta Hobbes. Éste es el momento que niega la existencia del *intellectus* y solamente se admite una función de la razón como geométrica o mecánica. A consecuencia de esta reducción, la *auctoritas* ya no será por más tiempo una capacidad separada de la *potestas*: el Estado impone sus leyes como criterio único del derecho porque es la instancia más fuerte. Los teólogos y, en general los católicos, pretendieron limitar el poder del Estado mediante la apelación al derecho natural. Pero una vez que se había perdido de vista doctrinalmente que la ley, el dictamen o sentencia había de ser

racional, la apelación a este derecho natural no pasaba de ser una incongruencia. Con razón se podría decir que si no se admite lo más, no hay por qué admitir lo menos. Si la ley ya no ha de ser racional, porque toda la modernidad postula que el contenido de las leyes no es sino simple arbitrio, no hay por qué admitir ese postulado religioso de un derecho natural de origen divino. Ciertamente, la Ilustración fue sensista y materialista: pero estos autores que estudiamos ahora habían puesto las bases para que la secularización fuese, al menos potencialmente, un derecho exigible.

Para cumplir este desarrollo, era precisa una simplificación de las bases de la filosofía o teoría jurídica. Esas diversas dimensiones de la razón a la que aludieron algunos teólogos, hacían aparecer como varias 'razones' diferentes en el hombre; y en un momento en el que la tendencia a la unidad y la uniformidad eran banderas con éxito, referirse a varias razones constituía de suyo una presentación desprestigianete. Además, era necesario comenzar por el final: como la pluralidad de razones era una consecuencia de los distintos estatutos ontológicos y epistemológicos de las cosas tal como se nos presentan, se impuso perentoriamente presentar una sola realidad, esa *res extensa* cartesiana que se caracteriza ante todo porque es aquello que opone resistencia al esfuerzo inteligente.

Escoto, Gerson y Conrado impusieron, ante todo, una noción única de ley. Si leemos entre líneas a los juristas anteriores, las cosas no eran así: el derecho natural, el derecho de gentes y el derecho civil tenían en común la palabra derecho, pero constituían realidades demasiado heterogéneas como para considerarlas especies de un mismo género. Lo mismo sucede con la tripartición teológica de la ley eterna, ley natural y ley positiva humana. Había que darles algún nombre, y recibieron el de 'leyes', pero esto no prejuzgaba una identidad, porque una cosa era el nombre, y otra la realidad.⁵⁰⁵ Podríamos pensar, con categorías algo escolásticas, que lo que hicieron estos escolares para cambiar la jurisprudencia tradicional, fue aplicar una 'forma' única a realidades distintas y de este modo, fundamentados en el sonido mismo de las palabras, toda ley se entendió a modo de un acto de voluntad emanado de un superior.

La empresa paralela fue la de buscar una noción del mundo humano, unas categorías antropológicas que no permitieran que la complejidad de

505 Tomás escribe en *In decem libros Ethicorum...*, cit., p. 1812 que "*Quaestio ista... magis pertinet ad nomen quam ad rei veritatem*". Bastit hace notar que Tomás de Aquino trata a la ley divina en un lugar aparte de la ley humana. *Vid. Naissance...*, cit., p. 77.

la realidad estorbara la simplicidad del saber. Para lograr esta empresa fue necesario desvalorizar las realidades más propiamente humanas, presentándolas como una mal necesario. En este sentido, Gerson estableció que el poder político es creación humana, motivada por el pecado.⁵⁰⁶ Conrado explicaba que el *dominium naturale* fue concedido por Dios a nuestros primeros padres; pero, perdida por el pecado la ‘justicia primera’, perdieron igualmente aquel *dominium*. El dominio que existe ahora es creación humana.⁵⁰⁷ John Mayr explicó también muy claramente que el ‘*dominium civile sive politicum*’ ha sido introducido con ocasión del pecado.⁵⁰⁸ Se trata de realidades ‘solamente humanas’, sin trascendencia para la vida superior del hombre, realidades que existen como explica Mayr, “*servata vel non servata charitate*”.

Fue lógico que Domingo de Soto se opusiera expresamente a Gerson. Soto mantenía que las leyes de origen humano obligaban en conciencia a su cumplimiento no sólo por su contenido, por derivarlo de la ley natural, sino sobre todo por la voluntad del legislador que las ha dictado. Pues el poder político es ‘natural’, esto es, no es una creación humana arbitraria de la que podamos prescindir, sino en cierto modo ordenación divina.⁵⁰⁹ Cada cual a su modo, los escolásticos aristotélicos explicaron que toda ley era, antes que nada, una ordenación racional, ‘algo de la razón’.⁵¹⁰ En cambio, para estos otros escolares, las cosas no son buenas o malas, no son especialmente racionales o irracionales, sino que simplemente ‘están ahí’ y únicamente serán buenas (otro concepto de bondad, esta vez unívoco), cuando sirvan a alguna *utilidad*. El problema residía, ahora, en saber qué era lo útil.

Bastit explica a este respecto que:

506 Vid. su *Liber de vita spirituali animae*, en el vol. III de la edición citada, especialmente las páginas 31-40. Lo mismo, referido a cualquier tipo de *dominium*, en el *Tractatus de potestate ecclesiastica*, en el mismo volumen de la ed. cit., p. 252.

507 “*Dominium originale etiam dupliciter describitur. Primo sic. Est dominium secundum leges originaliter, et subintelligitur, conveniens alicui, supple ei, qui est, vel esset in originale justitia. Secundum sic. Est donum dei, quo natura rationalis jus habet immediate a deo assumere alias res inferiores in suum usum... Exemplum, quando primi parentes habuerunt originalem justitiam, ratione illius justitiae conveniebat eis jus edendi de omni ligno paradisi, dempto ligno scientia boni et mali*”. Cfr. *De contractibus...*, cit., tractatus I, quaestio 2, p. 6.

508 “*Dominium civile sive politicum est dominium occasione peccati introductum et propter leges civiles acquisitum: retinibile et abdicabilia: servata vel no servata charitate*”. Cfr. *Quartum Sententiarum quaestiones utilissimae*, París, 1521, p. 74.

509 Vid. su *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 6, art. 4, p. 52 del primer volumen de esta edición.

510 Así, por ejemplo, Tomás de Aquino, en *Suma teológica*, I-II, q. 90, art. 1. Domingo de Soto, *De justitia...*, cit., l. I, q. 1, art. 1, p. 8.

La división de Occam responde a la objeción de los tomistas, según los cuales la cosa posee una naturaleza que es la que le otorga valor... A esta concepción opuso Occam otra según la cual la cosa es en sí indiferente, ella no es más que un hecho bruto, sin valor. Sobre este hecho bruto es posible, e incluso necesario, para salir de la indiferencia, llamar a un discurso exterior que es el que viene a dar un sentido a la cosa.⁵¹¹

El derecho humano carece, por tanto, de valor: en el plano jurídico esto implica que nada es justo o injusto examinando las relaciones existentes. Hay que esperar a un segundo momento en el que comprobamos si algo es útil o inútil. Y aquí se plantea uno de los nudos que esta modernidad jurídica no ha sabido deshacer aún: esta *utilidad* nueva, distinta de la *utilitas* de la jurisprudencia, es una utilidad separada de la praxis humana, porque con ella se busca hacer realidad unos bienes exteriores al mismo hombre, bienes 'transitivos' como toda obra poética. Así salimos del campo de la *praxis*, de la moral: cualquiera está en su derecho de preguntarse ¿Por qué tengo el *deber* de hacer realidad esa utilidad? Porque este nuevo concepto de utilidad, al perseguir unos bienes exteriores al hombre, es, en buena medida, una utilidad sin finalidad propiamente humana.

El proceso de simplificación de la realidad práctica humana ya estaba consumado a finales del siglo XVI. Bastit indica que Escoto se negó a situarse en el mismo plano que los seres, en la plenitud de la existencia, para considerarlos en su concepto. Se situó para ello en un plano formal, en donde la consideración filosófica es la misma para todos, desconociendo la pluralidad: solamente conoce un ser común que progresivamente se va haciendo más determinado.⁵¹² De esta *reducción* de la realidad, sólo resulta un ser uniforme que suscita una ley igualmente uniforme.⁵¹³ La noción de ley quedó reducida, del mismo modo. Propusieron un esquema abstracto en el que cada ley se identifica solamente por su diferenciación respecto del concepto común.⁵¹⁴ Así alcanzaron una única noción de voluntad, una única noción de bien, y un único concepto de ley.

Es decir, la impotencia de la realidad llevó a realzar la voluntad arbitraria,⁵¹⁵ y la nueva noción de voluntad que entra en escena es, como ya

511 *Naissance...*, cit., p. 255.

512 *Vid. idem*, p. 185.

513 *Vid. idem*, 186.

514 *Vid. Bastit, Naissance...*, cit., p. 222.

515 Bastit explica que "Chaque loi, telles les formes que la raison découpe dans le monde des essences, est une réalité séparée et surtout séparée de la chose... Le mépris des choses, où cette im-

indiqué, tan uniforme como las cosas mismas. Se trata de una voluntad que circula libremente entre las distintas leyes y derechos de modo que la diversidad de relaciones fue sustituida de manera más o menos directa por este imperativismo detrás del cual se encuentra la voluntad divina.⁵¹⁶ Paradójicamente, estos autores hicieron posible la secularización de la jurisprudencia introduciendo categorías teológicas en el seno de la noción de la decisión práctica. Porque desde el momento en que la realidad humana pierde su capacidad para determinar el *deber*, éste será buscado, de ahora en adelante, en la voluntad divina. Ciertamente, no sería posible hablar de deber, en el sentido estricto de la palabra, si permanecemos en el plano terreno; pero este momento de transición confundió el fundamento último del deber con los modos o procedimientos de conocerlo. Así consiguieron, finalmente, que el derecho se diluyera en preceptos propios de la religión.⁵¹⁷ Dejaron de lado la advertencia que había hecho Domingo de Soto: “*Non est morale praeceptum: Sed fidei veritas...*”.⁵¹⁸ Grocio emprendió, en el siglo siguiente, la increíble tarea de afirmar que las cosas son buenas o malas en sí, porque la naturaleza de las cosas —según había mantenido Gabriel Vázquez— es anterior a cualquier precepto. Pero desde el momento en que esta naturaleza de las cosas de la que hablan Molina, Gabriel Vázquez, Suárez o Grocio, es postulada como un *a priori* gratuito, ya estaba abierto el camino para considerar oblicua pero necesariamente que todo el derecho es, y no puede ser de otro modo, resultado del arbitrio humano.

puissance des choses conduit à établir l'origine de la loi dans une autre faculté que celle qui met en rapport avec les choses, c'est-à-dire dans la volonté”. Cfr. idem, p. 186.

516 Cfr. *idem*, p. 187.

517 Vid. *idem*, p. 224.

518 Vid. *De justitia...*, cit., l. II, q. 3, art. 4, p. 108.

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO NATURAL DE LA EDAD MODERNA

I. UNA VISIÓN SUCINTA DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL MODERNO

Sobre la Escuela del derecho natural moderno existen opiniones y esperanzas muy confusas. Afirmo esto porque, por ejemplo, es frecuente, aún hoy, que muchos vean en el *ius naturale* una especie de edad de oro, en la que fue imposible el positivismo jurídico, tan denostado y condenado; ignoran los que así piensan que el positivismo jurídico que históricamente ha existido, con toda su carga de voluntarismo e individualismo, es hijo legítimo de la Escuela del derecho natural. Otros, en cambio, que se adscriben a filas iuspositivistas (suponiendo que sea lícito usar este adjetivo de forma tan genérica) atacaron y atacan al derecho natural por suponerlo incompatible tanto con la pretensión de validez incondicionada propia del derecho positivo como con las ideas dominantes de los tiempos que corren. Desde luego, quien ve así el problema muestra no conocer su propio árbol genealógico, pues la mentalidad dominante a finales del siglo XIX, y aún hoy en amplios sectores positivistas, no puede ser entendida si prescindimos de los mitos que le dieron origen, y tales mitos fueron creados y desarrollados por la Escuela del derecho natural de la Edad Moderna.

Efectivamente, la Escuela del derecho natural que se desarrolla entre los siglos XVI al XIX, asumió históricamente la tarea de establecer y hacer creíbles las tesis según las cuales no existe obligación legítima que no provenga del consentimiento de las partes afectadas, y que los ámbitos en los que los hombres desarrollan su actividad —sociedad, propiedad, familia— para ser legítimos no pueden tener otro origen y otro alcance que el que determina el consentimiento prestado por los individuos. De esta forma, aquella pretensión de legitimidad que atiende exclusivamente al hecho de que se haya prestado el propio consentimiento, quedó establecida por primera vez en la historia.

He procedido, en el resumen que expongo a continuación, a aludir a algunas facetas de las teorías de los principales iusnaturalistas de la Edad Moderna. El hecho de centrar el estudio exclusivamente en los autores consagrados me parece un mal método, pues al proceder así se aíslan los problemas de su contexto doctrinal, y la historia aparece como una sucesión de cimas del pensamiento, surgidas poco menos que por generación espontánea. Sucede que los motivos prácticos también deben ser oídos, y lo cierto es que estamos tan acostumbrados a esta forma de exponer y estudiar la historia del pensamiento jurídico que no me ha parecido prudente modificarla en este esquema que ofrezco ahora.

1. *Los puntos de partida de la juris naturalis disciplina*

A partir del siglo XVI la ciencia del derecho sufre algunos cambios muy fuertes. Es bien conocido el rechazo de este siglo de toda la tradición anterior, que afectó a la totalidad de las manifestaciones culturales de la época, desde el derecho a la teología. Se hizo preciso, entonces, ante el desprestigio del derecho elaborado anteriormente, crear una nueva ciencia del derecho que rompiera con los juristas medievales y con la autoridad del derecho romano.

La reacción que surgió inmediatamente, conocida como *mos gallicus*, cuyos seguidores se dedicaron al estudio filológico, histórico y sistemático del derecho romano, no tuvo capacidad suficiente para crear una nueva *iusprudentia* que sustituyera a la existente hasta entonces; de hecho, el *mos gallicus* sólo ha representado un episodio, muy importante ciertamente, en la historia del estudio del derecho romano. Ante el rechazo de la validez jurídica de los textos jurídicos romanos, y de la ciencia del derecho que los estudiaba y aplicaba a la realidad social, fue necesario construir tanto una nueva ciencia del derecho, como un nuevo derecho sustantivo, es decir, nuevos puntos fundadores del razonamiento jurídico.

Este nuevo derecho y esta nueva *iusprudentia* fue conocida con el nombre de *ius naturale*, y su estudio en la universidad constituyó la *juris naturalis disciplina*.⁵¹⁹ Aludamos ahora a las notas fundamentales de esta nueva dirección del pensamiento jurídico europeo.

519 El lector puede encontrar una exposición más completa de esta génesis de la Escuela del derecho natural en Carpintero, F., "Mos italicus", "mos gallicus" y "el humanismo jurídico racionalista", en *Ius Commune*, VI (1977), pp. 150 y ss.

A. Una nueva 'ratio'

La primera nota puede recaer sobre la explícita intencionalidad política que se propusieron los autores iusnaturalistas, que penetra todas sus construcciones. Vázquez de Menchaca, Hobbes, Pufendorf, Wolff, fueron diseñadores de formas políticas que en su tiempo se presentaron como utópicas porque eran opuestas a la sociedad propia del Antiguo Régimen; claro está que lo propuesto por alguno de estos autores, como es el caso de Hobbes, parecerá irrealizable a cualquier momento histórico, pero este es otro tema. Lo cierto es que todos ellos, con independencia de su talante liberal o absolutista, abordaron directa y fundamentalmente la empresa de construir ideas políticas que fueran aprovechables como futuros modelos de convivencia; es precisamente esta finalidad el factor que en mayor medida determinó la orientación que tomó su razón cuando se desplegó para construir sus respectivos sistemas político-jurídicos.

De la tradición jurisprudencial anterior tomaron, como punto de partida, la idea del hombre aislado y libre, que vive en 'estado de naturaleza'. Estos hombres se unirán, en sus doctrinas, de forma mecánica, impulsados por sus necesidades, y la naturaleza del cuerpo político y jurídico que formarán dependerá de las ideas jurídico-políticas de cada autor. Lo que interesa destacar ahora, es el empleo, por parte de estos nuevos iusnaturalistas, del método analítico-sintético a la hora de construir su doctrina jurídico-política; efectivamente, primero disgregan la sociedad en sus elementos atómicos, los individuos, y en un segundo momento recomponen la sociedad humana atendiendo a la exigencia básica que ellos atribuyen a la naturaleza de estos individuos.

Esta forma de proceder lleva implícita, y exige, una nueva concepción de la razón humana, al menos si la comparamos con la de la Edad Media; la *ratio* de los iusnaturalistas de la Edad Moderna, a causa del uso continuado del método resolutivo-compositivo, se presentó a lo largo del siglo XVII como más mecánica que la razón jurídica anterior, y con un afán de coherencia entre las distintas consecuencias que derivan de sus primeros postulados, que sólo puede ser explicada por la adopción, consciente o no, de la idea de *sistema*. La razón jurídica de esta escuela aparece, pues, como un mecanismo sistemático que presenta fuertes analogías con un procedimiento aritmético o matemático. En este sentido, escribió Hobbes que: "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".⁵²⁰ Del mismo modo: "Por filosofía se entiende —sigue escribiendo Hobbes— el conocimiento adquirido por razonamiento desde el modo de generación de cualquier cosa a las propiedades, o desde las propiedades a algún modo posible de generación de lo mismo".⁵²¹

Esta nueva noción de razón implicaba suprimir la distinción entre razón teórica y práctica, porque estaba de más, y molestaba, la noción de *praxis*: esta jurisprudencia *racionalista* de la Edad Moderna únicamente pretende una *poiesis* colectiva del género humano que, a falta de metas internas al hombre, estará dirigida por una confusa idea de 'utilidad', a la que aludiré poco después; es decir, ya no existe una 'verdad sobre el hombre' que el *intellectus* hubiera de intuir: la sola 'razón' ha de dirigir al ser humano tomando como punto de referencia un único elemento: la seguridad, o la comodidad, o la felicidad, o la libertad. De ahí la doctrina omnipresente del '*principium unicum, evidens et adaequatum*' en todos los iusnaturalistas. Borraron las diferencias que la filosofía anterior había establecido entre la *ratio* y el *intellectus*.

Tal *principium unicum* operará unidireccionalmente, es decir, jugando con elementos o factores siempre de la misma naturaleza, y siempre en la misma dirección. Por ejemplo, en Hobbes este elemento único será el afán de seguridad del hombre. El resto de las manifestaciones de la realidad que no son reductibles a estos elementos únicos cuantificables geométrico-aritméticamente, serán llamados *qualitates occultae*, con lo que quedaron *eo ipso* desprestigiados. La nueva ciencia social de la Edad Moderna adoptó, frente a la misteriosa o esotérica ciencia anterior, plagada de 'cualidades ocultas', una faz jovial y sonriente gracias a su estructura, que apareció como más transparente, fácil, más adherida a la realidad humana. Quizá fue Thomasius el autor que más insistió en esta última nota de la nueva filosofía del hombre. Podríamos decir que la claridad, la sencillez y la transparencia fueron las notas más buscadas por el *ius naturale* de esta época. En consecuencia, aquello que no es reductible a este esquema, o a estas exigencias, fue declarado acientífico. Por tanto, las exigencias de la conciencia, que nada tienen que ver con el método resolutivo-compositivo que es posible gracias a la adopción del esquema aritmético y geométrico, no fueron tenidas en cuenta. Lo realmente específico del nuevo derecho natural fue ignorar la concien-

520 *Leviatán*, trad. de A. Escotado, Madrid, 1980, pp. 148 y 149.

521 *Idem*, p. 700.

cia.⁵²² ya no existe una razón práctica que, a modo de *nous* o *intellectus*, nos proporcione unas reglas primeras de la actuación humana.

Si centramos nuestra atención no tanto en las facetas externas del nuevo razonamiento jurídico de la Edad Moderna, sino en la estructura o presupuestos internos de esta razón, y nos preguntamos por los instrumentos que la hacían avanzar desde sus primeros postulados a las conclusiones concretas, comprobamos que la regla de oro que todos emplean es una difusa idea utilitarista, que les guía en el momento de recomponer la sociedad o, simplemente, a la hora de demostrar o fundamentar los postulados desde los que construyen. Es preciso tener en cuenta que conforme madura esta escuela, se vuelve más imperiosa la necesidad de demostrar 'racionalmente' la necesidad o la conveniencia de lo que propone cada autor. Todavía Vázquez de Menchaca o Grocio, que formarían como la primera generación metódica del iusnaturalismo, proceden externamente de forma similar a la de algunos juristas del siglo XVI, y por este motivo son frecuentes las citas y remisiones al *Corpus Iuris* y a otros juristas, que les sirven para fundamentar por vía de autoridad lo que ellos están proponiendo. Pero el argumento de autoridad, o la argumentación humanista con *esprit de finesse* pierde valor conforme avanza el siglo XVII, o bien conforme aumenta la capacidad filosófica de cada iusnaturalista y ello explica que Pufendorf, al tratar del derecho de propiedad, indique que todo lo que el expone "no se fundamenta en la autoridad del derecho civil, sino que fluye de la misma razón natural".⁵²³ En consecuencia, para fundamentar una opinión fue preciso mostrar su intrínseca necesidad y, a este fin, el argumento más usado fue recurrir a la utilidad que proporciona la solución propuesta. Con independencia de la condición de jurista o filósofo, en todos estos autores está omnipresente lo que imprecisamente podemos llamar el 'principio utilitarista', y éste podría ser otro rasgo que diferenciara la razón jurídica moderna de la ciencia del derecho anterior.⁵²⁴

522 Este proceso (dejar de lado las exigencias de la conciencia) se produjo sin grandes revueltas o dificultades. Simplemente, se hizo así. Por este motivo, Lord Kames indicaba que la supresión de la conciencia "is a true which has been little attended to by those who have given us systems of natural law". Cfr. *Essays on the principles of morality and natural religion*, Londres, 1758, p. 57. Esta obra está dedicada fundamentalmente a dos problemas: el de la libertad humana, implícitamente negada por el método del derecho natural moderno, y el de la existencia de la conciencia y su sustitución en los libros de "derecho natural" por procedimientos argumentativos. La obra apologética de la conciencia más conseguida fue, en mi opinión, la de Ferguson, Adam, *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, trad. J. Rincón Madrid, 1974 (1977).

523 *De Iure Naturae et Gentium libri octo*, ed. de 1688, libro IV, cap. VII, 9.

524 La importancia del principio utilitarista es muy grande. Landsberg indicaba a propósito de

Otra palanca interna de este razonamiento fue la exigencia de coherencia propia del sistema; es decir, de la actitud sistemática que ellos adoptaron. El sistema se refiere, ante todo, a unidad: todo sistema es una unidad. Esta palabra (unidad), en este contexto, presupone ya una unidad de los 'materiales' con los que operará el diseñador de formas sociales nuevas: el mundo humano se compone únicamente de datos psicológicos y antropológicos perceptibles por los sentidos, lo que llamaron las 'pasiones del hombre'. En un segundo momento, el sistema exige una *unidad de fines*, cosa que es especialmente perceptible en la *Crítica de razón pura* de Kant.⁵²⁵ El sistema se fundamenta en el principio de no contradicción: todo lo que se opone a mi 'postulado' es imposible; *¡Beati possidentes!* Formulado de otra manera: todo aquello cuyo contrario implica contradicción es posible, o existe; Kant parece inclinarse más por el 'existe' último. O, dicho de otro modo: todo aquello que no es contradictorio consigo mismo es 'necesario'. Con este adjetivo, 'necesario' o *notwendig*, quieren dar á entender tanto que algo existe objetivamente como que es norma de validez objetiva (incondicionada) para todos los seres racionales. Estas aplicaciones más estrictas de los postulados del 'sistema' están presentes en todos los iusnaturalistas. Pero se reconocen con más facilidad en los de última hora, a finales del siglo XVIII.

Al final de la era iusnaturalista, en el siglo XVIII, el *ius naturale et gentium* pierde esta estructura argumentativa y se puede observar en Christian Wolff, por ejemplo, cómo la Escuela del derecho natural llega a un manierismo que se caracteriza por no demostrar casi nada y abusar del principio de autoridad. Así, las obras de Wolff, que tratan del derecho natural y del derecho de gentes están compuestas a modo de un catecismo, con capítulos o párrafos muy breves en los que se exponen las opiniones como si fueran verdades evidentes, y los únicos puntos de apoyo de lo expuesto están constituidos por numerosas remisiones a otras obras de este mismo autor, o a otros lugares del mismo libro. De la misma forma

Grocio, que la originalidad de este autor reside en el hecho de que separa el derecho natural de consideraciones teológico-morales y lo sitúa en principios utilitaristas puramente seculares. Cfr. *Geschichte der deutsche Rechtswissenschaft*, München-Leipzig, 1898, abteilung 3, halband 1, p. 5. Este juicio es matizable, pues parece claro que este autor no conoce el derecho natural elaborado anteriormente a Grocio; pero lo que indica sobre la estructura argumentativa, de corte utilitarista, de Grocio, se puede extender a los demás autores.

⁵²⁵ Vid. mi estudio "Las canas de Kant", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI (1994), pp. 443-466.

que sucedió con el *mos italicus*, la etapa final del iusnaturalismo presenta una notable falta de vigor creativo y un abuso del principio de autoridad. Pero estas observaciones sólo es lícito referirlas plenamente al *ius naturale et gentium* en su momento final.

Por lo demás, seguir caracterizando la *ratio* de estos autores es muy problemático, y la empresa ofrece un ancho margen a la imaginación de cada investigador. Externamente, este nuevo curso de la razón jurídica presenta en sus primeros representantes una apariencia similar a lo que caractericé en estudios anteriores como humanismo jurídico,⁵²⁶ con algunas variantes según cada autor y con la radical excepción de Thomas Hobbes, que procede de forma completamente distinta a la de sus otros compañeros de escuela que como Vázquez, Grocio o Pufendorf, eran más juristas.

Veamos ahora los presupuestos o postulados que hicieron posible el despliegue de la razón en el campo jurídico político durante la Edad Moderna.

B. Las bases antropológicas

Si situamos los orígenes de esta escuela hacia mediados del siglo XVI, poco encontraremos que contenga una visión global o filosófica del hombre. Fernando Vázquez sigue una doctrina confusa, extendida por toda la jurisprudencia de la Baja Edad Media, según la cual los hombres habrían vivido una primera etapa conocida como *status naturae* antes de formar una sociedad política: "Yo entiendo que 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..."⁵²⁷ Este periodo supuestamente histórico es entendido por los autores de esta época como una *aetas aurea*⁵²⁸ que es descrito por algunos autores como un estado idílico⁵²⁹ en el que tampoco existían propieda-

526 Cfr. "Mos italicus", "mos gallicus".

527 *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*. Venetiis, 1559, cap. 70, 5.

528 Cfr. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum...*, op. cit., cap. 31, par. 42. Andrés de Exea, *Liber pactorum unus*, Lyon, 1542, p. 119.

529 Vázquez escribía que "*qua aetate ineuntes homines inter se tam innocenter vita debebant, quam equi inter se...* Sic ergo et in specie nostra, quamdiu durabat aetas illa felix aurea, tandiu homines inter se cum essent innocentissimi nullo principatu aut iurisdictione inter se egebant aut utabantur, quia eo opus non erat quo tempore improbi sane non erant aut rarissimi erant is principatus eave iurisdictione necessaria minime erat; sic quae eo tempore bella nulla fuisset, quinimo nec belligerandi occasionem ulla fuisse". Cfr. *Controversiarum...*, op. cit., cap. 41, 32. Lo mismo viene a decir Francisco Connanus: "*primi homines, rudi illi et agreste, caeterum expertes cupiditates et aemulationes... Nulla tum furta, nulla caedes*", Cfr. *Commentariorum Juris Civilis libri X*, Basilea, 1557, lib. 1, cap. 4, 4.

des⁵³⁰ ni matrimonios,⁵³¹ y en el que todos los hombres eran igualmente libres porque no existía la esclavitud.⁵³² Al no existir ningún derecho humano, todos los hombres se regían únicamente por el derecho natural⁵³³ que, como explica Francisco Connanus, es el derecho del hombre solitario.⁵³⁴

Esta edad de oro hubo de tener un final, y cabe preguntarse por qué abandonó el hombre el *status naturae*, en el regía sólo el derecho natural, y creó el derecho positivo humano. Al contestar a esta cuestión, Connanus proporcionó dos soluciones no muy congruentes entre sí; la primera era la tradicional entonces, y consiste en afirmar que los hombres se corrompieron, por lo que a la etapa en que regía el derecho natural siguió una “*peior aetas, quam vocaverunt ferream*”.⁵³⁵ Pero, por otra parte, afirma que la creación de la sociedad 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”. Posterior y progresivamente, mediante las *cognationes, affinitatibus, amicitii, vicinitatibus et commercia*, que los concibe a modo de escalones precisos a través de los cuales se ha constituido la sociedad, fue preciso crear el cuerpo político en el que se promulgan leyes y se administra justicia.⁵³⁶

El iusnaturalismo posterior recogió estas ideas, abundantes en la literatura jurídica del siglo XVI. Así, Grocio hablará de un *status naturae* en el que los hombres no estaban aún corrompidos; por los vicios y corrupciones de los hombres desapareció este estado —escribe Grocio— y el símbolo de esta nueva corrupción fue la torre de Babel; con él acabó la ‘*communis omnium possessio*’ y se introdujeron las propiedades debido al aumento del número de hombres y de ciudades.⁵³⁷ Pero Grocio no va mu-

530 Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., pp. 119 y 120. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum...*, op. cit., cap. 6, par. 8. Diego de Covarrubias, *Relectio super cap. Alma Mater, sub titulo de sententia excommunicanda*, Salamanca, 1577, tercera parte, al comienzo, 5.

531 Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., p. 317. Vázquez, *Controversiarum...*, op. cit., cap. 4, par. 2. Connanus, *Commentariorum...*, op. cit., l. I, cap. 6.

532 Cfr. Vázquez, *Controversiarum...*, op. cit., cap. 82 par. 1. Covarrubias, *Relectio super Regulis peccatum*, Salamanca, 1578, 11, núm. 3. Connanus, *Commentariorum...*, op. cit., l. I, cap. 5, 6-8. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., p. 118.

533 Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., p. 199. Vázquez, *Commentariorum...*, op. cit., l. I, cap. 4, 4.

534 Cfr. *Commentariorum...*, op. cit., l. I, cap. 5, 1.

535 Cfr. *idem*, 6 y 7.

536 Cfr. *idem*, 1.

537 *De iure belli ac pacis libri tres*, Amstelodami, 1651, l. II, cap. 2, 1-3.

cho más allá de estas declaraciones, y es preciso esperar a las obras de Hobbes y Pufendorf para encontrar una doctrina más precisa.

Pufendorf explica extensamente las bases antropológicas de las que él parte en el capítulo 3 de su *De Iure Naturae et Gentium*.⁵³⁸ Explica aquí que el hombre necesita de reglas para dirigir sus acciones, pues es un animal racional; es costumbre designar al conjunto de estas reglas como *ius naturae*. El punto de partida que se ha de considerar al estudiar el derecho natural es el amor que todo hombre siente por sí mismo, pues somos animales extremadamente deseosos de nuestra propia conservación, pero incapaces de existir sin la ayuda de nuestros semejantes, porque el poder de conservarse a sí mismo que tiene el hombre, individualmente considerado, es mínimo, sobre todo si pretende llevar una vida confortable. A este respecto, hay que tener en cuenta que todos los hombres somos iguales naturalmente⁵³⁹ y esta igualdad, unida a la naturaleza deficiente del hombre, provoca, sobre todo, ansiedad,⁵⁴⁰ cosa que se ve agravada porque antes de constituir una sociedad no existen jueces ni árbitros ni hay, en consecuencia, castigo para los criminales.⁵⁴¹ Esto le lleva a concluir que el hombre aislado lleva una vida miserable.⁵⁴²

Esta *imbecillitas* del hombre determina la vocación humana hacia la sociedad y hacia el bien común de esta sociedad, a pesar de que los hombres somos seres maliciosos, petulantes, irritables, dados a desconocer los derechos ajenos. De esta necesidad de la sociabilidad, Pufendorf extrae una regla fundamental del derecho natural:⁵⁴³ cada hombre, en la medida en que él pueda, debe cultivar y defender la sociabilidad con los demás, lo que es algo perfectamente concorde con la naturaleza y fin de la raza

538 Las dos obras fundamentales de Pufendorf, el *De iure naturae et gentium* y el *De Officio*, ofrecen al lector dos líneas argumentativas distintas: según una, los hombres se limitan a desarrollar la tendencia 'natural' a la sociabilidad mediante un contrato social, según la otra, cada individuo es portador de una *qualitas moralis* de libertad, esto es, de un derecho subjetivo 'natural' a la libertad, entendida ésta *ad analogiam spatii*, a modo de un círculo en torno a cada sujeto.

539 Cfr. *De Iure Naturae...*, op. cit., L. III, cap. 3, que está dedicado a este tema.

540 Cfr. *idem*, L. VII, cap. 1, 7.

541 Sobre la inexistencia de los jueces, cfr. *De Iure Naturae...*, op. cit., l. V, cap. 3. Sobre la falta de castigo para los criminales, cfr. op. cit. l VIII, cap. 3, 2.

542 Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., l. VII, cap. 8, 1.

543 Ésta a que ahora aludo es "una" de las reglas fundamentales del derecho natural según Pufendorf. O también podría decir que es la regla fundamental del derecho natural según una de las posibles lecturas de Pufendorf. Porque este alemán sigue con frecuencia estrechamente a Hobbes y, cuando piensa así, entiende que la regla de oro del *ius naturale* es la que provoca la independencia mutua entre los hombres, cada uno de los cuales posee a su alrededor una libertad *ad analogiam spatii*.

humana.⁵⁴⁴ Consecuentemente, todo lo que favorece la sociabilidad viene ordenado por el derecho natural, y todo lo que la entorpece o destruye está prohibido por este derecho, “y esta forma de fundamentar el derecho natural —escribía este autor— no es sólo la más clara, sino también la que la mayor parte de los doctores reconoce como la más adecuada”.

Más completo y extenso había sido, en cambio, Hobbes. El inglés parte de la tesis de que:

la felicidad de esta vida no consiste en el reposo de una mente satisfecha, porque no hay ese *finis ultimus* ni ese *summum bonum* que resulta mencionado en los libros de la vieja moral... La felicidad es un continuo progreso del deseo desde un objeto a otro, donde la obtención del anterior no es sino camino hacia el siguiente... Por esto, sitúo en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte... La competición por riquezas, honor, mando u otro poder inclina a la lucha, a la enemistad y la guerra; porque el camino de todo competidor para lograr su deseo es matar, someter, suplantar o repeler al otro.⁵⁴⁵

A esta capacidad que naturalmente poseemos los hombres para alcanzar la felicidad así entendida, la llama Hobbes confusamente *ius*; es decir, *derecho*,⁵⁴⁶ “y mientras persista este derecho natural de todo hombre a toda cosa no puede haber seguridad para hombre alguno por muy fuerte o sabio que sea”. El estado de naturaleza es, por tanto:

un tiempo de guerra, en el que cada hombre es enemigo de todo hombre... En tal condición no hay lugar para la industria, porque el fruto de la misma es inseguro. Y, por consiguiente, cultivo de la tierra; ni navegación, ni uso de los bienes que pueden ser importados por mar, ni construcción confortable... ni artes, ni letras, ni sociedad; sino lo que es peor que todo, miedo

544 Cfr. *De Iure Naturae...*, op. cit., I, II, cap. 3, 15.

545 *Leviatán*, cit., pp. 199 y 200.

546 Cfr. *Leviatán*, op. cit., cap. XIV, en donde contrapone el “*ius*”, es decir, la libertad de hacer todo aquello que es necesario para la preservación de la propia naturaleza, con la “*lex*”, que es un precepto de la razón que prohíbe al hombre hacer lo que es destructivo para su vida. De esta forma, como escribe Hobbes “el *ius* consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos, con lo que la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad”. Cfr. *Leviatán*, op. cit., pp. 227 y 228. Unas veces concibe Hobbes el *ius* como un derecho a hacer lo necesario para la propia conservación, pero normalmente usa este término para referirse a todo aquello que el hombre puede hacer libremente con sus fuerzas naturales.

continuo y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta.⁵⁴⁷

Ante este estado de cosas, la única salida es someterse a la *lex* fundamental de la naturaleza humana, que es un dictamen de la razón que ordena que “todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espera obtenerla”.⁵⁴⁸

Casi un siglo después de Hobbes, Christian Wolff asumía ideas similares a las de Pufendorf e indicaba que todos los hombres somos, por derecho natural, iguales y que, en consecuencia, nadie posee más derechos que cualquier otro, ni puede ser considerado como superior; de esta tesis extrae la consecuencia de que atendido el derecho natural, ningún hombre está sometido naturalmente a la voluntad de otro.⁵⁴⁹ Débilmente añade que la naturaleza misma instituyó la sociedad y obliga a los hombres a hacer vida social, y que esta obligación debe tenerse por necesaria e inmutable.

C. *El contrato, punto de inflexión entre el hombre aislado y el hombre social*

El hombre, considerado ‘naturalmente’, es un ser aislado que no vive en sociedad. Como esta afirmación choca frontalmente con lo que la experiencia enseña que el hombre es y se comporta, todos los iusnaturalistas afrontaron la empresa de explicar cómo se ha constituido la sociedad humana. Quizá sea necesario advertir que su propósito común, en este tema, no es el de hacer filosofía antropológica; la intención que les guía es, ante todo, política, y esto explica que centraran sus esfuerzos tendentes a explicar la sociabilidad humana en la explanación, casi exclusiva, de cómo puede constituirse una comunidad política con un poder que deba ser considerado legítimo.

La tesis unánime de estos autores es que la comunidad política se ha constituido mediante un contrato celebrado entre los hombres; los hombres aislados decidieron en un determinado momento supuestamente histórico celebrar un pacto por el que renunciaban a parte de su libertad para

547 *Leviatán*, op. cit., cap. XIII, al final, p. 224 de la edición citada.

548 *Ibidem*.

549 Cfr. *Grundsätze der Natur- und Völkerrechts*, Hallae, 1754, pars. 70-77. Bachmann dedica especial atención a esta faceta del pensamiento de Wolff en *Die naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs*, Berlin, 1977, pp. 100-197.

entrar en un cuerpo social que les garantizaba mayor seguridad y comodidad. Esta idea del pacto o contrato social está presente en todos los tratadistas del derecho natural de la Edad Moderna, y debe ser considerada como una pieza clave para caracterizar esta nueva forma de la razón jurídica frente a la jurisprudencia anterior. No se trataba, ciertamente, de una idea nueva en la literatura jurídico-política; los autores medievales la formularon frecuentemente⁵⁵⁰ pero, a diferencia de los iusnaturalistas modernos, no hicieron de ella un quicio decisivo de su construcción jurídica.

La idea medieval de un contrato del que ha tomado origen la comunidad política se abre paso en la literatura el *jus commune* a mediados del siglo XVI, en medio de resistencias y polémicas; los juristas y teólogos formados en una mentalidad aristotélica acerca del origen y fundamento del poder político no la aceptaron por razones obvias, y su actitud puede quedar resumida en una frase de Diego de Covarrubias: "*Regia potestas caeterorumque principum civilis auctoritas non hominum est inventa*".⁵⁵¹ En esta época, en la que ya se había fortalecido enormemente la autoridad real y algunos publicistas y juristas pugnaban por hacer creer que ésta provenía directamente de Dios, la doctrina del contrato social encontró también enemigos entre los que defendían el origen divino de los reyes.⁵⁵² Una ojeada a la literatura jurídico-política del siglo XVI muestra que los adversarios de la doctrina del contrato social no sospechaban que se estaban enfrentando al nacimiento de un mito que moldeará la jurisprudencia europea durante los siglos siguientes.

El inicio de este mito en la Edad Moderna podemos situarlo una vez más en Fernando Vázquez de Menchaca. Vázquez suele aducir, al tocar este tema, el antiguo brocardo que reza: '*Principatus politicus ex solo populi consensu*', con el que quiere aludir tanto al fundamento de la legiti-

550 Uno de los primeros estudios que quiso exponer ordenadamente, en un amplio marco histórico, los orígenes y evolución de la idea del pacto creador de la sociedad y del poder político fue el de F. Atger, *Essay sur l'histoire des doctrines du contrat social*, París, 1906. Otto von Gierke se había ocupado, en su *Deutsche Genossenschaftrecht*, de historiar esta doctrina a lo largo de la Edad Media, y la parte de esta obra dedicada a las ideas políticas medievales fue traducida por Jean de Page al francés bajo el título de *Les théories politiques du Moyen Age*. Posteriormente, A. J. Carlyle volvió a tocar este tema detenidamente; he manejado la traducción que hizo S. Cotta de la edición inglesa de 1950, titulada *Il pensiero politico medievale*, Bari, 1956. Un estudio más moderno, sobre este tema, es el de Lieberwirth, *Die historische Entwicklung der Theorie von vertraglichen Ursprung des Staates und der Staatsgewalt*, Berlín, 1977.

551 *Practicarum quaestionum liber unus*, Salamanca, 1578, cap. I, p. 6. Martín de Azpilcueta llegaría a decir que "*Regnum et regiam potestatem qui dicunt esse contra iura naturae insanient*". Cfr. *Relectio super cap. Novitate de iudiciis*, Lyon, 1595, notabile III, t. II, p. 112.

552 Sobre este tema, vid. el estudio de Figgis, J., *El derecho divino de los reyes*, México, 1942.

midad del poder del gobernante como a la formación originaria de la comunidad política.⁵⁵³ Ésta, efectivamente, es una *societas* formada mediante un contrato que da como resultado “una sociedad de buena fe formada con el fin de que cada uno pueda llevar una vida más segura y provista de toda comodidad”.⁵⁵⁴ Vázquez no aludió a los escolásticos españoles coetáneos, que mantenían que el pueblo es el titular del poder. Para Vázquez no es el pueblo, sino cada individuo, y la sociedad creada mediante el contrato inicial asumió un tono decididamente artificial: *Defensio artificialis*, como la llama en ocasiones.

El iusnaturalismo posterior siguió decididamente este camino trazado por Vázquez. Hobbes dedicó el capítulo XIV de su *Leviatán* a explicar cómo la razón aconseja a los hombres renunciar a buena parte de sus derechos, es decir, a las facultades o libertades que naturalmente puede ejercer, para transferírseles a una sola persona; la renuncia a los derechos naturales se realiza mediante un contrato, como extensamente expone. Pufendorf dedicó buena parte del libro VII de su obra principal a este mismo tema; el desamparo del hombre aislado, explicaba este autor, le lleva a constituir un cuerpo político a fin de obtener seguridad ante las transgresiones de sus derechos,⁵⁵⁵ y la constitución de la comunidad política se hace mediante un doble contrato.⁵⁵⁶ Wolff indicó reiteradamente que la sociedad humana nace con un contrato entre los hombres⁵⁵⁷ y el poder del Estado tomó origen en tal contrato.⁵⁵⁸

D. La finalidad del cuerpo social creado mediante pactos

En la primera etapa de la vida de la escuela del derecho natural no se puede observar una finalidad única que determine la naturaleza y conteni-

553 Vid. Carpintero, F., *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Salamanca, 1977, pp. 130 y ss.

554 *Controversiarum...*, op. cit., cap. 13, 2.

555 *Cfr. De Jure Naturae...*, op. cit., l. VII, cap. 1, 7.

556 Los párrafos 6 al 9 del capítulo 2 de este libro están dedicados a exponer los distintos momentos por los que atraviesa la voluntad de los contratantes hasta llegar a la meta final, que es la erección del Estado. No expone nada original; reproduce la polémica medieval acerca de si antes del pacto por el que se concede el poder al gobernante (que era designado como “*pactum subiectionis*”) es necesario que la multitud se haya constituido previamente en un cuerpo político mediante un previo “*pactum societatis*”. En los párrafos 9 y 10 censura a Hobbes no haber distinguido estos dos momentos en la formación del ente político.

557 *Cfr. Grundsätze...*, op. cit., párrafos 836. Aquí indica que “*Die Gesellschaft (societas) überhaupt ist ein Vertrag*”.

558 *Cfr. Grundsätze...*, op. cit., par. 976. “*Da aus dem Vertrage, wodurch ein Staat errichtet wird, die Verbindlichkeit entsteht*”. *Cfr. op. cit.*, par. 976.

do de la teoría de cada autor, es decir, de aquellos cuerpos políticos que ellos diseñaron basándose en el contrato social. En este sentido, Fernando Vázquez, siguiendo ideas que son frecuentes en la literatura jurídico-política bajomedieval, asigna diversas finalidades al organismo que han creado los hombres, que se resuelven en definitiva en la *tuitio, defensio, custodia et providentia* de los ciudadanos.⁵⁵⁹ Sin embargo, el propósito último de toda su obra lo expone claramente al comienzo mismo de su libro más conocido, las *Controversias ilustres*: defender los *iura naturalia* que —según él— en todas partes se ven desconocidos. De esta forma, el iusnaturalismo nace con un propósito jurídico-político concreto: hacer posible frente al sistema jurídico y político dominante hasta entonces una nueva visión de la finalidad de la comunidad política que se concreta fundamentalmente en la afirmación de la igual libertad de todos los hombres⁵⁶⁰ en el marco de una visión fundamentalmente individualista,⁵⁶¹ hecha posible confusamente mediante el entendimiento de la naturaleza humana como una 'cualidad moral de libertad *ad analogiam spatii*'.

Grocio, en cambio, se limitó con destacar el origen contractual del poder político, y no vinculó su doctrina jurídica a ninguna forma especial de gobierno: "*Populus eligere potest qualem vult gubernationis formam*".⁵⁶² La falta de unos presupuestos antropológicos precisos se hizo notar en la obra del holandés y, en un plano más concreto, es bien conocido que Grocio fue un decidido defensor del poder absoluto del monarca que surge en la práctica política de la Edad Moderna.

La bandera del absolutismo estuvo, sin embargo, en las manos de Hobbes. A lo largo del capítulo XIV del *Leviatán* expone los fundamentos de su doctrina jurídico-política: la *lex* es una categoría de sometimiento que impone la razón, que acaba definitivamente con la libertad natural, o *ius*, del hombre. La misión del cuerpo político creado por consejo de la ley natural es conseguir seguridad en la vida a cambio de la cesión de todos los derechos de los ciudadanos —que ahora deben ser llamados

559 *Controversiarum...*, *op. cit.*, cap. 43, 10.

560 Vázquez repite muy frecuentemente que, atendido el derecho natural, todos somos iguales. Pueden verse numerosas aplicaciones concretas de este principio en el capítulo II de Carpintero, F., *Del derecho natural...*, *op. cit.*

561 *Vid.* especialmente el cap. 13 de las *Controversiarum...*, *op. cit.*

562 *De iure belli...*, *op. cit.*, l. I, cap. 3, par. 8. Esta idea de Grocio lleva a diversos autores a pensar que la teoría del holandés justifica cualquier forma de gobierno, incluso la tiránica. *Cfr.* a este respecto a Stahl, F. J., *Historia de la filosofía del derecho*. Madrid, 1894, p. 219, trad. de E. Gil y Robles; y Vecchio, G. del, *Los derechos del hombre y el contrato social*, Madrid, 1914, p. 157.

‘súbditos’— al soberano. En un primer momento explica que los únicos derechos a los que no renuncian los ciudadanos al concluir el contrato son el derecho a la vida, a la integridad física y el de no soportar prisión injustamente; todos los demás quedan en manos del príncipe. Pero en el conjunto de su doctrina Hobbes legitima cualquier forma de dominio político despótico, sin limitación alguna en absoluto a pesar de las salvedades hechas en el capítulo XIV del *Leviatán*, al que acabo de referirme. Efectivamente, Hobbes mantiene que el poder político, y todas y cada una de las actuaciones concretas de este poder, se fundamentan siempre en la voluntad de los súbditos, porque éstos voluntariamente han creado al soberano que ahora les gobierna; en consecuencia, la responsabilidad por las actuaciones del gobernante sólo puede recaer sobre los sometidos a él, es decir, sobre los ciudadanos y, por tanto, éstos son los responsables de todas las medidas que tome sobre ellos el poder público. Esta explicación le sirve a Hobbes para mantener que todas las decisiones que tomen los súbditos mediante el soberano son siempre justas, pues serán medidas que, en definitiva, tomarán los ciudadanos sobre sí mismos, y es evidente que nadie se causa injusticia a sí mismo; en consecuencia, aun cuando el soberano dictara una sentencia de muerte arbitraria contra un súbdito, ésta no puede ser injusta.⁵⁶³ De forma consecuente con esta explicación de la realidad jurídica, explica el inglés que la libertad de los súbditos consiste únicamente en poder hacer libremente aquellas cosas sobre las que no ha dispuesto ya el soberano.⁵⁶⁴

Por este camino el súbdito no posee ninguna garantía frente a la arbitrariedad del gobernante, porque carece de base jurídica sobre la que fundamentar sus exigencias, ya que el *ius naturale* es un simple poder fáctico que, como hemos visto, no otorga derecho a realizar nada una vez que ha sido creado el poder civil, pues precisamente a lo que todos renunciaban al crear el poder es al libre ejercicio de su libertad, en lo que consistía el derecho natural; en este sentido, y para acallar anticipadamente cualquier reclamación que pretenda fundamentarse en el derecho natural contra la

563 “Sin embargo, no podemos entender que por esa libertad (de los súbditos) el poder soberano queda abolido ni limitado. Pues se ha mostrado ya que nada puede hacer el representante soberano a un súbdito, en ningún caso, que pueda llamarse adecuadamente injusticia o injuria, porque todo súbdito es autor de todo acto hecho por el soberano... Y, por tanto, puede suceder que un súbdito sea ejecutado por orden del poder soberano y, sin embargo, que no haya hecho mal a otro... En tal caso, y en otros similares, quien así murió tenía libertad para hacer la acción, por lo cual fue ejecutado sin injuria”. Cfr. *Leviatán*, cit. pp. 302 y 303.

564 *Idem*, cap. XXI, p. 302.

actuación del soberano, Hobbes indica que todo lo que realiza el soberano bajo forma de ley es, ella misma, una ley natural.⁵⁶⁵ De forma consecuen- te con esta premisa, mantiene que ninguna ley puede ser injusta.⁵⁶⁶

Pufendorf, en cambio, polemizando expresamente contra Hobbes en este punto (porque en los demás suele ser un discípulo fiel del inglés), mantuvo que los hombres no renuncian a todos sus derechos al formar la sociedad.⁵⁶⁷ Al contrario, uno de los fines de la sociedad que los hombres han creado mediante los contratos es el aseguramiento del ejercicio de los derechos naturales que ya poseían antes de entrar en sociedad,⁵⁶⁸ derechos que para él se reducen a la exigencia de libertad individual: hubo que esperar a finales del siglo para que John Locke introdujera, además, el derecho a la propiedad privada. De esta forma, el derecho natural no sólo no desaparece con la creación de la sociedad sino que, precisamente, el fin fundamental de ésta es la protección de los *iura naturalia*. Por lo demás, explicaba este autor, los hombres, llevados por su *imbecillitas* cuando vivían aisladamente, crearon la sociedad impulsados por su instinto de sociabilidad, porque solamente en ella es posible hacer realidad debidamente la seguridad, el honor, etcétera, que son también fines del derecho natural; éste, concluye Pufendorf, no puede ser observado adecuadamente sin soberanía civil.⁵⁶⁹ Con respecto a la forma política concreta que ha de revestir el poder político, Pufendorf entendía que si unos hombres dotados de igual libertad desean unirse en un cuerpo social, lógicamente desearán resolver sus asuntos en un consejo común y, por tanto, establecerían una democracia.⁵⁷⁰ Si el gobernante degenera en tirano, es decir, si no hace posible con su actuación el ejercicio de los derechos naturales, el pueblo puede lícitamente resistirle, destituirle de su soberanía y castigarle.⁵⁷¹

Christian Wolf siguió un camino parecido al de Pufendorf. Él entendía que todos los hombres poseen unos derechos innatos (*angebörne Re-*

565 Cfr. *idem*, cap. XXVI, p. 349.

566 "Por buena ley no quiero decir ley justa, pues ninguna ley puede ser injusta. La ley es promulgada por el poder soberano, y todo cuanto hace tal poder está garantizado y es propiedad de cada uno dentro del pueblo, y nadie puede decir que sea injusto aquello que todo hombre así tiene. Es así tanto en las leyes de un república como en las leyes del juego; ninguna cosa que acuerden todos los jugadores es injusta para ninguno de ellos". Cfr. *idem*, cap. XXX, p. 418.

567 Cfr. *De Iure Naturae...*, *op. cit.*, l. III, cap. V, 4.

568 Cfr. *idem*, l. VIII, cap. I, 2.

569 Cfr. *idem*, l. III, cap. I, 2.

570 Cfr. *idem*, l. V, cap. V, 7.

571 Cfr. *idem*, l. VII, cap. VIII, 5-9.

chte) que les vienen dados por la naturaleza.⁵⁷² Aunque este autor mantiene que sólo son derechos perfectos (*vollkommen*) las leyes 'civiles' (*die bürgerliche Gesetze*) porque éstas son las que tienen la posibilidad de hacer cumplir coactivamente,⁵⁷³ atribuye —en cierta contradicción con sus afirmaciones anteriores— a estos *angebörne Rechte* el carácter de derechos 'perfectos', con lo que subraya la plenitud de los derechos innatos.⁵⁷⁴ La existencia y el respeto de tales derechos es el punto de partida de toda su construcción jurídico-política, ya que la sociedad creada contractualmente tiene como fin fundamental hacer posible la *tranquillitas vitae* que surge de la protección de los propios derechos, y en tal protección consiste el bien común de la sociedad.⁵⁷⁵ En consecuencia, el respeto de estos derechos es el límite constante —al mismo tiempo que la razón de ser— de la actividad del poder público.⁵⁷⁶ Wolff no enumera estos derechos, pero tiene muy presente que la ley positiva que restrinja innecesariamente la libertad es una ley contraria a la *natürliche Verbindlichkeit*, es decir, al derecho natural.⁵⁷⁷ De esta forma, su doctrina jurídica adquiere un marcado matiz liberal.

La doctrina iusnaturalista adoptó un marcado matiz individualista en la fundamentación del Estado, observaba Gierke. Pues el fundamento jurídico de cualquier vínculo político no podía ser situado sino en la libre voluntad de los individuos y así, desde la idea de una libertad e igualdad originarias del hombre, resultó ya inicialmente la soberanía del individuo.⁵⁷⁸

572 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., cap. 47. Vid. Bachmann, *Die naturrechtliche Staatslehre...*, op. cit., pp. 115-118.

573 Cfr. *idem*, par. 80. Cfr. también *Ius gentium methodo scientifica pertractatum*, Frankfurt-Lipsiae, 1764, par. 191.

574 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., par. 81.

575 Cfr. *idem*, par. 972. Bachmann dedica amplia atención a este tema en *Die naturrechtliche Staatslehre...*, cit., pp. 219-245.

576 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., par. 1069. Vid. sobre este tema a M. Thomann en *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1977, pp. 259-261.

577 Cfr. *ibidem*.

578 "Die Doktrin vom Gesellschaftsvertrage musste aber ferner nothwendig dieses individualistische Begründung des Staates näher ausdrücken, dass der Rechtsgrund aller staatlichen Gebundenheit in den freien Willen des Individuums verlegt wurde... immer aber in dem Gedanken einer ursprünglichen Freiheit und Gleichheit der Menschen und einer hieraus resultirenden anfänglichen Suveränität des Individuums einig blieb". Cfr. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, reimpresión de la 7ª edición alemana, Aalen, 1981, p. 107.

E. *La mentalidad pactista*

El contrato que da origen a la sociedad política no es en estos autores un simple momento más de su construcción jurídico-política: este contrato es el punto ideal de referencia del sistema jurídico que proponen que, como todo punto básico de una totalidad sistemática, pretende determinar todas las realidades posteriores. De esta forma las construcciones iusnaturalistas, tanto cuando versan sobre el derecho público como del privado, así como sobre la comunidad internacional, progresivamente fueron siendo moldeadas sobre el postulado de una pluralidad de hombres que pactan libremente. Esta exigencia estuvo presente desde los orígenes mismos de la escuela: “¿Estos ciudadanos, antes de someterse voluntariamente al príncipe, acaso no eran libres sin estar sujetos ni ligados a mando o dominio alguno?”, escribía Fernando Vázquez en 1559.⁵⁷⁹ Este podría haber sido el grito de guerra del iusnaturalismo moderno, que lo remata Wolf doscientos años más tarde cuando explica que nadie puede adquirir o perder derechos contra su voluntad.⁵⁸⁰

Efectivamente, los juristas anteriores entendieron que la jurisprudencia consiste en descubrir, o desvelar, un orden que ya existe y que es relativamente independiente de la voluntad humana. En el iusnaturalismo, en cambio, se fue imponiendo la idea según la cual el derecho consiste en un juego de voluntades libres que chocan entre sí y que libremente pactan. El derecho perfecto, es decir, la obligación que realmente vincula —a diferencia del derecho simplemente natural, que sólo expresaría una vinculación moral o una inclinación hacia algo⁵⁸¹— sólo puede originarse de un acuerdo entre los interesados, y esto lo reconocemos con toda claridad en Wolff cuando escribe que “nadie puede obligarse perfectamente con otro sino prometiendo, es decir, mediante pactos”.⁵⁸² En consecuencia, todo el derecho tiene un origen y una estructura voluntaria y pacticia; ya es revelador que Wolff conciba el íntegro derecho de gentes, expresión que en siglo XVIII quiere decir derecho internacional, como fundamentado úni-

⁵⁷⁹ *Controversiarum...*, op. cit., cap. 4, 3.

⁵⁸⁰ *Cfr. Grundsätze...*, op. cit., par. 100.

⁵⁸¹ Christian Wolff explicaba en su *Ius gentium*, que los derechos pueden ser perfectos o imperfectos. Las pretensiones que están fundamentadas únicamente en el derecho natural constituyen derechos imperfectos, porque no son exigibles coactivamente. Por este motivo, el derecho natural que tiene todo hombre a comerciar es un derecho imperfecto y, por tanto, inoperante. *Cfr.* par. 187-199. En los *Grundsätze* también expone esta idea, mucho más escuetamente. *Cfr.* par. 80.

⁵⁸² “... *nemo autem sese alteri perfecte obligare potest nisi promittendo, consequenter per pacta*”. *Cfr. Ius Gentium...*, op. cit., 74.

camente en la voluntad de las partes contratantes.⁵⁸³ Consecuentemente con esta visión de los fundamentos últimos del derecho, las leyes sólo pueden surgir mediante un acuerdo mutuo de los ciudadanos. Fernando Vázquez, que se refería a ellas llamándolas *communis reipublicae sponsio*, explicaba que “así como un contrato en el acuerdo de dos o más individuos sobre un mismo asunto, la ley es el consentimiento de muchos ciudadanos en una misma voluntad”.⁵⁸⁴ Anteriormente, desde otros presupuestos antropológicos y filosóficos distintos, se había entendido que la ley consistía en una recta voluntad del que cuida de la comunidad política, cuya fuerza obligatoria nace de la absoluta necesidad para los hombres de convivir políticamente, lo que podemos interpretar como un esfuerzo por resaltar los condicionamientos objetivos que nacen de la naturaleza de las cosas. Frente a ella se sitúa la doctrina triunfante con el iusnaturalismo, que coloca la fuente del derecho en la voluntad de las personas que se verán afectadas por las leyes. En esta escuela las leyes quedan, pues, como una modalidad de aquella única realidad que constituye la fuente de toda vinculación jurídica: los pactos y contratos.⁵⁸⁵

La importancia de los pactos, en tanto que fundamento de toda manifestación del derecho, la reconocemos una vez más cuando los iusnaturalistas tratan de la interpretación jurídica. Pufendorf dedicó bastantes líneas a este tema. El libro IV, capítulo I, de su *derecho natural y de gentes* está dedicado a exponer reglas que sirvan para entender el lenguaje del derecho, pero se refiere, sin justificar su opción, al lenguaje de los pactos y con ratos. Otro tanto sucede con el capítulo 12 del libro V de esta misma obra: se titula “De la interpretación”, en general, y todo él está referido a la interpretación de los pactos. También Wolff se ocupó de este tema en la segunda parte de los *Grundsätze* en el capítulo 19, titulado “Von der Auslegung” y que, de la misma forma que sucede con Pufendorf, tra-

583 “*Ius Gentium positivum dicitur, quod a voluntate Gentium ortum trahit. Quamobrem cum facile pateat, Ius Gentium voluntarium, pactitium et consuetudinarium a voluntate Gentium ortum trahere; Ius istud omne ius Gentium positivum est. Et quoniam porro patet, Ius Gentium voluntarium nisi consensu Gentium presunto pactitium expresso, consuetudinarium tacitum*”. Cfr. *Ius gentium...*, op. cit., 23.

584 *Controversiarum...*, op. cit., cap. 2, par. 23. La misma idea la encontramos en *De successione et ultimis voluntatibus libri IX in tres tomos divisi*; Coloniae, 1612, 2, 1, Praefatio, 86 y 2,3,30, 86.

585 Thomasius se hacía eco de esta mentalidad cuando escribía: “*Cadit et alia doctrina, ius omne esse ex pacto*”. Él la rechazaba porque antes que los pactos existen unos derechos naturales innatos, y porque el fundamento último de la validez y eficacia de los pactos exige un orden jurídico que obligue a cumplir tales pactos. Cfr. *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, Hallae et Lipsiae, 1718, cap. V, 27.

ta fundamentalmente de la interpretación de los contratos y promesas. Este individualismo jurídico radical en torno a los fundamentos últimos del derecho se había mostrado con toda claridad en Hobbes: el inglés destruyó deliberadamente cualquier relación objetiva que pudiera servir para fundamentar una obligación jurídica. En este sentido escribe que "Bueno y malo son nombres que significan nuestros apetitos y aversiones, que son diferentes en los distintos caracteres, costumbres y doctrinas de los hombres... el apetito particular es la medida del bien y del mal".⁵⁸⁶ Evidentemente, desde estos postulados se hace imposible hablar de una justicia o injusticia que esté por encima de las voluntades de los hombres. Hobbes retoma el tema, de forma plenamente coherente con la posición central que esta escuela atribuye al pacto como fuente de todo derecho y obligación indicando que "cuando se ha celebrado un pacto, entonces romperlo es injusto, y la definición de justicia no es otra cosa que el cumplimiento del pacto".⁵⁸⁷ Poco antes había preparado algunos fundamentos para esta nueva visión de la justicia al escribir que "merecer", es decir, hacerse acreedor a un derecho, no es otra cosa que el cumplimiento de un pacto y por ello, "De aquel que cumple el primero en el caso de un contrato se dice que merece aquello que ha de recibir por el cumplimiento del otro, y lo tiene como debido... pues en el contrato merezco en virtud de mi propio poder".⁵⁸⁸

El autor que mayor interés reviste para nosotros a la hora de mostrar la íntegra naturaleza contractualista del derecho es Samuel Pufendorf. Hobbes, ciertamente, fue todo lo radical que permite la dialéctica de la razón, pero el inglés representa para la historia posterior un cuerpo a veces extraño a causa de la total inaplicabilidad política de sus teorías. El autor, empero, que cumplió, entre otros, la misión de catapultar la carga individualista y pactista, propia de la escuela del derecho natural, a épocas posteriores fue Samuel Pufendorf. Para mostrar la estructura de la aportación de Pufendorf es preferible momentáneamente abandonar el estudio de su *De iure naturae et gentium* y tomar otra obra suya, el *De officio hominis et civis secundum legem naturalem libri duo*, publicada unos años después de aquélla. En efecto, el *De officio* comienza aludiendo a las cuestiones típicas en Pufendorf: Qué es la ley; naturaleza de la voluntad divina, no atada por ningún tipo de naturaleza de las cosas; el doble

586 *Leviatán, op. cit.*, cap. XV, pp. 253 y 254.

587 *Idem*, cap. XV, p. 240.

588 *Idem*, cap. XIV, pp. 233 y 234.

fundamento de la vinculatoriedad de la ley natural, a saber, su utilidad para nosotros y el hecho de estar mandada por Dios; la derivación del derecho natural desde el principio de la sociabilidad; la igualdad de todos los hombres y, finalmente, los deberes de beneficencia. A partir de aquí acaba la exposición del 'derecho natural', que queda reducido al tratamiento teórico de las cuestiones más generales para un iusnaturalista de aquella época. Lo que sigue, es decir, la inmensa mayor parte del tratado, ya no consiste en una exposición de los preceptos concretos de la ley natural, sino en orientaciones prácticas que tienden a mostrar que los derechos que usamos los hombres han de provenir de nuestra propia libertad o voluntad, es decir, han de ser creados mediante pactos.

Efectivamente, en el capítulo IX del libro I de esta obra anuncia que: "Desde las obligaciones absolutas hasta las hipotéticas es preciso un tránsito por medio de pactos intermedios, puesto que todas las obligaciones, excepto las ya enumeradas presuponen un pacto expreso o tácito. En este lugar, por tanto trataremos de la naturaleza de los pactos y de todo aquello que es preciso observar en su celebración".⁵⁸⁹ "Es preciso reparar en que la única obligación a que se ha aludido anteriormente es la de la sociabilidad que ha de existir entre los hombres, obligación, por lo demás que no es fundamentada tanto en un precepto de la ley natural como en una argumentación pragmático-utilitarista muy similar a la de Hobbes".⁵⁹⁰

Así pues, todo el ordenamiento jurídico ha de construirse sobre pactos.

Es suficientemente manifiesto —escribe Pufendorf— 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 fuente es suficiente. Porque no hay nadie que, de la sola idea de la humanidad, aunque el 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 sociabilidad; 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,

589 "Ab officiis absolutis ad hypothetici sit velut transitus per pacta intermedia, quippe cum omnia officia, praeter iam enumerata, pactum expressum aut tacitum videantur praesupponere. Igitur hoc loco agendum erit de natura pactorum, et quid illa ineuntibus observandum sit". Cfr. *De officio...*, op. cit., l. I, cap. IX, 1.

590 *Vid. De officio...*, capítulos I a VI.

como aquello otro que puede exigir de él, debe ser hecho por promesas y pactos.⁵⁹¹

Quiere decir esto que las digresiones de Pufendorf acerca de la sociabilidad —que es lo único que suele aparecer, normalmente, en los tratados de historia del pensamiento jurídico o de filosofía del derecho— son inoperantes; cumplen solamente la función de actuar a modo de preludeo que suaviza lo que vendrá después. De forma consecuente con lo ya visto, Pufendorf expone a continuación su teoría sobre la propiedad y los precios, que también se fundamentan en convenciones de los hombres.⁵⁹² En el *Liber secundus* vuelve al tema, tan querido por los iusnaturalistas, del origen de la sociedad, de la democracia, y de los pactos internacionales dentro del tratamiento del derecho internacional; queda claro que absolutamente todo el sistema jurídico ha de ser construido sobre la base de hombres libres que contratan. En Pufendorf parece estar disuelta la idea de que los hombres, al pactar, crean necesariamente los patrones para medir el bien y el mal, como se desprende de las citas ya transcritas; al parecer, la única condición para que aflore el bien en cada pacto es la completa libertad de las partes contratantes, pensamiento que preludia a Rousseau; no expresa esta tesis de modo explícito, pero aparece diluida a lo largo de todo el *De officio*. El *Ius naturale et gentium* moderno fue ante todo una doctrina antropológica que sentaba las bases más generales para la creación del derecho positivo correcto o justo según sus postulados.

La época del derecho natural fue consciente de esta reducción del derecho al simple pacto, y cuando en el siglo XVIII se produjo una reacción, dentro de esta misma escuela, de corte eudemonista, que pretendía más bien descubrir las reglas inmutables de la naturaleza que hacen felices a los hombres. Thomasius escribía que “No se mantiene la otra doctrina, que sostiene que todo el derecho nace de un pacto, puesto que,

591 “*Fuisse autem necessarium pacta inter homines inivine, satis manifestum est. Quanquam enim officia humanitatis late sese per vitam humanam diffundant, haud quidquam tamen ex eo solo fonte deduci omnia possunt, quae hominibus ab se invicem utiliter percipere licebat. Nam neque quibus ea est ingenii bonitas, ut omnia quibus aliis prodesse possunt, ex sola humanitate velint praestare citra exploratam spem paria recipiendi... Igitur, ut mutua inter homines omnia, qui fructus est sociabilitates eo crebrius et ad certas velut regulas exerceantur, necessum fuit homines ipsos inter se convenire super eiusmodi rebus invicem praestandis, quae ex sola humanitatis lege certe sibi polliceri ab aliis non poterant. Adeoque in antecessum determinandum fuit, quod alteri quis praestare, quidque ab eodem iterum expectare, suoque iure exigere deberat. Id ipsum autem sit per promissa et pacta”.* Cfr. *De officio...*, op. cit., l. I, cap. IX, 1.

592 Vid. l. I, caps. XII y ss., hasta el final de este libro.

como ya fue demostrado, hay también un derecho innato y, además el pacto por sí no obliga, por lo que no puede producir por sí mismo un derecho ni conformarlo”.⁵⁹³

F. Una teoría jurídica secularizada

La *jurisprudencia* romanista había tenido presente que el ser humano parte desde unas exigencias que él ‘conoce’ parcialmente, sin llegar siempre a construirlas enteramente.

En el caso de los mandamientos y prohibiciones morales más elementales, el hombre las ‘inventa’, ya que la palabra latina *inventio* significa ‘descubrir’. Es decir, todo hombre conoce o descubre que robar, mentir, violar mujeres o asesinar niños son cosas ‘malas’, aunque un sujeto concreto no llegue a explicarse a sí mismo qué quiere decir ‘malo’, sabe, simplemente, que tales cosas le repugnan a él y que *deben* repugnar a cualquiera.

La filosofía premoderna había distinguido dos vertientes en la razón humana: la razón ‘teórica’ y la razón ‘práctica’.

La razón que conoce cosas fue llamada razón teórica. En cierto modo, esta vertiente de la razón es algo así como una cámara fotográfica: se limita a que yo sepa que delante de mí está ahora el ordenador con el que escribo, una mesa, un lápiz, etcétera. Esta dimensión de la razón humana no es todo valorativa: más bien indica que las cosas son o no son (o están o no están). Los griegos, y los filósofos escolásticos de la Baja Edad Media, captaron que el ser humano posee una capacidad cognoscitiva que va más allá del simple reflejo de las cosas en nuestro intelecto, porque el hombre, además de conocer, valora. Por este motivo, los filósofos distinguieron, hace ya muchos siglos, entre la *ratio* y el *intellectus* humano: ambos pertenecen a la razón, pero expresan funciones distintas de esta misma razón. La *ratio*, o razón teórica, conoce; el *intellectus*, además de conocer, valora. Porque un hombre, cuando presencia un homicidio, no se limita a ‘registrar’ por sus elementos y nociones más elementales lo que está viendo: no permanece en la pura descripción a-valorativa. Incluso, si damos un paso más, vemos que la mayor parte de los conceptos humanos

593 “*Cadit et alia doctrina Ius omne ultimo esse ex pacto. Uti, enim hoc ostensum, dari ius conatum. Cap. praec. iam notatum fuit, pactum per se non obligare, aut confirmare*”. Cfr. *Fundamenta Iuris Naturae...*, cap. V, 27. Más razones sobre este mismo tema proporciona en el cap. IV, 98 y 99, y en el cap. V, 11.

que usamos habitualmente son ya valorativos de suyo; cuando alguien dice: "El médico prescribió al paciente recibió un tratamiento inadecuado", no se está limitando a la simple descripción. Por ello, términos tales como juez, médico, albañil, automóvil, gato, y miles más, conllevan según el uso cotidiano del lenguaje una dimensión valorativa.

Si volvemos sobre aquellos principios más elementales, el hombre es capaz de llevar una vida específicamente humana cuando adapta sus comportamientos a los principios y normas más elementales de la conciencia, normalmente conocidos en la *jurisprudencia* del *jus commune* como los *tria praecepta juris*, que expuso Ulpiano: no hacer daño a nadie, vivir honestamente, y dar a cada uno lo suyo. El problema consiste en la índole del hombre que creó la Edad Moderna: es un ser humano que quiere una realidad enteramente 'suya' porque él la ha *construido* íntegramente. Ernst Cassirer expresaba claramente esta idea cuando escribía que esta filosofía

estaba inspirada por el empeño de conformar de tal suerte la totalidad del conocimiento filosófico que, para usar una expresión característica de Locke, no necesitara sostenerse sobre fundamentos prestados o mendigados. Debía sostenerse y justificarse a sí misma. Esta exigencia de autonomía conduce al rechazo del sistema de las ideas innatas, porque la apelación a lo innato equivalía a recurrir a una instancia extraña, no venía a ser otra cosa que fundar el conocimiento por el ser y la naturaleza de Dios.⁵⁹⁴

El gran problema radicaba en que estos preceptos fundamentales de la razón práctica les 'son dados' al hombre: cada ser humano los descubre o los debe descubrir en su conciencia, aunque no son exactamente normas innatas; la mayor parte de los teólogos bajomedievales indicaron que son principios que todo hombre debe descubrir mediante el ejercicio de su razón, de una forma *natural*, esto es, sin necesidad de especiales raciocinios; es decir, no los crea o construye cada sujeto, o el género humano conjuntamente. La conciencia, con diversas normas que ella *prescribe* al sujeto, es más bien activa, y cada hombre tiene ante su conciencia, una posición preferentemente pasiva: un planteamiento molesto para quien quiere serlo todo. ¿Por qué la conciencia puede *prescribir* conductas a un hombre, de forma que esas conductas son algo más que reglas prudencia-

594 *La filosofía de la Ilustración*, trad. E. Imaz. México, 1984, p. 145.

les o técnicas, y pasan a ser *normas* que crean un *deber*? Aquí hay dos cuestiones implicadas: ¿qué es el deber?, y ¿por qué se origina?

Con respecto a la primera, los autores ingleses que se ocuparon del problema de la secularización de la filosofía práctica en los siglos XVIII y XIX, reconocieron que el término *duty* es indefinible.⁵⁹⁵ Se trata de una 'percepción primaria' que puede servir para definir otras cosas, pero que es indefinible desde sí misma. La segunda cuestión, que es la realmente importante, consiste en explicar por qué los dictados de la conciencia constituyen *deberes*. Los filósofos antiguos habían reconocido que los 'primeros principios de la razón práctica' tienen un origen divino: forman como la base constituyente del hombre, y representan lo que Dios ha querido que sea el género humano. Por esta causa son indemostrables y comunes a todos los hombres. Pero la modernidad quiso prescindir de Dios: el incipiente espíritu científico del siglo XVII hacía aparecer como ridícula la imagen de un mundo creado por Dios en el tiempo. A este fin, una vez que rechazaron el espíritu del derecho romano (que sí hacía depender normativamente al hombre de diversos órdenes del ser), quisieron unos sistemas de derecho natural en los que cada norma o proposición era explicable desde la indigencia (*imbecillitas*), la sociabilidad, el miedo, el deseo de felicidad o de libertad, etcétera, de los hombres: éstos eran datos empíricos o positivos, y bastaba argumentar que "si los hombres deseamos ser libres, o felices, o vivir con seguridad..." sólo había que observar lo que cada autor indicaba en su libro sobre el derecho natural. Aparecía un problema importante: la *lex* natural que corrige y encauza el derecho o *ius* natural no ordena o manda nada creando un deber, sino que solamente aconseja: "Si quieres ser libre, si quieres la paz..." Este hecho llevó a diversos autores alemanes de esta época a mantener que el derecho natural no contenía 'reglas imperativas' o que generaran un deber, sino sola-

595 David Fordyce escribía que "If we asked after all, How we come by the Idea of 'Moral Obligation' or 'Duty'? We may answer, that we come by in the same way as by other 'original' and 'primary' Perceptions. We receive them all from Nature, or the great Author of Nature. For this Idea of Moral Obligation is not a creature of the mind, or dependent on any previous act of Volition, but arises on certain Occassions... as necessarily, instantaneously, and unavoidably". Cfr. *The Elements of Moral Philosophy*, Londres, 1754, p. 45. Lord Kames indicaba, por su parte: "Of 'Duty' and Moral 'Obligation'. Though these terms are of the utmost importance in morals, I know that any author attempted to explain them". Cfr. *Essays...*, op. cit., p. 38. Anteriormente ha indicado que "Human actions are not only agreeable or disagreeable, beautiful or deformed... but are further distinguished in our perception of them, as 'fit', 'right', and 'meet' to be done. These are simple perceptions, capable of no definition, than by making use to the words wick we appropriated to them". Cfr. op. cit., p. 34.

mente reglas de la prudencia o de la sagacidad, reglas técnicas,⁵⁹⁶ *Klugheitsregeln*. Pero esto suponía proceder con mucha franqueza, y momentáneamente estos iusnaturalistas salvaron las formas manteniendo que la ley natural obliga (es decir, genera un *deber*) porque Dios así lo quiere.⁵⁹⁷ Se trataba de una declaración que no era sincera: *Les philosophes* franceses de la Ilustración, más desinhibidos en este tema, prescindieron de Dios finalmente.

Uno de los factores que provocó el éxito de las *Lectures* de John Austin fue que el siglo XIX inglés entendió que este autor había secularizado la *jurisprudence*. Esto no es enteramente cierto, porque dentro del tono dubitativo y con frecuencia contradictorio en el que se expresaba Austin, él entendía que el principio de la utilidad había de estar guiado por el *moral sense*. Su época prescindió de estos matices y Markby, por ejemplo, entendía que:

Austin era un utilitarista, e hizo un ensayo (que me parece muy creíble, aunque no siempre ha sido tratado con mucho respeto) para mostrar que el utilitarismo es compatible con la divina providencia. Pero, en verdad, la concepción de Austin del derecho no depende de ninguna teoría o religión, o de alguna moral, o de alguna concepción política. Puede ser aceptada por un hindú, por un mahometano o por un cristiano.⁵⁹⁸

El siglo XVIII negó la posibilidad de una conciencia moral a través de la lucha contra las 'ideas innatas'. Locke entendió que estos primeros principios de la razón práctica constituían ideas innatas en el hombre, y de acuerdo con su epistemología sensista, él negó toda aquella idea que no tuviera origen en una percepción sensorial. La Ilustración siguió masivamente este camino sensista y fenomenista que culminó bien en el *Tra-tado de las sensaciones* de Condillac, bien (en un plano más práctico) en las filosofías prácticas de Hume o Bentham. La filosofía práctica de Kant

596 Vid. mi estudio "La Modernidad y el tema del deber jurídico", *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Oviedo, 1991, pp. 151-182.

597 Vid. mi estudio "La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal", *Estudios en Homenaje a J. M. Rojo*, Valencia, 1996, pp. 41-58.

598 "Austin was a utilitarian, and made an attempt (which seems to me to be creditable, though it has not been treated with much respect) to show that utilitarianism is consistent with the belief in a divine providence. But in truth Austin's conception of law as sovereignty does not depend upon any theory or religion, or of morals, or of politics, whatsoever. It might be accepted by a Hindoo, by a Mahomedan, or by a Christian". Cfr. *Elements of Law...*, op. cit., p. 5, 23. Esta neutralidad de Austin fue vista como un avance científico: cfr. Markby, *Elements...*, op. cit., p. 6, 14, en donde recoge la opinión de sir Henry Maine.

constituyó la gran excepción: quizá por esto fue malentendida por sus discípulos, *die Kantianer* de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo siguiente, y debidamente trivializada se puso al servicio del incipiente régimen liberal.⁵⁹⁹

G. *El problema de la ciencia jurídica: los criterios para obtener el derecho*

Parece obvio que, desde los planteamientos expuestos, el derecho sólo puede surgir desde las voluntades de las partes que contratan, sin que exista en esta escuela una base teórica suficiente para orientar eficazmente y señalar limitaciones a las voluntades libres. Por este camino, la tarea del jurista es fundamentalmente pasiva, y se resumiría en conocer lo decidido por las partes contratantes. A este respecto, poca trascendencia tienen las distinciones que pudiéramos hacer acerca de las distintas orientaciones políticas que existieron dentro de esta escuela.

La voluntad creadora del derecho se orientó en dos direcciones. Una es la que se concreta en los contratos celebrados entre los hombres en tanto que particulares; otra es la doctrina de las leyes, como fuente también del derecho, creadas por un acto de voluntad de los hombres. Algunos autores, como Pufendorf o Wolff, atienden más bien a las voluntades privadas, en las que cargan el peso de su explicación, llevados por su *pathos* individualista y liberal; otros, como Hobbes, parten de las voluntades privadas únicamente en la medida en que ellas crean el cuerpo político que, mediante el soberano, expresara una voluntad propia y distinta de la de los ciudadanos. En cualquier caso, ni unos ni otros proporcionan criterios para la obtención del derecho fuera, claro está, del juego de las voluntades libres.

Este hecho iba a sumir a la ciencia jurídica en una grave crisis que se concretaría, ante todo, en la ausencia de las razones que justifiquen su existencia. Este juicio podría aparecer exagerado, porque en las obras de los iusnaturalistas existen indicios para considerar como con suficiente fundamento que la escuela del derecho natural no abandonó la creación del derecho a la arbitrariedad de las voluntades libres. En efecto, Fernando Vázquez, influido por la tradición jurisprudencial medieval, muy próxima cronológicamente aún a él, definió a la instancia creadora del dere-

⁵⁹⁹ Estudié las doctrinas político-jurídicas de los seguidores inmediatos de la filosofía crítica kantiana en *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989.

cho como una “*recta voluntas, ius*”,⁶⁰⁰ por tanto, en la averiguación de la rectitud de la voluntad la ciencia jurídica encontraba una razón que justificara su quehacer. Pufendorf, en polémica con Hobbes, había mantenido que lo bueno y lo malo depende de la naturaleza de las cosas, no del arbitrio de una voluntad libre.⁶⁰¹ Pero, en lo fundamental de su obra, este alemán sigue un nominalismo tan pleno como el de Hobbes: también en esto, como en todos los temas fundamentales, se muestra discípulo del inglés.

Aun Fernando Vázquez, muy influido por la jurisprudencia medieval, lanzaba fuertes exigencias a la voluntad del que crea la ley positiva,⁶⁰² pero el iusnaturalismo del siglo XVII prescindió de la doctrina medieval acerca de las limitaciones de la voluntad creadora de la ley. Así, vemos que Pufendorf, cuando trata “Del derecho de dirigir las acciones de los ciudadanos”, mantiene que la fuerza de derecho le adviene al *ius civile* únicamente de la voluntad del poder civil supremo, al menos en aquellas materias sobre las que no se ha pronunciado el derecho natural ni el derecho divino;⁶⁰³ aquí ya no hay referencia a la ‘naturaleza de las cosas’ en tanto que criterio fundamentador de la validez jurídica.⁶⁰⁴

Fue Hobbes el que expuso más clara y expresamente la aniquilación de la ciencia del derecho y su sustitución por la voluntad del soberano que se expresa mediante leyes generales. La ciencia jurídica se había configurado a través de los siglos como una actividad fundamentada en la prudencia, a la que se daba el nombre de *prudencia iuris*, y por este motivo los que se ocupaban con ella eran llamados *jurisprudentes*. Hobbes, en cambio, considera a la prudencia como una forma inferior de conocimiento que, por estar basada en la experiencia, conduce frecuentemente al error y que, por este motivo, debe ceder su puesto a la razón.⁶⁰⁵ La razón indica, según Hobbes, que:

600 Cfr. *De Successionibus...*, op. cit., 2,1, *Praefatio*, 69.

601 Cfr. *Ius Naturae...*, op. cit., I. VIII, cap. 1, 5.

602 Vid. Carpintero, *Del derecho natural medieval...*, cit., pp. 95 y ss.

603 Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., I. VII, cap. 1, 1.

604 Cfr. *Idem*, I. VIII, cap. 1, 2.

605 Cfr. *Leviatán*, op. cit., cap. V, p. 153. En el capítulo XLVI de esta misma obra escribe que “Resulta evidente que no debemos comprender como parte de la filosofía ese conocimiento original denominado experiencia, en el cual consiste la prudencia. Porque ésta no es alcanzada mediante el razonamiento, sino que se encuentra tanto en los animales salvajes como en el hombre, y no es sino un recuerdo de la sucesión de acontecimientos en tiempos pasados donde, al alterar el efecto, la omisión de cada pequeña circunstancia frustra la expectativa del más prudente. En cambio, el razonar sólo produce correctamente la verdad general, eterna e inmutable”, p. 701 de la ed. cit.

La ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado mediante palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad utilizada para la distinción de lo justo de lo injusto; esto es, de lo contrario y de lo acorde con la regla. Y ésta es una definición donde no hay nada que no sea evidente a primera vista.⁶⁰⁶

Según este autor, opinar que el derecho, o las leyes, los crean los juristas es una opinión necia, pues nunca el derecho puede depender de hombres privados o de jueces subordinados. Parece evidente que la ley nunca puede oponerse a la razón, sigue escribiendo Hobbes:

pero la duda reside en saber a quién pertenece la razón que será recibida como ley. Evidentemente, no se indica con este término ninguna razón privada, pues entonces habría en las leyes tanta contradicción como hay en las escuelas; ni tampoco, como dice sir Edward Coke, una perfección artificial de la razón lograda mediante largo estudio, observación y experiencia...⁶⁰⁷ Y, por tanto, lo que hace la ley no es esa jurisprudencia o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial que es la república y su mandato.⁶⁰⁸

De forma consecuente con estas afirmaciones, Hobbes ataca el último reducto que podría quedarle a la ciencia del derecho, es decir, la interpretación de las leyes, e indica que “para un hombre privado, sin la autoridad de la república, esto es, sin permiso de su representante, interpretar la ley mediante su propio espíritu es otro error en la política”.⁶⁰⁹ Si es preciso interpretar las leyes, la única interpretación posible es la auténtica, pues “la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los interpretes no pueden ser sino aquellos que el soberano designe”.⁶¹⁰

606 *Leviatán, op. cit.*, cap. XXVI, p. 347.

607 Realmente esta observación de sir Edward Coke es poco afortunada. Hobbes la expone más ampliamente en *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, donde escribe que “Es verdad, si lo que queréis decir es *recta ratio*; pero la *recta ratio* que admito que es ley, es, como sir Edward Coke dice (I Inst., sect. 138), una perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, meditación, observación y experiencia, y no la razón natural de cualquier hombre; pues *nemo nascitur artifex*. Esta razón jurídica es *summa ratio*”. *Cfr. op. cit.*, p. 14.

608 *Leviatán, cit.*, cap. XXVI, pp. 346-352. Una desvalorización semejante de la tarea jurídica la encontramos en Thomasius, aunque no con la radicalidad con que está expuesta en Hobbes. Thomasius, efectivamente, distingue entre *lex* y *consilium*, y explicaba que la “*lex pro iussu sumitur, non doctores, sed imperantis*”. *Cfr. Fundamenta... op. cit.*, cap. V, 35.

609 *Leviatán, op. cit.*, cap. XLVI, p. 718.

610 *Leviatán, op. cit.*, cap. XXVI, p. 358.

Con Hobbes se consumó, ya en el siglo XVII, el voluntarismo jurídico total; el derecho ha dejado de ser en él una obra de prudencia y experiencia que se desgrana en cada caso concreto y en su lugar aparece la voluntad libre que se expresa unas veces mediante pactos y otras a través de las leyes del soberano. Sin embargo, este modo de entender los fundamentos últimos del derecho no alcanzó su máximo prestigio a través de Hobbes ni de los restantes iusnaturalistas que he mencionado; es preciso esperar a la segunda mitad del siglo XVIII para que, mediante J. J. Rousseau, esta visión del derecho alcance su teorización más adecuada a la nueva mentalidad democrática y revolucionaria que entonces domina en Europa.

El problema era serio, porque al considerarse que el derecho es una ‘condición de las personas’, de modo que el único criterio para medir jurídica era la naturaleza de la persona misma, no es nada fácil medir al hombre. La dificultad estriba en que toda personalidad es inconmensurable, porque posee un valor infinito, y la tarea del derecho es precisamente la de *mensurar* lo que corresponde a cada cual. John Austin, a comienzos del siglo XIX, fue amargamente consciente de este escamoteo de los criterios para hacer derecho.⁶¹¹

2. *El derecho natural de la Ilustración*

La escuela del derecho natural nos lleva de la mano hasta el siglo XVIII, en el que se adentra. Sin embargo, en esta época ya sufre fuertes reelaboraciones; el estilo literario de Grocio, Pufendorf, desaparece y progresivamente los tratados de derecho natural fueron adquiriendo un tono filosófico. Esta mutua imbricación de filosofía y derecho vuelve notablemente más complejo el estudio de esta segunda época de la escuela del derecho natural y, por este motivo, una exposición detallada de la filosofía jurídica de este periodo requeriría un estudio profundo de cada autor. De todos modos, sin entrar en detallismos, sí podemos exponer con carácter general las líneas fundamentales por las que discurre la reflexión jurídica en el mil setecientos.

611 Austin se siente molesto ante la distinción de Pufendorf entre libertad “natural” y libertad “civil”. Como la libertad “natural” consiste únicamente en una exención “*from restraint or obligation*”, tal libertad es “*incompatible with law, the very idea which implies restraint or obligation*”. En su opinión, ha sido la escuela del derecho natural la que ha llevado a esta confusión: “*Grotius, Pufendorf, and the other writers on the so-called law of nations, haven fallen into a similar confusion of ideas*”. Cfr. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Londres, 1911, vol. I, p. 216, nota a pie.

Ante todo, hay que advertir que la caracterización general de la escuela del derecho natural hecha en las páginas anteriores es válida para esta otra época: el afán por el método, el sistema, la intencionalidad política que penetra sistemáticamente y domina la teoría que cada cual propone,⁶¹² el uso del método analítico-sintético, etcétera, siguen presentes, sublimados y perfeccionados, en la razón jurídica de la Ilustración. Pero las tesis de Hobbes y Pufendorf habían llegado a su madurez y penetraron en el siglo XVIII fundamentalmente de la mano de John Locke; en cambio, la filosofía 'sencilla' de Christian Thomasius permaneció en el área estrictamente alemana. El empirismo que arrancó de Hobbes condujo ahora a un materialismo abierto y sin complejos, tal como reconocemos especialmente en autores francófonos: Helvetius, Paul Tiry baron d'Holbach, Condorcet, etcétera. Ahora dejaremos a un lado la vertiente práctica de estas filosofías materialistas francesas, que contemplan al hombre como un sector más del mundo físico existente, regido por las mismas leyes que el resto del *Nisus*. Tampoco abordaremos los sistemas éticos de los empiristas ingleses, excesivamente omniabarcantes para ser de utilidad jurídica. Nos interesan momentáneamente más las dos direcciones que tomó la escuela del derecho natural en este momento: una, la de los discípulos de Samuel Pufendorf, y la otra —aún muy poco estudiada y diferenciada del resto de los movimientos político-jurídicos de este momento— que podemos llamar escuela del derecho natural más 'moderado', racionalista, o de otras formas similares. Es la integrada por autores tan dispares como Daniel Nettelbladt, Darjes, el caballero Filangeri, Burlamachi, Heineccius, etcétera. Estos segundos suelen tener un talante políticamente menos revolucionario que los seguidores de Pufendorf, y en sus obras domina más el espíritu jurídico que la pretensión política. A pesar de las grandes diferencias entre ellos mismos.

A. *El eudemonismo como criterio supremo*

Podríamos enunciar así el gran problema de la modernidad en el derecho: ¿cómo hacer progresar un ordenamiento jurídico desde el postulado de individuos independientes y aislados? La ciencia jurídica romanista había considerado las *relationes* entre 'las cosas', de forma que al enjuiciar alguna conducta concreta disponía de algo más que de ideas sobre la dignidad del ser humano y las voluntades libres de los individuos.

612 Este aspecto, referido al siglo XVIII, fue desarrollado por Cotta, S., en *Gaetano Filangeri e il problema della legge*, Torino, 1960.

Casi todos los iusnaturalistas solían exponer dos líneas de pensamiento paralelas, aun dentro de una misma obra: Pufendorf profesa ya desde el primer libro del *De iure Naturae et Gentium* un nominalismo tan radical como el de Hobbes, a quien cita y se remite. Sólo admite la ‘cualidad moral’ que porta cada sujeto, al que compete un derecho de libertad en torno a su ‘persona’: precisamente redefine la noción de *persona* (expresamente contra las nociones romanistas) como el ser libre y autónomo que goza de libertad indeterminable heterónomamente.⁶¹³ En un momento posterior en sus obras, que estos iusnaturalistas llamaron derecho natural ‘hipotético’ —porque consideran a la persona no *absolute*, sino bajo la hipótesis de la convivencia—, recurren a la figura del pacto como única categoría jurídica admisible desde estas exigencias antropológicas. Pero era preciso dar orientaciones pedagógicas sobre los contenidos posiblemente correctos de estos pactos. A este fin recurrieron masivamente a la figura de la ‘utilidad’, que desde su punto de vista individualista poco tenía en común con la *utilitas* más antigua, como el criterio universalmente válido para orientar adecuadamente las voluntades. ¿Qué tipo de utilidad? Locke pareció decantarse hacia el mantenimiento del *status quo* económico existente, pero no fue ésta la actitud de los demás iusnaturalistas, quienes con bastante imprecisión siguieron vagas tesis acerca de la felicidad colectiva o de todos. A esta actitud la podemos llamar ‘eudemonista’, a sabiendas de que le corresponde con mejor título el nombre de hedonista, tal como bastantes investigadores actuales la llaman para diferenciarla del eudemonismo aristotélico-escolástico, que tenía unos fundamentos diferentes. La otra línea que también sigue Pufendorf es más consonante con la tradición y con la ‘idea del derecho natural’: expone largos recetarios de principios generales del derecho, los combina, etcétera. Él consideraba a estos principios o exigencias como *entia moralia*, ya que no se deducían desde una consideración ‘materialista’ del puesto del hombre en el cosmos, como parecía pretender Hobbes: constituían más bien mandamientos resultantes de la voluntad contingente de Dios, que había querido imponer estas leyes a los hombres. Denzer estudió desde este ángulo las aportaciones de Pufendorf, y esta consideración es correcta siempre y cuando hagamos notar las dos direcciones antitéticas de su doctrina, porque no en vano Nicolás J. Gundling (el discípulo de Pufendorf más direc-

613 Para ésta y las siguientes afirmaciones sobre las obra de Samuel Pufendorf, *vid.* el capítulo de esta obra dedicado a la doctrina de la ‘cualidad moral’ en la modernidad.

to e influyente en la Ilustración) hacía notar que su maestro era un autor cuya lectura “turbaba a la gente”.⁶¹⁴ Consideraremos ahora esta otra línea del pensamiento moderno —que he ejemplificado en la obra de Samuel Pufendorf— y que parece encaminarse por unos carriles utilitaristas.

Es bien conocido que el eudemonismo es el principio fundamental de la ética de la Ilustración,⁶¹⁵ y esta ética fue acogida unánimemente por el derecho natural de este tiempo. En este sentido J. G. Heineccius, el más jurista quizá de este conjunto de autores, se planteó largamente el tema del principio supremo del derecho natural, que había de ser ‘*verum, evidens et adaequatum*’. Descartó que pudiera ser “*id quod sua natura iustum est esse faciendum*”, porque no creía en una naturaleza de las cosas que fuera anterior al mandato de la voluntad en que propiamente consiste la norma jurídica;⁶¹⁶ rechazó, sucesivamente, que pudiera residir “*in consensu omnium gentium*”, o “*in iure omnium in omnia*”, como había mantenido Hobbes, “*nec in socialitate*”, como hicieron Grocio y Pufendorf; el principio supremo del derecho natural, explicaba Heineccius, es la voluntad de Dios en tanto que nos muestra nuestra felicidad, pues los hombres cumplimos el derecho natural “*nostrae felicitatis causa secundum*”.⁶¹⁷

El iusnaturalista, sin embargo, que más lejos llevó el principio eudemonista fue Thomasius, quien, al comienzo de su exposición expuso el fundamento de todo lo que seguirá: “*Omnes homines volunt vivere diutissime, et felicissime, id est, iucunde et sine dolore*”.⁶¹⁸ Por este motivo, la norma universal de las acciones humanas y la proposición universal del derecho natural reza: “Hay que hacer lo que convierte la vida de los hombres en larga y feliz, y evitar todo aquello que acelera la muerte y hace la vida poco feliz”.⁶¹⁹ Una vez que el ambiente cultural estuvo permeabilizado a estas ideas, J. J. Burlamaqui podía escribir como si expusiera una

614 “*Mir, sagt er, ist deswegen der Pufendorf, wenn ich denselben erkläret, verdrüsslich vorgekommen, weil die Leute turbiret; denn mich selbst hat er turbiret*”. Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii De Officio hominis et civis*, Hamburg; 1744, Vorrede, pp. 11 y 12.

615 Vid. Jenessens, M., *La morale de l'imperatif catégorique et la morale du bonheur*, Lieja, 1921, *passim*.

616 Cfr. *Elementa Iuris Naturae et Gentium*, Venetiis, 1764, lin. I, LXVIII y LXX.

617 “*Dei voluntas felicitatem nostram ostendit... Sed quidquid verae nostrae felicitatis caussa secundum ius naturae agimus, id omne agimus volente ac iubente Deo*”. Cfr. *Elementa...*, op. cit., l. I, LXXVII y LXXVIII. Para lo anterior, cfr. op. cit., y ss.

618 *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium...*, op. cit., lib. I, 120-123.

619 “*Norma universalis quamvis actionum et fundamentalis propositio ius naturae et gentium late sic dicta est: Facienda esse, quam vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam; et evitanda, quae vitam reddunt infelicem et mortem accelerant*”. Cfr. *Fundamenta...*, op. cit., l. I, cap. VI, 21.

verdad evidente que el derecho, en general, es “*tout ce qui la raison approuve comme un moyen sur et abrégé pour parvenir au bonheur*”,⁶²⁰ con lo que la idea de felicidad se inserta en la noción misma del derecho. Desde este pensamiento eudemonista, el tema de la legitimidad de quien impone la ley se ha simplificado hasta caer en el simplismo: “*L'idée de souverain détermine celle des sujets. Un sujet est donc une personne qui est dans l'obligation d'obéir. Et comme la puissance et la bénéfice constituent le souverain, el faut au contraire supposer dans la personne des sujets la foiblesse et les besoins, d'on résulte la dépendence*”.⁶²¹ El derecho quedaba, pues, fundamentado en la compasión eudemonista y en el afán protector.

No deben engañarnos, sin embargo, estas referencias a la felicidad humana; quizá su valor más profundo reside en mostrarnos que la teoría jurídica del siglo XVIII ha desligado la noción del derecho de instancias trascendentes y se ha centrado inmediatamente en las aspiraciones, caprichos, etcétera, del hombre de la época. Esta fundamentación del derecho, por lo demás, dura poco tiempo; ya en la segunda mitad del siglo XVIII se vio superada por las tendencias revolucionarias enfrentadas a la sociedad estamental y a la monarquía absoluta, y pronto la felicidad de todos en tanto que criterio director de la creación del derecho se vio desbordada por la fe en la ‘*volonté générale*’.

B. *La reducción del derecho a ley y la concepción imperativista de ésta*

Otro rasgo del pensamiento jurídico de esta época es la sobrevaloración de la ley positiva, que aparece a estos autores como un mandato emanado de la voluntad del poder, y que fue considerada como la única fuente del derecho y de cualquier criterio de justicia.⁶²² La sociedad estamental y monárquica estaba tambaleándose, y con ella la inteligencia del derecho y de la ciencia jurídica como tarea de personas entendidas, de juristas. En su lugar entraba el Estado, que reunía en sí todos los ‘poderes’ y cuyo ordenamiento jurídico reclamaba exclusividad: el derecho romano y el *jus commune*, el derecho canónico y los fueros y costumbres locales,

620 *Eléments du droit naturel*. Lausanne, 1783, reimpresión de Vrin, 1981, première partie, cap. III, p. 15.

621 *Eléments...*, op. cit., cap. IV, p. 20.

622 *Vid.*, entre otros, sobre este tema, a D'Amelio, G., *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milán, 1965, pp. 35 y ss.

tenían contados sus días. Los individuos independientes, una vez que habían decidido concluir el contrato social, no podían ‘soportar’ otro derecho que el expresamente pactado: porque, además de ser éste el único derecho ‘legítimo’ (término que introdujo Pufendorf en el sentido actual), toda manifestación de las *leges* adquirió un tinte negativo y represivo, según el esquema hobbesiano: el *ius naturale* es libertad natural, y toda *lex* es una realidad constrictiva (*lex constringit*, escribía Pufendorf), de modo que hablar de una ley natural es una ‘*contradictio in terminis*’. Consecuentemente, el derecho quedó reducido a las leyes, y en un segundo momento la ley, bajo la óptica de un nuevo concepto de racionalidad, fue concebida como el mandato de la voluntad dominante en la república.⁶²³

Ciertamente, contra esta afirmación puede alegarse que algunos autores, a los que ya he aludido, mantuvieron que el derecho natural marca el índice de la vigencia del derecho positivo, por lo que puede apreciarse que existe tanto una barrera ante la arbitrariedad del poder soberano como una concepción del derecho más amplia que la del simple imperativismo basado en la ley dictada por el poder político. Sin embargo, esta observación debe ser matizada si tenemos en cuenta que incluso en las obras de los iusnaturalistas que no fueron revolucionarios se encuentran las ideas suficientes, completas y sistematizadas, como para hacer de la ley positiva —entendida como la voluntad del poder— el criterio único que regula las acciones de los hombres en la sociedad. En este sentido, Heineccius, por ejemplo, proponía distinguir entre el criterio máximo informador del derecho natural (que es, según él, la voluntad de Dios) y la norma suprema del derecho humano. Explicaba, en este sentido, que el principio del derecho natural es un ‘principio filosófico’ que no sirve para explicar la obligación de obedecer *in rebus publicis*, de modo que el fundamento de uno y otro son diversos. Por ello, explicaba Heineccius, “el fundamento de la obligación que alcanza a todos los ciudadanos de una comunidad política es la voluntad suprema en la república, que es al mismo tiempo a la cual todos y cada uno deben ajustar sus acciones. Y si te preguntas ¿dónde puedes conocer y entender esa voluntad suprema?, todos te remi-

623 Indicaba Otto von Gierke que los autores medievales entendieron que el derecho era un “*ius iuris rationis, quod sit aliquid justum*”. Francisco Suárez desdobló las dos dimensiones del derecho, la racional y la imperativa. Pero en la filosofía jurídica posterior, todo el derecho fue reducido a ley imperativa, con la excepción de Leibniz: “*In der späteren Rechtsphilosophie wurde die Zurückführung alles Rechts auf den Willen und die Auffassung des natürlichen wie des positiven Gesetzes als reinen Befehls so gut wie allgemein*”. Cfr. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, reimpresión de Scientia de la 7ª ed. alemana (Aalen), 1981, p. 74, nota a pie.

tirán a las leyes”.⁶²⁴ De esta forma, el derecho natural y el positivo quedan separados porque ya no existe una *ratio* común a unos y otro que fundamente su racionalidad; el derecho natural queda como un simple límite extrínseco del derecho humano, como una barrera cuya legitimación no está clara, destinada a desaparecer cuando el derecho de origen humano alcance su máximo prestigio.

Esta separación entre los fundamentos de la vigencia del derecho natural y el derecho positivo encontró un punto de apoyo doctrinal en la consideración de este último como la voluntad del poder supremo en cada comunidad política; de este modo, cada autor asignó un fundamento al derecho natural (la voluntad de Dios, según Heineccius, el eudemonismo según Thomasius o Burlamaqui) y otro fundamento distinto para el derecho positivo. La idea de que ambos poseen un mismo y único fundamento, que consistiría en su íntima racionalidad, es ajena a estos autores, y ello se confirma cuando estudiamos la naturaleza de la norma positiva humana, que no es otra que un imperativismo ingenuo.

En este sentido, Heineccius explicaba que la república posee una sola voluntad, y que las leyes civiles no son sino los preceptos generales que proceden del gobernante supremo de cada comunidad política, es decir, de la voluntad de la república. Thomasius proponía una explicación similar sobre este tema, bastante más amplia: “En sentido estricto, la ley es el mandato de los que gobiernan, o de los dueños... Aún más estrictamente, se entiende que son los mandatos de quienes gobiernan en la república”.⁶²⁵ De forma consecuente con esta premisa, explicaba más adelante que el derecho positivo está constituido por normas que proceden de la voluntad humana, que sólo requieren, para ser derecho, de su publicación.⁶²⁶ Lógicamente, las consideraciones que se puedan hacer no tienen valor jurídico, por muy razonadas que sean, pues no proceden de la vo-

624 “*Nolim vero confundas normam actionum humanarum, et principii iuris Naturalis. Illa enim est principium, quod essendi vocant philosophi, quodque nobis principium obligationis est. Per hoc intelligimus cognoscendi principium, id est, propositionem quamdam, ex qua, ad quid obligati sumus, illico adpareat. Sunt haec in rebus publicis diversa. Nam principium obligationis, quae civibus reipublicae, est voluntas summae in qualibet reipublicae potestatis, eaque simul norma est, ad quam omnes et singuli actiones suas componere tenentur. At si quaeras, unde cognosci atque intelligi possit illa summae potestatis voluntas? ad leges te omnes remittent, eaque adeo unum et adaequatum erunt cognoscendi principium*”. Cfr. *Elementa...*, op. cit., l. I, LX.

625 Cfr. *Fundamenta...*, op. cit., cap. V, 3.

626 “*Unde ius duplex est, vel quod abstrahendo a voluntate omni humana habeo, vel quod ex lege humana vel pacto oritur... Secundum, a norma voluntatis humanae, vel etiam a iure humano*”. Cfr. *Fundamenta...*, op. cit., cap. V, & 11. Después, explica que “*Ius naturae cognoscitur ex rationatione animi tranquillii, ius positivum requirit revelationem et publicationem*”. Cfr. op. cit., cap. V, 29.

luntad del poder supremo, y escribe, en este sentido, que “*lex pro iussu sumitur, non doctoris, sed imperantis*”.⁶²⁷ Además de ser un imperativo, el derecho requiere, según Thomasius, de la coacción, pues en caso contrario no pasa de ser un simple consejo; una persona que aconseje comporta, según Thomasius, como un “*Pater, consiliarius sive Doctor*”, pero no dice nada que tenga relevancia “*in specie iustitiam sive iniustitiam*”.⁶²⁸ De esta forma, con Thomasius aparece el derecho en la teoría jurídica como una orden coactiva que tienen como finalidad procurar, por la fuerza, la felicidad de los ignorantes o *insipientes*. Por estas ideas Thomasius puede ser considerado como uno de los grandes teóricos, en el plano jurídico, del despotismo ilustrado.⁶²⁹ Una doctrina moral relativista deshacía las últimas dudas que pudieran quedar sobre la legitimidad del despotismo: el único fin del gobierno es hacer a todos, por la fuerza, felices.⁶³⁰

Desde esta doctrina de Thomasius, que tiene interés para nosotros en la medida en que nos manifiesta una mentalidad extendida en la época, a Burlamaqui le resultaba evidente que la ley (que para él era el derecho) es una regla perpetua y uniforme (en lo que se distingue de la simple orden) mandada u ordenada (y en esto se diferencia del consejo) por una ‘*puissance bienfaitante*’.⁶³¹

Pero donde apreciamos la más fuerte reducción del derecho a la ley es en la segunda mitad del siglo XVIII, en las ideas revolucionarias que desbordaron las páginas de Thomasius y Burlamaqui e impusieron el principio de que cada hombre, atendido el derecho natural, es dueño de sí mismo y de que, en consecuencia, el único derecho que está legitimado para violentar la libertad de cada hombre es aquel en cuya elaboración han tomado parte todos los ciudadanos. Nace, pues, la doctrina que fun-

627 *Idem, op. cit.*, cap. V, 35.

628 *Cfr. idem, op. cit.*, cap. V, 52.

629 El capítulo VII del libro VI contiene, en sus primeros 18 números, un fuerte alegato a favor del despotismo ilustrado. Divide continuamente a los hombres en *stulti* y “*sapientes*” y explica, en el marco de su pensamiento eudemonista, que los “*sapientes*” son los que deben gobernar “*quia eius dictata reddunt homines felicissimos*”.

630 El pensamiento de Thomasius acerca del último fundamento del orden moral es muy similar al de Hobbes, ya que relativiza las nociones del bien y del mal: “*In praxi quotidiana illa conscientia recta est, quae convenit cum iudicio plurium in societate vel eorum, qui alios eminent potentia. Unde facile contigit, quod conscientia recta in hac societate, habeatur pro erronea in altera*”. *Cfr. Fundamenta...*, *op. cit.*, cap. IV, 20. En este mismo capítulo, en el 87, llega a la conclusión de que, en última instancia, lo bueno es lo que permite hacer posible la paz interna, y lo malo es lo que perturba esta paz: “*Extrema bona sunt quae tendunt ad acquirendum pacem internam, extreme malae, quae turbant pacem externam*”.

631 *Eléments...*, *op. cit.*, cap. IV, p. 16.

damenta el derecho en la *volonté générale*, de la mano de las nuevas ideas acerca de la igualdad de todos los hombres.⁶³² Se trataba de una corriente de pensamiento, de inmediata influencia en la praxis política, que erige como dogma fundamental la libertad e igualdad de los hombres. Además de estos contenidos concretos del derecho natural, el iusnaturalismo revolucionario se apartó del derecho natural anterior en el hecho de que centró sus aspiraciones de reforma en hacer posible un procedimiento de creación de leyes que respondiera lo más plenamente posible a las ideas de igualdad y libertad. A este fin, los revolucionarios exigieron una legislación representativa que, por el simple hecho de tener tal nota, se adecuara a los intereses verdaderamente comunes. De esta forma, el derecho natural y el derecho positivo quedarían asumidos en una única realidad, es decir, en la ley emanada de un parlamento que encarna la *volonté générale*. Desde estos planteamientos se cerró el círculo que ya se apuntaba en el derecho natural anterior, y el derecho fue visto como una ley general que reuniera las condiciones indicadas. Así, desde el seno del pensamiento iusnaturalista surgió lo que después hemos llamado el “positivismo jurídico”.⁶³³ De la creencia en la libertad e igualdad de los hombres, que era la suprema exigencia iusnaturalista revolucionaria, surge la ley positiva que, en la medida en que es elaborada según un procedimiento representativo, se alza como criterio supremo para reconocer las exigencias del derecho natural. El derecho queda, pues, reducido a la ley positiva, y ésta es legítima en la medida en que responde a la voluntad general; las demás exigencias que se lanzaban al derecho en épocas anteriores han desaparecido, y el iusnaturalismo revolucionario se cierra en un voluntarismo que identifica razón y voluntad en beneficio de esta última.

C. *La consideración de la ciencia jurídica en el iusnaturalismo ilustrado*

Las causas que llevaron a la exaltación de la ley positiva fueron, como hemos visto, complejas, y este hecho aconseja matizar y distinguir

632 Una idea acerca de la enorme importancia que habían tomado en la segunda mitad del siglo XVIII las exigencias relativas a la igualdad de todos los ciudadanos, nos la proporciona Montesquieu, quien escribía: “Para la comprensión de los cuatro primeros libros de esta obra hay que tener presente: Primero que lo que llama *virtud* en la república es al amor a la patria, es decir, a la igualdad...”. Cfr. *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, s.f., p. 48.

633 Esta idea es desarrollada por M. Cattaneo siguiendo precedentes anteriores en *Illuminismo e legislazione, op. cit.*, pp. 24 y ss.

las razones por las que la ciencia jurídica, en tanto que instancia que introduce la racionalidad en el derecho, fue desechada. Veamos algunas de estas razones:

En primer lugar, estaba muy extendida la idea de que la ley, si era 'clara, uniforme y precisa',⁶³⁴ cumpliría inmediatamente la función de ordenar la vida social, al introducir claridad y simplicidad en las relaciones sociales; consecuentemente, la interpretación de las leyes debería quedar excluida,⁶³⁵ pues toda hermenéutica, con su inevitable multiplicidad de soluciones, deshace la claridad, uniformidad y precisión que debe exigirse a las leyes. La ciencia del derecho del Antiguo Régimen, con su multiplicidad de fuentes del derecho y su variedad de opiniones discordantes sobre un mismo tema, se oponía directamente a la idea ilustrada del derecho como un dictado claro y sencillo de la razón; por este motivo, en nombre de la claridad y de la sencillez, la ciencia del derecho fue expulsada del ámbito de lo jurídico.

Es preciso observar, además, que la forma de proceder propia de la ciencia jurídica, que gira siempre en torno a problemas concretos, con un método inevitablemente casuístico, agrava su oposición con las exigencias ilustradas. Efectivamente, la mentalidad dominante entre los ilustrados quiere situaciones abstractas y generales que regulen la vida social de forma precisa y ordenada, y esto es radicalmente opuesto al casuismo de los juristas, cuya falta de abstracción y de orden fue vista no solamente como obstáculo a la eficacia, sino como un defecto cultural y moral por su contraposición a la claridad propia de la razón.⁶³⁶

Pero en la Ilustración no sólo se rechazó la ciencia jurídica existente hasta la época, sino cualquier ciencia jurídica. Ciertamente, este juicio debe ser matizado según las diversas escuelas que se movieron dentro del pensamiento jurídico del siglo XVIII. La línea relativamente moderada representada por Heineccius, Burlamaqui, Filangeri, etcétera, posee algunos presupuestos para conceder aún una cierta función a la ciencia del derecho. Pero la corriente revolucionaria francesa, fundamentada en la literatura jusnaturalista alemana, mostró claramente su aversión hacia todo aquello que no fuera ley imperativa como única fuente del derecho. En

634 "Que toute loi soit claire, uniforme et précise". Cfr. voz "Lois civiles et ecclésiastiques", en *Dictionnaire Philosophique*, París, 1833, vol. IX, p. 71.

635 La prohibición de interpretar las leyes fue una exigencia extendida entre los ilustrados. Vid. sobre este tema a D'Amelio, G., *Iluminismo...*, op. cit., pp. 54 y ss.

636 Vid. sobre este problema a Corpacci, F., *Ideologia e politica in Cesare Beccaria*, Milán, 1965, pp. 13 y ss., Cattaneo, *Iluminismo...*, cit., pp. 38 y ss.

este sentido, el problema radical de la ciencia jurídica estribaba en que ésta siempre se desarrolla mediante opiniones emitidas por personas privadas que, en su calidad de tales, no tienen más punto de apoyo o fundamento que su propia racionalidad según el conocimiento de las leyes y según su prudencia.

Pero sucede que el siglo XVIII, especialmente en el área francesa, fue muy sensible ante lo privado. En efecto, esta época marca un hito importante en la contraposición entre lo público y lo privado, ya que se tendió a pensar que lo privado es, por definición, una instancia parcial, atenta sólo a sus propios intereses; sólo la instancia pública representa las buenas intenciones, y ella es, consecuentemente, la única que está en condiciones de realizar la felicidad pública y garantizar el respeto a los derechos de todos. De forma consecuente con esta premisa, aquella persona que pretendiera imponer su opinión o su razón a los demás debe ser considerado, por decirlo con palabras de Diderot, como un enemigo del genero humano, pues no hay más fuente de la justicia o de la injusticia que la voluntad general.⁶³⁷ Y es que los ideales entonces revolucionarios de libertad e igualdad exigían que sólo fuera considerado derecho legítimo aquel que procede de la voluntad de todos, ya que nadie puede ostentar sobre los demás una racionalidad superior. El criterio supremo de la justicia, aquello a que “debe volverse el ciudadano para saber cómo deber ser hombre, ciudadano, súbdito, padre, hijo, y cuándo le conviene vivir o morir”,⁶³⁸ es en la ética que hizo posible la revolución, la voluntad de la mayoría, que conjuga la realidad y la idealidad del derecho. Así, pues, la razón, en el derecho, se reduce a la ley del Estado, y ésta es una voluntad inmotivada que se justifica y legitima por el hecho de decidir libremente, que es su principal derecho.

Estas son algunas de las ideas fundamentales que, en el campo del derecho, dominan en el siglo XVIII. Se trata, como hemos podido observar, de doctrinas distintas, a veces opuestas y casi siempre inacabadas. El autor que supo recogerlas y crear con ellas el cuerpo doctrinal que constituyó el ideario de la revolución fue J. J. Rousseau, mediante su *Du contrat social*.

637 Diderot, en el volumen V de la *Encyclopedie*, al tratar del derecho natural, desarrollaba estas ideas. Vid. Comanducci, P., *L'illuminismo giuridico*. Bologna, 1978, pp. 91-94.

638 Diderot, *op. cit.*, p. 92.

D. *Del iusnaturalismo al positivismo jurídico: J. J. Rousseau*

Rousseau publicó diversas obras, de distinta factura, con finalidades diferentes; en este sentido, su importancia no es menor para la pedagogía que para la historia del pensamiento jurídico. No voy a tratar de exponer el verdadero pensamiento de Rousseau; simplemente, voy a estudiar la obra suya que, trivializada y vulgarizada, constituyó de hecho el soporte doctrinal de las corrientes democráticas y revolucionarias que estallaron en Francia en 1789.

Desde el punto de vista de su forma de proceder, Rousseau representa la culminación de la escuela iusnaturalista. En efecto, la mayor libertad intelectual que reclamaban los humanistas del siglo XVI, que se concretó en el 'humanismo jurídico' de la misma época que introdujo un razonamiento nuevo, desligado parcialmente de la autoridad del derecho romano y de los juristas anteriores, se muestra en su plenitud en el siglo XVIII. El razonamiento de Vázquez de Menchaca o de Grocio, tímido aún, necesitaba como apoyaturas citas continuas de los clásicos latinos y, a veces, griegos, del derecho romano, etcétera. Lo mismo sucedía con Pufendorf, aunque éste mantuvo, como ya vimos, que lo que él exponía no se fundamentaba en la autoridad del derecho civil, sino que fluía de la razón natural. Esta razón aplicada al derecho, en la medida en que fue considerándose madura, prescindió de los cañamazos de los primeros iusnaturalistas y por este motivo fueron desapareciendo paulatinamente las remisiones al derecho romano, a los literatos clásicos o a las *Sagradas Escrituras*. La razón iusnaturalista en su madurez, tal como se muestra, por ejemplo, con Christian Wolff, descansa y se fundamenta sobre sí misma, en experiencias inconscientes, en ideales éticos inconfesados que se atribuyen a la naturaleza del hombre y en las leyes de su propia legalidad. Rousseau asume esta última actitud, y su razonamiento se basa en una razón ingenuamente segura de sí misma, que hace tabla rasa de la tradición. Por este hecho, al referirse a su rechazo de la esclavitud, el ginebrino escribía: "Estos principios no son los de Grocio; no están fundados en la autoridad de los poetas, sino que derivan de la naturaleza de las cosas y se fundamentan en la razón".⁶³⁹

Los puntos de partida antropológicos de Rousseau en esta obra son simples. El hombre es un ser indigente que, para mantenerse, necesita

⁶³⁹ *Du contrat social ou principes du droit politique*, París, Gallimard, 1964, lib. I, cap. IV, p. 358 de esta edición.

unirse a los demás; no es, sin embargo, un ser que esté bien dotado para la cooperación social: su primera ley no es la de cuidar de los demás, sino velar por su propia conservación,⁶⁴⁰ aparece extremadamente celoso de sus intereses particulares, lo que le lleva al enfrentamiento con los demás, y esto determina que deba unirse en sociedad.⁶⁴¹ Así pues, el hombre es un ser egoísta, atento ante todo a su provecho propio, y esta tendencia no desaparece porque constituya una sociedad.⁶⁴² El egoísmo en la vida social dará origen a la hipocresía, pues los gobernantes y oradores políticos dirán muy a gusto que la fuerza del pueblo es la suya propia, que su principal interés es que el pueblo sea rico, numeroso; esto es mentira: su interés personal es que el pueblo sea débil, miserable, que no les pueda resistir jamás.⁶⁴³

Estos hombres, quizá por estas taras que les vienen dadas por naturaleza, han dado origen a una sociedad que es opuesta a los dictados de la razón, pues en ella no hay libertad: “*L’homme est ne libre, et par-tout il est dans les fers*”.⁶⁴⁴ El hecho de que la sociedad sea efectivamente así no quiere decir que deba ser de esta forma, pues el orden social actual no es un reflejo del orden natural, sino que se basa en convenciones humanas.⁶⁴⁵ Resultaba evidente, para Rousseau, que los pactos que han dado origen al orden social existente actualmente (referido al siglo XVIII) son antinaturales, pues han hecho perder la libertad al hombre, que es ante todo un ser libre, y como consecuencia de esta violación de los derechos naturales, los hombres han perdido su calidad de hombres, han renunciado a sus derechos y a sus deberes, han destruido la moralidad.⁶⁴⁶

Esta sociedad inmoral e inhumana debe ser revolucionada. En el pensamiento de Rousseau no es suficiente una actitud reformista o moralizante; ya hemos aludido a la naturaleza egoísta que el atribuye a los hom-

640 *Du contrat social...*, cit., I, I, cap. IV (360).

641 “... car si l’opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l’établissement des sociétés...”. *Du contrat social...*, cit., I, II, cap. I (368).

642 Rousseau explicaba que en todo magistrado hay que distinguir la existencia de varias voluntades esencialmente diferentes. Una sería la voluntad del individuo, que tiende a su interés particular, otra es la voluntad del pueblo, o voluntad soberana, que tiende al interés general. *Cfr. idem*, I, III, cap. II (400-401).

643 *Cfr. idem*, I, III, cap. VI (409).

644 *Idem*, I, I, cap. (351).

645 “... l’ordre social est un ordre sacré, qui sert de base a tous les autres. Cepedant ce droit ne vient point de la nature; il est donc fondé sur des conventions”. *Cfr. idem*, I, I, cap. I (352).

646 *Renoncer à sa liberté c’est renoncer à sa qualité d’homme, aux droits de l’humanité, même à ses devoirs... Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l’homme, et c’est ôter toute moralité à ses actions que d’ôter toute liberté à sa volonté*”. *Cfr. idem*, I, I, cap. IV (356).

bres y de la mano de este pensamiento, este autor desarrolla extensamente la idea de que las actitudes personales justas no bastan para cambiar la sociedad, porque la persona que proceda justamente, es decir, de acuerdo con la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas, se verá menospreciada pues, a falta de sanción positiva de la ley natural, él vivirá las exigencias de esta ley con todos, y nadie las vivirá con él.⁶⁴⁷ Se precisa, para cambiar la sociedad, no hombres justos, sino un 'sistema' social justo o, por decirlo con palabras de Rousseau, es preciso "*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*".⁶⁴⁸ La finalidad del sistema político que él propone "*se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité. La liberté, parce que toute dépendence particuliere est autant de force ôtée au corpe de l'Etat; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle*".⁶⁴⁹ Las dos grandes exigencias revolucionarias, la libertad y la igualdad, quedan, pues, pretendidamente consagradas en el proyecto de convivencia que Rousseau formula.

¿Es posible una sociedad así, es decir, una sociedad en la que la igualdad esté al servicio y sea la causa fundamental de la libertad? Rousseau entiende que sí, y proporciona a este fin una larga explicación: las cláusulas del contrato social se reducen todas a una sola, a saber: la entrega total de cada asociado, con todos sus derechos, a la comunidad; de esta entrega total de todos a todos —cláusula fundamental cuya menor modificación volvería nulo el contrato— se deduce que las condiciones bajo las que se entra en sociedad son exactamente iguales para todos y, en consecuencia, nadie puede tener interés en hacerlas más onerosas para otros porque, en ese mismo momento, las volvería también más onerosas para sí mismo. La igual *philautia* es, pues, la ley fundamental y la garan-

647 "*Ce qui est bien et consono à l'ordre est tel par la nature des choses et indépendement des conventions humaines. Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source; mais si nous savions la recevoir de si haut nous n'auroins besoin ni de gouvernement ni de lois. Sans doute il est une justice universelle émanée de la raison seule; mais cette justice pour être admise entre nous doit être reciproque. A considerer humainement les choses, faute de sanction naturelle les loix de la justice sont vaines parmi les hommes; elles ne font que le bien du méchant et le mal du juste, quand celui-ci les observe avec tout le monde sans que personne les observe avec lui*". Cfr. *idem*, I, II, cap. VI (378).

648 *Idem*, I, I cap. IV (360).

649 *Idem*, I, I cap. XI (391).

tía suprema de la salvaguarda de los derechos de cada uno. La libertad se conserva, además, en esta enajenación total porque cada hombre, al darse a todos, no se da en realidad a nadie, y como no hay un solo asociado sobre el cual no se adquieran los mismos derechos que se le han cedido, cada cual gana todo lo que pierde, pero con la diferencia de que ahora, tras concluir el pacto social, recupera todo lo suyo con la fuerza civil y política suficiente para conservarlo eficazmente.⁶⁵⁰

Además de estas garantías, explica en el capítulo VII de este mismo libro del *Du contrat social* que cualquier ciudadano está seguro porque, al estar la multitud reunida en un solo cuerpo, no se puede ofender a un solo miembro sin atacar al mismo tiempo a todo el conjunto; tampoco el poder soberano puede atentar contra uno de los ciudadanos, pues el poder, al estar compuesto por los mismos ciudadanos, no puede tener ideas distintas a las de ellos mismos. Todo esto le lleva a concluir que “*Le souverain, par cela seul qu’il est, est toujours ce qu’il doit être*”.⁶⁵¹

Aunque Rousseau pretenda que la constitución misma del cuerpo político ideado por el salvaguarda la libertad de todos los ciudadanos, ésta es una argumentación excesivamente frágil como para gozar de credibilidad: de hecho, la premisa fundamental que garantizaría el ejercicio libre de todos los derechos —la entrega de todos a todos— es un postulado demasiado parecido al de Hobbes, autor bien conocido por Rousseau y toda su época, que llegaba a conclusiones opuestas a las que el ginebrino se había propuesto. Le era preciso, pues a Rousseau garantizar por otros caminos la bondad incondicional de las decisiones que tomara el poder. Este otro camino que emprende es el justificar la absoluta rectitud de la *volonté générale*.

Al llegar a este punto, la argumentación rousseauiana pierde diafanidad y se ve envuelta bruscamente en una niebla que sólo es explicable por lo que pudiéramos llamar la ‘mística de la voluntad general’. Efectivamente, Rousseau abandona aquí su procedimiento argumentativo habitual y persigue convencer al lector, con abundantes recursos retóricos y literarios, que la voluntad general es siempre ‘buena’. El tema era ciertamente difícil. Los iusnaturalistas anteriores de todas las épocas habían situado por encima del derecho de origen humano un orden de bondad elemental —el derecho natural— que debía penetrar toda creación humana; de esta forma, el derecho creado por los hombres tendría siempre un patrón para

650 *Idem*, I, I, cap. IV (360-361).

651 P. 363 de la ed. *cit.*

el contraste de su rectitud. Rousseau, en cambio, deja reducido el derecho natural fundamentalmente a la exigencia de la igualdad y libertad entre los hombres, y pretende construir un edificio jurídico-político que, al funcionar desde estas premisas determinadas, no pueda jamás cometer injusticia. Todo esto sabe a cosa increíble y nuestro autor, que no debía estar muy seguro de su argumentación anterior, afronta ahora la tarea de justificar la bondad incondicionada de la *volonté générale*. Veamos que indicaba Rousseau.

Parece lógico que la voluntad mayoritaria pueda cometer injusticias; una medida tomada contra la voluntad de los ciudadanos no es legítima, sin más, por estar avalada por los votos de la mayoría. Rousseau se enfrenta a este problema y escribe que la simple voluntad mayoritaria no forma la *volonté générale*; de hecho, la mera voluntad de la mayoría es lo que él llama la *volonté de tous*, que mira al interés particular de los votantes y que no es más que una suma de voluntades particulares.⁶⁵² La verdadera '*volonté générale*', en cambio, es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública.⁶⁵³ ¿Cuáles son los criterios para distinguir la *volonté de tous* de la verdadera *volonté générale*?

En el capítulo III del libro II del *Du contrat social* expone por primera vez el criterio fundamental que repetirá insistentemente: si despojamos a la '*volonté de tous*' de las diferencias de intereses particulares, que se autodestruyen, resulta la voluntad general; ésta es de este modo, y como repetidamente se ha puesto de manifiesto,⁶⁵⁴ una comunidad de intereses que surge del seno de los numerosos intereses particulares: aquello que todos estos tienen en común, eso sería la voluntad general. En este sentido, la formación correcta de tal voluntad supone, según explicaba Rousseau repetidas veces, que los ciudadanos, al deliberar, no tengan comunicación entre ellos, que no existan 'sociedades parciales' que conviertan a las decisiones en menos numerosas y a los resultados de las deliberaciones en 'menos generales'. Si una 'sociedad parcial' llega a ser tan grande que domina sobre las otras, entonces ya no puede haber voluntad general porque, en tal caso, los votos no se corresponden a los hombres y a sus intereses comunes, sino a los de tal sociedad o sociedades.⁶⁵⁵

652 *Cfr. idem*, I, II, cap. III (371).

653 *Idem*, I, II, cap. III (371); L-II, cap. IV (380).

654 *Cfr. Welzel, H., Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material.* Madrid, 1971, pp. 165 y 166.

655 *Du contrat social...., cit.*, L, II, cap. III (371).

¿Qué es lo que avala esta confianza ilimitada en la voluntad general? En Rousseau no es una fe inquebrantable en la rectitud de las decisiones de los votantes: “no se sigue de esto <del hecho de que la voluntad general es siempre recta> que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Siempre quiere su bien, pero no lo ve siempre: jamás se corrompe al pueblo, pero con frecuencia se le engaña”.⁶⁵⁶ Realmente lo que parece predominar en Rousseau es la creencia inmotivada de que la voluntad general, esté formada o aún no, es siempre algo bueno, con independencia de las voluntades empíricas que la han formado o la formarán. Así, el libro IV del *Du contrat social* se abre con un capítulo titulado: “Que la voluntad general es indestructible”. En él explica que la voluntad general es inalterable y pura, y que incluso cuando se vende el voto por dinero no se la corrompe, sino que sólo se la elude.⁶⁵⁷ Parece claro que la *volonté générale* a que aquí alude Rousseau no tiene nada que ver con la decisión fáctica tomada por los ciudadanos concretos; de hecho, la voluntad general aparece como algo superior y trascendente a los intereses de quienes integran la comunidad política. Esta impresión se refuerza por lo que expone más adelante, dentro de este mismo capítulo:

Cuando se propone una ley ante la asamblea del pueblo —escribe Rousseau— lo que se pide no es precisamente si ellos aprueban la proposición o la rechazan, sino si ella está conforme o no con la voluntad general... Cuando prevalece una opinión contraria a la mía, esto no prueba otra cosa sino que yo estaba equivocado, y lo que yo creía que era la voluntad general no lo era.⁶⁵⁸

Los votos, pues, no forman la ‘*volonté générale*’: sólo la reconocen, pues ésta ya existía. La misma desconfianza que existía en la tradición anterior sobre la capacidad de los hombres para conocer por sí mismos lo que es recto, se encuentra en Rousseau: “*De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n’est pas toujours éclairé*”.⁶⁵⁹

En Rousseau, pues, la sociedad no está por sí misma madura para determinar el bien. La sombra de desconfianza en la capacidad humana que

656 *Cfr. ibidem.*

657 *Cfr. idem*, p. 438 de la ed. cit.

658 *Idem*, p. 440 de la ed. cit.

659 *Idem*, I, II, cap. VI (380).

está en la base de toda doctrina del derecho natural se muestra con toda claridad en la obra del ginebrino; él explicaba, en efecto, que al pueblo “*Il faut lui faire voir les objets tels qu’ils sont, quelquefois tels qu’il doit lui paroître, lui montrer le bon chemin qu’elle (la volonté générale) cherche, le garantir de la séduction des volontés particulières*”.⁶⁶⁰ La instancia protectora que muestra al pueblo las cosas tal como realmente son (o tal como deben parecerle, por seguir las propias palabras de Rousseau), la que enseña a los ciudadanos el buen camino que les guía hacia la mística *volonté générale*, es el Estado. Parece evidente que Rousseau no confiaba en la capacidad de discernimiento de los votantes. Por ello escribía que “Los particulares ven el bien, pero lo rechazan; la instancia pública no lo ve, pero lo quiere. Todos tenemos necesidad de que nos guíen, pues es necesario obligar a los ciudadanos a conformar sus voluntades con la razón... y es así, con las luces que aporta el Estado, de lo que resulta la unión de la inteligencia con la voluntad general”.⁶⁶¹

Resulta palpable que la propuesta jurídico-política de Rousseau poco tiene que ver con el parlamentarismo. Efectivamente, en un primer momento, muestra cómo la *volonté générale* es cosa independiente de lo decidido en las votaciones: ya sabemos que tal voluntad es algo que preexiste al acto de votar, de modo que este último sólo la ‘desvela’. De ahí su pureza, su incorruptibilidad, su bondad incondicionada. Por ello, lo que deciden los ciudadanos poco o nada afecta a su sublimidad. En un segundo paso, nuestro autor, quizá consciente del hecho de que no ha proporcionado criterios que aseguren el efectivo y seguro desvelamiento de la voluntad general, propone recurrir a la decisión del Estado como la guía segura para discernir la verdadera voluntad general. A fin de cuentas, esto es lo único tangible: *Tous ont également besoin de guides* y, en consecuencia, el dictamen de la instancia pública es lo único que garantiza la pureza de la ‘*volonté générale*’. Toda la propuesta rousseauiana se reduce, en definitiva, a mirar al Estado como la estrella polar que debe guiar nuestras vidas. Quizá este juicio pueda parecer a alguno unilateral, excesivo; ciertamente, la riqueza literaria de Rousseau, su enorme capacidad de sugerir, suscita y, sobre todo, ha suscitado históricamente, tantas ilusiones, que llegar a este parco resultado parece desalentador. Pero una lectura de sus obras jurídico-políticas no nos lleva a otra conclusión.

660 *Ibidem.*

661 *Ibidem.*

3. *Un breve epílogo*

Esta síntesis sobre la escuela del derecho natural queda incompleta si no aludimos a Immanuel Kant. No es el momento, sin embargo, de ocuparnos de la doctrina jurídica del pensador prusiano. La razón de ello reside en que Kant, a diferencia de los autores a que he aludido en este estudio, presenta una complejidad que volvería ridículo el intento de dedicarle unas pocas líneas pretendiendo, con ellas, mostrar su inserción histórica en la evolución del pensamiento jurídico. Queda, pues, el problema kantiano para otro momento.

A vista de pájaro hemos visto tensiones, contradicciones, tanteos incabados en la *iuris naturalis disciplina*. Una visión que no abarcara el conjunto sospecharía, incluso, abismos insalvables entre sus integrantes; en este sentido, en algunas áreas culturales se identifica el iusnaturalismo con la apoyatura teórica del despotismo monárquico de la Edad Moderna. Se pueden hacer muchas matizaciones, y posiblemente todas sean acertadas. Pero si prescindimos de lo accidental, de lo que dictaban tanto la moda intelectual con las exigencias político-sociales de cada momento, podemos apreciar una continuidad fundamental desde Fernando Vázquez de Menchaca hasta Kant. En efecto, lo que constituyó a esta escuela como tal, es decir, lo que dio a sus integrantes la conciencia de ser iusnaturalistas y no juristas del *ius commune*, o filósofos tradicionales, fueron varias exigencias que han quedado expuestas. Pensemos en su rechazo total de toda la tradición anterior al siglo XVI, en sus insultos —ésta es la palabra adecuada— contra los que pretendieron continuidad con la jurisprudencia anterior.

¿Qué quedó? Ellos partieron de hombres libres e iguales que pactan y que, pactando libremente, crean la sociedad, el Estado, la propiedad, los regímenes políticos... todo, en una palabra. Cuando la fe en el pacto se debilitó, cosa que ya sucedió en la segunda mitad del siglo XVIII, porque sabía a cosa increíble que tales pactos hubieran podido ser reales, los iusnaturalistas recurrieron agónicamente a declarar que el pacto, ya que irreal, era y debía ser una idea regulativa de razón para moldear la convivencia; en el *Gemeinspruch* de Kant encontramos la mejor defensa de este último extremo. Pero ya eran coletazos de un cuerpo moribundo. ¿Cómo se puede tomar como idea regulativa algo que es manifiestamente falso?, argumentaban algunos alemanes poco después de Kant.⁶⁶²

662 Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993, pp. 26-31.

A finales de la Edad Moderna la *iuris naturalis disciplina* había cumplido su misión fundamental, a saber: la destrucción de la ciencia jurídica. El iusnaturalismo arrasó —en las varias acepciones de esta palabra— la cultura jurídica europea, sin encontrar oposición apreciable.⁶⁶³ Por ello, la Edad Contemporánea se indica con la herencia dejada por el derecho natural.

¿Qué quedó? preguntaba líneas arriba. A finales del siglo XVIII desapareció el prestigio del iusnaturalismo y, con él, la construcción teórica de la convivencia basada en pactos entre hombres iguales. La ciencia jurídica, en este momento, resucita tímidamente, pero ahora como una sirvienta del legislador estatal: ordenación, aclaración de conceptos contenidos en las leyes emanadas del Estado. Lógicamente, su función precisa en cualquier época —es decir, introducir racionalidad en la vida social al dirimir conflictos—, no era posible; después de dos siglos de predominio universitario del *ius naturale*, al estudioso del derecho le faltaban criterios humanos, morales, o como queramos llamarlos, para orientar la convivencia.

Quedó el Estado, apoyado por la policía y el ejército, y éste era el único dato 'real'. Más allá de él, todo pareció una quimera propia de filó-

663 La "escuela del derecho natural" no prosperó en los países unidos bajo la Corona inglesa. Hobbes y Locke han tenido, desde luego, una importancia excepcional para el desarrollo de esta escuela; pero ya he indicado que las aportaciones de los ingleses han sido tan decisivas como breves. Porque la enorme mayoría de los moralistas y juristas ingleses no admitió el "jusnaturalismo" moderno. Lord Shaftesbury, por ejemplo, no admitió el empeño secularizador de este movimiento: por esta razón ideó la tesis del *moral sense* (en un sentido más próximo a Malebranche que no a Tomás de Aquino) y sentó, ante todo, que los hombres valoramos *naturalmente*: "*The Mind, which is spectator or Auditor of 'other Minds', cannot be without its 'Eye' and 'Ear'; so as discern Proportion, distinguish Sound, and scan each Sentiment or Thought that comes before it*". Cfr. "An Inquiry concerning Virtue and Merit", *Characteristics of Men, Manners, Opinions, Times*, vol. II (1711), reimpresión de G. Olms (Hildesheim-New York), 1978, p. 30. Por esta causa y no por otra cosa, afirma Shaftesbury, el hombre "*is capable of having a 'Sense of Right and Wrong'*". Cfr. *op. cit.*, p. 31. Adam Smith se opuso al postulado del "contrato social". Vid. *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, 1978, p. 207. Adam Ferguson siempre exigió partir, en la consideración universitaria "de cada ente activo desde el punto de vista de su comportamiento en la situación en la cual se forma, no desde la apariencia cuando se le someta a una circunstancia anormal o forzada". Cfr. *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, ed. cit., p. 6. Él entiende que todas las conductas del hombre son igualmente *naturales*: "pero empleado para especificar una conducta que procede de la naturaleza del hombre, no sirve para distinguir nada, pues todas las acciones humanas son igualmente el resultado de su naturaleza". Cfr. *op. cit.*, p. 13. David Fordyce parte, polémicamente, desde la tesis de la sociabilidad natural al hombre. Vid. *The Elements of Moral Philosophy*, cit., p. 193. Lord Kames hizo lo mismo que Fordyce. Vid. sus *Essays on the principles of morality...*, *op. cit.*, p. 12. En la página 23 de esta obra denuncia las arbitrariedades que han llevado a que existan varios sistemas distintos del derecho natural. John Austin denunció como falsos los *rights of man*, o las *unalienable liberties*, etc. Vid. *Lectures on Jurisprudence...*, *op. cit.*, vol. I, p. 199. Igualmente, se opuso en todo momento a considerar una especie de libertad genérica anterior a cualquier regulación jurídica. Vid. *op. cit.*, vol. I, pp. 273-275.

sofos, y llamar filósofo a un universitario alemán era, hacia 1830, un insulto, tal como muestran tantos testimonios. Una lectura de las introducciones de los principales tratados de derecho, público o privado, que se publican entre 1800 y 1840 nos muestra, a veces con claridad chocante, la reducción precisa del derecho a la fuerza del Estado. Se trataba de una fuerza que se legitimaba por su propia existencia, y poco importaba que el régimen político concreto fuera monárquico-autoritario o más o menos liberal, por más que una turbamulta de discípulos de Kant pretendieran, en un ambiente de descrédito creciente, rehabilitar o mantener los postulados básicos del derecho natural referentes a la igualdad entre los hombres.

Todo esto, expuesto en un pretendidamente breve epílogo, es muy complejo, y no es cuestión de caer en el simplismo, mucho menos en un simplismo moralizante. Por esto, es aconsejable poner aquí el punto final a esta presentación del pensamiento jurídico-político de la modernidad.

II. SAMUEL PUFENDORF Y LA TEORÍA DE LA 'CUALIDAD MORAL'

Hugo Grocio fue un autor de transición que preparó el terreno, con sus estados de naturaleza y pactos sociales, a la nueva mentalidad racionalista y ya plenamente moderna que irrumpe con nitidez de la mano de Samuel Pufendorf. Los supuestos cardinales de la ética y de la jurisprudencia moderna ya los había puesto Fernando Vázquez de Menchaca, pero quedaban aristas por limar para que la figura del individuo aislado, independiente y autónomo se erigiera en el punto sistemático de referencia de toda posible construcción jurídica. Ante todo era necesario prescindir del método casuístico que aún conservan los escritos de Vázquez, porque la modernidad reclamaba el sistema. Fue mérito de Grocio hacer una obra ordenada (ya que no sistemática) desde diversos supuestos. Dando un paso más, era preciso romper definitivamente con la *jurisprudencia* romanista. Grocio no se atrevió a tanto: su *De iure belli ac pacis* está plagado de citas que, como las de los escolásticos españoles del siglo XVI, eran aún excesivamente deudores de la ciencia jurídica prudencial. Y, finalmente, era necesario que [la figura del sujeto aislado, independiente, que únicamente cuenta con su voluntad, fuera erigida en el único esquema heurístico posible para la comprensión de la vida práctica humana. Estas dos últimas tareas correspondieron a Pufendorf históricamente, porque aunque Grocio parte a veces desde el individuo aislado en el '*status natu-*

rae', el holandés suele remitirse a *quod accidere potest* (de forma pretendidamente histórica) y tal individuo así diseñado no cumple de hecho una función normativa en sus teorías.

1. Para leer a Pufendorf

Pufendorf parece consciente de que está proponiendo un fuerte cambio en la consideración de la ciencia del derecho. A diferencia de los teóricos anteriores, que solían indicar taxativamente que “el derecho se entiende como...”, él comienza indicando que “La palabra derecho es bastante ambigua”.⁶⁶⁴ El problema comienza, indica este autor, porque se le entiende equivocadamente como la ley, o como el complejo de las leyes que es sistemático y homogéneo, o por la sentencia dictada por el juez.⁶⁶⁵ Ninguna de estas significaciones se adecua al derecho porque él pretende considerar al hombre y a su vida ‘naturalmente’. Este adverbio nos introduce en la médula de la nueva ciencia del derecho, en sus postulados metódicos más básicos y determinantes: “*Per natura, id est, remota omni lege*”,⁶⁶⁶ como indica al comentar a Hobbes, al único autor al que él realmente tiene en cuenta y con quien discute efectivamente y de modo prácticamente exclusivo a lo largo de su extensa obra. No cuentan ‘las cosas’ en la consideración *natural* del hombre, como veremos. Como cada individuo sólo se posee a sí mismo y como él es una mónada de voluntad o arbitrio, hay que prescindir de todas las posibles leyes, si es que se pretende hacer derecho natural.

Es preciso no dejarse dominar por la capacidad persuasiva de este alemán. Por ejemplo, una vez que ha establecido que la sociabilidad es el principio supremo del derecho natural, y que esta sociabilidad nos la ha infundido contingente Dios a los hombres, mantiene una noción de ley o derecho natural que poco se diferencia de la de tradición estoica-cristiana: “Bastantes convienen en que el derecho natural fluye desde la misma razón del hombre, de la cual surgen un dictamen recto... y así dicen las *Sagradas Escrituras* que la ley natural habla porque está inscrita en el cora-

664 “*Iuris vocabulum valde est ambiguum*”. Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*, ed. de Frankfurt y Leipzig de 1759, reimpresión de la editorial Minerva (Frankfurt/M) de 1967, I. I, cap. XX, 20, p. 20 de esta edición.

665 “*Praeter illas significaciones, quibus usurpatur pro lege, et complexu seu Systemata legum homogenearum, ut pro sententia a iudice pronunciata*”. Cfr. *ibidem*.

666 *De iure...*, cit., I. I, cap. 6, 19, p. 95.

zón de los hombres”.⁶⁶⁷ 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.⁶⁶⁸ Más adelante remacha 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”.⁶⁶⁹ Expresándose así parece que estamos otra vez ante los *prima principia communia et indemonstrabilia* de la ciencia jurídica medieval, esos *principia* que se conocían *absque ratiocinatione*. 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 éstos compongan su vida de forma ordenada y honesta y se diferencien así de los animales.⁶⁷⁰

En esta primera versión de los *entia moralia* Pufendorf insiste en desvincularlos de la realidad ontológica humana. Por ello, recaba que no son ‘cosas, sino ‘modos’ o *modi* que no provienen de los principios extrínsecos de las sustancias de las cosas, según su terminología; que son realidades ya existentes que se ‘sobreañaden’ al arbitrio de los seres inteligentes gracias a una voluntad superior.⁶⁷¹ Está algo preocupado porque es cons-

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

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

669 “*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*”. Cfr. *ibidem*, p. 199.

670 “*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 exornaret. Et ista attributa vocantur Entia Moralia, quod ad ista exiguntur, et iisdem temperantur modo actionesque hominum, quo diversum ab horrida brutorum simplicitate habitum faciemque induant*”. Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. I, 2, p. 5.

671 “*Exinde commodissime videtur entia moralia posse definire, quod sint modi quidem; rebus*

ciente, o así lo parece, de que está cortando definitivamente con la jurisprudencia existente hasta entonces. Esta jurisprudencia partía desde la consideración de la justicia como un *medium rei*, tema al que Tomás de Aquino dedica una *quaestio* entera. A Pufendorf le sobra la palabra ‘rei’, que indica que la justicia o la ciencia jurídica es cuestión de las cosas, ‘real’, no personal; y precisamente él quiere establecer nítidamente, por primera vez en la historia, que la justicia es cuestión estrictamente ‘personal’ porque 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: “*Res, quatenus sub obiectum iuris, in censum entium moralium proprie referemus, opus non videtur*”.⁶⁷² El derecho se compone, pues, de cualidades morales que son propias de las ‘personas’.

2. Persona y libertad

Acuña definitivamente la expresión ‘persona’ para indicar el individuo aislado e independiente o libre. Entendí encontrar el origen de la expresión persona o ‘persona jurídica’, en el sentido específicamente moderno, en la obra kantiana,⁶⁷³ pero lo cierto es que también en este tema, Pufendorf se adelanta en más de un siglo a Immanuel Kant.

Los comienzos de su explicación son ambiguos: “Los entes morales, que los concebimos al modo de substancias, se dicen que constituyen personas morales”.⁶⁷⁴ La noción más antigua de persona entendía que esta figura constituía una especie de ‘*munus publicum*’ o dimensión necesaria de cada hombre, estereotipada. Pufendorf se enfrenta directamente a este tema: cada persona moral es un hombre singular en tanto que está vinculado en un sistema por un vínculo moral, de forma que se le considere en

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

⁶⁷² *De iure...*, cit., l. I, cap. I, 16, p. 16.

⁶⁷³ *Vid.* “La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la ‘persona jurídica’”, *Anuario de Filosofía del Derecho IV* (1987), pp. 477-522.

⁶⁷⁴ “*Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur personae morales*”. *Cfr. De iure...*, cit., l. I, cap. I, 12, p. 12.

su *status* o *munus*.⁶⁷⁵ Pero en el párrafo 15 de este capítulo rompe con cierta brusquedad con esta consideración de la noción de persona y explica que “Pero, en realidad, las *verdaderas* personas morales que produce cualquier imposición son libres (*ita est libera*)”.⁶⁷⁶ Efectivamente, la ‘persona’ es aquel ser dotado de arbitrio indeterminable sobre sus acciones que no reconoce superior.⁶⁷⁷

Esta persona así concebida goza de una libertad, de una especie de cerco o coto de libertad que ha de ser entendida *ad analogiam spatii*, como una facultad de hacer al modo de una ‘cualidad activa’.⁶⁷⁸ Es lógico que los últimos iusnaturalistas, kantianos, hablaran de ‘esferas de libertad’, *Freiheitssphären* para referirse a la cualidad moral fundamental que es propia del ser humano.⁶⁷⁹ 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 primer autor que explicó convincentemente esta tesis dentro del marco de ideas del *iusnaturalismo* de la Edad Moderna fue Brückner a comienzos del siglo XIX, quien entendía que la realidad humana estaba constituida, ante todo, por una *lex permissiva originaria*. Pufendorf prevé esta posibilidad y explica “si queremos hablar con propiedad, este efecto no resulta exactamente de la permisión de la ley, sino de la propia libertad de cada uno. Porque allí donde la ley no me pone ningún impedimento, en ese punto gozo de libertad, y el primer efecto de esto es que nadie puede turbarme...”.⁶⁸⁰ Cada sujeto tiene bien asegurada esta esfera de libertad, porque esta *cualidad* originaria es “*maxime velut diffusiva sui*”,⁶⁸¹ y está de tal modo unida a la *persona* que a nadie le es lícito determinar los actos de otro.⁶⁸²

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

676 “Ast veras personas morales quae produit impositio haudquicquam ita est libera”.

677 “sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore proveniens”. Cfr. *De iure...*, cit., I, cap. I, 19, p. 20.

678 “Sic v. gr. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. I, 11, p. 11.

679 Vid. Carpintero, F., *La cabeza de Jano*, cit., pp. 103 y ss.

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

681 “Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. I, 19, p. 19.

682 “Quaedam enim potestates ita arcte cum persona sunt coniunctae, ut earum actus per alium recte exerceri omnino nequeant”. Cfr. *ibidem*.

3. El derecho como cualidad moral

El hombre posee unas “cualidades morales operativas” que, caso de ser activas, pueden ser llamadas *ius, potestas et obligatio*.⁶⁸³ La *potestas* es aquel <modo> por el que alguien “legítimamente y con efecto moral” puede actuar.⁶⁸⁴ Pufendorf introduce la palabra ‘legítimo’, que no encuentro en autores anteriores. No es extraño que recurra a este recurso porque él mismo dedica bastante espacio a rebatir lo que se solía llamar la medición objetiva o real de la justicia; falto de un título o causa jurídico concreto, el hombre sólo puede actuar porque está ‘legitimado’ *naturalmente*. Consecuentemente, la potestad sobre la propia persona y los propios actos se llama ‘libertad’, aunque encuentra reticencias él mismo para usar este término (el de libertad) por las ambigüedades a que se presta.⁶⁸⁵ 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”.⁶⁸⁶

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’ contemporáneo: más bien entiende que es un derecho ya adquirido.⁶⁸⁷ El derecho o *ius* es, pues, en su sentido más exacto, una cualidad activa que permite exigir algo de otro.⁶⁸⁸ Postula que sólo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada (¿desde qué instancia, tratándose del derecho natural?) de

683 “Operativae qualitates morales sunt activae vel pasivae. Illarum nobilissimae species sunt potestas, ius et obligatio”. Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. I, 19, p. 19.

684 “Potestas est, quae quis legitime, et cum effectu morali agere potest”. Cfr. *ibidem*.

685 “Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum)”. Cfr. *ibidem*.

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

687 “Ius autem proprie et perspicue indicat, recte eum fuisse acquisitum, et recte iam obtineri...”. Cfr. *ibidem*.

688 “Referimus autem ius ad qualitates activas eo respectu, quod propter illud aliquid ab altero possit exigi”. Cfr. *ibidem*.

coercibilidad.⁶⁸⁹ No es extraño que bastante más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico.

Planteadas así las cosas, la noción de ‘ley’ no encuentra acomodo en su explicación sobre el derecho natural. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad. 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”.⁶⁹⁰ Porque “el uso del habla” nos lleva a entender que sólo puede ser derecho, *ius*, una facultad de hacer (*ius agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad.⁶⁹¹ “En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural”.⁶⁹² Es lógico que explique bastante más adelante, ya en el libro segundo de esta obra, que la expresión ley natural es inadecuada⁶⁹³ cuando nos queremos referir a un ‘*modus agendi*’; porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran “con derecho”.⁶⁹⁴

La ley nada tiene que ver con el derecho, aunque hablemos de la ley natural como fundamento de nuestra actuación. Introduciéndose en cuestiones más propias de la teología, Pufendorf explica sobre este tema que la naturaleza no nos presta (a través de sus leyes) como una fuerza para actuar. Si consideramos a las cosas creadas y a los seres racionales como ‘contradistintos’ (*contradistinctae*) de Dios, la naturaleza ‘no es activa’, porque el hombre no puede recibir la capacidad para obrar desde las leyes

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

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

691 “*inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interduntur, ex illa lege eadem agendi ius esse dicatur, igitur in hoc quidem significato ius ad libertatem pertinet*”. Cfr. *ibidem*.

692 “*lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur*”. Cfr. *ibidem*.

693 “*Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando notat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: Sic et impropria potentia et modus agendi*”. Cfr. I, II, cap. II, 2, p. 156.

694 “*Sic et impropria potentia et modus agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspiciuntur, iuris nomine vocatur. Nam proprie illum duntaxat ius ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit*”. Cfr. *ibidem*.

de la naturaleza:⁶⁹⁵ La naturaleza está ‘determinada’ por estas leyes y desde ella no puede surgir ninguna potestad o *ius*: es algo esencialmente pasivo. Un pensamiento en la línea de Viète o Galileo, que introduce de pleno en la teoría del derecho natural y de la justicia la visión mecanicista del universo propia de la modernidad. La naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas, y el derecho, por el contrario, sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas. Lo único ‘natural’ al hombre, en el plano propiamente humano, sería su libertad originaria.

4. La medición de la justicia y el voluntarismo

Desde la persona surgen las cualidades morales, esto es, las potestades, facultades o derechos. El derecho es, pues, una ‘condición de la persona’, no una vertiente que presente la realidad. Hemos visto que, coherentemente con esta tesis, Pufendorf explica que ‘las cosas’ son ajenas al arte jurídico. Pero el problema inmediato que presenta el derecho entendido como una condición de la persona, como un conjunto de cualidades morales de libertad que fluyen desde un ser indeterminable heterónomamente, estriba en que la persona es inconmensurable: no hay criterios para medir lo que se le debe a cada cual una vez que se han perdido de vista ‘las cosas’.

Pufendorf, consciente del cambio que él está introduciendo, aborda este tema. En un primer momento, en el capítulo 1 del libro I, ya explica a sus lectores que la ‘cantidad moral’ no se calcula matemáticamente.⁶⁹⁶ 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” (del mandato del superior), que surge por la determinación de la potencia racio-

695 “*Sed si per naturam intelligimur universitas rerum creatarum, Deo contradistincta, tunc negamus, potentiam naturae esse ipsius Dei potentiam, et illam cum haec eaque late patere... Sed et proprie naturaliter determinatae illae res sunt, agentibus liberis contradistinctae: eoque homines circa actiones, quarum directio penes ipsos est, non a natura, sed a lege ad certi quid determinati sunt; et inde non statui illis ius ad agendum competit, quod intra vires naturae ipsorum est*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, II, cap. 2, 2, p. 157.

696 “*Tam 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*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. I, 22, p. 21.

nal.⁶⁹⁷ Realmente, no ha explicado gran cosa, pero al menos posee el mérito de la honradez: no ha soslayado el tema de la medición del *medium rei* y ha declarado que es preciso seguir otro tipo de medición. Es algo más explícito más adelante, cuando explica que la ‘cantidad moral’ posee una naturaleza distinta a la cantidad física, porque ésta es algo natural, y por ello es también inmutable y perpetua.⁶⁹⁸

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,⁶⁹⁹ sino que retienen esa como libertad y laxitud que poseían en su origen.⁷⁰⁰

Es preciso subrayar el *placitum* de cada cual en la determinación de la cantidad de derecho, porque “esta determinación tan precisa no proviene tanto de las mismas cosas o de las circunstancias del momento como de la imposición y del arbitrio <*placitum*> de los hombres”.⁷⁰¹

El problema le preocupa, ciertamente: debía ser consciente de que estaba atacando la garganta de la *jurisprudencia* existente. Quizá por esta razón dedica todo el capítulo VIII del libro I a tratar este tema, negando la posibilidad de una medición objetiva de la justicia. El argumento que está en la base de su argumentación es claro: la cantidad moral proviene exclusivamente de la coincidencia o congruencia de la conducta del hombre con lo dispuesto en la ley, *porque no existe ninguna medida*.⁷⁰²

De este modo la actividad específicamente prudencial desaparece en Pufendorf. No existe cálculo de la medida: sólo hay normas o leyes, que supone preexistentes a la actuación concreta, y únicamente cabe pregun-

697 “*sed et secundum aliud quantitatis genus, et diversum a quantitate tam physica quam mathematica; quae quantitas ex impositione, et determinatione potentiae rationalis oritur*”. Cfr. *ibidem*.

698 “*Cuius ratio dependet a diversa natura quantitatis physicae, et moralis... Ac sunt praeterea quantitates istae aliquid naturale, eoque inmotum et perpetuum*”. Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. II, 10, p. 35.

699 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.

700 “*Ast quantitates morales proveniunt ex impositione aestimatione entium intelligentium et liberorum; quorum iudicium 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*”. Cfr. *ibidem*.

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

702 “*cum ipsa bonitas in coincidentia seu congruentia cum lege consistat, cuius nulla esse mensura intelligitur*”. Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. VIII, 1.

tarse por la adecuación de nuestra conducta a esas normas. El peso de la argumentación jurídica 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”.⁷⁰³ 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”.⁷⁰⁴

Puede mantener esta actitud tan voluntarista y legalista porque ha llevado su nominalismo al extremo. Al parecer, no reconoce la existencia de ‘las cosas’: sólo aprecia signos. Explica en este sentido que hay que proceder desde las cosas conocidas a las desconocidas, y desde lo que es congruente <con la ley> hasta lo que no parece congruente. Las nociones universales se forman desde las singulares, y así llegan a ser ‘abstractas’. Así obtenemos signos que nos permiten comunicarnos y comparar las medidas y los pesos morales.⁷⁰⁵ 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 sólo queda la voluntad expresable a través de ellos.⁷⁰⁶ De modo parecido al de Guillermo de Occam, Pufendorf sostiene que, si Dios quisiera, se le daría culto mediante las blasfemias y el desprecio, tal como mantuvo —según él mismo cita— Fernando Vázquez de Menchaca en las *Controversias ilustres*, libro I, capítulo 27, parágrafos 9 y siguientes.⁷⁰⁷

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

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

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

706 A Pufendorf se le puede aplicar la objeción que exponía G. Solari: “*All'unità fondamentale del mondo del pensiero col mondo reale l'empirismo sostituì un parallelismo incomprensibile tra il mondo esterno e interno*”. Cfr. *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, parte I. L'idea individuale, Milán-Torino-Roma, 1911, p. 23.

707 “*Deum, si voluisset, potuisset constituere, ut blasphemis aut contemtu coleretur. Quod facit Vasquius Controv. illustr.* l. I, cap. 27, n. 9 seqq.” Cfr. *De iure...*, cit., l. II, cap. III, 4, p. 180.

5. ¿Ley natural o pactos libremente convenidos?

El derecho o ley natural desaparece en Pufendorf para quedar sustituido por una sucesión 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.⁷⁰⁸ El derecho sustantivo estaría constituido bien por los pactos efectivamente concluidos, bien por las condiciones de perfecta simetría que exige la naturaleza o el *ius naturale* en la conclusión de estos pactos. El Pufendorf más maduro que escribe el *De officio...*, en donde enumera muchas reglas concretas de moralidad, normalmente extraídas de tratados escolásticos, es inconsecuente: ni su nominalismo ni su consiguiente voluntarismo le permiten establecer normas concretas y materiales de la conducta humana. Además, él ya ha establecido que el único criterio de justicia son los pactos.⁷⁰⁹ Incluso la justicia 'distributiva' la reduce o la hace depender de los pactos sociales.⁷¹⁰ 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.⁷¹¹ 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 reitera-

708 Cfr. "Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la escuela del derecho natural", *Persona y Derecho* 13 (1985), pp. 82 y ss.

709 Vid. *ibidem*. 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". Vid. *De Officiis hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali, libri duo*, ed. de Giessen, 1731, l. I, cap. IX, par. 1, p. 156 de esta edición.

710 "Ius 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 iustitia distributiva". Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. VII, par. 9, p. 118.

711 Vid. *idem*, l. I, cap. VII, par. 13, pp. 122 y 123. La misma idea la reitera en el par. 15.

damente que la bondad o maldad consiste únicamente en la congruencia de los actos de los hombres con las leyes divinas, y esto sería el derecho natural. Pero como en su pensamiento domina la tesis de la cualidad moral de la persona, que se concreta en esa libertad difusiva *ad analogiam spatii*, las leyes divinas brillan por su ausencia y todo queda reducido a la exigencia moral-jurídica de una situación de simetría en la conclusión de los pactos. Éste es el verdadero 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 espíritu propio del racionalismo jurídico moderno. Es comprensible el problema que él mismo plantea en el libro I, capítulo VII, par. 15 del *De iure naturae et gentium*: estamos ante una alternativa en la que es preciso optar: porque únicamente disponemos del derecho natural, que no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, o hay que recurrir a los pactos.⁷¹²

De este modo el derecho o *ius* ya aparece en el *De iure naturae...* de Pufendorf como una *qualitas moralis*, designada bajo los nombres de '*potestas*', '*facultas*' o '*us*'. Se trata de una cualidad moral que surge desde la misma libertad de la 'persona', si es que es posible disociar 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 las 'leyes' propias; es obvio que derecho y ley han de oponerse, en un sentido un tanto simétrico al de la teoría hobbesiana. Y esta persona "que no reconoce superior" ni encuentra en la naturaleza puntos de apoyo para su actuación, sólo tiene el camino de pactar libremente con las otras personas iguales a ella buscando su utilidad o comodidad. El eudemonismo juega un papel muy importante en la doctrina política de Samuel Pufendorf.

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

III. LA MODERNIDAD JURÍDICA Y LOS CATÓLICOS

Europa experimenta en el siglo XVI una convulsión en la que fueron puestas en cuestión no solamente las manifestaciones artísticas tradicionales, sino la totalidad de la cultura heredada. Esta naturaleza innovadora y, en cierto modo, revolucionaria de la modernidad, explica el hecho de que una innovación que aparentemente se circunscribía al dogma religioso —la reforma protestante— reclamara, en realidad, un cambio en toda la cultura, que hubo de comenzar por los más fundante y primario, es decir, por la filosofía.

Como suele suceder cuando aparece un movimiento nuevo, la tarea primera es la de descalificar todo aquello que se pretende renovar. En este caso, la empresa era especialmente ambiciosa, ya que se trataba de rechazar la totalidad de la cultura teológica, filosófica y jurídica creada hasta entonces. El pensamiento pagano, surgido desde una *ratio corrupta* —según la teología protestante— sin ayuda de la Revelación cristiana, no podía ofrecer ningún valor positivo. Y en lo que se refiere a lo creado por los cristianos desde los inicios de la Iglesia hasta el siglo XVI, eso era, precisamente, lo que había que reformar. El protestantismo de los siglos XVI y XVII se contempla a sí mismo como el medio elegido por Dios para restaurar el uso de la razón, oscurecido hasta entonces. De esta forma, los reformadores, Lutero, Zwinglio, Calvino —explicaba Thomasius— fueron los instrumentos de que se sirvió la Providencia para enmendar los errores antiguos y enseñarnos el uso correcto de la razón, tanto en un plano natural como sobrenatural.⁷¹³ Según Barbeyrac, Lutero y Calvino no limitaron su reforma al plano religioso, sino que ellos reinstauraron la doctrina moral y la ciencia del derecho natural.⁷¹⁴ Es decir, la nueva ciencia moral, distinta de la escolástica, y el nuevo derecho natural, conocido usualmente como racionalista, laico o moderno para diferenciarlo del escolástico-católico, fueron creaciones protestantes,

713 “*Jam porro inquirendum est, qui factum fuerit, ut per reformationis Lutheri, Zwinglii et aliorum instrumentorum, quibus divina providentia in opere reformationis usa fuit, ponetur alias Emendationes antiquorum errorum, non etiam differentia, et genuinus usus luminis naturalis et supernaturalis tam in cathedris ecclesiasticis, quam academicis fuerit restituta*”. Cit. por Desing, Anselmo, *Juris naturae larva detracta*, München, 1753, cap. XV, thema II, 1. Desing expone aquí unas líneas de la *Historia juris naturalis* de Christian Thomasius.

714 “*Revera autem Barbeyracus in Praefatione ad Puffendorffii Jus Natu II contendit, Lutherum et Calvinum non modo Religionem, sed et moralis doctrinae Jurisque naturae scientiam redintegrasse*”. Cfr. Desing, *Juris...*, cit., cap. XV, thema XII, 12.

que se afianzaron en el siglo XVII en tono polémico con la cultura establecida hasta entonces. El adjetivo escolástico, en el que se personificaba cuanto había de aberrante, inculto y bárbaro, fue usado profusamente para referirse, en general, a todo el saber anterior, que se suponía que era católico.

Según los protestantes, la cultura tradicional se basaba en Aristóteles y en el derecho romano. El aristotelismo filosófico y teológico que se profesaba en la mayor parte de las universidades, así como el *ius commune* elaborado sobre el derecho romano, fueron considerados como el núcleo de la doctrina católica que debía ser superada por la nueva ciencia traída de la mano de los reformadores. Samuel Christian Höllmann nos informa, a este respecto, que la filosofía moral aristotélica había invadido toda Europa hasta que Lutero la declaró enemiga de la fe cristiana.⁷¹⁵

El *ius commune* bajomedieval no fue atacado de forma especialmente directa: quedó dentro del saco de todo lo reprobado. Además, los ataques de los humanistas y juristas que integraron el *mos gallicus* en el siglo anterior, lo habían desprestigiado ampliamente en los sectores progresistas. Quedó el derecho romano, cuyo estudio 'culto' gozó de indudable prestigio y, quizá por este motivo, la nueva ciencia iusnaturalista de la reforma no se enfrentó expresamente con él: se limitó a ignorarlo. Ya tardíamente, cuando los manuales del *ius naturale et gentium* poseían más prestigio y autoridad que los tratados y monografías romanistas, Immanuel Proeleus podía escribir con naturalidad que él exponía su doctrina al margen de los prejuicios propios del derecho romano, ya que él comparte la <poca> estimación que usualmente existía ante los filósofos romanos y el derecho que ellos crearon.⁷¹⁶ Tengamos presente que en los ámbitos racionalistas ilustrados se entendía entonces que el derecho era y debía ser siempre obra de filósofos.

Así, al margen de las disputas propiamente teológicas quedaron enfrentados dos bloques culturales: el aristotélico y romanista, de hecho pa-

715 "Atque ab his, haereditatis quasi iure, philosophiae moralis Aristotelicae studium ad alios, qui ex illorum scholis egressi sunt, transiit, numenque fere Europam tandem invasit. Quendam Lutherus vero, post reformationem, Aristotelis doctrinam moralem fidei Christianae adversam et inimicam esse, existimaret, ideoque et gravissime saepe, et ultra fere, eiusque dogmata, inveheretur. Cfr. *Jurisprudentia naturalis primae lineae*", Göttingae, 1751, 24.

716 "Hier bitte ich aus, dass die folgenden Lehr-Sätze ohne Vorurtheil des Römischen Rechts, wie es insgemein dociret wird, betrachte. Ich habe indess die gehörige Existimation gegen die Römischen Philosophen und gegen das von ihnen herstammende Recht". Cfr. *Grundsätze des Rechts der Natur*, Leipzig, 1709, cap. XII, 5.

trimonio católico,⁷¹⁷ y la ciencia *iusnaturalista* protestante. Por este hecho, la pugna universitaria, más que jurídica, se centró en la imposición de la nueva cultura *iusnaturalista*, pues bajo el rótulo del *ius naturale* se desarrolló buena parte de la doctrina moral, jurídica y filosófica universitarias protestantes.

Difícilmente exageremos la importancia el *ius naturale et gentium* en el cambio cultural que se produjo entre bastidores, en la guerra de religiones. Ya he indicado que la nueva moral y la nueva filosofía ven la luz, en muy buena medida, a través de los libros del nuevo derecho natural que se publican en los siglos XVII y XVIII. Por esta razón, no fue ninguna casualidad que la mayor parte de los autores *iusnaturalistas* modernos tuvieran la condición de filósofos, y que los filósofos —especialmente los profesores de matemáticas— se ocuparan ampliamente del derecho natural. Se pierde la idea de la *jurisprudencia* como saber basado en la experiencia: Hobbes fue paradigmático a este respecto, y no reconocen ya más la figura del *jurisprudente* o jurista. Las pretensiones de la filosofía, especialmente en la Ilustración, fueron absolutas. Los protestantes entendieron que la nueva cultura moral y jurídica, distinta de la filosofía aristotélica y de la jurisprudencia romanista, comenzó con Hugo Grocio.⁷¹⁸

1. La tradición según el derecho natural moderno

Thomasius explicaba que la filosofía platónica se introdujo muy pronto entre los cristianos bajo el pretexto de que, al conocer éstos tal filosofía, podrían refutar mejor las calumnias que les lanzaban los paganos. Así comenzó a oscurecerse la luz de la Revelación, que quedó sustituida por quimeras platónicas aceptadas como artículos de fe, y si bien el cristianismo genuino y apostólico no se extinguió completamente, quedó postergado y oculto.⁷¹⁹ En su soberbia, aquellos primeros cristianos —prosi-

717 Adam Glafey, uno de los historiadores de la doctrina del *ius naturale* más conocido en el siglo XVIII, escribía que “*Es hat zwar die Scholastische Philosophie noch nicht aufgehört, sondern Aristoteles hat noch hin und wieder, zu mahlen in der Catholischen Klöstern, seine heimlichen und öffentlichen Verehrer. Es hat aber doch die Reformation Lutheri diese Lehr Art eine solchen Stoss gegeben, dass man deren Ende, wo nicht gänzlich, dennoch grossen Theils in die Zeiten Juris Naturae anheben kan*”. Cfr. *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft*, Leipzig, 1739, p. 84.

718 Johannes Georgius de Kulpis, por ejemplo, entendía que el éxito de Grocio se debía fundamentalmente al hecho de haberse apartado el holandés de la filosofía de Aristóteles y del derecho romano, que tanta infelicidad habían traído —en opinión de Kulpis— sobre el género humano. Cfr. *Collegium super iure belli ac pacis, Stutgardiae*, 3ª ed., praefatio primae editionis, p. 3.

719 “*Introducebatur usus inutilis Philosophiae Platonicae, initio sub praetexto, ut ejus ope Philosophi Platonici Ethnici, Christianos strenua persequentes et calumniantes, eo melius refutari ac iis*

gue Thomasius— olvidaron que los misterios de la esencia divina son incomprensibles para la razón natural, y que Cristo y sus apóstoles propusieron la doctrina de la voluntad de Dios a gente simple y sin cultura.⁷²⁰ Según Thomasius, el estado de la Iglesia empeoró con la conversión de Constantino, quien traspasó al cristianismo una dialéctica amena, pero sofisticada. Y los cristianos, en lugar de depurar la verdad revelada de todas las falsas doctrinas filosóficas paganas —mediante una vía simple, perspicua y mansa— para confundir de este modo los errores del paganismo, más bien hicieron propios los modos de disputar, perversos y falaces, de los paganos.⁷²¹ Siendo así las cosas, no es de extrañar que el papado cayera en todo tipo de errores y herejías, de modo que se sucedió un tiempo en el que lo único que destacó fue la ceguera y la mísera confusión de la luz natural y sobrenatural.⁷²² La supresión de la recta razón por el papado —prosigue Thomasius— no fue sino un artificio con finalidad política, de modo que los errores teológicos fueron, en realidad, astucias pseudopolíticas que tenían como fin favorecer la supremacía del papa romano. Por este hecho, en vano han buscado los doctores protestantes durante estos siglos una doctrina política verdadera. Las tinieblas se extendieron durante varios siglos por el orbe de los estudiosos, si bien hoy, por gracia singular de Dios, existe una luz meridiana que nos muestra las insuficiencias y artificios de los tiempos católicos.⁷²³

ora obturari possent. Sed nimius ac nimis properans amor hujus luminis vel ignis fatui, eo adducebat ejus amasios, ut mediante illo lumen divinum illuminare stulte auderent. Quodsi sinceriores consequerentur de hoc abusu, et docerent, hoc modo lumen divinae revelationis potius obscurari, praemii loco haereticabantur a prioribus, et cogebantur chimaeras platonicas, ut articulos fidei suscipere, ut ita christianus primero ac genuinus et apostolicus, non extingueretur quidem penitus, sed tamen supprimeretur et occultaretur, et contra Christianismus Platonicus imperium teneret". Cfr. Paulo plenior Historia Juris Naturalis, Halae Magdeburgicae, 1719, p. 22.

720 "Jam enim illa usum luminis nimis extendebant, et ejus ope essentiae divinae mysterium, inter omnia incomprehensibilia maximum, comprehendere ac funditus ernere studebant, non contenti videlicet, quod Christus et ejus Apostoli mysterium voluntatis divinae doctrina simplici ab idiotis palpabili propuesuerint". Cfr. *ibidem*.

721 "Etenim Constatini Magni tempore eruditi ex Ethnicismo in Christianismus transferebat modum docendi verbosum quidem et amoenum, sed et simul sophisticum, oratorium, rixantem, et affectus ubique testantem. Et cum solliciti esse debuissent, ut veritas christianae a falsis doctrinis Philosophiae ethicae per sinceram, mansuetam, perspicuam et simplicem viam purgaretur, et errores Paganismi hoc modo confunderentur, et extinguerentur, potius tamen utebantur modis disputandi perversis et fallacibus Ethnicorum". Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 23.

722 Cfr. Thomasius, Paulo..., *op. cit.*, p. 26.

723 "Haec ipsa suppressio et abjectio rationis ad maxime arcana inventa Papatus politici pertinet, quod primi Reformatores Ecclesias Protestantium statim detegere non poterant, utpote qui potissimum controversias Theologicas examinebant; neque Politici etiam advertabant, cum in universitati-

Desde esta perspectiva hay que valorar las aportaciones de los padres de la Iglesia. Barbeyrac, en el prefacio a la versión francesa del *ius naturae et gentium* de Pufendorf, presentó a Tertuliano, Agustín, Clemente Alejandrino, Orígenes, Juan Crisóstomo, etcétera, como personas que no sólo no supieron nada de doctrina moral (en la que se incluye en derecho natural), sino como hombres que incurrieron en errores graves, incluso contra el derecho natural, al explicar las *Sagradas Escrituras*.⁷²⁴ En general, los tratados de derecho natural, cuando ya tardíamente, en el siglo XVIII, incluyen a veces una breve historia de la doctrina del *ius naturale et gentium*, ironizan y trivializan los escritos de los padres de la Iglesia, de modo que a cada Padre se le dedican unas cuatro o cinco líneas en la que se muestra algún pretendido error especialmente chocante. Por ejemplo, L. Fr. Fredersdorff se hace eco de una mentalidad extendida cuando escribe que los primeros padres de la Iglesia rechazaron la razón y dejaron únicamente a la revelación como criterio de la actuación humana; así acumularon error tras error, ya que cada cual entendió la revelación a su modo y rechazó la doctrina de los otros padres que no se acomodaba a la suya propia. Mezclaron el derecho natural con la moral y la religión, y al final resultó un caos en el que cada uno contradecía a los demás, y las disputas no tenían fin.⁷²⁵ Es interesante observar cómo la

bus nequaquam manducerentur ad veram et rationalem Politicam, et in Papatu saltem errores Theologicos non vero astutias Pseudo-Policorum arcanorum observarent. Et haec tenebrae per aliquot saecula regnarunt in orbe Eruditorum. Jam vero per Dei singularum Gratiam lux meridiana tenebras istas discussit, et artificia omnia astuta ac violenta insufficientia sunt, ut non possint amplius, luminibus ubique perrumpentis veritatis officere". Cfr. Paulo..., op. cit., p. 28.

⁷²⁴ "Cui vero tempus et occasio deficiunt, praefatos et alios Autores consulendi, et valde commendanda est, eruditissima praefatio Barbeyracii, quam versioni gallica operis Pufendorffiani de iure naturae et gentium praemisit, utpote qui laudabili et a Politicis et Juriconsultis grata mente agnoscenda industria, quicquid de haec materia apud Clemens Alexandrinus, Tertullianus, Origenes, Cyprianus, Lactantius, Basilius, Gregorius Nazianzenus, Ambrosius, Chrysostomus, Hieronymus, Augustinus, Leo, Gregorius Magnus (et catenam Patrum Ecclesiae praeciporum et passim pro sanctis habitum) non solum in doctrina morali parum aut nihil sciverint, sed in explicationes Scripturae Sacrae aut alias, occasione ita ferente, varia noxia et erronea, ac non solum luci Evangelii, sed et iuri naturae adversaria dogmata (ut ipse loquitur) in animis auditorum suorum disseminerint". Cfr. Thomasius, Paulo..., op. cit., p. 29.

⁷²⁵ "Die ersten Kirchenlehrer aber hatten den unseligen Gedanken, dass sie 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 Lehre der Offenbarung nach seinen Wahn; jeder setze Lehren fest, und alles was auch noch so vernünftig war, aber mit jenen angenommenen Menschenlehren und Erklärungen nicht passte, würde verworfen. Man michte Recht der Natur, Moral, Religion unter einander und so entstand ein Chaos. Der eine widerspricht dem andern und das Streiten war kein Ende". Cfr. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gesellschaften, Gesetzgebung und das Völkerrecht angewandt*". Braunschweig, 1790, Vorberich, p. IV.

explicación de Fredersdorff (por lo demás, un autor muy poco conocido incluso en su momento), una exposición que posee el tono de una versión popular entre los protestantes acerca de la historia de la corrupción de la Iglesia católica, se oponía a la de Thomasius. Este tipo de cosas no debía de preocuparle gran cosa a los iusnaturalistas modernos, que coinciden en su falta de base documental,⁷²⁶ porque ellos, protestantes en su totalidad,⁷²⁷ se contentaron con desprestigiar la cultura enemiga, sin preocuparse gran cosa de los medios para ello.

En este contexto pretendidamente histórico, la suerte de la doctrina del derecho natural fue más bien triste. Thomasius indica que el papado corrompió y oscureció el derecho natural⁷²⁸ a fin de que los laicos estuvieran persuadidos que sólo podían creer y hacer lo que el clero les prescribiera, de modo que su salvación sobrenatural dependía de esta obediencia suya. De este modo, el laicado cayó en una dependencia ciega y en una extrema servidumbre.⁷²⁹ El clero, a fin de afianzar su poder, fomentó la ignorancia más crasa entre los laicos y les apartó del estudio de aquellas disciplinas que podían llevarles a una verdadera sabiduría.⁷³⁰ Por este camino, los laicos quedaron relegados a oficios no humanistas, como la milicia (¡qué mala opinión de los militares!), o a gestiones económicas relacionadas con la agricultura. Como por naturaleza, explica Thomasius, los hombres somos necios y poco dados a usar de la razón, era muy difícil que alguien llegara a la sabiduría sin ser guiado.⁷³¹ Pero el clero, reitera, fomentó la estulticia de los laicos y, de este modo, bien por actos *inter*

726 Thomasius sólo muestra conocer, sobre la atrística, la muy breve y sesgada obra de Abraham Scultetus que él cita en *Paulo plenior Historia...*, p. 28.

727 El único autor católico que tomó parte en el movimiento *iusnaturalista* moderno fue el barón Von Ickstatt.

728 "... *inprimis vero doctrina morum et politica, item Jus Naturae magis magisque obscurata et corrupta fuerit*". Paulo..., *op. cit.*, p. 29.

729 "*Jam vero facile intelligitur, cur supra docuerim, suppressionem luminis naturalis esse unum ex praecipuis fulcris papatus. Cum enim laicis semel esse persuasum, ut omnia crederent, ipsis esse facienda et credenda, quae a clero praescriberentur, et ut ab haec persuasione ipsorum felicitas temporalis ac aeterna et praecipuum necessarium, in extrema servitute*". Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 39.

730 "*Hoc autem semel obtento, clerus non amplius habebat opus studiis ac lucubrationibus, quibus mediis laicos sub jugum mitterent, sed quotidie magis magisque immergebantur crassissima ignorantiae, ita ut tandem vix latina scribere aut legere nossent, tantum abest, ut literis humanioribus ac artibus liberalibus, et disciplinis ad veram sapientiam necessariis, dedisse operam*". Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 39.

731 "*Reliqua vero laicorum turba in officiis aulicis vel militaribus, aut etiam in rebus oeconomicis ad agriculturam pertinentibus adulta vix de genuino usu sacrae rationis cogitabat. Etenim a natura omnes homines stultiis et actionibus rationi adversis immersi sunt, et rarissime eorum aliquis sine manu ductione aliorum ad viam sapientiae sua sponte transfertur*". Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 40.

vivos, bien por últimas voluntades, éstos dejaban sus bienes a las *pias causas*, *orphanotrophia* y *ptochotrophia* de los clérigos. Los laicos no podían usar del sentido común al margen de la indulgencia y aprobación del clero, y a todo el que se atrevía a ello le esperaba el exilio, los tormentos, la hoguera, la espada y todo tipo de persecuciones.⁷³²

Thomasius añade que el papado fomentó el estudio de la filosofía aristotélica porque esta filosofía era especialmente útil para aumentar la autoridad del clero, y por este motivo la metafísica, la física y la ética según los principios de Aristóteles fueron introducidas públicamente en la Universidad de París.⁷³³ Realmente, la Sorbona siempre se mostró bastante refractaria a la filosofía aristotélica, y en sus aulas se enseñó preferentemente filosofía seminominalista y escotista: ignoro por qué causa Thomasius puso su punto de mira en la Universidad de París. Igualmente ignoro en qué se basaba para explicar que la filosofía aristotélica favorecía el incremento de la autoridad del clero: es una filosofía demasiado racionalista para fomentar autoridades; a este fin hubiera servido mejor una doctrina voluntarista, como la de Escoto. Siempre cabe suponer, en el plano de las conjeturas que, dado que la filosofía aristotélica era la filosofía dominante entre los católicos en tiempos de la Reforma (pensemos en la II Escolástica española), Aristóteles hubo de cargar con las culpas que los iusnaturalistas atribuían a los católicos.

El instrumento del que se sirvieron los clérigos para mantener a los laicos en la ignorancia fueron los libros. Una vez creadas las universidades, el clero fomentó la máxima ignorancia entre los estudiantes; a este fin les ponían en las manos unos libros muy concretos, que impedían el desarrollo del intelecto. La razón de este proceder estaba en que los eclesiásticos temían que si se concedía libertad a aquellos primeros profesores, se descubrieran los arcanos de la falsa autoridad del papa y del clero;

732 “*Accedebat, quod Clerus eo omnibus incumberet viribus, ut potentiores, ditiores, ac acutiores ex laicis in stultitia et cupiditatibus suis confirmaret, ita ut mitissime eos tractarent, ac omnia illis indulgerent, si modo venerentur clerum, si ad pias causas, monasteria, hospitalia, orphanotrophia, ac ptochotrophia sive per actus inter vivos, sive per ultimas voluntates magna dona conferrent, ac paucissimos illos ex laicis, qui clero se opponeret auferent, exilio, fustigationibus, gaudio, rota, viri-comburio, etc. persequerentur. Quae artes et media, quamvis sensu etiam communi essent adversa, nec adeo profundis meditationibus opus esset, etiam sensu communi, sine indulgentia et approbationi cleri, uti*”. Cfr. *ibidem*.

733 “*Aristotelicam Philosophiam profuturam esse ad augendam auctoritatem clericalem, priora decreta papalia mox mutabantur in favorem philosophiae Aristotelicae, ut lectiones ac professiones philosophicae, quae realis vocatur, scilicet metaphysicae, physicae, ethicae, secundum principia Aristotelis in schola Parisiensi publice introducebantur*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 44.

por este motivo, la astucia clerical exigía que los maestros universitarios tuvieran a unos libros como ciertos, y de este modo ellos mismos quedaban como sepultados bajo el prejuicio de una autoridad humana, que podían transmitirla eficazmente a sus oyentes.⁷³⁴ Hasta aquí la explicación de Thomasius. Jacobo Federico Ludovici añadía que las universidades presentaban un aspecto miserable. Si el teólogo era un clérigo, el jurista era aun clérigo, el médico era un clérigo, y lo mismo sucedía con los filósofos, ¿qué se podía esperar de aquellos pechos negros en aquellos tiempos?⁷³⁵ Basta una ojeada a *La historia del derecho romano en la Edad Media* de Savigny, también protestante, pero no sectario, para comprobar que nada de esto era cierto. Pero tengamos presente, a tenor de las mismas referencias históricas que estos autores hacen, que cuando se atreven a aventurar algún dato concreto, no habían ni mirado aquello que decían criticar.

El contenido de los libros a través de los cuales el clero dominaba a los laicos era la filosofía de Aristóteles, sostenía Ludovici. En el marco de la mediocridad de esta filosofía estaban presos los espíritus, de modo que entendían que no podía haber autoridad superior a la de Aristóteles: descuidaron el derecho natural porque Aristóteles apenas se ocupa de este derecho, y por este motivo esta disciplina fue excluida del ámbito de las ciencias.⁷³⁶ De este modo, añade Thomasius, toda la docencia se centró en el *Organon* aristotélico, en los libros de *Retórica*, y como en la obra de

734 “*Neque tamen illa observatio de statu primaevae Professorum in studiis universalibus (unde Universitatum postea nomen ortum fuit), a scopo nostro aliena erit. Monachi qui juventutem informare in studiis debebant, ut modum dictum, maxima ignorantia laborabant ipsi, atque adeo non erant capaces, ut lumine naturali intellectus humani ipsemet 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 ope illorum progredi paulatim asuefieret. Luberat etiam arcanum politicum clericale: Metuebant enim, si primis professoribus libertatem relinquissent, ut in disciplinis, quas profitebantur intellectu suo pro lubito uti potuissent, ne ipsemet mysteria clericalis et papalis potestatis et autoritatis pseudo divinae introspecerent, atque arcana illa laicis propalarent. Igitur postulabat astutia claricalis, ut Magistri alligarentur quasi ad certos quosdam libros, ut si hoc modo ipsi sunt praepudicio humanae autoritatis quasi sepulti essent, idem praepudicium tanquam fundamentum Papatus eo majori cum successu in animis auditorum firmas ageret radices”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 45.*

735 “*Sed et ipsae Academiae miseram faciem habebant. Theologus enim erat Monachus, Jctus erat Monachus, Medicus erat Monachus pariter ut Philosophus... Quid vero a nigris hisce pectoribus illo tempore erat spectandum?”. Cfr. Delineatio..., op. cit., p. 11.*

736 “*Philosophi costra glebae Aristotelicae adscripti intra cancellos mediocritatis et undecim virtutum sese continebant, firmiter credentes, non reperiri sapientiam Aristotelicam majorem, adeoque jus naturae, licet tale existet forsam, sapientiae non esse annumerandum, quippe de quo Aristotelis nihil scriptum reliquebat”. Cfr. Delineatio..., op. cit., p. 11.*

Aristóteles no se encuentra ningún libro de matemáticas, los estudios matemáticos fueron descuidados. Los teólogos quedaron dominados por las *Sentencias* de Pedro Lombardo, los juristas por los dos cuerpos del derecho, el canónico y el civil, los médicos se circunscribieron a Galeno. Así, las facultades de cada cual sólo disponían de un cierto espacio, fijado por unos límites, dentro del cual podían ejercer su intelecto, cuyos términos, prescritos, no podían traspasar.⁷³⁷

Si tocamos directamente el tema de la filosofía moral —escribe Thomasius— y del derecho natural en las universidades, el panorama era desolador. Esto se debía a que tanto la moral a Nicómaco de Aristóteles como su gran moral son obras llenas de sutilidades inútiles, de una prolijidad tediosa, *pro more Aristotelis*, de modo que en el exiguo Epicteto se encuentran más cosas interesantes y mejor método que en estos extensos volúmenes de Aristóteles (¡Llamar ‘volumen extenso’ a la *Gran Ética*! Seguramente Thomasius nunca vio estas obras). En estos libros, prosigue Thomasius, se encuentran muchas cosas sobre las virtudes, pero nada acerca de la naturaleza de éstas y sobre el discernimiento entre las virtudes verdaderas y falsas, así como de las formas de adquirir las virtudes: todo se resuelve en un tratamiento superficial y oscurísimo, en el contexto de un fárrago de palabras sin sentido.⁷³⁸

Thomasius expresa su juicio definitivo indicando que lo cierto es que esta época católica no nos ha dejado nada acerca de la prudencia legislativa y consultoria, y que estos teólogos y filósofos no propusieron nada relevante sobre el discernimiento de lo justo y de lo injusto. Hay que concluir que la ética filosófica en las universidades instituidas por los papas, fue tan vacua que no servía para nada en la vida civil.⁷³⁹ Por esto, el mis-

737 “Theologi, ut mox latius explicabimus, ad sententias Petri Lombardi erant adstricti; JCI ad duo corpora juris, civilis nempe et canonici; Medici ad Galenum. Sic vero cuilibet facultati certi fines ac spatia, intra quae intellectum suum exercerent, et quorum terminos tanquam servi, ad triremes damnati, egredi non possent, erant praescripti”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 46.

738 “Videamus jam, quatenus fuerint fata Philosophiae moralis et juris naturae in universitatibus. Incipiamus a Philosophis. Aristotelis libris ad Nichomachum ejusque magna moralia sunt quidem libri non undiqueque absurdi, aut spernendi, interim passim inutilibus subtilitatibus, atque tædiosa prolixitate, pro more Aristotelis, in tantum laborant, ut, e.g. in exiguo Epicteto enchyridio melior methodus et plura realia, ut in scholis loquimur, occurrant, quam in magnis istis voluminibus Aristotelis... Multa quidem de virtutibus disseruit, sed naturam earum, et quomodo fictae virtutes a genuinis accurate discerni deberent, ut et media virtutes acquirendi, vel plane non attingit, vel superficialiter saltem et obscurissime, quamvis multis verborum ambagibus adhibitis, exposuit”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 46.

739 “Id certum est, quod de prudentia consultoria et legislativa, item de Jurisprudencia naturali nullos reliquerit libros. Ut adeo, ut mox videbimus, Theologi doctrinam de justo et injusto ab illis

Aristóteles no se encuentra ningún libro de matemáticas, los estudios matemáticos fueron descuidados. Los teólogos quedaron dominados por las *Sentencias* de Pedro Lombardo, los juristas por los dos cuerpos del derecho, el canónico y el civil, los médicos se circunscribieron a Galeno. Así, las facultades de cada cual sólo disponían de un cierto espacio, fijado por unos límites, dentro del cual podían ejercer su intelecto, cuyos términos, prescritos, no podían traspasar.⁷³⁷

Si tocamos directamente el tema de la filosofía moral —escribe Thomasius— y del derecho natural en las universidades, el panorama era desolador. Esto se debía a que tanto la moral a Nicómaco de Aristóteles como su gran moral son obras llenas de sutilidades inútiles, de una prolijidad tediosa, *pro more Aristotelis*, de modo que en el exiguo Epicteto se encuentran más cosas interesantes y mejor método que en estos extensos volúmenes de Aristóteles (¡Llamar ‘volumen extenso’ a la *Gran Ética*! Seguramente Thomasius nunca vio estas obras). En estos libros, prosigue Thomasius, se encuentran muchas cosas sobre las virtudes, pero nada acerca de la naturaleza de éstas y sobre el discernimiento entre las virtudes verdaderas y falsas, así como de las formas de adquirir las virtudes: todo se resuelve en un tratamiento superficial y oscurísimo, en el contexto de un farrago de palabras sin sentido.⁷³⁸

Thomasius expresa su juicio definitivo indicando que lo cierto es que esta época católica no nos ha dejado nada acerca de la prudencia legislativa y consultoria, y que estos teólogos y filósofos no propusieron nada relevante sobre el discernimiento de lo justo y de lo injusto. Hay que concluir que la ética filosófica en las universidades instituidas por los papas, fue tan vacua que no servía para nada en la vida civil.⁷³⁹ Por esto, el mis-

737 “*Theologi, ut mox latius explicabimus, ad sententias Petri Lombardi erant adstricti; Jcti ad duo corpora juris, civilis nempe et canonici; Medici ad Galenum. Sic vero cuilibet facultati certi fines ac spatia, intra quae intellectum suum exercerent, et quorum terminos tanquam servi, ad triremes damnati, egredi non possent, erant praescripti*”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 46.

738 “*Videamus jam, quanam fuerint fata Philosophiae moralis et juris naturae in universitatibus. Incipiamus a Philosophis. Aristotelis libris ad Nichomachum ejusque magna moralia sunt quidem libri non undiqueque absurdi, aut spernendi, interim passim inutilibus subtilitatibus, atque taediosa prolixitate, pro more Aristotelis, in tantum laborant, ut, e.g. in exiguo Epicteto enchyridio melior methodus et plura realia, ut in scholis loquimur, occurrant, quam in magnis istis voluminis Aristotelis... Multa quidem de virtutibus disseruit, sed naturam earum, et quomodo fictae virtutes a genuinis accurate discerni deberent, ut et media virtutes acquirendi, vel plane non attigit, vel superficialiter saltem et obscurissime, quamvis multis verborum ambagibus adhibitibus, exposuit*”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 46.

739 “*Id certum est, quod de prudentia consultoria et legislativa, item de Jurisprudencia naturali nullos reliquerit libros. Ut adeo, ut mox videbimus, Theologi doctrinam de justo et injusto ab illis*

mo Thomasius, cuando propone —en el *Praefatio* de la obra que cito— lo que tratará en ella, explica que sus lecciones versarán sobre la ignorancia y la servidumbre universal entre los cristianos, del rechazo y de la supresión de la recta razón y de las verdades sensibles, de la condición misérrima de las escuelas, tanto superiores como inferiores, de la condición mísera de la teología, y de los testimonios acerca de estas cuestiones antes de la Reforma protestante.⁷⁴⁰

No es difícil observar que el tono que adoptaron los iusnaturalistas para explicar la historia de la filosofía moral y del derecho natural hasta la aparición de la Reforma es estrictamente maniqueo: no existió entre los católicos nada positivo, nada valioso, nada, en definitiva, de interés o que no fuera estrictamente perverso. El clero católico es presentado como un conjunto de hombres demoníacos, únicamente preocupado por sojuzgar a los laicos, siempre mediante el engaño. Durante quince siglos se ha compuesto de hombres corrompidos, que han extirpado de la faz de la Tierra la razón, a fin de que no se descubriera su impostura. Dentro de este juicio de conjunto quedan comprendidos los teólogos españoles que integran la Segunda Escolástica. Pero como algunos estudiosos pretenden establecer diversas vinculaciones entre estos teólogos católicos y el iusnaturalismo moderno, no será ocioso examinar cómo los modernos entendieron y valoraron a estos teólogos.

2. Los juicios de los iusnaturalistas sobre la segunda escolástica española

Quiero advertir que en vano buscaremos entre los iusnaturalistas modernos una crítica o un análisis comparativo con la filosofía escolástica, sea la bajomedieval, o la española del siglo XVI. Los iusnaturalistas no *criticaron* la escolástica, en el sentido que decimos que Kant criticó a Wolff. Se limitaron —con éxito— a descalificarla mediante insultos.

temporibus totam sibi solis vindicaverint, et Philosophis nihil, de quo justo et injusto auditoribus suis proponerent, relinquerint. Certe ethica Philosophorum in Academiis, a Papis institutis, tam jejunia fuit, ut ad nullum plane vel minimum usum in vita civili ejus doctrina potuerit adhiberi". Cfr. Paulo..., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

740 "... de communi et pene universali inter Christianos ignorantia et servitute, orta potissimum ex rejectione vel suppressione rectae rationis et veritatum sensibilium; de miserrima conditione scholarum tam superiorum, quam inferiorum... de misera conditione Theologiae Academicæ Orthodoxorum; de testibus veritatis quoad agnitionem illius miseria ante reformationem". Cfr. Paulo..., *op. cit.*, Praefatio, sectio III.

El único autor que trató con cierta benevolencia a estos escolásticos fue Immanuel Proeleus, que explicaba que Grocio entendió que la mala fortuna de ellos se debió, en parte, a que los escolásticos vivieron en tiempos ignorantes, por lo que carecieron tanto de la llave del idioma como de la luz de la historia⁷⁴¹ Pero lo que se puede observar, indico yo ahora, es que ni Grocio (quien, efectivamente, emitió este juicio) ni Proeleus tienen en cuenta es que el momento de la Segunda Escolástica, el siglo XVI, es el del humanismo, también en el derecho y que en bastantes escolásticos encontramos un latín y unos conocimientos históricos y filosóficos muy destacables y, desde luego, muy superiores a los de tiempos posteriores, paradójicamente más *ilustrados*. Pero nada de esto contaba entonces, porque los siglos XVII y XVIII, desde su absoluto complejo de superioridad, despreciaban todo cuanto ignoraban.

Si pretendiera exponer de forma algo completa los juicios de los iusnaturalistas sobre los escolásticos españoles, resultaría un catálogo de insultos excesivamente extenso y prolijo, aburrido para el lector. He optado, en consecuencia, por reproducir solamente aquellos juicios que poseen un cierto valor representativo de la forma cómo la Modernidad entendió el trabajo de estos autores.

Samuel Christian Hollmann explicaba tardíamente que los escolásticos se aferraron de tal forma a la filosofía moral escolástica, que la equipararon a las doctrinas de los Padres de la Iglesia primitiva, a los decretos de los concilios y de los pontífices romanos, a las *Sagradas Escrituras*. De esta forma emergió un cuerpo confusísimo de filosofía escolástica, formado por una mixtura de teología y filosofía. Fue tanta la autoridad de Aristóteles entre ellos, que el Evangelio quedó sustituido por la filosofía aristotélica, y todo este tipo de confusiones se puede apreciar ejemplarmente en la *Suma teológica* de Tomás de Aquino.⁷⁴² Explica también Hollmann que estos escolásticos pretendieron derivar el derecho natural to-

741 "Grotius hält es von ein Stück ihres Unglück, dass sie in unwissenden Zeiten gelebt haben, denn sie haben weder Schlüssel der Sprachen, noch das Licht der Historien". Cfr. *Grund-Sätze...*, op. cit., Praefatio, sectio III.

742 "Tanti enim iisdem doctrinae moralis Aristotelicae, postquam in manus ipsorum inciderat, fieri plenita coeperunt, ut dictis assertisque patrum primitivae ecclesiae, decretisque conciliorum, Pontificum Romanorum, non solum, sed ipsis etiam Scripturae S. oraculis, eadem aequiparent, indeque tandem confusissimum illud theologiae, et philosophiae, scholasticae corpus emergeret. Tanta apud hos homines Aristoteli autoritate fuisse, ut, ablegato evangelio, eiusdem ethica pro concione enarrarent, testem amicum se profiteretur Philippus Melachton, in Apolog. A.C. art. IV. Confusionis istius specimina videre iam licet in Thomas Aquinatis Summa Teolog. imprimis parte I et II secundae". Cfr. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*, Göttingae, 1751, "Prolegomena generalia", 23.

mando como *principium* la bondad de Dios, de modo que, para ellos, las 'leyes naturales' fluían de la justicia y de la santidad divinas. Así llegaron a una noción confusísima del derecho natural, porque entendían que las leyes naturales eran algo así como una realidad escrita en los corazones de los hombres, una doctrina inane que él ya ha refutado.⁷⁴³

Thomasius, al pretender historiar la doctrina del derecho natural, nos indica que la fuente de la sabiduría fue, durante mucho tiempo, el libro de las *Sentencias* de Pedro Lombardo, libro en el que, por lo demás, según ha explicado anteriormente, se confunden la filosofía y la teología, las *Sagradas Escrituras* con los principios de la filosofía pagana, y en lo que se refiere a la doctrina moral y al derecho natural, expresan la vieja ignorancia y los errores comunes de entonces:⁷⁴⁴ como podemos comprobar, cualquier referencia a una obra anterior al siglo XVII era forzosamente negativa. Sobre las *Sentencias* de Pedro Lombardo, sigue Thomasius, escribieron varios autores, tales como Alberto Magno, Tomás de Aquino, Buenaventura, Durando, Escoto, Occam. Como estos autores mantenían discrepancias entre sí, pronto surgieron escuelas diversas: albertistas, tomistas, escotistas, occamistas. Tomás de Aquino no sólo ilustró el libro de las *Sentencias* de Lombardo, sino que él mismo compuso un nuevo 'sistema', la *Suma teológica*, que agradó a muchos y fue, a su vez, comentada, cosa que hicieron Tomás de Vio, Cayetano (Thomasius ignora que estos dos nombres corresponden a la misma persona), Bartolomé Medina, Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, y otros. "En estos comentarios —concluye Thomasius—, tanto en los que se hicieron sobre las *Sentencias* de Pedro Lombardo como sobre la *Suma* de Tomás, en vano buscarás doctrinas útiles, procedentes de la sana razón, sino que todos ellos están repletos de autoridades, sutilidades, inanidades"⁷⁴⁵

743 "Ex illis, quae de legum naturalium formali ratione, et indole, hactenus dicta sunt, indicari jam facile potuit, quid de illa scholasticarum quaestione, et controversia, sentiendum sit: num leges naturales ex Justitia, ut Sanctitate, Dei essentiali ita fluant, ut, illis salvis, locum habere aliae nequeant? Confusissimum enim illa notionem, quasi leges naturales cordibus hominum insitae, sint, tota illa supponit: qua ipsa vero satis jam confutata, haec ipsa etiam simul corrui". Cfr. *Jurisprudentiae...*, cit., par. I, cap. II, 62.

744 "Verosimile est, quod uti Lombardus in his libris voluit doctrinam Augustini cum Aristotelica unire, ita etiam in toto opera Theologia et Philosophia inter se confusae, et Scriptura Sacra ex principiis philosophiae pagana exposita, simul vero in doctrinis moralibus et ad jus naturae pertinentibus ignorantia vetus et errores communes propagati fuerint". Cfr. Paulo..., op. cit., p. 51.

745 "Iste vero liber sententiarum tum erat fas sapientiae theologiae, in qua virtutum Professores glossas suas scribebant, uti Jurisconsulti in corpus iuris. Wilhelmus Antisiodorensis, Albertus Magnus, Thomas Aquinas, Bonaventura, Gulielmus Durandus, Johannes Duns Scotus, Occamus, Estius, commentariis suis in Lombardum editis, quasi de praemio certabant, quisnam ex illis prae reliquis-

El reproche más común que el derecho natural moderno dirigiera a la Segunda Escolástica consistió en objetar que sus autores se habían perdido en discusiones sutiles, altamente retóricas, sobre temas sin importancia. Müldener comparaba sus obras con telas de araña, sutiles pero inútiles, construidas en el marco de un estilo literario bárbaro y de una ignorancia a la que no era ajena la rudeza.⁷⁴⁶ Juan Francisco Budde, uno de los historiadores del derecho natural más conocido e influyente en la Ilustración, escribía que estos escolásticos convirtieron toda la filosofía en puros sofismas, y el arte de saber quedó reducido en arte de altercar, incluso sobre temas levísimos, de forma que así como los alquimistas pugnaban entre sí por convertir los metales viles en oro, los escolásticos convirtieron la sabiduría en logomaquia. Derramaron tanta seriedad en cosas tan vanas que se podría juzgar —concluye Budde— que estos hombres estaban completamente locos.⁷⁴⁷

Johannes Gottlieb Heineccius se preocupó por hacer una relación de los errores en los que habrían incurrido los escolásticos.

Los escolásticos trataron mal el derecho natural y de gentes, y esto lo demostraré rápidamente: 1) no sólo eligieron como guía a Aristóteles, sino también a los escritores árabes mahometanos que interpretaron a Aristóteles, que trataron de toda la filosofía moral; 2) todo lo exponen sin ningún

mentem Lombardi recte exponere valeret. Et cum saepius in explicatione sua inter se dissentirent, et tamen quilibet sententiam suam, ut veriolem, tueretur, statim inter hos scholasticos ratione orthodoxiae sectae oriebantur, Albertistarum, Thomistarum, Scotistarum, Occamistarum, quas inter secta Thomistarum ob auctoritatem Thomae Aquinatis fere pro praecipua habebatur. Siquidem Thomas non solum commentariis illustraverat libros sententiarum Lombardi, sed et ipse novum systema sive Summam Theologiae scripseret, quod multis sic placebat, ut quasi obliti sententiarum Lombardi, commentaria in hac systema Thomae Aquinatis scriberent, ut fecerunt Thomas de Vio, Cajetanus, Bartholomaeus Medina, Gabriel Vasquez, Franciscus Suarez, et alii. Interim in his omnibus commentariis tum super sententias Lombardi quam super Summam Thomae frustra quaeres doctrinas utiles a sana ratione profectas, sed omnia repleta sunt auctoritatibus, subtilitatibus, inanitatibus". Cfr. Paulo..., op. cit., pp. 51 y 52.

⁷⁴⁶ *"Magno insuper conatu nugae agebant Doctorum Scholasticorum plurimi, spisaque sua Volumenta, paucos vel nullo referita orbi, tunc quidem parum eruditio, obstrudebant, in quibus frivolem quaestionum artifices aranearum, telas, subtiles quidem, sed inanes ac inutilis, operose contexebant, ac ita ruditatem saeculi barbaro sermone et ignorantia affectata non leviter augebant". Cfr. Positiones inaugurales, in quibus Iuris Naturae definitio et fundamentum, Halae Magdeburgicae, 1698, 1.*

⁷⁴⁷ *"Per intempestivam sane horum hominum diligentiam tota philosophia in sophismata paulatim delapsa est, arteque sapiendi in artem rixandi et altercandi, idque de rebus levissimis, convertunt. Diceret, quod Alchymisti certamen illos iniisse, hoc saltem discrimine quod illi quidem viliora metalla in aurum, hi sapientiam in logomachiam mutarint. Tanta autem severitate in hisce naevius vanissimisque commentis versantur, ut iurares, homines tum maxime insanire". Cfr. Selectas jure naturae et gentium, Halae Saxonum, 1704, p. 325.*

orden; 3) suponen un principio oscurísimo, la santidad de Dios;⁷⁴⁸ 4) el derecho natural y de Gentes lo desarrollan ineptamente desde Aristóteles; 5) proponen cuestiones absurdísimas, como, por ejemplo, si alguien debe morir por dar una bofetada, sobre si se puede adorar una hostia sobre la que existen dudas de si está consagrada, etc.; 6) defienden tesis impías, como el probabilismo, el método de dirigir las intenciones, la reserva mental y el pecado filosófico.⁷⁴⁹

La aportación de la Segunda Escolástica no fue vista solamente como un intento históricamente fracasado, sino como algo en sí mismo peligroso y dañino. “Los jesuitas, escribe Thomasius, se dedicaron a esta tarea, e inculcaron en la doctrina moral principios máximamente nocivos y peligrosos, cosa que siguen haciendo aún hoy. De entre ellos hay que citar a Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, Juan Azorio, Luis de Molina, Leonardo Lessius y Antonio Escobar, que fueron jesuitas”.⁷⁵⁰ Para emitir este juicio, Thomasius se apoya en el estudio de Adam Triebchovius, *De Doctoribus scholasticis et corrupta per eos divinarum humanorumque rerum scientia*, publicado en Giessen en 1665. Thomasius mantiene que, por lo general, estos ‘escolásticos’ se guiaron, al elaborar sus doctrinas filosóficas y teológicas, por sus intereses temporales, fundamentalmente en busca del incremento del poder del papa y del clero.⁷⁵¹ De esta forma, si una conducta no convenía a sus intereses, aunque

748 Ignoro de dónde sacaron la idea de este *principium unicum* de los “escolásticos”: el de la santidad divina. Quizá de la apología de Melachton contra los católicos.

749 “*Ceterum quam male de J. N. et G. meriti sint Scholastici, paucis demonstravimus.*”

1) *Non solum duces elegerunt Aristotelem, sed et scriptores Arabes Mahumedanos, Aristotelis interpretes, qui totam philosophiam moralem maxime observarunt.*

2) *Omnia sine ordine tradunt.*

3) *Principium supponunt obscurissimum, sanctitatem divinam.*

4) *Ius N. et G. probant inepte ex Aristotele.*

5) *Propuserunt quaestiones absurdissimas, e.g. a ob aliquam alapam intentatam aliquis possit occidi? An possit adorari hostia, de qua dubitas, an sit consecrata?*

6) *Accedit quod Scholastici immiscent impia de probabilismo, de methodo dirigendi intentionem, de reservatione mentali, et de peccato philosophico”. Cfr. Praelectiones Academicæ in Hugonis Grotii De Iure Belli ac Pacis libros tres, Roboreti, 1746, Proemium, pp. 48 y 49.*

750 “*Inprimis autem Jesuitae operam dederunt, ut principia maxime noxia et periculosa in doctrina morali inculcarentur, et adhuc hodie id faciunt. Nam ex hactenus memoratis Gabriel Vazquez, Francisco Svarez, Johannes Azorius, Ludovicus Molina, Leonhardus Lessius, Antonio Escobar Jesuitae fuerunt”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 52.*

751 “*Itaque initio saeculi decimi, doctrina de virtutibus et vitiis, sive de differentiis iusti et iniusti, boni et mali, de iure nat. e g. tam apud pontificios, quam apud evangelicos misserrimo e pene incurabili morbo laborabat. Scholastici pontificii in libris, qui titulis de iustitia et iure vel similibus insigniebatur, talia dogmata insinuabant animis discentium, quae solum inserviebant incremento papatus et clericatus”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 63.*

tal conducta se fundamentara en la sana razón e incluso en el sentido claro y perspicuo de las *Sagradas Escrituras*, ellos enseñaban que era deshonesta, injusta, digna de penas infernales. Así, por ejemplo, el jesuita Mariana enseñaba que era justo matar a los reyes heréticos, esto es, a los que no eran suficientemente ortodoxos o que en extremos mínimos disientían del clero dominante.⁷⁵²

Tras este tipo de escritos, pronto se difundió por toda Centroeuropa un sentimiento de profundo desprecio por las inmundicias de la ciencia propia de los católicos. Ello explica los juicios que encontramos tardíamente, a mediados del siglo XVIII, sobre los escolásticos españoles. Adam Glafey explicaba, como un dato evidente, que tanto los juristas como los teólogos se habían llenado la cabeza con abstracciones metafísicas, que se habían dejado guiar por el principio de autoridad y que, de manera consecuente, habían convertido el derecho natural en un puro chisme y logomaquia que no tenía más finalidad que fortalecer al derecho canónico romano.⁷⁵³ De forma más resumida, Eberhard Roesler se limita con indicar que “los doctores escolásticos no proponen más que cosas falsas, perniciosas, turbulentas, inútiles”.⁷⁵⁴ Toda la especulación escolástica está tan cargada de sutilidades e inutilidades que, ante ella, cualquier lector no puede sentir sino náusea y horror.⁷⁵⁵ Como juicio de conjunto sobre la fortuna de estos escolásticos, puede servir la indicación de Otto von Gierke:

El espíritu del derecho natural era más fuerte que ellos. Su destino estaba decidido desde el momento en que los que propugnaban una noción de soberanía independiente tanto de la Iglesia como del pueblo, no solamente no

752 “*Contra quicquid iidem fecerunt, secundum ductum sanae rationis, vel etiam secundum claram et perspicuam literam Scripturae Sacrae, malum esse docebatur, turpe, injustum, et poenis infernalibus dignum, si scilicet non conveniret cum scopo et interessa scholasticorum. Ex Jesuitis Mariana incipiebat defendere, justum esse interficere Reges haereticos, id est, non satis orthodoxos, et vel in minimis apicibus a clero dominante dissentientes*”. Cfr. Paulo..., op. cit., pp. 63 y 64.

753 “*Gleichwie aber so wohl die Juristen als die Mönchen ihre Köpfen mit Metaphysischen Terminis und Abstractionibus, nach welchen Mass-Stabe sie alle Dingen in der Welt ausmassen wollten, angefühlet halten: hiernach gewaltig an dem Praejudicio Auctoritatis laborirten: Also machten sie auch den Jur. Naq. ein bloss Gewäsche und Wort-Gefechte, oder thaten weiter nichts, als dass sie aus dem Jure Canonico und Romano Bestärckung ihrer Assertorum Testimonia zusammen suchten*”. Cfr. *Vollständige Geschichte...*, op. cit., p. 79.

754 “*Doctores Scholastici et Academici falsa, pernicioza, turbulenta, inutilia dogmata se proponant*”. Cfr. *Institutiones Jurisprudentiae naturalis*, Tubingae, 1756, liber II, cap. XVIII, 9.

755 “*... qui totus speculationibus scholasticorum subtilibus et inanibus ita repletus est, ut cuiumque lectori, solidioribus depibus adueto, facile nausea et horror moveri possit*”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 77.

aceptaron, sino que consideraron como un veneno la construcción puramente iusnaturalista de los jesuitas y monarcómacos.⁷⁵⁶

3. Los orígenes de la sabiduría: Hugo Grocio

Esta etapa tenebrosa de la cultura occidental acabó con la publicación del *De iure belli ac pacis*, de Grocio, según nos indica Samuel Pufendorf.⁷⁵⁷ En el coro unánime de los iusnaturalistas, Grocio fue el restaurador o fundador de la ciencia moral y del derecho natural, de los que no existía anteriormente ningún vestigio.⁷⁵⁸

La situación había sido, ciertamente, grave, porque incluso después de la Reforma, la disciplina moral había permanecido en las tinieblas propias de los escolásticos, sometida a la autoridad de Aristóteles, hasta la aparición de esta obra de Grocio.⁷⁵⁹ Y ello, a pesar de que Lutero odiaba a la filosofía aristotélico-escolástica.⁷⁶⁰ Pero, tal como indica Thomasius, para la Providencia no hay nada imposible, y por ello, allí donde reinó el error amaneció la verdad. Así, en las facultades de teología, derecho y filosofía, en las que reinaba la confusión entre lo verdadero y lo falso de la mano de la filosofía escolástica, la divina sabiduría suscitó un varón que, sin ser doctor escolástico, ni académico, ni teólogo, ni jurista, ni filósofo, fue, sin embargo, un egregio teólogo, un excelente jurista y un eximio filósofo.⁷⁶¹

756 "Der Geist des Naturrechts war mächtiger als sie. Ihr Schicksal war entscheiden, seitdem die Vorkämpfer einer sowol von der Kirche wie vom Volke unabhängigen Herrscheroveränität die rein naturrechtlichen Konstruktion von Jesuiten und Monarchomachen nicht nur übernahmen, sondern zum Gipfel führten". Cfr. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Aalen, 1981, pp. 71 y 72.

757 "Verum, qui naturalia iura a positivis accurate discerneret, et ista in plesystematis rotunditatem disponere aggredirentur, ante Hugonem Grotium nemo extitit". Cfr. Eris Scandica. Qua advocatus libros de iure naturali et gentium objecta diluuntur, Frankfurt am Main, 1686, p. 200.

758 "Accinxit porro esse Grotius ad molendum opus, in qua nulla priorum vestigia ipsum regebunt". Cfr. Pufendorf, Eris scandica..., op. cit., p. 205.

759 Ludovici nos indica que "atque adeo post Reformationem quoque usu ad tempora Grotii Disciplina Juris Naturalis in Scholasticis tenebris et squaloribus sepulta jacebat". Cfr. Delineatio Historiae..., op. cit., p. 15. Thomasius, pocos años más tarde, explicaba también que la filosofía aristotélica dominaba entre los protestantes hasta la aparición del *De iure belli ac pacis* de Grocio. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 69. Hollamnn escribe, más extensamente, que "Omnis ergo doctrina moralis ab hoc tempore, vel inter protestantes ipsos, intra cancellos librorum moralium Aristotelis veluti conclusa, iisdem ita quasi circumspccta, fuit, ut ne latum quidem unguum ab eadem recedere liquet". Cfr. Jurisprudencia..., op. cit., "Prolegomena generalia", 25.

760 Vid. Thomasius, Paulo plenior Historia..., cit., supra.

761 "Sed divinae providentiae nihil est impossibile. Omnia agit suo, id est, debito tempore. Et ubi error summum attingit, fastigium, adventus veritatis appropinquant. Confuso veri et falsi per Doctores in cathedras ecclesiasticas et Academicas introducta erant, tres Facultates Academicae, Theo-

Efectivamente, Grocio, tal como nos informa Heineccius, fue el fundador del derecho público universal, que antes de él había sido ignorado, ya que la *jurisprudencia* había permanecido en tinieblas.⁷⁶² Aun Juan Federico Weidler, mejor conocedor del derecho, concedía que Grocio había tenido algunos predecesores, como era el caso —cita Weidler— de Diego de Covarrubias, Fernando Vázquez de Menchaca, Hopper, Gentili, Winckler, Seduardus⁷⁶³ o Ayala.⁷⁶⁴ Pero Hufeland, más fiel al espíritu que animaba a la Escuela del derecho natural moderno, explicaba que estos juristas no pueden ser considerados, hablando con propiedad, como predecesores de Grocio, porque sólo hicieron una especie de filosofía del derecho romano conocido hasta entonces y, en lo que respecta a la *Jurisprudencia*, sus explicaciones son tan incorrectas, tan inadmisibles, tan inacabadas, que de ellas sólo puede decirse que componen la ‘prehistoria’ (*Vorgeschichte*) de la ciencia del derecho.⁷⁶⁵

La figura de Grocio es un tanto extraña, por lo mucho que condensa y los sobreentendidos que supone. Grocio ni siquiera tituló a su libro jurídico fundamental, el *De iure belli ac pacis*, con el rótulo de *ius naturale*. Pero la época esperaba un nuevo saber, a la vez moral y jurídico, que sustituyera al derecho romano, a la jurisprudencia bajomedieval del *ius commune* y a la inteligencia del derecho natural como unos primeros principios conocidos naturalmente mediante la conciencia, y este saber nuevo se identificó con este tratado de Grocio. Al parecer, lo que importaba no eran los contenidos o los resultados sustantivos, sino el método seguido: suponer el *status naturae*, los individuos aislados e independientes en tal ‘status’, etcétera. Este derecho natural específico de la Edad Moderna ha-

logia, Juridica, Philosophica, nugis scholasticis erant addictae. Suscitabat igitur divina sapientia virum, qui neque Doctor Ecclesiasticus, neque Academicus esset, qui neque Theologiam, neque Jurisprudentiam, neque Philosophiam tanquam Professor publicus doceret, simul tamen et egregius Theologus et excellens Jctus et Philosophus eximius esset”. Cfr. Paulo..., op. cit., pp. 65 y 66.

⁷⁶² “Inprimis egregie Grotius consuluit iuri publico universali. Id enim quum ante Grotium poene ignoraretur, ejus opera primum caput exservit tenebris”. Cfr. Praelectiones..., op. cit., p. 32.

⁷⁶³ Weidler entiendo que Seduardus fue un jurista destacado. Ignora que no es más que un personaje literario de la obra de Joaquín Hopper *Seduardus, sive de vera jurisprudencia...*, que tiene forma de diálogo. Resulta patente que estos autores, cuando hablan de jurisprudencia anterior a Grocio, lo hacen de oídas.

⁷⁶⁴ Cfr. *Institutiones Juris Naturae et Gentium methodo geometricae digestae collatoque sparsim iure positivo illustratae*, Vitembergae, 1731, cap. II, XXI.

⁷⁶⁵ “... ist zum Theil nur eine Art von Philosophie über das einmal existirende und eigentlich römische Recht, zum Theil aber so unzugänglich, unbestimmt und unausgeführt, dass man von diesen Männer beständig gleichsam nur in einer Vorgeschichte der Wissenschaft behandelt”. Cfr. *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig, 1785, p. 16.

bría roto definitivamente las tinieblas y la confusión escolásticas. El adjetivo ‘escolástico’, tal como es usado por estos iusnaturalistas de la Edad Moderna, representa todo lo que de engañoso, reaccionario, venal o despreciable ha existido.

Envueltos en una constelación de personajes geniales⁷⁶⁶ que, por primera vez en la historia han sentado sobre bases firmes la ciencia del derecho, el derecho natural y la sabiduría moral, ya no tiene sentido volver los ojos a los juristas anteriores al siglo XVII. Ludovici explica a este respecto que quien caiga en la actitud ridícula —una pérdida de tiempo— de leer a los ‘doctores’ anteriores, es decir, a Bartolo, a Baldo, etcétera, incurrir en una actitud *papista*.⁷⁶⁷ Ya sabemos que, entre los iusnaturalistas, el ‘papismo’ era la suma de todos los males; toda la época ensalzó de tal forma la obra de Grocio que Aubery no dudaba en afirmar, según testifica Ludovici, que Grocio ha sido el espíritu más grande después de Aristóteles.⁷⁶⁸ Una comparación, ciertamente, de valor dudoso, ya que según el *ius naturale* entendía a Aristóteles, *el Estagirita* habría sido el corruptor por excelencia de la razón humana.

Hugo Grocio, si bien con sus estados de naturaleza, contratos sociales, etcétera, rompió con la ciencia político-jurídica aristotélica y escolástica (hecho por el que los católicos lo consideraron antiaristotélico),⁷⁶⁹ sin embargo procedió con una cautela y una prudencia excesivas, en opinión de buena parte de los iusnaturalistas, por lo que entendieron que él marcó el *initium* del derecho natural, pero en modo alguno su plenitud.⁷⁷⁰ Era

766 Ulricus Obrecht escribía que “*Post scholasticorum labores, hoc superiore seculo susceperent vindicandem, adversos imperitorum cavillationes, Civilis Prudentia certitudinem tam in questione juris, quam consilii, magna ingenia: Grotius, Lipsius, Illustrissimus Marxinius, Conringius, Boeclerus, Weichelius, Feldenus, Pufendorfius, et qui ab his laudentur*”. Cfr. *Academica in usum Volumen collecta*, Argentorati, 1704, cap. V, 3.

767 “*Contra vero, si centuriis legum ex Corpore Juris depromti, si myriade Doctorum, Bartoli, Baldi, aliorumque stipetis incedas, Papae!*”. Cfr. *Delineatio...*, op. cit., p. 3.

768 “*Meminit Autor Gallus, Aubery, antea citatus se audivisse a Viris Summis hoc elogium, quae Mr. Grotius étoit le plus universellement sçavant homme, qui eut paru dans le monde de puis Aristote*”. Cfr. *Delineatio...*, op. cit., p. 16.

769 Indicaba Agatopisto Cromaziano que “*Giovanni Feldeno Matematico e Giureconsulto di Helmstadt vene tra i primi impugnatore e amaramente lacerò quella sentenza che repugnavano al grande maestro Aristotele... Il feroce Claudio Salmasio ripete lo stesso, e fere plauso al Seldeno. Giovanni Adamo Osiandro Teologo di Tubinga espone e forte alterò le offese fatte del Grozio alla Teologia e alle gente Scolastiche*”. Cfr. *Della Istoria critica del moderno diritto di natura e di genti*, Perugia, 1789, p. 36.

770 Explica Thomasius que Grocio “*caute procedebat, et quamvis operam daret, ut ea, quae hactenus Scholastici confusissime tradiderunt, miscendo videlicet jura divina, communia, Mosaica, cum legibus humanibus particularibus, iterum separaret, ac distingueret, non tamen statim eorum fundamentales errores oppugnare tantum putabat, sed potius eos in prolegomenis laudabat, et ope-*

preciso romper completamente con la ciencia aristotélica o escolástica propia de los católicos, a la que Grocio aún concedía alguna atención, y esta tarea estaba reservada a Samuel Pufendorf.

4. Pufendorf o la guerra entre dos culturas

Destacaba Samuel Hollmann que Hugo Grocio, por la recepción que hizo en su obra de la doctrina aristotélica, no innovó radicalmente el tratamiento del derecho natural. De hecho, indica Hollmann, son numerosos los autores que han puesto de manifiesto el aristotelismo que aún existe en la obra del holandés.⁷⁷¹ Ningún autor del derecho natural moderno destaca con precisión en qué consiste o cómo se reconoce la influencia de Aristóteles en Grocio. De hecho, las controversias de los iusnaturalistas de la época acerca de la obra de Grocio se reducen al tema de si es aceptable para un protestante mantener —como hace Grocio— que las cosas poseen en sí su propia bondad o maldad o si, por el contrario, es preciso postular que las conductas son en sí mismas indiferentes, adíforas, y que sólo reciben su calificación moral por el mandato que las ordena o prohíbe.⁷⁷² Efectivamente, a lo largo del siglo XVII se fue extendiendo entre los iusnaturalistas la opinión según la cual la actitud objetivista en moral es propia de los católicos que, para mantenerla, re-

ram dabat, ut eorum fundamentalem propositionem de Jure Naturae, etsi obscuram et falsam cum socialitate Ciceronis conciliaret. Atque ista cautela ad hoc ipsi proderet, ut ejus doctrina non cum tanto ac tam hostili impetu impugnaretur, quam postea alii sunt experti, qui absque dissimulatione grillos scholasticos aperte oppugnare instituerunt. Paucis; Grotius erat instrumentum, quo divina sapientia utebatur, ut initium faceret, tollendae confusionis adeo diuturnae luminis naturalis et supernaturalis. Dico: Initium". Cfr. Paulo..., op. cit., p. 67.

771 "Neque multum mutata ista rerum facies est, per quam Hugo Grotius novae disciplina moralis fundamenta prima superiori seculo feliciter iecit. Etsi necessitatem enim atque utilitatem istius doctrinae summam Aristotelici ipsi satis intelligerent; tantum tamen opus eosdem Aristotelis valebat auctoritas, et recepta hactenus consuetudo, ut divina illa Jurisprudentiae naturalis capita, ad ethicam, politicam et oeconomicam, suam referre, et inter easdem quasi dispersiti, mallent, quam totam illam in disciplinarum suarum moralium in societate admittere, receptamque ades philosophiae practicae in easdem divisionem derelinquere". Se remite a Henniges, Henricus, *Annotat. in Grotio de I. B. ac P.*; a Sharrock, Robert, *Tract. de officiis secundum Naturae Jus*, Oxon., 1660, a Eisenhart, Io., *Inst. Iur. Nat. in morali phil. doctrina repraesentatione*. Helmstadt, 1699, y otros. Cfr. *Jurisprudentiae naturalis...*, op. cit. "Prolegomena generalia", 26.

772 Con respecto al objetivismo o voluntarismo como fundamento último de la "moralidad" de los actos, escribía Johann Christian Müldener que "*Prius quidem* (se refiere al objetivismo) *faciunt Scholastici, et qui illos hic secutus est, Grotius*". Cfr. *Positiones inaugurales...*, op. cit., 10. Sobre esta contraposición entre Grocio y Pufendorf, vid. Palladini, F., "Voluntarismo e 'laicità' del diritto naturale: la critica di S. Pufendorf a Grozio, De Iure Belli ac Pacis, Prolegomena, 11", comunicación presentada al *Symposium Reason in Law*, Bologna, 12-15 de diciembre de 1984.

curren a la ficción de sostener que existe una ley eterna divina a tenor de la cual cada acto recibe su naturaleza moral que, resultaría de este modo inmutable y eterna, tanto como lo es la misma ley eterna de Dios.⁷⁷³ Dado que Grocio mantiene el objetivismo ético, se vio en esta actitud suya un resto escolástico.

Realmente, estamos ante un hecho un tanto sorprendente. La Iglesia católica había declarado históricamente igualmente aceptables las tesis voluntaristas, representadas por Escoto y Occam, como la objetivista, que encontró su exponente más radical en Gabriel Vázquez de Belmonte. Por este motivo, en las universidades de las zonas católicas existieron (hasta que el Estado rehizo la Universidad europea) dos cátedras de teología, una escotista, en la que se defendía por definición la doctrina voluntarista, y otra tomista, en la que se solían mantener actitudes más o menos objetivistas. No tenía, pues, sentido que en su día se calificara a Grocio de escolástico únicamente porque siguiera la opción objetivista, ya que tan escolástica, aristotélica o papista era una opción como la otra. El problema residió más bien en que Grocio no se mostró lo suficientemente antiescolástico o anticatólico. El holandés, de personalidad conciliadora, diplomático de profesión, echó mano de la mayor parte de las fuentes jurídicas y filosóficas que entonces se conocían, y por este motivo son frecuentes en su obra las citas de los escolásticos españoles del siglo XVI, además de alguna que otra remisión al propio Aristóteles. Esta forma de proceder no era aceptable para el sector progresista protestante, empeñado en descalificar de raíz toda cultura surgida sobre un suelo de hecho católico.

Grocio hubiera podido ser de hecho un hombre puente entre la cultura ético-jurídica católica tardía, ya muy racionalista, y las pretensiones protestantes. Esta posibilidad se veía facilitada por el hecho de que la filosofía y la metafísica estudiadas en las universidades de las zonas protestantes eran fundamentalmente las de los escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII.⁷⁷⁴ A pesar de las heterodoxias, estrictamente teológicas, que se contienen en el *De iure belli ac pacis* —que motivaron que la lectura de este libro fuera prohibida entre los católicos— pronto recayó sobre esta obra una multitud de comentaristas de formación escolásti-

773 Thomasius mantenía que la ley eterna "*nihil nisi figmentum Scholasticorum*". Cfr. Ludovici, *Delineatio...*, op. cit., p. 43.

774 Vid. sobre este tema a Weber, E., *Die philosophische Scholastik der deutschen Protestantismus im Zeitalter der Orthodoxie*, Leipzig, 1907. Petersen, P., *Geschichte der aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland*. Leipzig, 1921, y, fundamentalmente Wundt, M., *Die deutsche Schulmetaphysik des 17. Jahrhunderts*, Tübingen, 1939.

unos principios ético-jurídicos inmutables y que, en el caso del muy extenso tratado de Van der Muelen-Gronovius, incluso intentan la tarea imposible de conciliar el iusnaturalismo protestante con las doctrinas de la segunda escolástica española.⁷⁸¹ De otra parte, pronto surgieron numerosos seguidores de Pufendorf que, en general, a lo largo de la primera mitad del siglo XVIII radicalizan las tesis del cabeza de escuela, hasta llegar a actitudes francamente radicales y unilaterales.⁷⁸²

La obra de Pufendorf, como destacan ampliamente Desing y Finetti, supone la completa ruptura con la Iglesia católica, a la que él designa en el *Praefatio* de su *De Jure Naturae et Gentium* como *Regnum Tenebrarum*, siguiendo la expresión de Hobbes de ‘*Kingdom of Darkness*’, aunque Hobbes llamaba así a la cultura aristotélica. Ciertamente, la actitud doctrinal del alemán se vio radicalizada por el tono grosero que él usa habitualmente: es raro un folio suyo en el que no figure, una o varias veces, el adjetivo *stupidus*. A partir de la difusión del pensamiento de Pufendorf, la oposición del *ius naturale* moderno con el catolicismo fue radical, incondicional, y éste fue el momento en el que la doctrina del derecho natural moderno adoptó el talante maniqueo a que me he referido en páginas anteriores. Como simple ejemplo de este hecho, vemos que Hermann Conring, protestante del siglo XVII que, por ironías de la historia puso su obra al servicio del *ius commune*, había indicado que Joaquín Hopper —el autor del *Seduardus*— había sido el primer ‘filósofo del derecho’ que había existido, y no sólo lo alabó largamente,⁷⁸³ sino que él mismo reeditó el *Seduardus* de Hopper en época ya tardía para este tipo de publicaciones. Conring no podía ser desacreditado, porque al ser protestante era ampliamente conocido en las escuelas de las zonas reformadas. Pero como era imposible admitir que un católico (Hopper lo fue) hubiera podido escribir un libro de calidad, Thomasius, el inmediato

781 Vid. el *Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libris tres cum Commentariis Gulielmi van der Muelen. Et Authoris Annotata, ex postrema eius ante obitum cura nec non Joann. Frid. Gronovius, Ultrajecti, 1696-1703.*

782 En mi opinión, el autor más radical fue Henricus Koehler, en sus *Juris socialis et gentium ad ius naturale revocata specimina VII*. Frankfurt am Main, 1738. Además, hay que tener en cuenta al siempre contundente Nicolás Jerónimo Gundling, tanto en su *Jus Naturae ac Gentium connexa ratione novaque Methodo elaboratum*, 2ª ed., Halae Magdeburgicae, 1728, como en la *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De officio hominis et civis*, Hamburg, 1744.

783 Escribía Conring que “*Princeps (quod equidem sciam) imo unus, utilissimus hunc civilis Philosophiae locum serio et data opera aggressus est V.C. Joachimus Hopperus, magno, omnique doctrina veterum philosophorum pariter ac Jurisconsultorum, ut et pietate morumque insigni gravitate, plena imbuto animo*”. Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera jurisprudentia*, Helmstadt, 1663, p. 146.

discípulo de Pufendorf, dedicó un largo comentario a esta afirmación de Conring, en el que concluía que “no se podía leer este libro de Hopper recomendado por Conring sino con la máxima aversión y náusea”.⁷⁸⁴

Me parece que no exagero si mantengo que el iusnaturalismo de la segunda mitad del siglo XVII marca el momento, por primera vez en la historia, en el que la pugna es total. Porque los iusnaturalistas no se limitaron con atacar la doctrina católica en aquellos temas en los que ellos disientían de la Iglesia de Roma, sino que procuraron convencer a su auditorio de que ‘todo’ lo que había surgido sobre el trasfondo histórico católico había de ser forzosamente inhumano. Es una actitud que contrasta con la etapas históricas anteriores, cuando los padres de la Iglesia acogieron la filosofía pagana, y cuando los teólogos de la baja Edad Media acogieron las aportaciones filosóficas y jurídicas que procedían de ámbitos culturales ajenos al cristianismo. Pufendorf y sus discípulos, en cambio, traspasaron la lucha teológica al ámbito cultural en general, y por este motivo, a partir del siglo XVII aparece por primera vez la lucha cultural, en la que ya no se trata de imponer un conjunto de determinados dogmas teológicos (o de imponer su ausencia), sino de hacer prevalecer toda una cultura opuesta a la atacada. Desaparece, pues, la noción de respeto y en su lugar entra, si acaso, la de tolerancia, aunque temo que las alusiones modernas a la ‘tolerancia’ no son más que un expediente para salvar las formas: el lector ya tiene datos para formarse su juicio sobre este extremo.

El talante de estos iusnaturalistas hizo posible esta realidad. A lo largo del último tercio del siglo XVII la actitud encarnada en la obra de Grocio se fue olvidando progresivamente, y ya Thomasius podía mantener, en 1719, que “se es enemigo del derecho natural o de Pufendorf, o se es amigo”.⁷⁸⁵ En poco tiempo, de la mano de los omnipresentes Thomasius y Gundling, el estudio del *ius naturale* se impuso en toda Centroeuropa y desplazó cualquier otro talante ante el saber jurídico que se funda-

784 “*Quod Hopperianum opus commendavit Conringius, equidem non mirandum, cum Hopperus methodo platonica, partim Aristotelica et scholastica, opus illud elaboraverit... Sed tamen postquam coeptum est, et moralia et politica omissis, grillis Scholastico-Aristotelicis, et Platonice proponere sermone perspicuo ad captum omnis generis hominum, etiam terminos metaphysicos ignorantium, certo persuasus sum, hominem veritatibus perspicua simplicitate proponi solitis assuetum, nonnisi cum maxima aversione et nausea legere posse Hopperi opus a Conringio hic commendatum*”. Cfr. el “Appendix II ad Cap. ult., 14, Mentio ibi facta est epistolarum Pufendorffii, Conringi et Boecleri”, en *Paulo plenior Historia...*, op. cit., p. 194.

785 “*Vel inimici iuris naturae aut Pufendorffii, vel amici*”. Cfr. *Paulo...*, op. cit., p. 18.

mentara solamente en la tradición pero no en la razón, como era el caso, para Proeleus, del derecho romano y del *ius commune*.⁷⁸⁶

5. La reacción de los católicos

Juan Francisco Finetti alude al silencio de los católicos: “*ex hoc Catholicorum silentio*”⁷⁸⁷ para referirse a la actitud generalizada de las cátedras de las universidades católicas ante estos ataques. Finetti escribe que los protestantes cobraron grandes ánimos y aumentaron su audacia, de modo que vindicaron al *ius naturale* como propiedad suya, y doctores hubo que discutieron acerca de si los católicos eran aptos para ocuparse con el derecho natural.⁷⁸⁸ Por esta razón, Schmier, monje benedictino, escribía que “todo el orbe literario quedaría estupefacto si algún católico se atreviera a publicar algo sobre el derecho natural y de gentes”. Parecería, a la vista de los hechos, que el mismo derecho natural pugna abiertamente con la doctrina católica, apostilla Finetti.⁷⁸⁹

Fue lógico que sucediera esto: el *ius naturale* nació con entraña anticatólica, y era muy de esperar que los católicos no prestaran su colaboración. Anselmo Desing se quejó, a propósito de este problema, en 1753, del hecho de que en los tratados de derecho natural, así como en las universidades protestantes, reinaba frecuentemente el desprecio por los primeros Padres de la Iglesia, por los juristas y teólogos (católicos), de modo que lo que los iusnaturalistas exponen no es sino una versión sesgada, con todo tipo de insultos, de las obras de los doctores católicos.⁷⁹⁰

786 “... dass man zu unsern Zeiten diesen Wissenschaft (se refiere al Derecho natural) von sehr vielen sey beliebt und vorgetragen worden. Es wird heutiges Tages fast mehr von dem Recht der Natur als von andern gemeinen Rechten die nur in den Gewohnheit oder dem Herkommen sich gründen, gehalten”. Cfr. *Grund-Sätze...*, op. cit., “Vorbericht”, 1.

787 Vid. *De principiis Juris Naturae et Gentium adversus Hobbesium, Pufendorfium, Thomasium, Wolfium et alios libri XII*. 2ª ed. Venetiis, 1777, “Praefatio”, p. V.

788 “... quorundam plausu Protestantes plerosque magnos sumpsisse animum; quin et eo audaciae devenisse, ut disciplinam hanc quasi peculiarem, et propriam sibi ipsi vindicarent, se unicos in ea magistros, et doctores esse contenderent, omnesque Catholicos arbitrarentur ad quippiam de ea recte conscribendum ineptos”. Cfr. *De Principiis...*, op. cit., “Praefatio”, p. V.

789 “Quare cum P. Schmierus Ordinis S. Benedicti Monachus librum, qui hunc pertinere ridebatur, edidisset, illorum quidem in has temerarias voces erupit. “Totus literatus Mundus obstupuit, cum Catholicorum aliquis aussus est, ius naturae, et gentium, seu publicum universale edere”: quasi vero ius naturae, et gentium cum Catholicorum doctrina aperte pugnaret”. Cfr. *ibidem*.

790 “In D.D. Heterodoxorum libris de Jure Naturae, aut in aliorum collegiis frequens regnat contemptus priscorum Ecclesiae Patrum, et omnium Theologorum, et Jurisconsultorum; qui arguuntur ius naturae penitus ignorasse; cum illud ante Grotio omnino incognitum fuisse persuadere volunt. Praeterea false traducitur iam S. Augustini acumen; iam S. Hieronimy impetus; S. Chrysostomi Retorica, S. Thomas Barbaries, aliaque configuuntur et jactantia in Catholicos doctores omnes convi-

Ante el estado de la cuestión, las facultades de derecho de las universidades de los países católicos siguieron enseñando bien el derecho romano, ya bastante depurado histórica-filológicamente, ya este derecho con los comentarios de algunos juristas bajomedievales, como fueron Bartolo y Baldo.

Desing nos indica que a los católicos les costaba creer que Grocio fuera el descubridor de la razón natural y, con ella, del derecho natural, y esto gracias a un hecho milagroso.⁷⁹¹ Argumenta Finetti que si Grocio, según los protestantes, fue el instrumento de que se sirvió la Providencia divina para traer la luz de la razón al mundo, ¿por qué esperó la Providencia hasta el siglo XVII?⁷⁹² Si antes de Grocio existió tan absoluta ignorancia del derecho natural, ¿cómo es que un hombre tan valioso —según los mismos protestantes— como era Grocio cita reiteradamente (para referirse al derecho natural) a Vitoria, Soto, Molina o Suárez?⁷⁹³ Si el derecho natural es aquello que se deduce de la recta razón, o de la *sociabilitas*, o del amor, o de la *philautia*, ¿es que nadie antes de Grocio tuvo una razón recta? ¿Nadie fue socio? ¿Nadie amó a Dios o al prójimo? ¿Todos se odiaban a sí mismos?⁷⁹⁴

Vemos, pues, que los católicos se opusieron tardíamente, ya a mediados del siglo XVIII, a la pretensión inicial de la cultura ético-jurídica de aquellos protestantes, a saber: que la luz de la razón brilló por primera vez en la historia en la Edad Moderna. Y en oposición a estos protestantes, Desing escribía que “si ellos se toman la molestia de leer a dos o tres

tia”. Cfr. *Ius naturae larva...*, cit., cap. IV, thema VII. Sobre los insultos a los padres de la Iglesia, vid. Finetti, *De Principiis...*, op. cit., pp. 8 y 9.

791 “Cum aliis Grotium dicet primum inventorem Rationis naturalis, et qui per miraculum hocce ius invenitur”. Cfr. *Ius Naturae...*, op. cit., “Praefatio”, p. 6.

792 “Sed si ita res est, cur, Divina Providentia (tantiper te alloqui, et tecum conqueri licet) cur, quaeso, tot annos, et saecula passa est in rei tam necessariae ignorantiae, tenebrisque jacere? Cur haec astra tam fulgida oriri tam fero tulisti? Ergone ad haec postrema impeditissima tempora cultum rectae rationis, veramque morum doctrinam reservasti?” Cfr. Finetti, *De Principiis...*, op. cit., p. 14.

793 “Si tanta fuit, ut ipsi contendunt, apud Catholicos, praesertim ante tempora Grotii iuris naturalis ignorantia, undenam est, quod ille, vir et acerrimo ingenio, et criterio solidissimo, dum celebrem suum de iure belli ac pacis librum conscriberet, scholasticos doctores praecipuos Franciscum Victoriam, <sic> Dominicum Sotum, Molinam, Suarezium, et id generis alios evolverit, et tam multa ex his in usum transtulerit, ut indicat frequentes eorundem allegationes, quas in margine videre est?”. Cfr. Finetti, *De Principiis...*, op. cit., p. 4.

794 “Si dicunt, conferi debere cum recta ratione, aut cum socialitate, aut cum amore, aut cum studio conservandi esse. Respondeo: Ergo ante Grotium nemo habuit rectam rationem? nemo socius fuit? nemo amabit Deum ac proximum? omnes ses interenuerunt?”. Cfr. Desing, *Ius naturae larva...*, op. cit., cap. IV, thema XI, 4.

de los casuistas, o de los juristas, encontrarán todo eso que ellos mismos creen haber descubierto *ex novo*, ampliamente tratado, con muchas razones y argumentos pulcramente expuestos⁷⁹⁵. Desing se refería tanto a los teólogos católicos, Tomás de Aquino, Escoto, Vitoria, etcétera, como a los juristas del *ius commune*.

Los católicos se quejaron de los ataques contra la Iglesia católica contenidos en los libros del derecho natural. “El ánimo y la finalidad de Pufendorf —escribe Desing— tanto en sus escritos de derecho natural como en otras obras suyas, es la de presentar (*facere*) como ridícula, propia de necios, a la religión católica, mostrándola repugnante al derecho natural⁷⁹⁶. Finetti se preguntaba: ¿A qué vienen los insultos de Pufendorf a la Iglesia católica, en los que vanamente buscarás equidad y decencia? ¿En qué se fundamenta esa falacia según la cual la Iglesia católica por su propia naturaleza es opuesta al derecho natural?⁷⁹⁷ Los católicos que conocían el contenido de los tratados de derecho natural no sufrían que Pufendorf hablara de “esta doctrina pestilentísima y opuesta al derecho natural y a la sana política” para referirse a la Iglesia de Roma.⁷⁹⁸

Parte del problema residía en que los tratados de derecho natural, lejos de limitarse a exponer este nuevo modo de entender el derecho, fueron utilizados por sus autores para atacar, con fines de propaganda, a la Iglesia católica.⁷⁹⁹ Vemos que el *jus naturale et gentium* de la Edad Moderna estuvo lejos de constituir un conjunto doctrinal que sirviera de campo común de entendimiento entre las distintas confesiones. Se trató de una guerra total de los protestantes contra los católicos, en la que trataron aquéllos de mostrar toda la cultura creada desde el siglo I al XVII como insana, falsa, irracional. Por este motivo, los libros de Pufendorf y sus

795 “... *nam si vel duos tresque ex solo casuistis, et ex Juriconsultis attente legissent, omnia illa, quas a se dicunt de novo intenta esse, reperissent uberrime tractata, multas rationes et argumentationes pulcherrime stabilita*”. Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. XV, thema I, 1.

796 “*Animus ac scopus Pufendorffii in Jure Naturae scribendo et in plerique a se scriptis suis, Catholicam religionem facere ridiculam, imo stultam et Juri Naturae repugnantem*”. Cfr. *Juris naturae larva...*, op. cit., cap. XII, thema II, 1.

797 “*Quo enim spectat illibendia illa in Romanam Ecclesiam convitia, in quibus non tantum aequitatem, sed et decentiam frustra requiras? Quo illae fallaciae, quibus Religionem Catholicam (quanquam supresso nomine) iure naturae repugnare subdole insinuat?*” Cfr. *De Principiis...*, op. cit., p. 32.

798 “*Quod si crude et indigeste ita sumptam hanc doctrinam pestilentissimam et iure Naturae ac sanae politicae adversam dicit Pufendorffius...*”. Cfr. Desing, *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. XII, thema VII, 5.

799 El capítulo XII, *Themae I y II del Juris Naturae* de Desing está destinado tanto a exponer las heterodoxias como los insultos que Pufendorf dirige a la Iglesia católica.

discípulos nunca hacen mención de las obras de los católicos, a no ser para insultarlos. Finetti lamentaba que Pufendorf despreciara a todos los autores católicos y que, sin embargo, citara *ad nauseam* los escritos de los paganos, porque el mismo Pufendorf declara que rechaza a todos aquellos que son adictos a la secta católica. “¡Llama secta a la Iglesia de Dios!”, se duele Finetti.⁸⁰⁰

La finalidad de Pufendorf —escribe Desing— es la de destruir a la Iglesia católica.⁸⁰¹

Estas cosas se han planteado de tal forma, escribe este mismo autor, que es necesario suponer que Pufendorf es un grandísimo ignorante de la doctrina católica, porque él ataca temerariamente a la Iglesia católica, a la que desconoce; y si no es un ignorante, entonces es un mentiroso, culpable de no decir la verdad y de dar testimonio falso entre los jóvenes. Y no se trata sólo de mentiras groseras, sino de calumnias, ya que se trata de vencer en público a través de la mentira, constituyendo él en culpable a la parte opuesta. Por lo que todo esto que vende Pufendorf no son sino fraudes dialécticos y falacias sofisticadas.⁸⁰²

En estos autores, concluye Finetti, anida un espíritu tiránico, ya que los mismos protestantes indican —referido a su confesión— que “todo aquello que directa o indirectamente constituye una vejación de la religión, es una verdadera tiranía”⁸⁰³.

Un resumen de las quejas de los católicos nos lo ofrece Cromaziano: “Ellos continúan declamando, aún hoy, que el derecho natural y de gen-

800 “*Illud etiam cuique prudenti movere stomachum debet, quod tam elato supercilio Catholicos omnes Scriptores despiciat, ut quum Gentilium Auctorum textus ad nauseam usque congeret, omnes tamen Catholicos ab opere suo excludendos putari, eo quod ii, frigidus (sic ait) ut plurimum quaestiones paribus ratiunculis confirmari sunt contenti. Atque ita Pufendorffius arrogantia intolerabili omnes sectae (sectam vocat Ecclesiam Dei), Romanae addictos fasce collectos rejicit, et projicit*”. *Cfr. De Principiis...*, op. cit., p. 32.

801 “*Scopus Pufendorffius, evertere rem Catholicam*”. *Cfr. Juris Naturae...*, op. cit., cap. XII, thema XIII, 7.

802 “*At haec tamen omnia talia sunt, ut vel ignorantissimum rerum Catholicarum fuisse Pufendorffium necesse est; adeoque temerarie ese impenderit contra rem Catholicam incognitam, vel, si non ignorarit, mendacii et contra mentem locutionis ac falsis apud juvenes et alios dicendi testimonius sit reus. Neque rudi mendacii, sed calumniae, sive studii vincendi in publico judicio per mendacium, et partem adversam ream constituendi. Denique permulta ex his, quae vendit Pufendorffius, fraude dialectica et sophistica fallacia colorantur*”. *Cfr. Juris Naturae...*, cap. XII, thema II, 4. Las intensidades son de Desing.

803 “*Sed hoc mirandum, quod quum in illis spiritum tyrannicum agnoverit (putat enim, ut ait paullo post, 'quacunquē sive directum, sive indirectum Religionis, causa vexationem, esse veram tyrannidem*’”. *Cfr. De Principiis...*, op. cit., p. 9.

tes, la política y la economía, y todo cuanto tiene de grande la disciplina moral, fue limpiado y expurgado de las inmundicias escolásticas y casuísticas católicas por los estudios de estos héroes y de sus discípulos y por la nueva sabiduría de la Reforma”.⁸⁰⁴ Más adelante indica que “se levantaron los lamentos de los católicos, presentados como los enemigos del derecho de la razón, como los vivientes más ridículos, más injustos y más venenosos que habitan sobre la faz de la Tierra”.⁸⁰⁵

Los católicos no permanecieron en la actitud puramente defensiva de las lamentaciones. Ellos, formados en la mentalidad propia de la jurisprudencia romanística, poseían elementos de juicio para entender que el derecho natural de los protestantes, con sus ‘estados de naturaleza’, sus ‘principios únicos’ y, sobre todo, con la pretensión suprema y omniabarcante del sistema, poco tenía que ver con la idea más antigua del derecho natural. Por este motivo, Ignatius Schwarz, el primero que publicó un tratado de derecho natural que —valga la paradoja— no era ‘iusnaturalista’, indicaba que la Reforma protestante no había contribuido en nada a la causa del derecho natural, ni siquiera a renovarlo, sino que más bien, con sus principios, lo había corrompido.⁸⁰⁶ Finetti estimaba que en los tratados de derecho natural al uso no se encuentran principios firmes, ni ratiocinios sólidos, ni altura, ni siquiera cosas nuevas; más bien encuentra en ellos falta de orden y de estilo, prejuicios, mucha temeridad, y muy poca buena fe.⁸⁰⁷

Desde luego, el derecho natural de los protestantes presentaba puntos flacos que se prestaban a las críticas. Finetti insiste en que los iusnaturalistas pretendían establecer un principio supremo a partir del cual quieren desarrollar, deductivamente, todo un ‘sistema’ de derecho natural; pero el problema reside, indica este autor, en su mismo punto de partida, porque ellos ni si-

804 “... così declamarono che il diritto della Natura e delli Genti, e la Politica e la Economia, e tutta quanto è mai grande la morale disciplina fu sollevata e purgata delle immondezze scholastiche monaceli cattoliche per gli questi stessi Eroi e de' loro Discepoli, e per la nuova sapienza della Riforma”. Cfr. *Della Istoria...*, op. cit., p. 59.

805 “... si levarono i lamenti de' Cattolici, dipinti come i nemici del ragionevol diritto, e come i viventi più ridicoli, più ingiusti, e più velenosi che supergginno sulla faccia della Terra”. Cfr. *Della Istoria...*, op. cit., p. 59.

806 “*Reformatio protestantica adeo nihil contribuit ad disciplinam iuris naturae et Gentium, seu renovandum, seu illustrandum, ut eandem suis principiis potius foederavit, penitus corrumpuit. Ut adeo vana sit Buddei jactantia, qui reformationis praetensae tempora, sicut omni litteraturae, ita Juri Naturae praesertim, ac Gentium, auspiciatissime gloriatur*”. Cfr. *Institutiones...*, op. cit., p. 219.

807 “*Ego contra, neque firma principia, neque solidum ratiocinium, neque delectum sententiarum, neque sublimitatem, novitamque doctrinae in illis deprehendo; non ordine concinnum, non stylum perspicuum, non ornatum dicendi genus: video autem errores quamplures, praejudicia vanissima, multum temeritatis, bonae fidei parum*”. Cfr. *Principii...*, op. cit., Praefatio, p. V.

quiera se ponen de acuerdo sobre el principio fundamental que ha de informar sus respectivos sistemas. Grocio y Pufendorf proponen la sociabilidad como punto sistemático, Thomasius rechaza la solución de éstos y establece el eudemonismo, Wolff se muestra disconforme con todos ellos, Schmauss hace una enmienda a la totalidad del planteamiento existente hasta entonces e indica que este principio no ha de buscarse en el intelecto, sino en la voluntad, no en la recta razón, sino en el instinto natural. ¿Qué se puede juzgar, concluye Finetti, de estas doctrinas que ni siquiera concuerdan en su primer principio?⁸⁰⁸ Recuerdo al lector que el tema del *principium ático unicum, evidens et adaequatum*, del que habría que deducir todo el cuerpo del derecho natural había sido objeto de polémicas desde comienzos del siglo XVIII. Samuel Cocceius, el comentador más conocido de Grocio, se ocupó ampliamente de este tema,⁸⁰⁹ en tono bastante crítico.

Anseldo Desing, que demuestra ser buen conocedor del método del *ius commune*, se opuso a la pretensión iusnaturalista moderna de suponer o construir un derecho natural inmutable y universal, que se desarrollaría fuera de la historia. Desing, con espíritu más adecuado a la jurisprudencia, tiene a la vista no este tipo de derecho natural sino la ciencia del derecho romanista. Conectando con las explicaciones de los primeros teorizadores del *ius commune*, como fueron Hopper, Connanus, Bolognetus o Tholosanus, Desing explica que todo aquello que es ‘justo’ es concorde con el derecho natural, por lo que este derecho no se encuentra en los cielos de la especulación, sino *dentro* de los órdenes jurídicos realmente existentes. Los derechos naturales (*iura autem naturalia*), explica Desing, consisten en el mismo derecho civil, *ius civile*, por lo que no hay que buscarlo ‘antes’ del derecho positivo.⁸¹⁰ Son ese mismo derecho positivo. Y

808 “¿Dicant vero etiam, quod progressus in morali doctrina fecisse censi poterunt qui nondum primum principium, seu primam, unde caetera derivandae sunt leges, adinvenere? ¿Annon constat, tot ferme in rem hanc eorum esse sententias, quot capita? Socialitatem a Grotio propositam pro primo principio statuit Pufendorfius: hanc primo defendit, deinde impugnat Thomasius: Thomasi principio rejecto, alii proponit Wolfius: atque alii alia excogitarunt; Postremo Schmausius et Pufendorfi et Thomasi et Wolfii ceterorumque omnium, qui eum praecessere, principia impugnat, novumque systema, novamque iuris naturalis sedem adstrui, non scilicet intellectum, sed voluntatis, non rectam rationem, sed naturalem instinctum. ¿Quid itaque praesumendum est de eorum doctrina, qui nondum de primo ipso principio convenire potuerunt?”. Cfr. *De Principiis...*, op. cit., p. 14. Las intensidades son de Finetti.

809 *Vid. Tractatus Juris Gentium de Principio Juris naturalis unico, vero et adaequato*, Francofurti ad Viadrum, 1702.

810 “*Iura autem naturalia ut congruant civitati, sive ut ea in moderno statu exercendae sunt circumscripta legibus positivis, consistunt in ipso iure civili, neque adeo ante ius civile discenda sunt*”. Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. IV, thema XXII, 3.

si las leyes civiles humanas obligan en conciencia, esto se debe a que tales leyes no son sino declaraciones del derecho natural.⁸¹¹

Se presentó la necesidad de elaborar una explicación del derecho natural que, abandonando la pretensión de eternidad e inmutabilidad, presentara a 'lo justo natural' o a lo justo *naturalmente* (un juego de palabras que puede prestarse a equívocos) dependiente de lo concreto, de lo real existente, de modo que el derecho positivo fuera un factor constitutivo más de este derecho natural. Por tanto, el 'estado de naturaleza', como punto de partida de la consideración de la 'naturaleza' humana, debe ser abandonado ya que, como indica Desing, un derecho natural escrito para un estado inexistente, no sirve para nada. El derecho natural que es preciso explicar, escribe este mismo autor, ha de tener en cuenta, en lugar de estados inexistentes o imaginarios, la verdadera razón del hombre, si es que quiere constituirse en un saber *práctico*; al saber práctico se le opone el teórico o metafísico, que de nada sirve en la vida concreta de los hombres, que es asunto de *praxis* y no de *theoria*, que siempre es ociosa, es decir, destinada a contentar el intelecto, pero sin finalidad humana o moral.⁸¹²

La empresa de elaborar esta nueva explicación del derecho natural fue emprendida por Ignatius Schwarz con sus *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, publicadas en 1743, por Desing, con el *Jus naturae liberatum ac expurgatum a principiis lubricis, et multa confusione per doctores heterodoxos inducta*, publicado diez años más tarde, y Juan Francisco Finetti, con el *De Principiis Jure Naturae et Gentium*, aparecido en 1777. De este modo aparece, ya desde mediados del siglo XVIII una versión del derecho natural, expresamente opuesta a la Pufendorf, Thomasius, Gundling, etcétera, que enlaza con las grandes obras de teoría jurídica del siglo XVI, del tipo de las de Bolognetus, Hopper, Connanus, Tholosanus y, algo más tarde, de Hugo de Roy.

Esta nueva dirección no prosperó a lo largo del siglo XIX. Las cabezas habían quedado aturdidas bajo la presión de la exigencia de un orden jurídico eterno e inmutable, y cuando los católicos pretendieron hablar de

811 "Hae leges civiles humanae, modo non ad evertendum naturam aptae sint, obligant in conscientia; quia non sunt nisi declarationem iuris naturae". Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. I, thema V, 8.

812 "Juris Naturae disciplina, quae scribitam pro nullo statu existente, otiosa est. Quia non est practica... Igitur Juris Naturae disciplina pro tali statu scripta esset otiosa". Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. III, thema II. Desing insiste en la naturaleza práctica del derecho natural, frente al carácter "metafísico" que había tomado en las obras de estos iusnaturalistas.

la objetividad de la justicia, frente al relativismo ético-jurídico que conllevaba la idea del 'Estado', no echaron mano de los libros *jurisprudenciales* de la baja Edad Media, o del siglo XVI, o de estos autores de la segunda mitad del siglo XVIII, sino que idearon un nuevo Tomás de Aquino, entendido bajo la falsilla del *ius naturale immutabile* propio de la línea moderada del siglo XVIII representada por Christian Wolff, Heinecke, Darjes, Nettelbladt, etcétera. En líneas generales, éste podría ser el reproche más de fondo a hacer a las obras escolásticas que pretenden restaurar el derecho natural a lo largo del siglo XIX. Y ésta es una corriente de pensamiento que se adentra muy en el siglo XX: de hecho, aún hoy, bajo la expresión derecho natural, la mayor parte de los universitarios piensan en aquel derecho inmutable que prometió en vano Hugo Grocio.

IV. LA TEORÍA DE LA 'PERSONA JURÍDICA'

Ha llegado el momento de intentar esclarecer en alguna medida el andamiaje conceptual y teórico que hizo posible que la ciencia jurídica del siglo XIX partiera exclusivamente del hombre aislado, de la libertad que le corresponde, y diseñar todo el ordenamiento jurídico tomando como punto único de referencia la libertad general y abstracta del individuo. Este hecho lo observamos por primera vez en la historia en la pandectística alemana del siglo pasado, que pretendió en lo que se ha llamado su 'gran ilusión', traspasar desde el plano filosófico-iusnaturalista al plano jurídico-positivo la idea del individuo como 'sujeto de derecho', con todos sus atributos y predicados, especialmente con su capacidad de querer, de modo que el sistema jurídico fuera desarrollado sobre esta figura.⁸¹³

Para el estudio de este problema es necesario partir de la Edad Moderna que, como indica Orestano, llevó, cada vez en mayor medida, a entender el derecho en función del individuo, y a considerar que el universo jurídico está constituido por el conjunto de los derechos que le corresponden. De este modo, todas las posibles relaciones jurídicas pensables vinieron a resolverse en atributos o predicados del *sujeto del Derecho*⁸¹⁴ o 'persona jurídica', de modo que el ordenamiento jurídico fue identificado

813 *Vid.*, sobre este problema, a Orestano, R., "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto", en *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 132.

814 *Vid.* el interesante estudio de Guzmán, A., "La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica" (*Examen crítico*), en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1995), pp. 139-167.

la objetividad de la justicia, frente al relativismo ético-jurídico que conllevaba la idea del 'Estado', no echaron mano de los libros *jurisprudenciales* de la baja Edad Media, o del siglo XVI, o de estos autores de la segunda mitad del siglo XVIII, sino que idearon un nuevo Tomás de Aquino, entendido bajo la falsilla del *ius naturale immutabile* propio de la línea moderada del siglo XVIII representada por Christian Wolff, Heinecke, Darjes, Nettelbladt, etcétera. En líneas generales, éste podría ser el reproche más de fondo a hacer a las obras escolásticas que pretenden restaurar el derecho natural a lo largo del siglo XIX. Y ésta es una corriente de pensamiento que se adentra muy en el siglo XX: de hecho, aún hoy, bajo la expresión derecho natural, la mayor parte de los universitarios piensan en aquel derecho inmutable que prometió en vano Hugo Grocio.

IV. LA TEORÍA DE LA 'PERSONA JURÍDICA'

Ha llegado el momento de intentar esclarecer en alguna medida el andamiaje conceptual y teórico que hizo posible que la ciencia jurídica del siglo XIX partiera exclusivamente del hombre aislado, de la libertad que le corresponde, y diseñar todo el ordenamiento jurídico tomando como punto único de referencia la libertad general y abstracta del individuo. Este hecho lo observamos por primera vez en la historia en la pandectística alemana del siglo pasado, que pretendió en lo que se ha llamado su 'gran ilusión', traspasar desde el plano filosófico-iusnaturalista al plano jurídico-positivo la idea del individuo como 'sujeto de derecho', con todos sus atributos y predicados, especialmente con su capacidad de querer, de modo que el sistema jurídico fuera desarrollado sobre esta figura.⁸¹³

Para el estudio de este problema es necesario partir de la Edad Moderna que, como indica Orestano, llevó, cada vez en mayor medida, a entender el derecho en función del individuo, y a considerar que el universo jurídico está constituido por el conjunto de los derechos que le corresponden. De este modo, todas las posibles relaciones jurídicas pensables vinieron a resolverse en atributos o predicados del *sujeto del Derecho*⁸¹⁴ o 'persona jurídica', de modo que el ordenamiento jurídico fue identificado

813 *Vid.*, sobre este problema, a Orestano, R., "Diritti soggettivi e diritti senza soggetto", en *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 132.

814 *Vid.* el interesante estudio de Guzmán, A., "La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica" (*Examen crítico*), en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1995), pp. 139-167.

con el sistema de los derechos subjetivos del individuo. El centro motor de todo el sistema es el hombre, que, desde 'objeto' de las normas jurídicas asume el rango de *persona*, en el sentido nuevo que este término había adquirido en el siglo XVIII en la filosofía y, por reflejo, también en la doctrina jurídica.⁸¹⁵

En efecto, en la ciencia tradicional del derecho, desde la romana hasta el siglo XVIII, los juristas no habían tenido ningún inconveniente en considerar también jurídicamente relevantes situaciones distintas a las creadas voluntariamente por los hombres, de las que surgían derechos y obligaciones. No existía entonces un concepto unitario de 'persona' desde el que pretendieran deducir las normas jurídicas. Las cosas comenzaron a cambiar, indica Orestano, en el curso del siglo XVIII cuando, bajo el influjo ideológico del individualismo iusnaturalista, se hizo coincidir el *status hominis naturalis* y el *status hominis civilis*, esto es, la noción del hombre como dato 'natural' con la noción de 'persona' o *sujeto* como dato jurídico, sosteniéndose que todo hombre sería portador de derechos subjetivos, todos ellos reconducibles, en definitiva, a su capacidad de querer inmotivada, *arbitrium, Willkühr*.⁸¹⁶ La primera elaboración de lo que será con el tiempo el 'sistema de los derechos subjetivos' se remonta a los filósofos modernos del derecho natural, concretamente, a los de la Ilustración alemana, y este empeño representó una utopía ideológico-política que tendía deliberadamente a enfrentarse, para sustituirlo, al derecho positivo e histórico.⁸¹⁷ Sin duda alguna estamos en presencia de una de las batallas más ambiciosas que ha mantenido el pensamiento humano para afirmar al individuo mediante lo que inicialmente se llamaron sus 'derechos innatos' (*iura innata o connata, angebohrne Rechte*) y, en primer lugar, su libertad o arbitrio, fundamento y condición de cualquier otra manifestación de su personalidad en el derecho.

De esto resultó un cambio radical en la contemplación de la función del derecho objetivo que, si no era ignorado en la construcción del sistema de los 'derechos naturales', venía, en el mejor de los casos, reconduciendo al arbitrio del individuo a través de la ficción del 'contrato social'. En cualquier caso, su función se limitaba a proteger los derechos innatos de la 'persona', muy especialmente su 'potestad de querer', en la que se hizo

815 Cfr. Orestano, *Diritti soggettivi...*, op. cit., p. 117.

816 Cfr. Orestano, "'Persona' e 'persone giuridiche'", en *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, op. cit., p. 203.

817 Cfr. Orestano, *Diritti soggettivi...*, op. cit., p. 132.

consistir la esencia misma del derecho subjetivo.⁸¹⁸ Lo que entonces se llamó el 'sistema jurídico' fue articulado en torno a una figura nueva, el *subiectum iuris*, expresión que fue entendida no ya como el hecho de encontrarse sometido a una regulación jurídica, sino como el ser pensante y, sobre todo, con voluntad libre e indeterminada, portador de unas 'cualidades morales' de libre arbitrio. La noción equivalente a la de 'sujeto del Derecho' fue la de 'persona jurídica', que se introdujo en la ciencia jurídica, por primera vez, en el siglo XIX, como elemento simétrico al de persona física,⁸¹⁹ entendida en el mismo sentido que he explicado a propósito del *subiectum iuris*.

Pretendo dar algunas pinceladas que puedan servir para esclarecer los presupuestos teóricos que hicieron posible esta nueva inteligencia de la noción de 'persona', típicamente iusnaturalista-moderna y, posteriormente, decimonónica. No pretendo, obviamente, hacer una historia de la evolución doctrinal del concepto de persona en el derecho; solamente me propongo mostrar algunas facetas del periodo filosófico-jurídico inmediato en el que el entero ordenamiento jurídico pasó a ser considerado como una emanación de la libertad *abstracta* —en el sentido hegeliano del término— de los individuos.

1. La teoría iusnaturalista prekantiana

El punto de partida necesario de una ética individualista es la afirmación de la autonomía e independencia de cada individuo, y la escuela del derecho natural moderno hizo posible esta consideración del hombre recurriendo, en un primer momento, a la ficción del *status naturae*; en efecto, los iusnaturalistas calificaron a la situación real de los hombres en la sociedad, con sus inevitables desigualdades y restricciones a la libertad, como un *status adventitius*, es decir, como una situación artificial que es distinta, y se opone, al estado o constitución originaria del hombre.⁸²⁰ De esta forma, el estado 'natural' de los hombres, por oposición a los vínculos, limitaciones y constricciones sociales, no puede ser sino un estado de

818 Cfr. Orestano, *op. cit.*, p. 134.

819 Vid. Orestano, "'Persona'"..., en *op. cit.*, p. 228.

820 Esta terminología la encontramos, entre otros, en Nicolás Jerónimo Gundling, cuando escribe que "*Status ist eine Conditio sive Societas certa; darinnen der Mensch constituiret ist. Es ist aber derselbe status entweder naturalis, in quo homines a natura sua constituuntur, oder adventitius, in quo homo vivit ex pacto certo, ex contractu, ex conventionione. Advenit enim pactum*". Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorfs De officio hominis et civis*, Hamburgo, 1744. I. II, cap. 1, 2.

libertad individual en el que no debe existir, en principio, limitación alguna al arbitrio de cada sujeto. Lógicamente, la primera condición para hacer posible esta visión del hombre, es su consideración *extra societatem*, afirmando que ésta es la que verdaderamente responde a la naturaleza del hombre o a las exigencias de un método científico. Así se expresaba Alexander Gottlieb Baumgarten, que escribía que

Al considerar la condición del hombre podemos abstraer de todas las determinaciones que provienen de una sociedad concreta, o bien podemos considerarlo en ellas. En este último caso tenemos el estado social del hombre, y en el primero el estado natural, que se opone al otro... En nuestra disciplina del derecho natural, y en la Ética, entendemos por estado natural del hombre el *status* individual, tal como se observa en cada hombre singular.⁸²¹

De esta forma se cumplía la primera exigencia del individualismo moderno, es decir, tomar como único punto de partida posible, tanto en la ética como en el derecho natural, al individuo aislado.

El segundo paso que se había de dar venía ya determinado por el punto de partida expuesto; porque los 'iusnaturalistas' de la Edad Moderna entendieron que el hombre aislado, por el hecho de no estar relacionado con otros hombres, sólo depende de él mismo, puesto que su aislamiento conlleva necesariamente que él se contempla únicamente a sí mismo, sin hacer referencia a los demás. Desde la independencia surgía la autonomía. Es, por tanto, un individuo que sólo depende de sus pasiones, instintos y debilidades individuales y que, por este mismo hecho, no reconoce ninguna limitación a su arbitrio que no provenga de él mismo, es decir, de su constitución individual.

Dado que, desde el inicio de la escuela del derecho natural, el concepto de individuo, representado por el término *homo*, fue usado metódicamente para designar un arbitrio indeterminado, la naturaleza del hombre apareció, ante todo, como construida primariamente por la indeterminabilidad del arbitrio,⁸²² en la que se hizo consistir la libertad. A comienzos

821 "*In statu homini vel abstrahitur ab omnibus eius determinationibus ex peculiari societate, vel quaedam eiusmodi determinationes simul attenduntur. Posterior est status hominis socialis, prior status hominis naturalis sociali contradistinctus... In iure naturali nostro et Ethica statum naturalem intelligimus secundum 1 eumque individualem qualis in singulis hominibus deprehenditur*". Cfr. *Ius Naturae*, Halae Magdeburgicae, 1763, pars. I, 1 y 4.

822 Lord Kames realizó, en la segunda mitad del siglo XVIII, un enérgico esfuerzo para demostrar que la libertad no es lo mismo que el 'arbitrio'. En su opinión, los autores que confundieron metódicamente estas dos realidades distintas en Inglaterra fueron los calvinistas escoceses, que opu-

del siglo XVIII esta idea había sido aceptada ya incluso por los iusnaturalistas más moderados y Johannes Nicolaeus Hertius, por ejemplo, escribía que “este estado puede ser descrito como aquella condición de los hombres en los que ellos, entre sí, son iguales, y nadie está sujeto al arbitrio de otro”.⁸²³ Esta consideración de la constitución ‘natural’ del hombre traspasa toda la Ilustración y, a mediados de siglo, Baumgarten exponía esta tesis con precisión indicando que “en el estado de naturaleza nadie podía ser forzado a obedecer, esto es, nadie estaba sujeto”.⁸²⁴ A causa de esta falta de sujeción el arbitrio ajeno (única posibilidad de limitación del arbitrio que encontró la escuela del derecho natural), el estado de naturaleza fue llamado desde muy pronto un ‘estado de libertad’, *status libertatis*,⁸²⁵ la consecuencia inmediata de la libertad de todos era la igualdad, por lo que los iusnaturalistas también entendieron que el *status naturae* era un *status aequalitatis*.⁸²⁶ Esta terminología se fue imponiendo con naturalidad conforme avanzaba el siglo XVIII y la encontramos usada sin dificultades por todos los iusnaturalistas.

Me interesa destacar que esta libertad imaginada del individuo no fue considerada como algo simplemente fáctico, es decir, como una propiedad que de hecho poseyeran los sujetos, sino que la mayor parte de los componentes de la escuela del derecho natural atribuyeron a la naturaleza del individuo que ellos habían ideado un valor normativo con respecto a cualquier situación ‘civil’ en la que se encontraran los hombres. La indeterminación del arbitrio, llamada comúnmente ‘libertad’, apareció, de esta forma, como un derecho, que fue considerado como el derecho básico del hombre. Ioachim Georgius Darjes explicitaba sobre este tema, que

sieron la libertad a la necesidad, en lugar de oponerla a la coacción. Vid. *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, London, 1758, p. 165. Si Grocio confundió ambas cosas, esto se debió a que el holandés era protestante arminiano, y esta afirmación no implica ninguna falta de respeto: “*I am sensible, that the Arminian doctrine has been and is espoused by many good and pious men*”. Cfr. *op. cit.*, p. 178. Según Kames, confundieron la libertad, que implica necesidad, con la ‘*Liberty of indifference*’. Vid. el *Essay III, ‘Of Liberty and Necessity’*, especialmente pp. 144, 145 y 149.

823 “*Status hisce describi potest, conditio hominum inter se aequalium, neminisque alterius, praeterquam Dei et divinarum legem, arbitrio subjectorum...*”. Cfr. *Elementa prudentiae civilis*, Francofurti, 1703, pars. I, sectio I, III.

824 “*In statu naturali ad obedientiam non potest cogi, i.e. non esset subiectus*”. Cfr. *Ius Naturae*, *op. cit.*, pars. I, 11.

825 Cfr., por ejemplo, Gundling, N. H., *Via ad veritatem cuius pars tertia iurisprudentiam naturalem nova methodo elaboratum praesunt opinioibus aliisque ineptis vacuam sistit*, Halae Magdeburgicae, 1715, cap. III, 12-20.

826 Cfr. Heinrich Gribner, M., *Principiorum iuris prudentiam naturalibus libri IV*, Vitembergae, 1724, 5a. ed., lib. I, cap. IV, 2.

todos los hombres tenemos, según la naturaleza, los mismos derechos. La naturaleza común de todos funciona como razón suficiente de la igualdad, ya que supuesta la misma razón, es decir, la misma naturaleza, deben seguirse los mismos derechos; pero la libertad que se desprende de la igualdad de derechos —prosigue Darjes— no se detiene en una consideración absoluta del hombre, en abstracto, o en el ‘estado de naturaleza’, sino que también opera cuando consideramos a los hombres en sus estados hipotéticos o sociales.⁸²⁷

En consecuencia, el individuo es libre, ya lo consideremos en el *status naturae*, ya en la vida social. Esta libertad del individuo, genérica, que no se circunscribe a una posibilidad determinada de hacer, fue considerada como un *ius commune*, es decir, como un derecho universal que posee cada sujeto, y que consiste en el derecho de determinar nuestras acciones según nuestro arbitrio. En este sentido, Daniel Nettelbladt escribía que “*libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio*”,⁸²⁸ con lo que expresaba en pocas palabras lo que era el nervio fundamental del iusnaturalismo moderno, y esta idea quedaba rematada cuando explicaba que tal libertad *communis* era un derecho innato del hombre.⁸²⁹ Planteadas así las cosas, la libertad tiende a dilatarse, y los iusnaturalistas, llevados por su propia dinámica, mantuvieron —aún en esta fase prekantiana— que lo constitutivo del hombre en tanto que tal, esto es, lo que la naturaleza es en última instancia, no es más que la libertad del individuo. Por ello, Georg Samuel Madihn escribía en 1767 con entera sencillez que “*Die menschliche Natur ist nemlich das Wesen eines Menschen mit seiner Freiheit zu handeln*”, es decir, que la naturaleza humana consiste en la esencia del hombre, consistente en actuar con libertad.⁸³⁰ La libertad deja, pues, de ser un simple derecho más, e incluso el derecho fundamental, y pasa a ser considerada como el constitutivo esencial y determinante de la ‘naturaleza del hombre’. La indeterminación del

827 “*Homines natura eadem iura. Posita eadem ratione sufficiente idem etiam inde sequitur. Quare, cum homines eandem habeant essentiam seu naturam, quatenus absolute spectantur homines, iisdem etiam iuribus naturalis absolutis, et quatenus eadem subhypothesi considerentur, iisdem etiam iuribus naturalibus hypotheticis instructi sunt*”. Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae naturalis*, Jenae, 1764, 13. La expresión ‘*sub hypothesi*’ que aparece en este texto expresa el estado del hombre ‘hipotético’ o ‘adventicio’ en oposición al estado ‘absoluto’ que es el expresado en el ‘estado de naturaleza’. Esta es la terminología usual en buena parte de los iusnaturalistas de esta época.

828 *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, Halae Magdeburgicae, 1767, 255.

829 Cfr. *idem*, 259.

830 Cfr. el extenso párrafo 18 de sus *Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Hallae, 1767.

arbitrio ocupa el trono de todo el sistema iusnaturalista, y todo ordenamiento jurídico posible sólo puede ser pensado en la medida en que protege y hace posible esta libertad de cada persona.

Este individuo necesitaba una terminología nueva que lo designara, ya que a las realidades nuevas hay que buscarles nuevas palabras; el término elegido fue el de *Person* o *moralische Person*, con el que se destacaba la naturaleza esencialmente libre del sujeto que no quedaba suficientemente reflejada en los viejos términos de *homo*, *Mensch*, *individuum* y, mucho menos, *subiectum*. Por esto, Johann Friedrich Gildemeister escribía que “*Jeder Mensch, jede moralische Person ist von Natur frey, und erkennt also keiner Menschen gesetzgebende Gewalt*”, todo hombre, toda persona moral es libre por naturaleza, y no reconoce ningún poder legislativo en otro hombre.⁸³¹ *Person* fue, pues, el término que designaba de forma precisa al individuo independiente de los demás hombres, que es dueño de sí mismo sin reconocer ninguna sujeción legítima que no provenga de su propio consentimiento. Por expresar esta idea con palabras de Johann August Schlettwein:

Cada hombre, atendida su entera persona y sus posibilidades personales, recibidas de la naturaleza o de la ordenación de Dios, está separado y es distinto de los demás. Por esto ningún hombre puede contemplar la fuerza o las capacidades personales de otro hombre como una fuerza o unas capacidades suyas. En consecuencia ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona, en tanto que hombre, de otro; esto quiere decir que todo hombre, considerado como hombre, es por naturaleza independiente y libre de cualquier otro hombre.⁸³²

2. Los fundamentos de la libertad

La caracterización del hombre como *persona* fue el resultado de una afirmación, de una opción ideológica que careció en sus inicios, y durante bastante tiempo, de una explicación filosófica suficiente, y ésta seguía

831 *Juristische Enzyklopädie und Methodologie*, Duisburg, 1783, 4.

832 “*Ein jeder Mensch ist nach seiner ganzen Person und seinen personal Fähigkeiten durch die Natur, oder durch Anordnung Gottes, von dem andern unterschieden, und abgesondert. Daher kann kein Mensch die Menschenkraft und Personal Fähigkeiten eines andern Menschen, in wieferne sie beyde als Menschen betrachtet werden, als seine Kraft, oder als seine Personal Fähigkeiten ansehen. Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen zu disponiren. Das heisst: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig oder frey*”. Cfr. *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Giessen, 1784, 92.

siendo la situación del derecho natural a comienzos del siglo XVIII. Los autores del derecho natural moderno, para considerar únicamente al individuo como el punto de referencia de sus respectivos sistemas jurídicos, partían de las posibilidades que les ofrecía la categoría del *status naturae* que, con su exigencia de atender únicamente a los hombres considerados aisladamente, hacía posible el individualismo jurídico-político que la escuela del derecho natural afirmaba. La tarea se vio notablemente facilitada por el hecho de que el uso metódico del *status naturae* se convirtió en poco tiempo en un tópico aceptado con raras excepciones en el área europea protestante, y esto disculpó momentáneamente de la fundamentación filosófica.

Los iusnaturalistas del siglo XVIII, hasta Kant, continuaron en una situación similar a la del siglo anterior, es decir, partían de los individuos libres e iguales en el 'estado de naturaleza', y no abordaban la empresa de demostrar la licitud de este procedimiento. A ellos, como a su época, les resultaba evidente que ésta era la manera de proceder más de acuerdo con la razón; pero, aunque no exista en el derecho natural tardío prekantiano una explicación sobre este hecho mayoritariamente seguida, sí podemos observar aquí y allá, en los tratados de *Ius naturale et gentium*, o *Naturrecht*, explicaciones que aparecen intermitentemente y que tienden, desde ángulos distintos, a legitimar que la única fuente legítima del derecho es el consenso entre las libertades de los individuos. Dado que estamos ante una legitimación absoluta de la voluntad sobre cualquier otra manifestación de la razón, se tratará, en el momento más teórico del estudio, de aludir a aquellas explicaciones a través de las cuales los integrantes de la escuela iusnaturalista intentaron demostrar que la voluntad, en este caso la de cada individuo, es la potencia o facultad superior del hombre que le constituye en tal.

Johann Friedrich Rubel explicaba, en este sentido, que la fuente originaria de los actos del hombre es el *acto reflejo*; desde la reflexión surge la *ratio*, y ésta, a su vez, es completada por la *libertas*. A partir de este momento de la vivisección psicológica del actuar humano, todo depende de la libertad: la voluntad, la virtud, la felicidad,⁸³³ de modo que el hombre se configura como una voluntad, independiente de los demás, que tiende hacia su felicidad. Nicolaeus Jeronimus Gundling fue, quizá, el autor que se ocupó de explicar más extensamente el hecho de que ellos

833 Cfr. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*, Wittenberg, 1735, p. 147.

atendieran fundamentalmente a la voluntad de los hombres. Él argumentaba que una acción sólo podía ser imputable en la medida en que fuera voluntaria, libre. *Sed cur voluntaria actio imputatur?*, ¿por qué una acción libre sí es imputable? “Podemos decir que ella es imputada al sujeto porque la voluntad es el fundamento de todas las acciones no necesarias, y la mayor potencia o facultad del hombre, a través de la cual todas las demás facultades del alma deben guiarse”.⁸³⁴ Lógicamente, al afirmar esto, lo que más debe resaltar en el hombre es su libertad y, en consecuencia, la libertad o indeterminación del arbitrio es el bien jurídico supremo que reclama protección. El individuo se encuentra a solas consigo mismo, con su arbitrio libre, sin que a él pueda afectarle lo que hagan los demás, ya que, como explica Gundling, *voluntas tertii ist nicht voluntas nostra* y, en consecuencia, la voluntad de los terceros es irrelevante para determinar la moralidad de mis actos.⁸³⁵ La teoría de la *imputatio* que arranca de Thomasius jugó una función especialmente importante en el ascenso del individualismo ético-jurídico, ya que, al considerar únicamente las acciones voluntarias, que son las únicas imputables al sujeto, los tratados de ética y derecho natural se centraron exclusivamente en las acciones libres. El entramado de relaciones sociales de las que no era directamente responsable un sujeto, quedaron excluidas de su consideración.

Christoph Friedrich Schott, en una *Dissertatio* tenida lugar en Tübingen en 1759, reforzaba también la función de la voluntad en el acto humano a fin de realzar la libertad como el bien humano fundamental. Para ello entendía que la libertad es una *affectio voluntatis* a través de la cual podemos determinarnos a obrar o a no obrar, o bien, entre varios objetos, elegir uno y posponer los otros.⁸³⁶ De esta forma, atribuyendo una función decisiva a la voluntad, que siempre es individual, el hombre aparecía ante todo como una voluntad independiente de las demás, como un átomo de voluntariedad que sólo responde de sus actos ante sí mismo.

834 “*Imputationis fundamentum est, ut quis sit auctor actionis: requiritur ergo ut sit voluntaria. Sed cur voluntaria actio imputatur?... man kann wohl sagen, darum werde sie imputiret, weil voluntas fundamentum ist omnium actionum non necessariorum, und die grösste potentia vel facultas, wonach sich alle andere facultates animae richten müssen*” Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., l. I, cap. I, 18.

835 “... denn voluntas tertii ist nicht voluntas nostra... Factum tertii nobis non imputatur, quia non sumus auctores actionis nec physici, nec morales”. Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., 26 y 27.

836 “*Libertatem autem, ut dubium non sit, quid per eam intelligamus, definimus, modo in scholis nudum recepto, per affectionem voluntatis quae haec positus omnibus ad agendum requisitis potest agere vel non agere aut ex pluribus obiectis unum eligere caetera respere*”. Cfr. *Dissertatio III*, “De notione obligationis”, incluida en *Dissertationes iuris naturalis*, Erlangae, 1784, p. 92.

Esta moral subjetivista, aun cuando con ella no estemos aún en un terreno específicamente jurídico, jugó una función decisiva en la configuración de la mentalidad individualista que también alcanzó al derecho. Para comprender mejor este proceso histórico, es preciso tener en cuenta que la mayor parte de los tratados de "derecho natural" que aparecen en el siglo XVIII son, en realidad, tratados de ética y, por ello, dedican sus primeros libros o capítulos al esclarecimiento de las cuestiones más típicamente filosófico-morales. Desde conclusiones que obtienen de su especulación filosófico-moral cada autor pasa, posteriormente, al plano jurídico, que no era otro, desde Pufendorf, que el tratamiento de los pactos y contratos, ya que unas voluntades libres e independientes (conclusión obtenida en el tratado de la moral) no pueden vincularse 'externamente o jurídicamente' de otra forma que no sea prestando libremente su consentimiento. Por esto, la filosofía moral de esta época jugó una función determinante en la configuración del pensamiento jurídico de la escuela del derecho natural moderno.

Esta alusión a los fundamentos de la libertad e independencia de los individuos quedaría incompleta si no hiciera una referencia a la pretensión específicamente moderna de la igualdad entre los hombres. Efectivamente, en su empeño por desmontar la sociedad propia del Antiguo Régimen,⁸³⁷ el derecho natural moderno buscó tanto hacer posible la libertad individual como la igualdad entre los individuos, de modo que el binomio libertad-igualdad fue unido. Por otra parte, la igualdad se desprende tan inmediatamente de la igual libertad e independencia de cada individuo, fue fundamentada con tanta frecuencia en el hecho de que todos somos iguales, que el tratamiento y fundamentación de una y otra fueron inseparables. De hecho, esta escuela, desde sus inicios, partió en sus teorías de los hombres viviendo libres e iguales en el *status naturae*; la igualdad se fundamentaba en el hecho de que todos somos igualmente libres, y la li-

837 Una muestra significativa de hasta qué punto las ideas sobre igualdad y libertad se oponían a la estratificación social y política existentes, nos la proporciona D. Georgius Strube, en su *De origine nobilitatis Germaniae et praecipuis quibusdam eius iuribus*. Lugduni Batavorum, 1718, sectio I, cap. I, par. I, en donde escribe que "*Priusquam humanum genus, deserta libertate naturali, compages illas, quas civitates appellamus, efformavit, distinctio inter nobiles et plebejos procul dubio fuit incognita; quoniam enim in statu naturali homines inter se omnino sunt aequales, in illo nec nobilitas locum invenire potuit, utpote quae quibusdam prae ceteris non leves tribuit praerogativas, et ita aequalitate e diametro est adversa*". Se trata de un testimonio especialmente valioso porque Strube, al no ser un tratadista del derecho natural, sino un expositor del derecho feudal, nos muestra hasta qué punto las ideas relativas a la igualdad entre los hombres, surgidas de la escuela del derecho natural, habían penetrado entre los cultivadores de las restantes ramas del derecho.

bertad se explicó por el hecho de que, al ser todos iguales, nadie puede pretender tener derechos sobre las personas de los demás. Lógicamente, se podrían aducir muchos testimonios sobre este extremo, desde la aparición, en 1559, de las *Controversias ilustres* de Fernando Vázquez de Menchaca. Pero mejor que un farrago de citas, prefiero exponer el testimonio de Ludwig Freiherr von Holberg, que presenta la peculiaridad de que enlaza directamente los temas iusnaturalistas con la filosofía cartesiana, hecho muy poco frecuente en aquella época entre los juristas: “Porque la naturaleza humana corresponde por igual a todos los hombres, se sigue que cada cual debe ver a otro hombre como un igual... y todos debemos imprimir en nuestro ánimo lo que decía Descartes: cada uno de nosotros posee, al igual que yo, una voluntad libre, y puede usarla tan bien como yo mismo la usaría”.⁸³⁸

3. El contenido de la libertad de la persona

Immanuel Proeleus, a comienzos del siglo XVIII, explicaba que “el fundamento de la justicia reside en esto, en que a uno que ha entendido un asunto y lo ha ponderado racionalmente, se le haga justicia concediéndole lo que él exige o lo que él quiere tener. Pues Dios ha dado a cada hombre la libertad de exigir y de hacer lo que él quiera”.⁸³⁹ La justicia, según Proeleus, queda reducida a libertad y ésta, a su vez, a que cada sujeto haga “*was er will*”, lo que él quiera. Una declaración así puede sorprender al lector, porque el derecho o la justicia forzosamente han de ocuparse de metas supraindividuales, y dejar reducida la justicia a hacer posible que cada uno haga lo que quiera supone renunciar a la pretensión de constituir un orden normativo por encima de los intereses o del capricho de cada individuo. Sin embargo, estas líneas de Proeleus concuerdan perfectamente con la teoría ética dominante en el siglo XVIII que fue individualista porque partió desde el amor a sí mismo, la ‘*Philautia*’. El amor a sí mismo no

838 “*Und weil die menschliche Natur allen Menschen ohne Unterschied zugeeignet wird, so folgt daraus, dass ein jeder den andern als einen solchen ansehen muss, der ihm gleich ist... seinem Gemüthe einprägen, was Cartesius sagt: Ein jeder hat eben so wohl, als ich, seinen freyen Willen, und kann denselben eben so gut, als ich gebrauchen*”. Cfr. *Einleitung in das Natur und Völkerrechts*, Copenhagen und Leipzig, 1748, pp. 110 y 112.

839 “*Was Gerechtigkeit sey, ist von vielen weitläufig disputirt worden. Der Grund der Gerechtigkeit bestehet eigentlich darinnen, wenn einem, der die Sache wohl versteht, und vernünftig erwogen hat, das widerfäret was er verlangen oder haben will. Denn Got hat einem jeden Menschen die Freyheit gegeben zu verlangen und zu thun, was er will*”. Cfr. *Grund-Sätze des Rechts der Natur*, Leipzig, 1709, cap. II, 7.

constituyó solamente un dato más de la experiencia, como sí sucedía en Hobbes, sino que fue elevado a *principium unicum* del nuevo derecho natural, como reconocemos en el solo título del ensayo de 1770 de Federico El Grande de Prusia: *Versuch über die Eigenliebe als Moralprinzip*. Dentro de este contexto de ideas, Proeleus explicaba que “Si nos preguntamos cuál es exactamente el *principium* del derecho natural, es preciso contestar que nuestra conservación”. Este principio, explica este autor, no se opone al de la sociabilidad de Pufendorf, sino que más bien constituye el fundamento de él. Pues desde la *conservatio sui* fluye como un corolario particular que la sociedad debe ser conservada, porque ella hace posible nuestra conservación.⁸⁴⁰ Gundling, en su abundante magisterio iusnaturalista, repitió incansablemente que “dado que todos los hombres han nacido libres externamente, ellos pueden hacer lo que les agrade”.⁸⁴¹ Años más tarde, en su *Ius Naturae et Gentium*, este autor explicaba que el término ‘*placet*’ (transcrito en el título del capítulo: *Possunt facere, quod placet*) expresa el deseo de cada hombre no limitado por ninguna ley humana.⁸⁴² A todo hombre le es lícito hacer todo lo que él quiera, ya que todos los hombres poseemos razón y, desde este punto de vista, todos somos iguales.⁸⁴³

La mayor parte de los iusnaturalistas mantuvo esta opinión acerca del contenido y alcance de la libertad: en este sentido, Carolus Ferdinandus Hommel, por ejemplo, al tratar de concordar el derecho natural moderno con las declaraciones iusnaturalistas que se encuentran en el *Corpus Iuris Civilis*, no duda en mantener que el *principium* del derecho natural no es otro que la *libertas*, es decir, tener libertad para hacer todo aquello que tú quieras.⁸⁴⁴ Daniel Nettelblatt, cuya opinión ya he expuesto, se limita a

840 “Wenn nun gefragt wird, was eigentlich vor ein Principium Iuris Naturae zu seyn pflegt, so wird geantwortet, die Conservatio nostri. Es widerspricht dieses Principium dem Puffendorfsiano de socialitate nicht, sondern es ist der Grund davon. Denn aus der Conservatione sui, oder da man schuldig sey sich zu erhalten, fließet als ein particulires corollarium, societatem, esse colendam, quoniam facit ad conservationem nostram”. Cfr. *Grund-Sätze...*, op. cit., cap. III, 9.

841 “Omnes enim homines externe liberi nascuntur: possunt facere, quod placet”. Cfr. *Via ad veritatem...*, op. cit., cap. III, 15.

842 “Vocabulum placet desiderium involuit nulla lege humana limitatum”. Cfr. *Ius Naturae et Gentium*, Hallae Magdeburgicae, 1728 (2ª ed.), cap. III, XVI.

843 “Sunt enim homines liberi homines ratione praediti: quam, quia etiam hac parte aequales sunt, sequi omnes fas est”. Cfr. *Ius Naturae...*, op. cit., cap. III, XVIII.

844 “Quare, si illud iuris naturalis esse videtur, quod in omni animalium genere semper observatur, consequens sane est: facere ea quae velis, natura justum esse. Itaque iuris naturae principium, si veteres audias, fuit haud dubia LIBERTAS, sive omnia faciendi, quae velis, potestas.” Cfr. *Propositum de novo sistemate Iuris Naturae et Gentium ex sententia veterum Iurisconsultorum concinnando*, Lipsiae, 1747, p. 41.

repetir la vieja idea: "*Libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio*".⁸⁴⁵ Gundling, aproximándose más al formalismo que reclamaba el derecho natural otoñal, explicaba que la libertad existe cuando la voluntad, externamente, está libre de toda coacción.⁸⁴⁶ No añade nada nuevo con esta declaración a lo ya expuesto por la escuela, pero es interesante ver, cómo en 1744, ya está acuñado el concepto de libertad jurídica típicamente kantiano, que reduce la libertad a la ausencia de coacción externa para el arbitrio personal.

El autor que llevó más lejos la independencia y autonomía del individuo como punto sistemático de toda construcción ético-jurídica fue Johann Jacob Schmauss. Él parte, desde el inicio de su *Neues Systema*, de considerar al derecho como una libertad, o una facultad para la libertad, como era usual entonces. Pero una tarea que apenas abordaron los iusnaturalistas era la de preguntarse en dónde se fundamenta la libertad, y Schmauss precisamente afronta este tema. En efecto, normalmente los integrantes de la escuela parten, sin más, de la libertad de los individuos, porque 'naturalmente' (es decir, en el *status naturae*) el hombre 'es' libre; pero apenas nadie se atrevió a afirmar que la libertad e independencia del arbitrio constituyen la ley propia del hombre, de modo que la legalidad específicamente humana consistiría en, paradójicamente, estar libre de cualquier ley que no fuera el deseo, apetito o arbitrio del sujeto. Y esto es lo que hace Schmauss: "Es una gran prerrogativa —escribe este autor— ser uno su propia ley, es decir, vivir en la libertad natural y exclusivamente según su propia voluntad".⁸⁴⁷ El hombre se constituye a partir de su arbitrio en su propia ley, y no existe, explica este autor, ninguna realidad u orden de cosas que presente para él una normatividad; el hombre posee instintos, y podríamos entender —explica Schmauss— que tales instintos funcionan a modo de leyes para su conducta. Pero, en tal caso, el término 'ley' sería usado impropriamente, del mismo modo que Platón y otros llaman ley natural a la disposición de los elementos de la tierra y del cielo, etcétera.

Por otra parte, prosigue Schmauss, nosotros que vivimos en el estado civil, estamos acostumbrados, porque así nos lo han enseñado desde

845 *Systema...*, op. cit., p. 255.

846 "*Libertas ist, wenn der Wille extrinsece oder auswärtig von allem Zwang frey ist*". Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., l. I, cap. I, 9.

847 "*Es ist eine grössere Praerogativ, als exlex seyn, das ist, in seiner natürlichen Freyheit, und bloss nach seinem eigenen Willen zu leben*". Cfr. *Neues Systema des Rechts der Natur*, Göttingen, 1754, cap. IV, 11.

nuestra infancia, a considerar que una ley presupone un superior que dicta una orden a cuyo tenor los subordinados deben acomodar su conducta. Pero un hombre que vive sólo en su estado natural, según su libertad, no puede considerar tales cosas como leyes, como algo prescrito, aunque vayan reforzadas con penas de muerte: para él estas cosas son algo completamente ajeno y desconocido, de las que no se puede hacer una idea correcta. Ciertamente, siempre se puede considerar que estos instintos nos han sido dados por Dios, y entonces Dios aparece como el legislador; pero el hombre no considera a Dios como su legislador, sino más bien como su creador, que le ha dado una cierta naturaleza.⁸⁴⁸ En consecuencia, el individuo, en lo que hace al fundamento y límites de su libertad, permanece a solas consigo mismo, ya que la libertad surge de él, y es él el que ha de ponerle límites personalmente, normalmente mediante la aplicación a su conducta del principio de no contradicción.

4. La noción del derecho

Para esta escuela, el Derecho, o el *ius*, es ante todo libertad. Pero, ¿qué tipo de libertad? En 1686, David Mevius había denunciado la confusión, frecuente según él entre los juristas, del derecho natural con la libertad natural, aunque desgraciadamente Mevius no especifica quiénes son los que incurren en esta confusión, ni qué alcance tenía.⁸⁴⁹ Más explícito fue Thenius que, un siglo más tarde, reprocha a Pufendorf haber confundido el poder físico con la facultad moral legítima, dejando al derecho reducido a fuerza.⁸⁵⁰

848 “*Die Instintus naturales der Menschen können zwar mit Gesetzen einiger massen verglichen, auch also genennet werden. Aber wenn diss geschicht, so ist es doch allemahl nur improprie zu verstehen, eben als wie Plato und andere die gantze Einrichtung der Elementen, des Himmels, der Erde, usw. legem naturalem genennet haben. Ein lex proprie dicta und in dem Verstand, wie ihn alle Juristen nehmen, supponirt einen Regenten und Obern, der den Unterthanen Gesetze und Ordnungen vorschreit, nach welchen sie leben sollen. Weil wir nun mehrentheils heut zu Tag in statu civili und unter Regenten und Gesetze leben, so ist uns diese Idee von unserer zarten Kündheit an bekannt. Aber ein Mensch, der nur allein in seinen natürlichen Zustand und Freyheit bleibt, kan sich von einem vorgeschriebenen und mit allerley Drohungen von Leibes —und Todes— Strafen bekräftigten Gesetz, als einer gantz fremden unbekanntten, Sache, kaum eine rechte Idée machen. Wann er auch sine Instinctus als von Gott eingegeben betrachtet, wird er Gott hierin nicht als einer Gesetzgeber, sondern vielmehr als seine Schöpfer der ihm eine solche Natur anerschaffen hat, ansehen.*” Cfr. *Neues Systema...*, op. cit., cap. IV, 11.

849 “*Ex quibus et quarto constat multum inter se discrepare naturale ius et libertatem naturalem, quae et Jurisconsulti non raro confundunt*”. Cfr. *Nucleus iuris naturalis et Gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1683, *Inspectio* III 7.

850 “*Haec est illa confusio potestatis hominis physicae cum facultate morali legitima*”. Cfr.

Estos testimonios nos ayudan a centrar el objeto de nuestro estudio. Efectivamente, los iusnaturalistas que no suelen creer en la noción usual del derecho natural, es decir, un orden normativo jurídico superior a los individuos. Ellos parten de la libertad del hombre en el estado de naturaleza, y dado que los hombres y su libertad peligran en tal 'estado', la razón aconseja tomar una serie de medidas para que acabe el peligro. Por este hecho, cuando los conceptos se perfilaron, algunos iusnaturalistas no dudaron en llamar a los 'preceptos' de este derecho natural *Klugheitsregeln*, es decir, normas de prudencia o simples reglas técnicas que, en sí mismas, no comportan o conllevan ninguna obligación.⁸⁵¹ En cualquier caso, lo único que la escuela conoció y tuvo en cuenta fue la libertad —llamémosla física, de facto o moral, esto es indiferente— de los individuos. Esta libertad fue tanto punto de partida como el término de sus teorías, pues se trató de diseñar colectivamente un ordenamiento jurídico que estuviera fundamentado en la libertad de la persona. Sería un error pensar que este planteamiento sólo existió en Hobbes y en sus discípulos. Al contrario, constituye el nervio fundamental de esta escuela y se refleja ejemplarmente en la forma como concibieron al derecho, en general.

Sobre este último tema, Johannes Adam von Ickstatt había establecido, muy moderadamente, que el derecho puede significar tanto la facultad moral o legítima de hacer u omitir que le corresponde a un sujeto, como el conjunto de leyes que versan sobre un mismo objeto.⁸⁵² Ickstatt, al calificar de 'legítima' a la facultad moral bajo la que entiende el '*ius*', abre la puerta a considerar que una facultad sólo puede ser legítima cuando existe una norma superior que la legitima y en tal caso, a este ordenamiento superior a los individuos se le puede llamar 'derecho'. Sin embargo, este planteamiento moderado de Ickstatt, que es el propio de los discípulos de Wolff, no es representativo de la mentalidad dominante en la escuela del derecho natural. Al contrario, Gundling ya había establecido anteriormente que "el derecho significa *libertad*, o facultad y potencia activa, que

Quaestiones iuris naturae et gentium, 1766, p. 17. Thenius cita el 3, cap. 6 del libro I del *De iure naturae et gentium* de Pufendorf como lugar en el que se puede encontrar un ejemplo de la confusión aludida.

⁸⁵¹ Vid. por ejemplo, Madihn, G. S., *Gedanken von der wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Halle, 1767, 22.

⁸⁵² "*Iuris vocabulum in duplici praecipue significato sumitur; aut enim 1) facultatem moralem seu legitiman aliquid agendi, omittendive denotat: aut 2) complexum plurium legum circa idem aliquod obiectum versantium, et ad eandem disciplinam pertinentium innuit*". Cfr. *Elementa Iuris Gentium*, Wigeburgi, 1740, l. 1, cap. 1, 2.

Grocio explica como un atributo de la persona”.⁸⁵³ Como podemos observar, en esta descripción de Gundling no se contempla ningún ordenamiento superior que esté por encima de la libertad o potencia del individuo. Sigue fielmente los pasos de Pufendorf.

No pensemos, sin embargo, que Gundling sólo representa a los seguidores de Hobbes, porque él, ciertamente, es un discípulo del inglés. Al contrario, Gundling sólo explicaba en tono conciso y rotundo lo que, a partir de su obra, resultó más claro para la corriente iusnaturalista, a saber: que el término *derecho* expresa fundamentalmente —son palabras de Schmauss— una libertad o facultad para hacer u omitir.⁸⁵⁴ Por ello, proseguía este autor, aunque por derecho nos solemos referir también a la ley, en su acepción más fundamental y originaria designa una libertad, facultad o habilitación que le es concedida a cada criatura, racional o irracional, sin que ella tenga noción de una ley; se sigue de ello, prosigue Schmauss, que la criatura tiene ante todo la libertad, la facultad o el derecho de servirse de sus fuerzas innatas que posee de acuerdo con la naturaleza.⁸⁵⁵ Desde aquí se deducen los derechos innatos que la naturaleza ha concedido al hombre: “El primero y principal, escribe este autor, que ofrece el fundamento a todos los restantes derechos, es el de vivir de acuerdo con su voluntad libre y sus ganas, tan cómoda, alegremente o tan contento como él pueda”.⁸⁵⁶

Unos años más tarde, otro de los pilares del derecho natural tardío, Darjes, escribía algo parecido: no podemos hacer algo si no estamos dotados de una facultad para hacer; tal como nos enseña la experiencia, nosotros obramos libremente y, en consecuencia, es necesario que poseamos

853 “*Ius libertatem, seu facultatem et potentiam activam significat, Grotius adtributus personae dixit*”. Cfr. *Ius Naturae...*, op. cit., cap. I, LVIII.

854 “*Unter Wort: Recht, versteht man vornehmlich eine Freyheit oder Befügñüss etwas zu thun oder zu lassen.*” Cfr. *Neues Systema...*, op. cit., cap. I, III.

855 “*So wohl das lateinische Wort ius, das teusche Wort Recht hat hauptsächlich zweyerley Bedeutung. Es wird nemlich pro attributo personae und pro lege, genommen, wie schon in dem vorhergehenden Capitel zum voraus erinnert worden. Nach seinem allerbohrnen Ursprung bedeutet es eine Freyheit, Befügñüss oder Berechtigung. Die sie wird einer jeden vernünftigen und unvernünftigen Creatur mit seiner Natur angebohren, ohne dass ihm etwas von einem Gesetz bekannt ist... Also folgt daraus eine facultas moralis, und ist unstreitig, da die also erschaffene Creatur berechtigt seye, und die Freyheit, Befügñüss, oder das Recht habe, der gedachten angebohrnen Kräften sich zu bedienen, als die ihm eben deswegen von der Natur anerschaffen worden sind*”. Cfr. *Neues Systema...*, op. cit., cap. II, 1.

856 “*Hier folgen nun der Ordnung nach einander die vornehmsten iura connata und angebohrne von der Natur verliehene Rechte und Freyheiten der Menschen. Das erste und vornehmste, so zum Grund der meisten übrigen dienet, ist das Recht nach seiner Natur, freyen Willen und Wohlgefallen, so bequem, frolich und vergnügt, als er es nur haben kann, zu leben*”. *Neues Systema...*, op. cit., cap. II, 2.

una facultad de obrar libremente o, como otros dicen, para actuar según nuestro propio arbitrio. Esta facultad, en la medida en que se refiere a una acción, es llamada 'ius'.⁸⁵⁷ Achenwall, el autor que más directamente influyó en Kant, explicaba a su vez, muy cuidadosamente, que esta facultad moral a la que llamamos derecho no es sino la facultad física del hombre en tanto que no se opone a ninguna ley moral; en consecuencia, el derecho es la potencia física del hombre, ilimitada desde sí misma, y con el solo límite extrínseco de la ley ética; esta potencia o facultad moral, que es idéntica con el término 'ius', debe ser entendida *pro affectione personae*, es decir, como una 'cualidad de la persona'.⁸⁵⁸

Los autores que escriben al final de la Ilustración y antes de Kant perfilaron más este término. Johann August Heinrich Ulrich explicaba que a cada hombre, según su libertad natural, si no ha sido limitada, le corresponde un derecho sobre sí mismo, y sobre todo lo que es suyo, vida, cuerpo, alma, un derecho a existir y a obrar.⁸⁵⁹ Höpfner, enlazando ya con la filosofía crítica, escribía que cuando un hombre puede actuar según su gusto, con exclusión de los demás, entonces se puede hablar de 'lo suyo'. Por ello, el primer derecho del hombre, considerado absolutamente, es decir, en un 'estado absoluto', antes de limitar su libertad socialmente mediante pactos, es el derecho sobre sí mismo. Todo hombre, escribía Höpfner, está capacitado para disponer sobre las fuerzas de su alma, sobre su cuerpo y todas sus partes y fuerzas físicas según su gusto, y a excluir a los demás de esta disposición. Ésta pertenece al hombre, de modo innato. El otro derecho, proseguía este autor, es el de la libertad natural, pues todo hombre es, en este 'estado', libre, y ser libre no quiere decir otra cosa que poder disponer sobre sí mismo, sobre sus fuerzas y acciones, según su gusto. En consecuencia, no existe ninguna sumisión ni poder político en este estado.⁸⁶⁰

857 "*Fieri non potest, ut aliquid agamus, nisi facultate idem agendi instructi simus. Quare, cum experientia doceat, nos saepissime libere agere, consequens est, ut etiam facultate libere seu, ut alii dicunt, pro arbitrio proprio agendi, instructi simus. Eiusmodi facultas, quatenus determinatam quandam actionem spectat, vocatur ius (das Recht, die Befugnis)*". Cfr. *Institutiones...*, op. cit., p. 9.

858 "*Facultas homini physica, quatenus nulli legi morali adversatur, est facultas moralis et uno verbo IUS (morale) late et subiective sive pro affectione personae sumptum*". Cfr. *Ius Nature in usum auditorium*, Göttingae, 1774 (7ª ed.), pars. I, 23.

859 "*Libertate autem illi naturale, nulla sua parte adhuc inminutae, ac circumcisae, respondet ius quoddam cuiuslibet in se ipsum, et omne suum conatum, vitam, corpus, animam, ius ad existendum et operandum*". Cfr. *Initia Philosophiae iusti seu Iuris Naturae*, Jenae, 1783, 136.

860 "*Vom Seinen. Womit ein Mensch nach Gefallen, mit Ausschliessung anderer, zu verfahren befugt ist, heist das Seine. Es ist entweder ein angebohrnen, oder ein erworbenes Seine... Das erste Recht des Menschen in absoluten Zustande; das Recht des Menschen über sich selbst: Nach dem*

De esta forma, el hombre, trascendiendo su simple ser físico, se configura como ‘persona’, es decir, como una isla irreductible de libertad e independencia que puede excluir a los demás hombres de ‘lo suyo’, y que no reconoce obligaciones frente a los demás, exceptuando, claro está, la de respetar esa misma autonomía e independencia en las personas de los demás.

De esta forma, el derecho fue adquiriendo un carácter esencialmente negativo, porque lo que destaca ahora ante todo es la exigencia de abstenerse de invadir el ámbito de arbitrio de los demás. Schlettwein expresaba esta idea claramente cuando escribía que “ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona de otro, lo que quiere decir que todo hombre, en tanto que hombre es, respecto de los demás hombres, independiente o libre”.⁸⁶¹ De esta forma, el derecho natural inmediatamente prekantiano sólo exigió *omisiones*: “Todos los comportamientos de omisión —escribía Höpfner— son justos. Solamente son injustos aquellos comportamientos a través de los cuales alguien es molestado en la disposición sobre su cuerpo, alma o fuerzas”.⁸⁶² Por ello, esta libertad o independencia sólo puede limitarse desde sí misma, desde la exigencia de la igual libertad e independencia para todos:

Esta igualdad de los derechos y deberes del hombre es tan evidente —escribía Schlettwein— que ningún entendimiento sano puede dudar de ella. Porque lo que es derecho para un hombre bajo ciertas relaciones, eso debe ser también derecho para los otros bajo las mismas relaciones, y lo que un hombre está obligado a hacer o soportar en unas ciertas relaciones, a eso mismo están obligados los demás a hacer o a soportar en esas mismas relaciones. Y esta igualdad esencial de los derechos y obligaciones del hombre es la base verdadera e inmovible del comportamiento de un hombre frente a todos demás.⁸⁶³

natürlichen Zwangsrecht ist jede Handlung erlaubt, wodurch andere nicht beleidigt werden. Jeder Mensch ist also befugt, über seine Seelenkräfte seinen Leib dessen Glieder und Kräfte nach Gefallen zuschalten, und jeden andern vor jeder Disposition darüber auszuschliessen. Diese Dinge gehören also zum Seinen eines Menschen, und zwar zum angebohrnen”. Cfr. Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und Völker, 2a. ed., Giessen, 1783, pp. 37 y 38.

⁸⁶¹ “Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen zu disponiren. Das heisst: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig, oder frey”. Cfr. *Die Rechte der Menschheit...*, op. cit., p. 92.

⁸⁶² “... alle Unterlassungshandlungen aber gerecht sind. Nämlich nur die Handlungen sind ungerecht, wodurch jemand in der Disposition, über seinen Leib, Seele, Kräfte, gestört wird”. Cfr. *Naturrecht...*, op. cit., p. 44.

⁸⁶³ “Diese Gleichheit der Menschenrechte und Menschenpflichten ist in der That so evident, dass ein gesunder Menschen Verstand schlerterdings nicht daran zweifeln kann. Was dem einem

5. El fundamento de la obligación jurídica

Si el hombre es ‘persona’, es decir, una ‘esencia libre’, como gustaba de decirse en esta época, sólo puede quedar obligado jurídicamente o externamente cuando él acepta la obligación; dicho con otras palabras, es preciso, para que exista una obligación jurídica, que el sujeto la contraiga prestando su consentimiento. Por este motivo, la figura jurídica a través de la cual los hombres se obligan mediante su consentimiento, el pacto, se erigió en la única forma mediante la cual una persona podría quedar obligada en el derecho, ya que cualquier otra obligación que no se fundamentara en el consentimiento libremente prestado fue considerada, desde los inicios de la escuela del derecho natural, como antijurídica.

Sobre este tema, Johannes Georgius de Kulpis indicaba que en Grocio existen tres fuentes de obligación jurídica: la generación, que explica las relaciones paterno-filiales, el consenso y el delito.⁸⁶⁴ En realidad, estas fuentes se reducen a dos: la generación y el consenso, ya que Grocio asigna una base contractualista al derecho penal suponiendo que el delincuente ‘merece’ la pena porque él ha consentido anticipadamente en ella.⁸⁶⁵ Por este hecho, Gaspar Ziegler explicaba que el esquema de Grocio era el siguiente:

Menschen als Menschen in einer gewissen Verhältniss recht ist, das muss auch dem andern in der nämlichen Verhältniss recht seyn, und was der eine Mensch als Mensch in gewissen Verhältnissen zu thun, oder zu leisten schuldig ist, das ist auch der andere in den nämlichen Verhältnissen zu thun, oder zu leisten schuldig. Diese wesentliche Gleichheit der Menschen Rechte und Menschen Pflichten ist die wahre unveränderliche Basis des Betrages eines Menschen gegen allen seine Mitmenschen". Cfr. *Die Rechte der Menschheit...*, op. cit., 90-91.

864 “*Ius, quod in personas nobis originarie acquiratur, Grotius ex triplici fonte deducit, generatione, consensu, delicto. Ex primo est ius parentum in liberos...*”. Cfr. *Collegium Grotianum, super iure belli ac pacis*, 3ª. ed., Stuttgartiae, 1697, exercitatio, IV, 1.

865 Sobre este tema, Anselm Feuerbach escribía que “Grocio, tanto tiempo olvidado entre el polvo de las bibliotecas, pero que es tan moderno, nos parece que ha encontrado el verdadero fundamento del derecho penal mucho más correcta y claramente... que muchos de nuestros nuevos y filósofos tratadistas del derecho. En este tema —escribía Grocio— estamos próximos a la naturaleza del contrato, porque así como el que vende, aunque no exprese nada peculiar, se obliga a todas aquellas cosas que son naturales en la compraventa, del mismo modo el que comete delito se obliga a la pena por su voluntad, puesto que un crimen grave no puede dejar de ser castigado; sucede lo mismo en el caso del que directamente quiere pecar, que merece la pena porque él quiere”. Cfr. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798, p. 224.

“*Humana natura,*
Ius naturale,
Obligatio ex consensu,
Ius civile”,⁸⁶⁶

Con lo que destacaba lúcidamente, ya a finales del siglo XVII, el nervio fundamental del derecho natural moderno, a saber: que toda la teoría iusnaturalista no era sino un ropaje, bajo el rótulo tranquilizador de derecho natural, que estaba al servicio del arbitrio indeterminable de los individuos, de modo que la única fuente del *ius civile* o derecho positivo era el consenso entre tales individuos. De esta forma, el sujeto, considerado como ‘persona’, se sacudía cualquier peso heredado de la tradición, especialmente el derecho romano, y creaba autónomicamente todo el ordenamiento jurídico.

Esta naturaleza consensualista y voluntarista del derecho positivo se advierte más claramente que en Grocio, en Pufendorf. En efecto, en sus obras fundamentales, el *De iure naturae et Gentium* y en el *De Officio*, Pufendorf, una vez que ha terminado con el tratamiento puramente teórico, filosófico, de las cuestiones más generales, que le ocupan los primeros libros de cada obra, comienza directamente con el estudio de los pactos y contratos, de modo que el *ius civile* comienza, y tiene como única fuente, el pacto.⁸⁶⁷ De este modo, el tratamiento del derecho sustantivo gira siempre en torno al pacto. El Pufendorf anciano, que ha prescindido de sus explicaciones farragosas sobre los *entia moralia* (que realmente no aportaban nada a su teoría), publicó en 1694 un pequeño compendio de su doctrina, especialmente importante a mi juicio para entender e interpretar su obra anterior. En él se pregunta en qué consiste la igualdad entre los hombres, y responde que “la igualdad de libertad consiste en que antes de un hecho, o un pacto entre los hombres, nadie tiene poder sobre otro, sino que él mismo es el moderador de sus propias acciones y fuerzas”.⁸⁶⁸

⁸⁶⁶ Cfr. In Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libros, Argentorati, 4ª ed., 1706, p. 10.

⁸⁶⁷ Vid. Carpintero, F., “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho natural moderno”, en *Persona y derecho* 13 (1985), pp. 82-85.

⁸⁶⁸ “*Libertatis aequalitas in eo consistit, quod citra antegressum factum, aut pactum humanum nemo potestatis quid in alterum habeat, sed quilibet actionum et virium sit moderator*”. Cfr. *Compendium iurisprudentiae naturalis*, Frankfurt, 1694, l. III, cap. III, 2. Esta idea ya la había expresado, con este tenor, en la *Apologia Samuelis Pufendorfii*, 30, p. 50. Incluida en el *Eris scandica. Qua adversus libros de iure naturae et gentium objecta diluantur*, Frankfurt am Main, 1686.

Georges Beyer intentó en vano convencer a la escuela que el pacto, por sí solo, no genera ningún derecho u obligación, sino que precisa necesariamente de una ley anterior que sancione lo pactado,⁸⁶⁹ ya que el pacto es solamente un hecho humano más, sin valor normativo a menos que intervenga una ley superior a las partes que establezca que es obligatorio cumplir lo pactado. Pero este tipo de consideraciones se vieron ahogadas y desbordadas por la exigencia de considerar a los individuos como la única fuente del derecho, al que crean mediante pactos. En definitiva, fue Hobbes el triunfador dentro de la escuela del derecho natural. Quizá fuera más preciso decir que Hobbes fue, simplemente, el autor que explicitó con más claridad las ideas fundamentales de esta Escuela. Los otros ius-naturalistas, por falta de audacia o porque no eran plenamente conscientes de lo que estaban haciendo, no se atrevieron a exponer estas ideas con la radicalidad y rotundidad de Hobbes, pero sustancialmente tampoco se apartaron de ellas.

Tenemos, pues, unos individuos libres que pactan, y que con sus pactos crean la sociedad política y el derecho *ex novo*, sin que exista ninguna ley anterior que coarte su autonomía. Las únicas restricciones que podían afectar a su libertad habrían de provenir del ámbito de la moral, y para evitar peligros, Gundling, siguiendo los pasos de Thomasius y, en definitiva de Pufendorf, se apresuró a declarar que: “no existen ideas morales innatas. Por esto, la forma de hablar según la cual ‘las leyes están escritas en nosotros o en nuestros corazones’ no se ha de entender como si existieran en nosotros unas ideas innatas acerca de la ley natural, sino que más bien hemos de decir que nosotros somos capaces de aprender tales ideas desde la razón”.⁸⁷⁰

Este aprendizaje moral *ex ratione* a que alude Gundling no es otra cosa que el resultado de la aplicación metódica a nuestros actos del principio de no contradicción, y muy especialmente a los pactos, ya que debe ser tenido como un loco —prosigue Gundling— el que promete algo y no lo cumple, pues no existe nada más demencial que contradecirse, porque

869 “*Et a pacto, quod est consensus plurium, et nonnunquam lex vocatur nempe ratione effectus, quod non minus inde prodeat obligatio, quam immediate ex lege*”. Cfr. *Delineatio iuris divini, naturalis et positivi universalis, ad fundamenta sua revocati*, Lipsiae, 1726, cap. V, 14.

870 “*Non dantur ideas innatas in Moralibus. Daher ist die RedensArt, quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen, als ob wie ideas innatas de lege naturali hätten, sondern da wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen*”. Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., l. I, cap. 4, 12.

la contradicción pertenece *ad dementia et furorem*.⁸⁷¹ Estamos, pues, ante una razón que se da a sí misma sus propias leyes según el *mos geometricus* y que ha prescindido de la conciencia moral. Lord Kames se quejaría, en 1758, de que estos iusnaturalistas estaban pretendiendo sustituir la conciencia por la razón.⁸⁷²

La escuela repitió monótonamente que el pacto constituía la única fuente del derecho y de la justicia. Gribner, en 1724, había mantenido que el único criterio para hablar de tiranía era la violación de las leyes fundamentales por parte del gobernante ya que, al violarlas, tal gobernante procedía contra el pacto que él había concluido con la república.⁸⁷³ De esta forma, la injusticia, igual que sucedía en Hobbes, queda reducida a la violación de lo pactado. Henricus Koehler, más explícito, por radical, escribía que “las leyes civiles se originan del imperio civil sumo y, consecuentemente, del pacto entre los gobernantes y los ciudadanos sometidos. Por lo que, junto con Grocio, decimos rectamente que los pactos constituyen la fuente de la que se originan todas las obligaciones civiles”.⁸⁷⁴

Pero los pactos no constituyen solamente la fuente y medida del derecho civil, sino que tal como Koehler había explicado anteriormente, las obligaciones ‘perfectas’, esto es, coactivas, sólo pueden provenir de un pacto, de modo que todos aquellos actos que son conformes con un pacto justo, concuerdan con el derecho natural. Por el contrario, los actos de los

871 “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 nichts nährischer als wenn sich einer contradiciret; ja sich contradiciren gehöret ad dementia et furorem”. Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., I, I, cap. 9, 3.

872 “For the truth of the matter is, that the term ‘fitness’ and ‘unfitness’, in their present signification, depend entirely upon the moral sense. ‘Fitness’ and ‘unfitness’, with regard to a certain end or purpose, are qualities of action which may be gathered from experience. But ‘fitness’ or ‘unfitness’ of actions, as importing ‘right’ or ‘wrong’, as denoting what we ‘ought’ to do, or obtain from, have truly no meaning... The doctor’s error is a common one, that he endeavours to substitute reason in place of sentiment”. Cfr. *Essays...*, op. cit., pp. 71 y 72. El doctor al que se refiere es David Hume, según parece resultar del contexto. Inmediatamente después, en las pp. 72 y 73, indica que los ‘primeros principios’ de la razón práctica no son argumentables mediante razonamientos abstractos: indica que la naturaleza sería realmente muy deficiente si dejara que los derechos y deberes “in the first rank of duties” fueran alcanzados por un frío razonamiento: “to be direct by cool reasoning?”.

873 “Si Rex in limitato imperio leges fundamentales violet, conditiones, sub quibus imperium accepit, negliget, quicquid ab eo contra pactum cum republica initum suscipitur, nullum est, cives, non obligat, iniustum est”. Cfr. *Principiorum iuris...*, op. cit., I, I, cap. VIII, 4.

874 “Leges civiles oriuntur ex imperio civili summo, et consequenter ex pacto inter imperantes et cives subiectos. Unde cum Grotio pacta eiusmodi recte dicimus fontem, a quo iura civilia fluxerunt”. Cfr. *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*, Francofurti ad Moenum, 1738, 736.

paciscentes que son contrarios al contenido del pacto violan el *suum cuique* y, por ello, son contrarios al derecho natural, por lo que son injustos; y es que en la sociedad, sólo puede ser considerado como justo aquello que los socios han convenido entre sí.⁸⁷⁵ En definitiva, lo que afirma Köhler más o menos dulcoradamente es que, en la sociedad, el único derecho posible es aquel que procede del pacto, y que tales pactos constituyen, según su contenido, los criterios últimos de la justicia y de la injusticia. El derecho natural aparece aquí como algo posterior al pacto: la acción que se adecua a lo pactado es conforme con el derecho natural, y, por tanto, es justa. Por ello, la apelación al derecho natural no pasa de ser mera retórica a menos, claro está, que se entienda que todo lo pactado es conforme a este derecho, porque las obligaciones que se originan del pacto han sido constituidas libremente por los individuos. En este último caso, el derecho natural expresaría sólo la exigencia de considerar a cada individuo como un ser autónomo e independiente que únicamente queda obligado *legítimamente* (en el sentido nuevo que Pufendorf dio al término ‘legítimo’) cuando él ha prestado su consentimiento.

A los autores tardíos se les planteó el tema de justificar prácticamente aquellas obligaciones que, como las paterno-filiales, quedaban aparentemente al margen de cualquier pacto. Gundling, al considerar impropio reconducirlas a un pacto, puesto que los hijos realmente no han prestado su consentimiento a la potestad paterna, negó que el imperio paterno constituyera un verdadero *imperium*,⁸⁷⁶ y con esta declaración entendió eliminar el problema. Köhler, sin dar explicaciones, mantuvo simplemente que todas las relaciones familiares provienen de un pacto.⁸⁷⁷

Para la posteridad, una vez que se desdibujó la idea del incómodo *ius naturale* superior a la voluntad de los individuos, quedó la exigencia de la prestación libre de la propia voluntad para que pudiera existir una obliga-

875 “*Si dantur societates, quae nullo pacto nituntur, illae non sunt obligatorie in foro externo... sed omne dependere debere a cuiuslibet membri arbitrio... Obligationes igitur perfectae, et iura sociorum, qua talium, non nisi pactitia sunt... Omnia ea, quae pacto iusto conformia sunt, etiam iure naturali congruunt et consequenter iusta sunt... Actiones paciscentium, quae pacto repugnant, violant to suum cuique, et consequenter iuri naturali externo repugnant, adeoque etiam iniustae sunt... In societate iustum est, de quo inter socios conventum est”.* Cfr. *Iuris socialis...*, op. cit., 44-61.

876 “*Imperium paternum non est proprie imperium; quia, cum ad naturam aetatem perveniunt liberi, et beneficia cessans, non amplius apparet si quid amplius in eo sit hodie, id ex iure civili venisse credas”.* Cfr. *Ius Naturae...*, op. cit., cap. III, XLIX.

877 Cfr. *Iuris socialis...*, op. cit., 185, 191. Mantiene que la esclavitud se fundamenta en un pacto en el 311. En el 411 escribe que “*societas domestica obligatoria non nisi ex pacto sociorum descendit, et obligationes atque iura sociorum illius, qua talium non nisi pactitia sunt*”, y en el 443: “*Si ius naturale spectaveris, ius familiare... non nisi ex pacto eorum repetendum est*”.

ción 'legítima'. En este sentido, un autor tan influyente y moderado como Johann Stephan Pütter escribía que "ningún hombre está capacitado para imponer obligaciones a otro; al contrario, todas las obligaciones que dependan de la voluntad humana han de tener su fundamento último en contratos". Las únicas obligaciones que no dependen de la voluntad humana, según Pütter, son las paterno-filiales, y las de los vencedores-vencidos en guerra.⁸⁷⁸

A tenor de lo expuesto, aunque me he limitado a exponer botones de muestra, parece claro que la única regla sustantiva del *ius naturale* o *Naturrecht* fue la exigencia de considerar al hombre como un ser autónomo, libre e independiente, que no puede ser forzado a realizar aquello a lo que él no ha prestado su voluntad. La idea usual del derecho natural como un ordenamiento normativo superior a la voluntad de los individuos no tiene nada que ver con lo que la escuela del derecho natural moderno entendió por tal derecho. Al contrario, esta escuela utilizó la expresión derecho natural para hacer posible y consagrar la autonomía del individuo, que sólo queda obligado por su consentimiento. Obviamente, la expresión derecho natural, o escuela del derecho natural, cumplen unas funciones confun- dentes, porque al referirnos a ellas bajo este rótulo, se tiende a pensar en una realidad que nada tiene que ver con lo que históricamente fue y representó. Los iusnaturalistas modernos no fueron precisamente los defensores de una doctrina del derecho natural al estilo, por ejemplo, del que mantiene la tradición cristiana anterior a ellos. Por esto, Michael Heinrich Gribner, desde un contexto vital e histórico mucho más preciso que el nuestro, no dudaba en afirmar que Pufendorf es un seguidor de Hobbes,⁸⁷⁹ y Anselmo Desing, el católico más conocido que se opuso a la Escuela del derecho natural, junto con Schwarz y Finetti, denunciaba, ya en 1753, que en Pufendorf y su escuela no existe, en realidad, nada que se parezca al derecho natural, sino tan sólo derecho positivo, *ius civile*, creado mediante pactos.⁸⁸⁰

878 "Wenn man diejenigen Gerechtsamen ausnimmt, welche selbst nach dem Rechte der Natur theils Eltern über ihre Kinder, theils Ueberwinder über Gefangene behaupten können; so ist übrigens kein Mensch berechtigt dem andern Gesetze vorzuschreiben; sondern alle Verbindlichkeiten, die vom menschliche Willen abhängen, müssen eigentlich in Verträgen ihren letzten Grund haben". Cfr. *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie nebst etlichen Zugaben*, Göttingen, 1767, 23.

879 Cfr. *Principiorum iuris...*, op. cit., "Prolegomena", cap. IV, 6.

880 Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, Monachii, 1753, cap. XIV, thema IV, 8.

De esta forma, en lugar de un conjunto de normas intemporales extraídas de la naturaleza del hombre, quedó únicamente la persona, el individuo que autónomicamente crea la moral y el derecho, que no reconoce ninguna limitación a su libertad que no provenga de él mismo, de lo que él ha pactado o de la estructura de su razón, condicionada solamente por el principio de no contradicción. El concepto de 'person' recibió su fundamentación y sus primeros desarrollos imprescindibles en las obras anteriores a Kant, pero fue en mayor medida en la escuela kantiana donde recibió una elaboración más precisa.

6. La persona como independencia y autonomía en la escuela de Kant

La escuela del derecho natural anterior a Kant partió siempre, y tuvo, al mismo tiempo, como meta, al individuo aislado, independiente y autónomo. Se trataba, en un primer momento, de hacer legítima esta consideración del hombre para pasar, en un segundo momento, a mantener que al individuo así caracterizado le repugnaba cualquier heteronomía. Por este motivo, la *Juris naturalis disciplina* convirtió a la *Juris naturalis scientia* en el expediente para explicar cómo cada individuo puede y debe ser libre y autónomo.

Aunque la intención era clara, los resultados, sin embargo, distaban de ser satisfactorios. En efecto, no estaba suficientemente explicada o fundamentada la libertad del individuo, y, por ello, era preciso proceder a construir una doctrina que explicara claramente que el juego de la razón del hombre no puede ser sino el juego de su libertad y de aquellas reglas que, surgidas desde la libertad, tienden a fundamentarla personal y socialmente. Ésta era la empresa reservada a los kantianos. Además, era necesario también depurar la teoría iusnaturalista de muchos añadidos incoherentes, fundamentalmente de los fundamentos teonómicos y eudemonistas que aún poseía en bastantes autores de la segunda mitad del siglo XVIII. Por ello, la consecución, en la filosofía del derecho, del concepto de persona, que representa al individuo que es la encarnación viviente de la libertad, fue un logro kantiano. Veamos los hitos fundamentales de la construcción de esta teoría.

A. Libertad o necesidad

Escribía Johan Christian Gottlieb Schaumann en 1792, que todo objeto que se presenta ante nosotros como determinable, determinado o deter-

minante pertenece necesariamente bien al mundo de la naturaleza física, bien al de la libertad; si tal objeto pertenece al mundo de lo natural, se llama 'físico' (*physich*) y, si por el contrario, permanece en la esfera de la libertad, entonces debe ser entendida como 'moral' (*moralisch*). Porque la libertad es un modo de causalidad independiente de la naturaleza, que comprende bajo sí lo que no es determinado naturalmente, es decir, causalmente.⁸⁸¹ Esta es la primera declaración que encuentro, en un tratado de derecho natural, en la que se delimitan excluyentemente dos mundos: el de la causalidad-necesidad, que es el ámbito que los kantianos llamaron *Natur*, es decir, el mundo físico, externo al hombre, y el mundo propio del hombre, que no puede consistir sino en libertad. Se trató de una contraposición dialéctica, a saber: necesidad en el ámbito natural y, por oposición, libertad como única concepción posible de la actividad racional-humana.

Ésta fue la concepción del mundo y del hombre que traspasa toda la escuela kantiana, desde sus orígenes hasta su fin. Treinta años más tarde, uno de los últimos seguidores de Kant, Conrad Johann Alexander Baumbach, explicaba, en 1823, que la tesis expuesta es cierta porque la ética no tiene como objeto, al contrario que la física, la necesidad causal, sino sólo la libertad, de modo que sin libertad ningún derecho es concebible, por lo que la ética, y todo el derecho natural, tienen el mismo objeto: la libertad.⁸⁸² Esta forma de ver las cosas se impuso dominadoramente durante cierto tiempo, y hasta los adversarios de la filosofía crítica kantiana, como era el caso del Fichte maduro, participaban de ella.⁸⁸³

No existía un término medio. "El conjunto de condiciones bajo las que un hombre se encuentra constituyen su estado: éste es determinado

881 "Alles, was von uns als ein bestimmbares, bestimmtes oder zu bestimmendes Object vorgestellt wird, gehört entweder zum Gebiet des Begriffes Natur, oder zum Gebiet des Begriffes Freyheit. Was, als zu jenem gehörend, gedacht wird, heisst physisch; was unter dem Freyheitsbegriffe steht, moralisch. Natur ist der Inbegriff aller Gegenstände des (äussern und innern) Sinnes (Sinnenwelt). Freyheit ist eine von der Natur unabhängige Causalität, und begreift also das unter sich, was nicht durch Natur bestimmt wird (die freyen Entschliessungen moralischer Wesen-moralische Welt). Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht*, Halle, 1792, 106.

882 "... denn die Ethik hat nicht, wie die Physik, das Natur-Nothwendige zu ihrem Gegenstande, sondern allein das Gebiet der Freiheit im Leben... und ist daher ohne Freiheit kein Recht denkbar, so haben offenbar die Ethik und das Naturrecht ganz den selben Gegenstand." Cfr. *Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie, besonders für Deutschlands bürgerlichen Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft*. Leipzig, 1823, 6.

883 Vid. Gottlieb Fichte, J., *Die Staatslehre, oder über das Verhältniss des Urstaates zum Verunftreiche* (Vortragén gehalten im Sommer 1813), Berlín, 1920, pp. 20 y 21.

por la naturaleza, o por la libertad, es decir, por su arbitrio”.⁸⁸⁴ La naturaleza es una fuerza ciega, que se nos impone sin nuestro asentimiento, por lo que, hablando con propiedad, no podemos decir que se deriven ‘normas’ de ella, pues las fuerzas naturales producen en nosotros un ‘tener que hacer’, un *müssen*, es decir, una necesidad natural ante la que tenemos que doblegarnos, explicaba Jakob Fries. Al *müssen* se contraponen el *sollen*, es decir, la obligación específicamente humana, que brota de la libertad. Las leyes del *müssen* son leyes necesarias de la naturaleza mientras que, por el contrario, las leyes del *sollen* son las normas necesarias para la libertad de un ser racional.⁸⁸⁵

El avance de la ciencia físico-causal en los saberes humanistas había sido muy fuerte en la segunda mitad del siglo XVIII —como reconocemos en Helvetius, D’Holbach, Condorcet, Hume—, y los seguidores de la filosofía crítica de Kant quisieron buscar una esfera racional-humana sustraída al acontecer necesario de la naturaleza física. El problema radicaba en que las cosas, en tanto que fenómenos espacio-temporales, están determinadas causalmente sin ninguna excepción y, en consecuencia, pensaron que desde ellas no se puede extraer una regulación propiamente moral del comportamiento humano. Porque si han de existir comportamientos imputables, libres, y no simplemente necesarios, es preciso suponer la libertad, que no puede subsistir bajo la determinación causal; dada esta incompatibilidad entre mundo físico-causal y libertad, fue preciso suponer que la esfera de la libertad estaba fuera, por así decir, del mundo de los hechos, y que, en consecuencia, debía ser pensada desde sí misma. Por ello, la filosofía práctica determinó, en un primer momento, la naturaleza de la libertad de una forma fundamentalmente negativa: es lo que no está sujeto a la necesidad de la naturaleza.⁸⁸⁶

884 “*Der Inbegriff der Bestimmungen welche einem Menschen zukommen heisst sein Stand. Dieser ist entweder durch die Natur oder die Freyheit (d. i. Willkühr) bestimmt*”. Cfr. Heinrich Jakob, L., *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle, 1795, 185.

885 “*Jeder Person kommt ein absoluter Werth als Würde zu, sie existirt als Zweckz schlethin und ihre Würde gibt jeder Person den gleichen absoluten Werthe mit jeder andern. Dieses Gesetz wird das Sittengesetz genannt... Die Vernunft jedes Einzelnen gibt sich hin heisst das Gesetz, sie ist autonomisch, bestimmt aber zugleich ihren Willen in der Idee als einen allgemein gesetzgebenden Willen. Jede einzelne Person ist also einmal Subjekt des Gesetzes, indem sie sich selbst dem Gesetze unterwirft, dann aber auch Objekt derselben, indem ihr durch dasselbe der gleiche persönliche Werth mit jeder andern Person zugeschrieben wird. Jeder Person steht also hier unter ihrem eigenen Gesetze, indem sie es sich selbst gibt zugleich aber unter dem Gesetze jeder andern Person, mit der sie in Gemeinschaft kommt, indem sie sich selbst dem Gesetze ihrer gleichen Würde unterwirft*”. Cfr. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena, 1803, p. 5.

886 *Vid.* Deggau, H. G., *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, p. 18.

B. La identificación de la moralidad con la libertad

En un segundo momento, Kant y sus discípulos no solamente concibieron al mundo humano como constituido por la libertad, es decir, por aquella dimensión del hombre que no está sometida al acontecer causal, sino que entendieron que todo lo que se refiere a la libertad constituye exclusivamente la materia de la moral y, al revés, la moral sólo puede tener como objeto suyo y campo de sus operaciones el hacer posible, regulándola, la libertad humana. Se trató de un fenómeno doble porque, por un lado, todo lo referente a la libertad fue considerado como el cuerpo u objeto de la moral y, por otro, la moral sólo podía versar sobre la actividad libre del hombre. Por esto no puede extrañar que se llegara a una auténtica confusión entre libertad y moralidad porque, como indicaba Ludwig Heinrich Jakob, "Todo aquello que está relacionado con la libertad se llama práctico, ético o moral en el sentido más corriente de esta palabra, y los hombres son llamados, por esto, *esencias morales*".⁸⁸⁷ De esta forma, el hombre es caracterizado, ante todo, como una 'esencia libre', y esta libertad fue contemplada como el componente esencial y último de la humanidad, de modo que decir 'racional' era sinónimo de decir 'libre'. Por ello, Johann Gottlieb Fichte, que en sus primeros escritos es un discípulo más de Kant, escribía con toda naturalidad: "Yo me sitúo como racional, es decir, como libre, de modo que en este momento está en mí la representación de la libertad...".⁸⁸⁸

Wilhelm Traugott Krug, uno de los kantianos más influyentes y conocidos, explicaba esta misma idea con más precisión:

El concepto del derecho no debe ser considerado como práctico simplemente en un sentido amplio, sino también en un sentido estricto, y por ello es un concepto moral. 'Práctico', en sentido estricto, se llama a aquello que se refiere a los fines de una esencia racional, en la medida en que tales fines sean realizados a través de la libertad, o según las leyes de la libertad. Porque todo lo que se refiere a la libertad se llama moral y, así, por ejemplo, 'filosofía práctica' es lo mismo que filosofía moral.⁸⁸⁹

887 "Was mit der Freyheit verknüpft ist, heisst praktisch, moralisch in weitläufigen Sinne, und freye Wesen werden daher auch moralische Wesen genannt". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, op. cit., p. 14.

888 "Ich setze mich als vernünftig, d.h. als frei. Es ist in mir bei diesem Geschäft die Vorstellung der Freiheit". Cfr. *Grundlage des Naturrecht nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig, 1796, p. 2.

889 "Der Rechtsbegriff ist nicht bloss praktisch im weitern, sondern auch im engern Sinne; mithin ein moralischer Begriff."

Desde estos presupuestos, a Daniel Christoph Reidenitz le resultaba evidente que “Las leyes de la razón se deducen desde el concepto de la libertad; no son más que las reglas necesarias para el uso de la libertad”.⁸⁹⁰

Así pues, actividad racional o humana es lo mismo que actividad libre, por lo que el hombre fue entendido, ante todo, como una *freyes Wesen*, una esencia libre. La concepción del hombre como ‘persona’, es decir, como un ser que afirma su independencia y autonomía hasta el punto de que todo el ordenamiento moral y jurídico ha de depender del propio sujeto, sin más limitaciones que la legalidad que le impone su propia razón, recibió su espaldarazo y su consideración más extrema y depurada en la escuela kantiana. La oposición, o complementación, que las filosofías anteriores establecieron entre razón y voluntad, ha desaparecido ahora enteramente. Razón y voluntad o libertad se han confundido en beneficio de esta última, y el único reducto propio que se le concede a la razón es el de regular la libertad empírica de los hombres atendiendo al principio racional de generalización y no contradicción. Carl Christian Schmid expresaba con precisión esta exigencia cuando escribía que “La ley moral prohíbe aquel uso de la libertad que, pensado en general, se destruiría a sí mismo. La ley moral ordena el uso de la libertad que, cuando es generalizado, no sólo no se destruye a sí mismo sino que la libertad aumenta con él”.⁸⁹¹ Como podemos ver, libertad era sinónimo de moralidad en la escuela de Kant y, por ello, Tiefrunk explica que el fin de la legislación (moral o jurídica) tiene que residir en sí misma, es decir, en la libertad.⁸⁹² En consecuencia, la razón y la moral, al mismo tiempo que parten de la libertad del individuo, no pueden tener otro fin que hacer posible esta libertad individual mediante la regulación adecuada que el sujeto, o su razón, hace de la libertad. Esta afirmación es aún excesivamente general, incluso simplista, y es preciso proceder a perfilarla más.

Praktisch im engerm Sinne heisst das, was sich auf die Zwecke eines vernünftigen Wesen bezieht, wiewer sie durch Freyheit oder nach Freyheitsgesetzen realisirt werde. Alles aber, was sich auf die Freyheit bezieht heisst moralisch — z.B. praktische Philosophie = Moralphilosophie”. Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, p. 13.

⁸⁹⁰ “Die Gesetze der Vernunft leiten aus den Begriff der Freyheit. Sie sind nothwendige Regeln für den Gebrauch der Freyheit”. Cfr. *Naturrecht*, Königsberg, 1803, p. 16.

⁸⁹¹ “Das Sittengesetz untersagt schlechthin einen jeden Gebrauch der Freyheit, welcher sich als allgemeinen gedacht selbst zerstören würde. Das Sittengesetz gebietet einen solchen Gebrauch der Freyheit, welcher als allgemeine gedacht sich nicht nur nicht selbst, sondern selbst befördert”. Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*, Iena und Leipzig, 1795, p. 7.

⁸⁹² “Der Zweck der Gesetzgebung kann daher nur in ihr selbst, d.i. in der Freyheit liegen”. *Ueber Recht und Staat*, Zerbst, 1796, p. 15.

Desde estos presupuestos, a Daniel Christoph Reidenitz le resultaba evidente que “Las leyes de la razón se deducen desde el concepto de la libertad; no son más que las reglas necesarias para el uso de la libertad”.⁸⁹⁰

Así pues, actividad racional o humana es lo mismo que actividad libre, por lo que el hombre fue entendido, ante todo, como una *freyes Wesen*, una esencia libre. La concepción del hombre como ‘persona’, es decir, como un ser que afirma su independencia y autonomía hasta el punto de que todo el ordenamiento moral y jurídico ha de depender del propio sujeto, sin más limitaciones que la legalidad que le impone su propia razón, recibió su espaldarazo y su consideración más extrema y depurada en la escuela kantiana. La oposición, o complementación, que las filosofías anteriores establecieron entre razón y voluntad, ha desaparecido ahora enteramente. Razón y voluntad o libertad se han confundido en beneficio de esta última, y el único reducto propio que se le concede a la razón es el de regular la libertad empírica de los hombres atendiendo al principio racional de generalización y no contradicción. Carl Christian Schmid expresaba con precisión esta exigencia cuando escribía que “La ley moral prohíbe aquel uso de la libertad que, pensado en general, se destruiría a sí mismo. La ley moral ordena el uso de la libertad que, cuando es generalizado, no sólo no se destruye a sí mismo sino que la libertad aumenta con él”.⁸⁹¹ Como podemos ver, libertad era sinónimo de moralidad en la escuela de Kant y, por ello, Tiefrunk explica que el fin de la legislación (moral o jurídica) tiene que residir en sí misma, es decir, en la libertad.⁸⁹² En consecuencia, la razón y la moral, al mismo tiempo que parten de la libertad del individuo, no pueden tener otro fin que hacer posible esta libertad individual mediante la regulación adecuada que el sujeto, o su razón, hace de la libertad. Esta afirmación es aún excesivamente general, incluso simplista, y es preciso proceder a perfilarla más.

Praktisch im engerm Sinne heisst das, was sich auf die Zwecke eines vernünftigen Wesen bezieht, wieferne sie durch Freyheit oder nach Freyheitsgesetzen realisirt werde. Alles aber, was sich auf die Freyheit bezieht heisst moralisch—z.B. praktische Philosophie = Moralphilosophie”. Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, p. 13.

890 “Die Gesetze der Vernunft leiten aus den Begriff der Freiheit. Sie sind nothwendige Regeln für den Gebrauch der Freiheit”. Cfr. *Naturrecht*, Königsberg, 1803, p. 16.

891 “Das Sittengesetz untersagt schlechthin einen jeden Gebrauch der Freyheit, welcher sich, als allgemeinen gedacht selbst zerstören würde. Das Sittengesetz gebietet einen solchen Gebrauch der Freyheit, welcher als allgemeine gedacht sich nicht nur nicht selbst, sondern selbst befördert”. Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*, Iena und Leipzig, 1795, p. 7.

892 “Der Zweck der Gesetzgebung kann daher nur in ihr selbst, d.i. in der Freiheit liegen”. *Ueber Recht und Staat*, Zerbst, 1796, p. 15.

C. ¿Qué es libertad?

He mencionado anteriormente la rigurosa separación kantiana entre el mundo físico-causal, movido por leyes necesarias, y el mundo humano, que fue caracterizado ante todo como el ámbito de la no necesidad, es decir, de la libertad. He aludido también a que fue tan fuerte la acentuación de la libertad humana, que el ámbito de lo humano, es decir, la materia y el objeto de la razón y de la moralidad, fue entendido exclusivamente como constituido por libertad. Por este motivo, la finalidad de la actividad racional y la de la moral no pudo ser otra que el perfeccionamiento de la libertad del hombre mediante la explicación teórico-filosófica de la naturaleza de tal libertad y la determinación, en consecuencia, de la legalidad ínsita en esta misma libertad. Pero he de advertir que, dado el carácter casi mesiánico de apóstoles de la libertad que los kantianos se arrogaron, el esfuerzo colectivo de esta filosofía estuvo orientado no tanto a señalar los límites de la libertad individual como a pregonarla, estableciendo las condiciones especulativas y abstractas que la hacían posible.

Sin embargo, es preciso proceder a hacer algunas aclaraciones antes de proseguir explicando el avance histórico del individuo libre e independiente como centro y final de toda filosofía jurídica. En efecto, la tarea más inmediata ahora es la de explicar qué entendió la filosofía kantiana por 'libertad'. Es conveniente proceder a esta digresión por varios motivos; en primer lugar, porque algunos estudiosos de Kant aluden a una, de hecho, misteriosa 'libertad trascendental' a la que el mismo Kant se refiere en algunas ocasiones, y este concepto, insuficientemente explicado, puede aparecer incluso como corrector de la libertad individual-fenomenica, lo que quizá no acaba de ser correcto. Y en segundo lugar, es útil estudiar lo que los epígonos de Kant entendieron bajo el término 'libertad', porque el análisis del contenido de este concepto nos ayudará a comprender más a fondo la naturaleza individualista de la 'libertad' en que consiste el mundo humano.

Un punto de partida para emprender esta explicación puede ser la pretensión que expresa una contundente declaración de Tiefrunk, a tenor de la cual un concepto es práctico, esto es, moral, referido a la libertad, si la existencia de aquello que es expresado en él depende de él, si él es la causa de la realidad o de la existencia de lo que en él es pensado.⁸⁹³ Tie-

893 "Ein Begriff ist praktisch, wenn das Daseyn seines Objekts von ihm abhängt, wenn er die Ursache der Wirklichkeit dessen ist, was in ihm gedacht wird". Cfr. Ueber Recht..., op. cit., p. 3.

frunk apunta, con esta idea de cierto sabor constructivista, a lo que constituye el postulado central de la filosofía moral kantiana, a saber: que el individuo constituya en el mundo moral, la causa única de sus acciones; esto, expuesto así, es demasiado impreciso y es necesario explicarlo con más detenimiento.

En efecto, Theodor Schmalz indicaba que la libertad no es otra cosa que la facultad de obrar con independencia de todo lo que es externo a nosotros, es decir, del mundo físico y de sus determinaciones causales, de modo que nosotros mismos seamos la primera causa operativa de nuestras acciones.⁸⁹⁴ La contraposición radical entre mundo físico y mundo moral exigía que todo lo concerniente a este último ámbito, a la libertad, se viera incondicionalmente libre de cualquier afección o contaminación que pudiera provenir de la necesidad física, y el camino que encontró la escuela kantiana fue el de exigir, en un primer momento, que la causa única de la decisión que toma cada individuo, a propósito de no importa qué problema, provenga exclusivamente de la radicalmente libre voluntad de ese individuo, de modo que él no se vea condicionado por las incitaciones que provienen del 'mundo externo', es decir, de lo que está dominado por la necesidad. En este sentido Jakob explicaba que:

una esencia se llama libre (en sentido moral) en la medida en que tiene una voluntad libre, y la libertad de la voluntad es la capacidad de elegir independientemente de las incitaciones externas, la capacidad de ser uno mismo el fundamento determinante de sus acciones, de modo que él elija entre las diversas representaciones. La libertad es, en consecuencia, una forma peculiar de causalidad, concretamente, aquella forma de causalidad que hace que no dependamos de nadie.⁸⁹⁵

Como podemos observar, la libertad kantiana, que sigue los carriles de la escuela del derecho natural moderno, se presenta ante todo con un sesgo negativo, porque lo que la constituye en un primer momento es la

894 "Denn was verstehen wir anders unter Freyheit als das Vermögen unabhängig von allem ausser uns, die erste wirkende Ursache unseren Handlungen selbst zu seyn". Cfr. *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur- und natürliche Staatsrecht*, Königsberg, 1798, p. 2.

895 "Ein Wesen heisst aber frey (in moralischen Sinne) in wie fern es einen freyen Willen hat, und die Freyheit des Willens ist das Vermögen sich unabhängig von allen äussern Antrieben, die Bestimmungsgründe seiner Handlungen, unter den verschiedenen Vorstellungen selbst zu wählen. Die Freyheit ist also einen eigenthümliche Art von Ursache, nemlich eine solche, die von keiner andern abhängt". Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, op. cit., p. 13.

negación de cualquier relación o dependencia con el mundo externo. De esta forma, la libertad no crea tanto un camino a seguir sino más bien una serie de exclusiones que en el plano jurídico se concretan, ante todo, en la exclusión de la dependencia de la voluntad de 'otra' persona: en la coronación de la modernidad, los demás son, ante todo, "los otros", lo absolutamente ajeno. En una primera aproximación, podemos decir que es 'libre' aquel individuo que es perfectamente independiente frente a lo que no es él.

Pero ser independiente frente a los demás no se limitaba, en la corriente kantiana, al simple no depender *de facto* de otra persona. Efectivamente, las exigencias de la libertad se dilatan mucho más ampliamente, y lo que estos autores requieren, como condición necesaria a su noción de libertad jurídica, es la autonomía del sujeto, la *Selbstbestimmung*, es decir, la capacidad de darse el sujeto a sí mismo las normas que pueden ser 'obligatorias'. Por ello, Schaumann, cuatro años antes de que apareciera la *Rechtslehre* de Kant, escribía que es libre una acción cuando la primera causa de ella se encuentra en la autodeterminación (*Selbstbestimmung*) del sujeto⁸⁹⁶ y, en este mismo año Johann Heinrich Abicht proporcionaba una explicación mucho más elaborada:

La voluntad humana, o una persona, solamente puede obligarse a través de sí misma... obligación es el forzamiento de la voluntad a un determinado comportamiento a través de un determinado tipo de motivos... Dado que se trata de personas, y la fuerza de su voluntad en todos sus comportamientos está vinculada exclusivamente a sus propias leyes o a sus fines o bienes personales, lo representado en estas leyes y los fines personales traídos a la conciencia, constituyen exclusivamente los motivos suficientes del forzamiento de la voluntad. No nos referimos a aquellos fines y bienes que comienzan y acaban fuera de la propia persona; en consecuencia, la voluntad humana solamente puede obligarse a través de sí misma. Es iluminador que este carácter de la Humanidad, el de la autonomía, sea una misma cosa con su carácter de libertad.⁸⁹⁷

896 "... *frey heisst eine Handlung, deren erste Ursache in der Selbstbestimmung des Subjekts liegt...*" Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 118.

897 "*Der menschliche Wille, oder eine Person kan sich nur sich selbst verpflichtet, und sie soll auch nur durch sich selbst verpflichtet werden... Verpflichtung ist die Nöthigung des Willens zum bestimmten Handeln durch eine gewisse Art bewusster Gründe... Nun ist aber eine Persohn und ihre Willenskraft in allen ihrem Handeln blos an ihre eignen Geseze, oder ihre persönlichen Güter und Zwecke gebunden; diese in ihren Gesezen vorgestellten und zum Bewusstsein gebrauchten eignen persönlichen Zwecke sind ausschliessend die bewussten Nöthigungsgründe ihres Willens: nicht aber vorgestellte Zwecke und Güter, die und in so fern sie sich der menschliche Wille nur durch sich selbst*

Dicho más resumidamente, una 'persona' en el sentido iusnaturalista-kantiano de esta palabra, solamente puede resultar obligada a alcanzar aquellos fines que ella personalmente se proponga, con absoluta exclusión de todo aquello que no sea estrictamente personal. Este último rasgo lo destaca Kohlschütter cuando escribe que "la razón pura práctica es la facultad de una esencia de darse leyes para su comportamiento independientemente de todo aquello que existe fuera de ella".⁸⁹⁸

Eran, pues, unas exigencias que constituían a cada individuo en el centro y pináculo de la vida moral. Es bien sabido que la ética kantiana exige, entre otras cosas, que cada sujeto reconozca o acepte personalmente como obligatoria aquella conducta que se le presente como deber moral, ya que si no es así, esto es, si falta el convencimiento personal de la necesidad moral de la acción que se realiza, existirá únicamente un comportamiento externo que carecerá en absoluto de valor moral para el sujeto que lo realiza. Kant sólo conoció un único fundamento de cualquier obligación posible, la autoobligación que se produce cuando un individuo se plantea personalmente una conducta como obligatoria siguiendo una cierta regla, el imperativo categórico o principio de no contradicción. Planteado así el problema, el peso de cualquier deber recae sobre cada sujeto, que se constituye, de esta forma, en el centro de la vida moral, de modo que toda obligación ha de ser necesariamente una *Selbstverpflichtung*, una obligación que cada sujeto crea por sí mismo y para sí mismo siguiendo la regla de la no contradicción. Entonces el sujeto es una 'persona', porque es perfectamente autónómico, ya que no depende más que de sí mismo.

Esta doctrina llevaba hacia una ética centrada en cada individuo, pero el verdadero problema comienza cuando consideramos que ésta es una doctrina común a la moral y al derecho y, de hecho, las consideraciones anteriores están extraídas de tratados de *Naturrecht*, no de libros de moral. Es decir, también ante el derecho, lo único que tiene relevancia es la 'persona', es decir, el individuo que es libre porque es autónomo. Esto plantea varios problemas serios. Como no podemos entrar en su estudio,

verpflichten... Es ist einleuchtend, dass dieser Character der Menschheit nämlich, dass keiner Persohn keine Pflichten von einer andern Persohn vorgeschrieben und aufgegeben werden können...". Cfr. *Neues System aus der Menschheit entwickelten Naturrecht*, Bayreuth, 1792, p. 23.

⁸⁹⁸ "Die reine praktische Vernunft ist das Vermögen eines Wesens, unabhängig von allem, was ausser ihm ist und vorgeht, sich selbst Gesetze für seine Handlung zu geben". Cfr. *Vorlesungen über den Begriff der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1798, p. 20.

ahora quisiera centrarme solamente en uno, a saber: que el universo jurídico kantiano está compuesto de personas que son libres porque son independientes, ya que cada una lleva en sí misma la causa suficiente de su actuación. La independencia mutua del arbitrio, fomentada por la exigencia kantiana de considerar a cada 'persona' como un fin en sí misma (*Selbstzweck*) que nunca puede ser puesta al servicio de los fines de otra persona, es, de esta forma, el suelo desde el que debe crecer la metafísica del derecho.

Al llegar a este punto, debemos tener en cuenta que Kant distinguió entre el hombre de carne y hueso, real, al que le llama 'hombre fenoménico', al que le corresponde una libertad de hecho, empírica, de modo que él puede legislar sobre su propia vida, pero siempre tiene la posibilidad de legislar mal, inmoralmente —y el hombre ideal o 'nouménico', que encarna la razón pura, que tiene en sus manos la 'libertad trascendental', que sería algo así como una normatividad superior, objetivamente vinculante. Al filo de esta distinción entre hombre fenoménico-libertad empírica, y hombre nouménico-libertad trascendental, parecía que la ética kantiana no es tan subjetivista como he expuesto anteriormente, ya que en ella existe un orden de normas, provenientes de la libertad trascendental, objetivo y superior a la voluntad de cada sujeto concreto.

Kant dedicó mucho esfuerzo en su *Crítica de la razón pura* para mostrar qué era la libertad trascendental que hacía posible la moral. La verdad es que el tratado de Immanuel Kant es confuso, porque presenta varios entendimientos para un mismo lector, y quizá por este hecho, sus discípulos eluden el tratamiento de la libertad *trascendental*. A este respecto, Tiefrunk explicaba que el derecho expresa una regla de las relaciones entre la razón y la voluntad; esta voluntad es empírica en la medida en que es movida por móviles 'sensibles', y es trascendental y pura cuando es independiente de la determinación de los motivos que provienen del mundo empírico.⁸⁹⁹ Lo mismo escribía Karl Heinrich Gros:

Las leyes de la razón práctica no son posibles de otra forma que bajo el presupuesto de que una voluntad que es capaz de determinarse solamente mediante la razón, independientemente de otros motivos. Esta peculiaridad

899 "Das Recht drückt eine Regel des Verhältnisses der Vernunft zum Willen aus. Dieser Wille ist empirisch, in wie fern er durch sinnliche Neigungen afficirt wird, er ist transcendental und rein, in wie fern er von der Nöthwendigkeit der Bestimmung durch empirische Gründe unabhängig ist". Cfr. *Ueber Recht...*, op. cit., p. 26.

de la voluntad, que no es conocida, sino postulada, se llama *libertad trascendental o libertad de la voluntad*.⁹⁰⁰

G. L. Reiner, el mejor expositor coetáneo de la filosofía jurídica de Kant, escribía sobre este tema que:

el concepto trascendental de libertad demuestra su realidad solamente en los usos prácticos, a través de principios prácticos que, en tanto que leyes, hacen posible en nosotros una causalidad de la razón pura y una voluntad que es independiente de todas las condiciones empíricas, en la que tienen su origen los conceptos y leyes morales.⁹⁰¹

Schmalz, el primero que publicó un tratado de filosofía jurídica, digno de este nombre, según los principios de la filosofía crítica kantiana, explicaba que: “Esta independencia suya, es decir, esta facultad <de la razón> de ser la primera causa de sus acciones, es la libertad, en el más elevado sentido de esta palabra”.⁹⁰² Como podemos comprobar a tenor de estos testimonios, el adjetivo ‘trascendental’ añadido al término libertad, sólo indica que el hombre es capaz de darse a sí mismo sus propias leyes racionales, al margen de aquello a lo que se siente inclinado por los apetitos empíricos. En consecuencia, la libertad trascendental no expresa *prima facie* un orden de normas, principios o reglas que se impusieran heterónomamente a los individuos empíricos.

¿En qué consiste, entonces, la libertad según la doctrina kantiana? Klein indicaba, sobre este tema, que “el arbitrio, en el sentido amplio de la palabra, es una facultad para actuar según las leyes del mundo inteligible (*Geisterwelt*)”.⁹⁰³ Parece indicar que la libertad del individuo está or-

900 “Gesetze der praktischen Vernunft sind nicht anders möglich, als unter Voraussetzung eines Willens, welche fähig ist, sich blos durch Vernunft, unabhängig von allem andern Gründen, zu bestimmen. Diese Eigenschaft des Willens, welche nicht erkannt, sondern nur postuliert wird, heisst transcendente Freyheit oder Freyheit des Willens (im metaphysischen Sinne)”. Cfr. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, Tübingen, 1802, p. 13. Los subrayados son de Gros.

901 “Der transcendente Begriff der Freyheit beweiset seine Realität nur im praktischen Gebrauche, durch praktische Grundsätze, die, als Gesetze, eine Kausalität der reinen Vernunft, und einen reinen, voll allen empirischen Bedingungen unabhängigen Willen in uns darthun, in welchen die sittlichen Begriffe und Gesetze ihrem Ursprung haben”. Cfr. *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut und Ausburg, 1801, p. 13.

902 “Diese seine Unabhängigkeit, also dieses sein Vermögen, die erste Ursache seiner Handlungen zu seyn, ist die Freyheit, im höchsten Sinn dieses Worts”. Cfr. *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1795, p. 6.

903 “Die Willkühr in weitem Sinne ist ein Vermögen, nach dem Gesetzen der Geisterwelt zu wirken”. Cfr. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, 1797, 13.

denada o normada por una normatividad superior a él. Pero como esta interpretación no encaja en la inteligencia usual del sistema kantiano, poco más adelante explica que “voluntaria o arbitraria en sentido estricto es aquella acción que hacemos porque queremos, que se opone a la acción a la que nos fuerzan (*actio invita*)”.⁹⁰⁴ El arbitrio es, pues, la facultad de hacer lo que cada cual quiera, al que se opone la forma de actuar no libre, esto es, aquella que se produce cuando alguien nos fuerza a hacer lo que no queremos. J. C. C. Rüdiger explicaba esto mismo más extensamente:

Un rasgo peculiar de la Humanidad es la consciencia, el conocimiento distinto de la representación de las cosas y de sus relaciones, el entendimiento o razón, y la capacidad de determinarse por sí mismo a hacer u omitir. Esto último se llama la voluntad, la libertad o el arbitrio (*arbitrium*), y él solamente da al hombre la facultad para actuar moralmente.⁹⁰⁵

La libertad o arbitrio es, pues, la facultad de cada individuo para determinarse a hacer o no hacer, a hacer esto o lo otro, lo que en castellano se designa bajo el nombre de ‘arbitrio’. Pero la libertad en el sentido kantiano parece tender también a designar aquella capacidad racional, y por ello objetiva, que posee cada sujeto para darse las normas vinculantes. Se apuntaron, pues, dos significados distintos de este término.

No es de extrañar que haya habido dudas sobre el significado de este término en Kant. Reinhold, contemporáneo suyo, le reprochaba al de Königsberg, que los conceptos fundamentales que él usa, *Begehrungs-vermögen*, *Wille*, *Willkür*, *Freiheit*, son incomprensibles e inmantenibles (*unverständlich, unhaltbar*).⁹⁰⁶

D. Libertad y derecho

Si el hombre es entendido en función de la libertad, como un ente o sustancia libre que sólo exige al universo el respeto de su libertad, parece obvio que sus derechos solamente pueden ser planteados como una exi-

904 “*Willig oder willkürlich im weitern Sinne ist eine Handlung, wenn sie mit Lust gewirkt wird, und sie wird in diesem der ungeru unternommenen (actio invita) entgegengesetzt*”. Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., p. 18.

905 “*Aber eigenthümlicher Vorzug der Menschheit ist das Bewusstseyn, die deutliche Erkenntnis der Vorstellung der Dinge, oder Verstand, ihres Zusammenhanges oder Vernunft, und das Vermögen sich darnach selbst zu Thun oder Lassen zu bestimmen. Dieses heisst der Wille, die Freyheit oder Willkühr (arbitrium) und giebt den Menschen allein die Fähigkeit zu sittlichen Handlungen.*” Cfr. *Lehrbegriff der Vernunftrechts und Gesetzgebung*, Halle, 1798, p. 60.

906 Cfr. Reinhold, C. L., *Briefe über Kantische Philosophie*, vol. 11, Leipzig, 1792, p. 310.

gencia genérica de respeto a su arbitrio. Por esto, ya Abicht, en los inicios de la era kantiana, mantenía que: “un derecho es un fundamento justificador de la voluntad para un determinado tipo de acciones u omisiones: *Ratio, quae dat facultatem agendi...* Pues los verdaderos derechos de una persona no pueden ser otra cosa que derechos de libertad... en consecuencia, para una persona no existen otros derechos verdaderos que derechos de libertad”.⁹⁰⁷

La filosofía crítica redujo todos los bienes protegidos por el derecho al bien único de la libertad, y por ello Hufeland explicaba que quien arrebatara los bienes de un hombre limita la libertad o personalidad de éste,⁹⁰⁸ y por ello este comportamiento es antijurídico. Esta mentalidad alcanzó pronto, gracias a la hegemonía de la filosofía kantiana en Centroeuropa, a todo tipo de ámbitos culturales, incluso fuera de la universidad, y J. P. A. Leisler, que no pretendía sino vulgarizar y hacer asequibles a todos el *Naturrecht* kantiano, escribía que “los derechos del hombre se dejan reconducir todos a un derecho general, a saber: el derecho de libertad social... Pues desde este derecho se deducen todos los otros derechos del hombre”.⁹⁰⁹

Gros matizó más que los autores anteriores y estableció que el derecho podía ser entendido: a) como cualidad de una persona, y entonces consiste en la facultad de exteriorizar su arbitrio sin oponerse a la libertad legal de las otras personas; b) como cualidad de una acción, es decir, la compatibilidad del uso propio de la libertad con la libertad legal general y, finalmente, como un conjunto de leyes, a saber: como el conjunto de aquellas condiciones bajo las que es posible una libertad general externa.⁹¹⁰ Karl

907 “... ein Recht ist ein Berechtigungsgrund des Willens zu einer bestimmten Art von Handlungen oder Unterlassungen (*ratio, quae dat facultatem agendi*)... Grundsatz 2: Die wahren Rechte oder Bestimmungsgründe einer Person können keine andern seyn, als Rechte der Freyheit... Berechtigende Handlungsgründe heissen aber Rechte; folglich kan es für eine Person keine andern wahren Rechte geben, als Rechte der Freyheit.” Cfr. *Neues System...*, op. cit., p. 31.

908 *Wer die Güter eines Menschen nimmt, schränkt seine Freyheit oder Persöhnlichkeit ein; und so lange er fortfährt dem andern Güter vorzuenthalten; so lange fährt er auch fort, seine Freyheit oder Persöhnlichkeit einzuschränken, oder ihm Rechte zu rauben...* Cfr. *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*, Jena, 1795, p. 112.

909 “Die Rechte des Menschen nach dem absoluten Naturrechte, lassen sich füglich unter einem allgemeinen Rechte begreifen, nämlich unter dem Rechte auf gesellschaftliche Freiheit... Vom diesem Rechte lassen andere alle Rechte des Menschen sich ableiten”. Cfr. *Populäres Naturrecht*, Frankfurt am Main, 1799, p. 32.

910 “Das Recht (*ius*) ist demnach:

1) als *Qualität* eine Person: das *Vermögen* (*Facultas*), seine *Willkühr* zu aussern, ohne der gesetzlichen *Freyheit* andrer entgegen zu handeln; oder: das durch das Gesetz der allgemeine äussere *Freyheit* bestimmte *Vermögen* zu handeln.

Salomo Zacharia concretó más el pensamiento kantiano y dejó establecido que “un derecho externo, o un derecho en el sentido estricto del término, es la posibilidad, fundamentada en la pura existencia de la libertad, de rechazar la violencia con la violencia”,⁹¹¹ con lo que resaltó unilateralmente una sola de las facetas del problema.

En consecuencia, parecen tender a considerar que tanto el derecho como la ciencia jurídica no pueden ser sino desmenuzamiento de la libertad del individuo. En este sentido, Karl Heinrich Heydenreich ya había establecido que “el derecho natural es el tratado sobre la determinación de la propia conciencia de cada hombre por la libertad externa y de la identidad de esta conciencia en todos los demás”,⁹¹² y Gros, más sencillamente, había entendido que “la ciencia de aquello que es determinado por la razón práctica como legislación de la libertad externa se llama *Rechtslehre* o ciencia filosófica del Derecho”.⁹¹³ Schmalz acababa de completar esta idea, en 1807, escribiendo que “dado que la ciencia jurídica es la ciencia de la libertad externa, el derecho natural no puede ser otra cosa que el análisis del concepto de la libertad externa... el derecho natural sólo puede avanzar en el estrecho margen del análisis del concepto de libertad externa”.⁹¹⁴

Por tanto, el derecho, que forzosamente ha de implicar una regulación objetiva y suprapersonal de las conductas, no puede consistir en otra cosa que en la armonización de las libertades de todos a fin de que cada cual posea la mayor cantidad posible de libertad. En este sentido, Franz von Zeiller explicaba tardíamente, en 1815, que “un uso lingüístico general-

2) Als Qualität einer Handlung: die vereinbarkeit des eignen Freyheitsgebrauchs mit der allgemeinen gesetzlichen Freyheit.

3) Als ein Ganzen von Gesetzen: der Inbegriff derjenige Bedingungen, unter welchen allgemeine äussere Freyheit möglich ist. Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 30.

911 “Ein äusseres Recht, oder ein Recht in der engern Bedeutung ist daher die durch das blose Daseyn der Freyheit begründete moralische Möglichkeit, Zwang mit Zwang zu vertreiben”. Cfr. *Anfangsgründe der philosophischen Privatrechtes. Nebst eine Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*, Leipzig, 1804, p. 3.

912 “Das Naturrecht ist der Commentar über das jedem Menschen eigene Bewusstseyn seiner Bestimmung für äussern Freyheit, und der Identität dieses Bewusstseyn in allen Mitwesen”. Cfr. *Metapolitische Prolegomena für das natürliche Staatsrecht*, Leipzig, 1795, p. 32.

913 “Die Wissenschaft dessen, was durch die praktische Vernunft als Gesetzgebung der äussern Freyheit bestimmt ist, heisst Rechtslehre, philosophische Rechtswissenschaft”. Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 43.

914 “Da Jurisscienz die Wissenschaft der äusserer Freyheit ist: so kann das reine Naturrecht nicht seyn, als eine Analyse des Begriffs eine äusser Freyheit einer zugleich vernünftigen und zugleich sinnlichen Wesens... das Naturrecht kann so nun in der engern Bahn seiner Analyse des Begriffs äusserer Freyheit fortschreiten”. Cfr. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, 1807, p. 11.

mente aprobado indica que el derecho es un determinado tipo del uso de la libertad de nuestros comportamientos externos”.⁹¹⁵

E. La manifestación primaria y fundamental del derecho

Pero si se parte en todo momento del individuo y de su libertad, como hicieron los iusnaturalistas y, con ellos, los kantianos, lo que destaca primeramente no es la coordinación de las libertades de los diversos individuos, sino el derecho a la libertad que ‘yo’ tengo. Procediendo así, la aparición originaria del derecho consiste en una facultad del sujeto a su libertad de arbitrio, y sólo en un momento lógicamente posterior aparecerá la coordinación de los diversos derechos a fin de que los arbitrios no se destruyan mutuamente.

Schaumann, en los inicios de la teorización kantiana sobre el derecho, fue consciente de esta realidad; por ello escribía que “la ciencia jurídica es la ciencia que versa sobre las posibilidades legales de obrar según la propia voluntad”.⁹¹⁶ Sin embargo, aludir a las ‘posibilidades’ entrañaba una cierta dificultad, porque en la doctrina kantiana existe la ley moral o *Sittengesetz* que regula todos los comportamientos de hombre; en tal caso, las ‘posibilidades legales’ de obrar ¿son aquellos comportamientos que vienen autorizados por la ley moral? De contestar afirmativamente, se seguiría el contrasentido —dentro de las coordenadas kantianas— de mantener que el fundamento o base del derecho es la ley moral, y esto no es posible dada la separación que estableció la filosofía crítica entre moral y derecho. Para superar esta dificultad, Schaumann propuso la fórmula que triunfó en la escuela kantiana, a saber: que la ley moral no determina todas las posibilidades del arbitrio de la persona, sino que deja libre toda una serie de comportamientos. Naturalmente, esto implicaba mantener, como hizo Schaumann, que los comportamientos libres no vienen regulados por la ley moral, sino que se trata de comportamientos que carecen de relevancia ética, porque no tienen un fundamento moral determinante (*moralische Bestimmungsggrund*), ya que están abandonados, es decir, están motivados, por las tendencias naturales (*Naturtriebe*). Se trata, por tanto, de acciones que no son necesarias moralmente, es decir, que no han

915 “Ein allgemein gebilligter Sprachgebrauch der Sachverstände... deutet an dass das Recht eine gewisse Art des Freiheitsgebrauches bey unseren äusseren Handlungen bedeute”. Cfr. *Das natürliche Privat-Recht*, Wien und Triest, 1815, p. 2.

916 “Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln”. Cfr. *Wissenschaftliche Naturrecht*, op. cit., p. 7.

de ser realizadas necesariamente porque así lo ordene la ley moral y, en consecuencia, son acciones que permanecen como ‘posibles’ moralmente (*moralisch-möglich*), dependiendo únicamente del arbitrio del sujeto en cuestión.⁹¹⁷ Pero entonces están separando las dos realidades cuya fusión constituyó el punto de partida de esta filosofía, a saber: las de libertad y moralidad (o racionalidad).

Fue un problema que no resolvieron. Por lo general, se limitaron con afirmar que la ley crea una ‘permisión’ (*Gestattung, permissio*), una posibilidad de actuar. La acción misma, en la medida en que está permitida y es posible, es esencialmente algo permitido, *Erlaubtseyn*. Para el sujeto de la acción permitida resulta, de este modo, una licencia (*licentia*) y entonces decimos que tal sujeto ‘puede’, *darf*, o dicho con términos más precisos, que “a tal sujeto le está permitido”.⁹¹⁸ La ley, por tanto, concede al sujeto una facultad (*Befugnis*) que no es otra cosa que la posibilidad de obrar según la propia voluntad.⁹¹⁹ El derecho es, de este modo, algo esencialmente permisivo, puesto que establece posibilidades de actuar para la persona, a diferencia de la moral, que no establece posibilidades de actuación, sino que limita el poder que *de facto* tienen los hombres. Es decir, la moral se ocupa de responder a la pregunta: ¿Qué debo hacer yo? (*Was soll ich?*), mientras que la ciencia jurídica esclarece el “¿Qué puedo hacer yo? (*Was darf ich?*)”.⁹²⁰ La moral sólo crearía deberes, y el derecho sólo propondría facultades o licitudes.

917 “... so bestimmt es (das S.G.) doch nicht die ganze Willkür der Person, sondern stellt ihr einige freywillige Handlungen frey. Da nun aber in einem jeden endlichen Wesen nur zwey Bestimmungsprincipien —der Sittlichkeit (moralischer Bestimmungsgrund) und der Natur (Naturtrieb)— sind; so kann der Satz des vorigen Paragraph keinen andern Sinn haben, als diesen: das Sittengesetz erklärt, dass die Person in Hinsicht auf die freywilligen Handlungen, welche nicht moralisch nothwendig sind, sich durch Naturtriebe bestimmen lassen könne... freywillige Handlungen also, zu deren sich das handelnde Subject laut des Sittengesetz nach Naturtrieben bestimmen kann, moralisch-möglich.” Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 136.

918 “Die in Gesetz vorgestellte Möglichkeit der Ausübung einer Handlung heisst Gestattung (permissio): die Handlung selbst, in so fern ihre Ausübung möglich ist, Erlaubt, und diese ihre Beschaffenheit, dass sie erlaubt ist, ein Erlaubtseyn. Für das Subject der erlaubten Handlung erfolgt aus der Gestattung des Gesetzes Erlaubniss (licentia)—die Person darf, d.i. sie hat das gesetzliche Vermögen eine Handlung auszuüben”. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 138.

919 “Der in Gesetze liegende Grund der gesetzlichen Möglichkeit einer Handlung heisst Befügung und die Folge dieser Befügung für die Person, Befugniss, oder die gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln”. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 139.

920 “Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzlichen Möglichkeit, nach eigenem Willen zu handeln. Ammerkung I. Die Wissenschaft der Sittlichkeit beschäftigt sich mit einer systematischen Beantwortung der Frage: “Was soll ich” —die Rechtswissenschaft mit der Frage: Was darf ich?”. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 7.

Plantear así el fundamento del derecho suponía explicitar con lucidez una exigencia de la escuela del derecho natural moderno, a saber: que el punto de referencia sistemático para toda investigación y creación jurídica debe ser el individuo: sus tendencias naturales, sus intereses, sus pretensiones. Esto se oponía frontalmente, en el punto auténticamente neurálgico, a la ciencia jurídica de orientación romanista que, desde muchos siglos antes, contemplaba al derecho como una realidad que se desprendía de las cosas mismas, esto es, de las situaciones histórico-sociales, de la naturaleza de las cosas, de la constitución psicosomática del hombre, etcétera, lo que llevaba a estos juristas a escribir que el *ius oritur ex facto*, o bien que el derecho es una fuerza ínsita en las cosas mismas, *ius est vis insita in rebus*.⁹²¹ La Escuela de Kant llevó a su plenitud este proceso de subjetivización del derecho y de la ciencia jurídica y, en este sentido, Schaumann escribía que la habilitación o licencia que la ley moral concede a la persona se llama 'derecho' (*ius*), es decir, la posibilidad de obrar según las tendencias naturales y no bajo los dictados de la ley moral. Esta habilitación para obrar es, pues, una realidad exclusivamente personal, ya que la ley moral que la crea es estrictamente personal o subjetiva. Schaumann explica que casi todos los filósofos y juristas que se han ocupado de esclarecer el significado del concepto del derecho han considerado que el derecho es una cualidad de los actos, y no han tenido en cuenta que el derecho sólo puede ser una cualidad o facultad del sujeto que obra, de la persona.⁹²² C. F. Mühlenthal resumía esta idea, años más tarde, indicando que el derecho es la posibilidad moral de hacer u omitir algo por lo que, en consecuencia, es una realidad exclusivamente subjetiva: *also einzig subjectives*. Se concreta en la libertad de la voluntad, en la autodeterminación, que constituye la condición necesaria de cualquier estado jurídico.⁹²³ Los derechos, concluye Schaumann a modo de resumen, dependen de la ley moral, del mismo modo que las

921 *Vid.*, por ejemplo, Pedro de Bellapertica, en su comentario núm. 7 a *Instituta* 1.2.1. *Cfr. In Libros Institutionum Divi Iustiniani Sanctissimo principis Commentarii*, Lyon, 1589.

922 "Der im Sittengesetz liegende Grund der moralischen Möglichkeit einer Handlung heisst Berechtigung: und die Folge dieser Berechtigung für die Person, ein Recht (*ius*), oder die moralische Möglichkeit, nach Naturtrieben zu handeln. Ammerkung 1. Fast alle Philosophen und Juristen, welche die Erörterung des Begriffs Recht (im naturrechtlichen Sinne) beschäftigt hat, haben das Object des Begriffs von einem Rechte in der Beschaffenheit der Handlungen gesucht, und nicht, wie doch nothwendig ist, in eine Beschaffenheit (*facultas*) des hacienden Subjects (*der Person*)...". *Cfr. Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 140.

923 "Recht ist die moralische Möglichkeit etwas zu thun oder zu unterlassen, also einzig subjectives. Freyheit des Willens, oder die Selbstbestimmung in Menschen ist die Bedingung eines jeden rechtlichen Zustandes". *Cfr. Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts*, Rostock und Leipzig, 1807, p. 6.

obligaciones. Pero la ley moral, cuando se refiere a los derechos, no dice: Tú debes (*du sollst*), sino 'tú puedes' (*du magst*); la fórmula o expresión de los derechos no es, por tanto, imperativa, sino permisiva.⁹²⁴

Sin embargo, la relación del derecho con la ley moral kantiana no era, ni mucho menos, clara. En efecto, la ley moral, según Kant, ordena conductas, tanto de acción como de omisión, es decir, manda o prohíbe. El derecho, en cambio, no puede ordenar nada porque en tal caso, como nos indica Krug, se confundiría con la ley moral.⁹²⁵ El derecho, por tanto, existe solamente en aquella zona en la que la ley moral no dispone nada, en la zona de lo moralmente indiferente. De esta forma, el derecho aparece en la filosofía crítica como una realidad que existe y se desarrolla al margen de las exigencias morales. Con el tiempo, una vez que la escuela de Kant fue más o menos consciente de la desvinculación de los planos ético y jurídico, fue necesario buscar a las facultades en que consiste el derecho otro fundamento más preciso.

En esta última tarea, Christian Weiss mantuvo, en 1804, que las facultades que posee el hombre para realizar comportamientos arbitrarios están fundamentadas originalmente en su naturaleza, de forma que a cualquier otro sujeto le está prohibido estorbarle en este tipo de actos.⁹²⁶ La existencia del derecho, proseguía Weiss, es tan innegable como fáctica (*ist in sofern factisch und unleugbar*),⁹²⁷ de modo que el derecho, en general, tiene su fundamento en la naturaleza misma del hombre, de manera que es un carácter esencial del hombre el disfrutar de derechos.⁹²⁸ Tal naturaleza a que alude Weiss debe entenderse como la libertad que originariamente corresponde a todo hombre y por ello, prosigue este autor, la solución al problema que se suscita cuando nos preguntamos con qué fundamento afirma el hombre poseer una facultad incondicionada para la dirección arbitraria de sus comportamientos, no es otro que observar que el derecho reside en el arbitrio (*Wi-*

924 "Rechte also hängen so wie Pflichten, vom Sittengesetz ab. Dieses aber spricht in Beziehung auf Rechte nicht: du sollst, sondern: du magst. Seine Formel ist nicht hier imperativ, sondern permissiv". Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 140.

925 Cfr. *Aphorismen...*, op. cit., p. 3.

926 "Es ist auch Thatsache des innern Sinne oder des Bewusstseyns, dass dem Menschen allein in der Natur ein Befugnis zu beliebigen Handlungen zukomme, welches in seine Natur ursprünglich sey, und in dessen Besitze daher ein jeder Andre schlechthin verbunden sey, ihn nie willkürlich zu stören". Cfr. *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1804, p. 2.

927 Cfr. op. cit., p. 3.

928 "... da das Recht überhaupt seinen Grund in der Natur des Menschen selbst haben, und dass es zu dem wesentlichen Charakter des Menschen gehören müsse, Recht zu geniessen...". Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 4.

llkühr), porque la libertad es una característica esencial y permanente del hombre.⁹²⁹ De esta forma, según Weiss, primero existe el arbitrio indeterminado y, como consecuencia de afirmar tal arbitrio como un derecho de todo hombre, se acaba considerando que ejercer de facto un arbitrio indeterminable es un derecho esencial del hombre, fundamentado en su naturaleza esencialmente libre. Una explicación muy pobre para 1804.

El kantiano que explicó con más coherencia 'esta' naturaleza del derecho fue J. A. Brückner. Este autor parte desde la observación usual de que existen acciones que no revisten una necesidad particular de ser realizadas. Estas acciones están, ciertamente, regladas, pero no por un principio que ordena que el agente *debe* hacerlas, sino por otro principio que, sin prescribir nada, imprime sin embargo el sello de la legitimación a todo aquello que un individuo realiza; este último principio, explica Brückner, es lo que nosotros llamamos "principio del Derecho" o "principio jurídico".⁹³⁰ Este principio jurídico, prosigue Brückner, proclama que un hombre puede querer, y hacer, ciertas cosas de una manera arbitraria, es decir, sin que pueda ser molestado por ninguna consideración, tan lejos como el permiso se extienda. Expresa la idea de una autorización positiva a favor de un agente, de modo que de tal autorización resulta la legitimidad de las acciones de tal agente.⁹³¹ Por tanto, la idea de un derecho nos lleva, en último análisis, a la de una autorización en virtud de la cual un sujeto puede formar sus pretensiones libremente sobre ciertas cosas.⁹³²

929 "Das Problem, allgemein vorgestellt, ist enthalten in der Frage: Mit welchen Grunde behauptet der Mensch ein unbedingtes Befugnis zu beliebiger Einrichtung seiner Handlungen zu haben? und mit welchem Grunde verlangt er von Andern, welche er sich doch gleich setzt, dass sie ihre Willkühr, um des äusser Möglichkeit seiner beliebigen Handlungen willen, beschränken sollen? Zur Lösung dieses Problem ist fürs erste zu bemerken, dass die natürliche Rechtsforderung in der Willkühr, von welcher aus und gegen sie ergeht, die Freyheit als wesentliches und bleibendes Merkmal derselben nothwendig vorausgesetzt..." Cfr. Lehrbuch..., op. cit., pp. 29 y 30.

930 "Mais il y'a des actions qui n'ont aucun caractère de nécessité pratique, quoiqu'on leur attribue indubitablement une valeur absolue dans l'estimation. Les actions sont donc motivées et réglées, non pas par le principe déterminant qui commande ce que l'homme doit faire, mais par un principe qui, sans rien prescrire à l'agent, imprime néanmoins le sceau de légitimation à ses actions, en fixant d'une manière absolue ou péremptoire ce qu'il ose faire et vouloir. C'est ce principe que nous appellerons le principe du droit, ou principe juridique". Cfr. *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du Droit*, Leipsic, 1810, p. 145.

931 "Le principe juridique proclame d'autorité, que l'homme ose vouloir et faire certaines choses, d'une manière arbitraire, c'est à dire, sans être gêné par aucune considération, aussi loin que la permission s'étend. C'est la l'idée d'une autorisation positive et expresse, pour et faveur d'un agent, et pour autant qu'il juge à propos d'en profiter. De cette autorisation résulte la légitimité de l'action, pour laquelle l'agent se déterminera". Cfr. *Essay...*, op. cit., p. 146.

932 "L'idée d'un droit remonte donc, en dernière analyse, à celle d'une autorisation, en vertu de laquelle un agent ose librement former des prétensions, a certaines choses comme lui appartenant, à

Pero, podemos leer entre líneas en Brückner, si cada derecho nos lleva a una autorización expresa que lo hace posible, lo que destaca como 'principio del derecho' es más bien la instancia que concede una autorización para cada caso; y esto no es compatible con la pretensión iusnaturalista de hacer del individuo el principio y fin del universo. Por este hecho, Brückner explica que "la autoridad legislativa que fundamenta originariamente los derechos reside en la autonomía jurídica, de la que participa todo ser dotado de razón y que, bajo este punto de vista, puede ser llamada *razón universal*, que es el arquetipo de toda autorización y de todo derecho".⁹³³ Por tanto, el título primitivo de todos los derechos está en esta declaración, emanada de la autonomía jurídica de la razón, que indica que, con respecto a todo lo que está fuera de él, el agente dotado de razón es originariamente dueño de sí mismo. De esta forma, tal autonomía se proclama como la autoridad suprema en el derecho.⁹³⁴ Pero lo que caracteriza especialmente a la libertad en el sujeto de derechos es que él es libre en tanto que él no tiene ninguna obligación de determinarse a actuar de esta u otra forma, *ni ninguna responsabilidad por el uso, o no uso, que él haga con sus derechos*. En este punto, él está absolutamente abandonado a su arbitrio, sólo determinado por su apetito. Queremos decir, concluye Brückner, que en lo que se refiere a un derecho que le pertenece, el individuo no está sometido a ninguna ley emanada de una legislación exterior, ni a ninguna voluntad extraña, y esto es lo que constituye propiamente la libertad jurídica de todo sujeto de derechos como tal.⁹³⁵

titre de propriété médiatement ou immédiatement disponible; prétentions qui'il peut faire valoir par une détermination actuelle de sa volonté". Cfr. Essay..., op. cit., p. 151.

933 "L'autorité législative qui fonde primitivement des droits, réside dans l'autonomie juridique, qui est le partage de tout être doué de raison, et qui, sous ce point de vue, peut-être appelée raison universelle, et type primitif de toute autorisation et de tout droit." Cfr. Essay..., op. cit., p. 155.

934 "Le titre primitif de tous les droits est dans cette déclaration, émanée de l'autonomie juridique de la raison, et qui dit que pour tout être hors de lui, un agent raisonnable est primitivement maître de lui-même. C'est ainsi que cette autonomie s'annonce comme autorité suprême en matière de droit". Cfr. Essay..., op. cit., p. 157.

935 "Mais ce qui caractérise particulièrement la liberté dans le sujet de droits, c'est qu'indépendamment de sa faculté intérieure, de pouvoir se déterminer en vertu d'une autorisation, il est libre en tant que, vis-à-vis d'autres êtres, il n'a aucune obligation de se déterminer, ni aucune responsabilité, quant à l'usage ou non-usage qui'il juge à propos de faire de sont droit. A cet égard il est entièrement abandonné à son arbitre déterminable par l'appétition. Nous voulons dire par là que, relativement à un droit qui lui appartient, le sujet n'est soumis à aucune loi émanée d'une législation extérieure, ni à aucune volonté étrangère... C'est là ce qui constitue proprement la liberté juridique de tout sujet de droits comme tel". Cfr. Essay..., op. cit., p. 164.

El individuo, tal como nos muestra el análisis especialmente radical y lúcido de Brückner, no está sometido, jurídicamente, a ninguna ley extraña a él mismo. Por ello, el 'yo puedo' en que consiste todo derecho depende, tanto en su fundamentación filosófica última como en su ejercicio concreto, exclusivamente del sujeto que lo ostenta. De esta forma, no existe ninguna ley jurídica superior al individuo y, en consecuencia, la creación del ordenamiento jurídico es una tarea que compete a los individuos que, a partir de la libertad que le es innata, lo construirán autónomamente, usando de los pactos para todas aquellas relaciones jurídicas que impliquen un dominio sobre los demás.

Si nos remontamos a la pregunta anterior, a saber: ¿qué hicieron ante la desvinculación entre el plano moral y el jurídico?, no hay respuesta coherente, porque parece que habían entrado por un camino sin salida. Por este motivo, James Lorimer les reprochaba a estos kantianos que ellos habían creado lo que Gustav Hugo llamó una *Todtschlagmoral*.⁹³⁶

F. Una libertad formal, negativa y vacía

El derecho se manifiesta ante todo en el conjunto de las facultades libres que corresponden a la totalidad de los individuos. La libertad contenida en tales facultades recibió en la escuela de Kant, del mismo modo que en la escuela del derecho natural, una naturaleza esencialmente negativa, ya que no consistía tanto en otorgar derechos para realizar actos concretos como en exigir un respeto a su indeterminación del arbitrio de cada individuo. Podríamos decir que el bien jurídico realmente protegido era la independencia del sujeto.

Lógicamente, un ordenamiento jurídico fundamentado sistemáticamente y que tiene como punto único de referencia el no forzamiento del arbitrio de las 'personas' que lo componen, es un ordenamiento jurídico esencialmente formal y negativo. Hablamos de formalismo porque el derecho, así planteado, no protege bienes concretos, sino que carece de contenidos materiales. En este sentido, Gros escribía que "El concepto del derecho no se refiere a la materia del arbitrio, sino únicamente a la forma de éste".⁹³⁷ En

936 "these are propositions which seems to me not only unsound in theory, but fraught with practical dangers... It was of a system in which this distinction was carried out to its legitimate consequence of a complete separation between law and ethics, that Hugo applied the epithet of a *Cut-throat-code* (eine *Todtschlagmoral*)". Cfr. *The Institutes of Law*, 2ª ed, Edimburgh, 1880, p. 284.

937 "Der Rechtsbegriff bezieht sich nicht auf die Materie des Willkühr sondern lediglich auf die Form derselben". Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., 34.

efecto, la razón kantiana sólo exige el respeto a la independencia del sujeto, y no puede ‘descender’ a otras concreciones porque entonces se contaminaría con la empiria, máximo enemigo de la razón pura a priori que los kantianos pretenden usar. Por este motivo Karl Heinrich Heydenreich escribía que

si la verdadera obligación expresa la inmodificable necesidad de una determinada forma de actuar determinada por la razón, ella solamente puede fundamentarse en una ley de la razón que no está sometida a ninguna condición... y en la misma medida en que tal ley no puede ser material ni empírica, en esa misma medida sólo puede consistir en un principio formal.⁹³⁸

Tal principio formal, como expresa a continuación, no es otro que el imperativo categórico propuesto por Kant.⁹³⁹ Con palabras muy parecidas se expresaba Heinrich Stephani unos años más tarde, indicando que lo que es derecho, o justo, permanece siempre igual, y solamente puede ser una forma jurídica (*Rechtsform*), que posee una naturaleza eterna y que de ningún modo está sometida a la variabilidad propia del mundo de la empiria.⁹⁴⁰ El concepto kantiano del derecho sólo puede ser, en consecuencia, una forma intelectual, pura y *a priori*.

Zacharia expresaba esta idea con notable precisión:

El principio del derecho resulta de la pura existencia de una ley moral en el hombre, *sin referirse al contenido de esta ley*. Su formulación no es: lo que yo debo hacer, lo que me es lícito hacer, sino: si yo en general debo (en tanto que ser libre) actuar de acuerdo con la ley moral; entonces me es lícito defender mi libertad externa usando de la violencia (si es preciso).⁹⁴¹

938 “Wenn wahre Verpflichtung die unwandelbare Nothwendigkeit einer Handlungsweise, bestimmt durch Vernunft, ausdrückt, so kann sie sich nun auf ein Gesetz der Vernunft gründen welches keiner Bedingung unterworfen ist... So gewiss ein solches Gesetz nicht material und empirische seyn kann, so gewiss kann er nur ein formaler Grundsatz seyn”. Cfr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, pp. 86 y 87.

939 “Dasjenige höchste Grundgesetz der praktischen Vernunft welches die Form einer Bestimmung des Willens durch reine Vernunft ausdrückt in wiefern sie diess ist, ist in der Formel enthalten: Handle iederzeit nach solchen Maximen, die der zugleich als allgemeine Gesetze für alle vernünftige Wesen gültig wollen kannst”. Cfr. *System...*, op. cit., p. 87.

940 “... so bleibt auch das, was recht ist, sich immer gleich, und kann die Rechtsform, welche von ewigen Natur und keinesweg dem Gesetze der Veränderlichkeit der Sinnenwelt unterworfen ist, nie”. Cfr. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen, 1797, p. 5.

941 “Das Rechtsprincip ergiebt sich also aus dem blossen Daseyn eines Syttengesetz im Menschen, ohne Rücksicht auf den Inhalt dieses Gesetzes. Die Formel derselben ist nicht: Was ich soll, das darf ich; sondern: Wenn ich überhaupt soll, das ein freyes Wesen und mithin nach dem Sittengesetz handeln, so darf ich (meine äussere Freyheit durch Zwang vertheidigen)...”. Cfr. *Anfangsgründe...*, op. cit., p. 3.

En el universo jurídico kantiano sólo queda, en definitiva, un individuo, que defiende su libertad usando para ello la violencia cuando sea necesario.

El derecho no puede sino expresar necesariamente una realidad formal, es decir, vacía. Ello ha de ser así forzosamente porque, como escribe Schmid, la ley práctica de nuestra razón no puede descender a detallar qué tipos de comportamientos son adecuados a nuestro amor propio, a nuestra sensualidad, a nuestra felicidad, de modo que, por adecuarse a estas cosas, tales comportamientos sean obligatorios. Al contrario, el concepto fundamental de la razón no puede contener ningún dato de esta naturaleza, ya que si la ley suprema práctica la conocemos a priori y es desarrollada desde los principios fundamentales de la razón, ella sólo puede expresar qué comportamientos son adecuados u opuestos a los conceptos de la razón. Por ello, un principio práctico que presenta una acción como necesaria, no a causa de su adecuación a nuestra empiria, sino por su concordancia con el concepto fundamental de la razón, es un principio formal; la ley práctica sólo puede consistir en un principio formal, por lo que también las reglas que fluyen de ella han de ser igualmente formales.⁹⁴² Tiefrunk, mucho más escuetamente, explicaba que dado que la razón es la fuente de las normas para la libertad, y como nuestra razón es una facultad puramente formal, ella solamente crea las leyes para la libertad a través de su forma.⁹⁴³

Tenemos, pues, en el final de la vida de la escuela del derecho natural, un único derecho, a saber: el derecho a que no me determinen mi ar-

942 *“Das praktische Gesetz kann also nicht ausdrücken, welche Art zu Handeln unserer Sinnlichkeit, der Selbstliebe und ihren Gegenstände, der Glückseligkeit, gemäss, und um derentwillen nothwendig sey... kann auch in dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst, kein Datum dieser Art enthalten seyn... Es kann also nichts blos darum Rechts seyn, weil es der Natur unsrer Sinnlichkeit, unsrer Selbstliebe und Glückseligkeit im Ganzen oder in gewissen Rücksicht, an sich oder unter gewisser Umständen und Bedingungen, gemäss ist... Soll das oberste praktische Gesetz schlechthin a priori erkannt und aus dem Grundbegriffe der Vernunft entwickeln werden; so kann dasselbe nichts anders ausdrücken, als: welche Handlungsweise dem Begriffe unsrer Vernunft von sich selbst gemäss oder zuwider, vernünftig oder unvernünftig, und lediglich um deswillen für einen jeden durch Vernunft bestimmten Willen nothwendig oder unmöglich sey... Ein praktischer Grundsatz, welcher eine Handlung als nothwendig vorstellt, nicht wegen ihrer Beziehung auf unsre Sinnlichkeit, sondern wegen ihrer Uebereinstimmung mit dem Grundbegriffe der Vernunft, oder wegen der Vernünftigkeit ihrer Form heisst ein formaler Grundsatz, folglich kann auch der daraus abfliessende oberste Rechtssatz nur formal seyn, d.h. es kann etwas blos darum Recht seyn, weil es mit dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst übereinstimmt”. Cfr. Grundriss..., op. cit., pp. 90, 93 y 94.*

943 *“Die Vernunft ist also die Quelle der Gesetze für die Freiheit und zwar lediglich durch sich selbst. Da aber die Vernunft an sich ein bloss formales Vermögen ist, so wird sie nur durch ihre Form selbst Gesetz für die Freiheit werden können”. Cfr. Ueber Recht..., op. cit., p. 26.*

bitrio porque yo —su titular— soy el único sujeto que está capacitado para determinarlo, concretarlo o limitarlo. En consecuencia, lo único que puede exigir un hombre es reclamar una abstención general. En este sentido, Klein escribía que “todos los derechos son originariamente negativos”⁹⁴⁴ porque consisten en reclamar una actitud continuada de omisión. Jakob Fries exponía que “todas las obligaciones jurídicas son originariamente obligaciones negativas de omisión... ya que la obligación jurídica solamente puede surgir del mandato que expresa que toda persona debe ser respetada como un fin en sí”.⁹⁴⁵ Esta idea traspasa todo el periodo de vida de la escuela kantiana, y Claudio Droste-Hülshoff, aún en 1823, explicaba que “originariamente, y en general, no existe en absoluto ninguna obligación jurídica positiva”.⁹⁴⁶

Quizá el autor que, en el plano de la teoría jurídica, expresó con más claridad esta tesis, fue Theodor Schmalz: “los derechos y obligaciones jurídicas se refieren al mantenimiento de la libertad externa; dado que la libertad, en sí misma, es algo solamente negativo, que se concreta en la ausencia de toda determinación que provenga del exterior, no podemos hablar de su fomento o aumento, sino sólo de su mantenimiento”.⁹⁴⁷ En consecuencia, prosigue Schmalz,

los derechos y obligaciones jurídicas sólo pueden ser negativos, con exclusión de todo lo afirmativo, pues ellos se refieren únicamente al mantenimiento de la libertad externa y exigen que sea omitido todo aquello a través de lo cual esta libertad se vería molestada. Pues la libertad es, en sí, una realidad negativa, ya que no pretende otra cosa sino ser libre de toda determinación extraña... Y la libertad externa sólo quiere la negación de su destrucción.⁹⁴⁸

944 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., p. 62.

945 “Alle Rechtspflichten sind ursprünglich negative Pflichten der Unterlassungen... die Rechtspflicht kann nur aus dem Gebote entspringen: dass jeder die Person des andern als Zweck respektieren solle”. Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, op. cit., pp. 13 y 14.

946 “So giebt es keine ursprünglich und allgemeine, und überhaupt ursprünglich gar keine, positive Rechtspflicht”. Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Bonn, 1823, vol. I, p. 22.

947 “Die jurisdischen Rechte und Pflichten beziehen sich also auf die Erhaltung der äussern Freyheit. Denn da Freyheit selbst nur etwas Negatives ist, nämlich Abwesenheit alles Bestimmtwerdens von äussern, so kann nicht von Vermehrung oder Beförderung derselben, sondern nur von der Erhaltung die Rede seyn”. Cfr. *Handbuch...*, op. cit., p. 70.

948 “Juridische Rechte und Pflichten müssen nur negative seyn, mit Ausschliessung aller affirmativen. Denn sie beziehen sich alle nur auf Erhaltung der äusseren Freyheit, also nur darauf, dass alle unterlassen werde, wodurch sie gestört wurde. Die Freyheit is an sich etwas negatives. Sie will nichts, als nur frey seyn von fremder Bestimmung... aber die äussere Freyheit will nichts als die Negation ihrer Störung.” Cfr. *Handbuch...*, op. cit., p. 74.

De hecho, Schmalz ya había explicado años antes que “incluso la obligación de cumplir un contrato es una obligación negativa, de abstención, concretamente de abstenernos de sustraer a la otra parte aquello que, a través del contrato ha llegado a ser suyo”.⁹⁴⁹ Esto llevaba a Weiss a escribir que la libertad, de acuerdo con su concepto, es algo negativo y vacío (*ist sie negativ und leer*).⁹⁵⁰

7. El resultado final: la noción de ‘persona jurídica’

Este ser que se afirma frente al universo como una totalidad portadora de un arbitrio indeterminable por presiones ajenas requería un término que expresara adecuadamente su realidad. El término inventado dentro de la filosofía óntica, para designarlo, fue el de ‘persona’.

Una de las primeras descripciones de lo que es una ‘persona’ la encontramos en Hufeland, que entendía que “la facultad de un ser de proponerse fines para sus acciones se llama la personalidad”.⁹⁵¹ Debemos cuidarnos de entender estas palabras en su literalidad, y pensar, por ejemplo, que Hufeland propone que el hombre es persona porque es capaz de obrar según finalidades. Al contrario, estos filósofos no pretenden en sus libros de *Naturrecht* ocuparse de psicología, sino dar una proyección normativa a los conceptos que han elegido. Esto queda más claro en Hoffbauer cuando explica que “un ser racional es llamado una persona en la medida en que tal puede proponerse fines para sí mismo y no depende de los fines que le marquen otras voluntades”,⁹⁵² y esta idea queda más explicitada en Tiefrunk, que escribe que “bajo el término de personalidad entendemos nosotros la existencia del hombre como un fin autónomo en el mundo”.⁹⁵³

Con esta pretensión se cierra el círculo que se apuntaba en las páginas anteriores: el hombre es persona no sólo porque posee un derecho a la

949 “Selbst die Pflicht, unsern Vertrag zu erfüllen, ist nicht ander, als eine Pflicht, unserm Promissair desjenige nicht zu entziehen, was durch Vertrag sein geworden ist”. Cfr. *Erklärung...*, op. cit., p. 26.

950 Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 36.

951 “Das Vermögen eines Wesens, sich Zweck für seine Handlungen vorzusetzen, heisst die Persönlichkeit”. Cfr. *Lehrsätze...*, op. cit., p. 90. La intensidad es de Hufeland.

952 “Ein vernünftiges Wesen heisst nun Person, in so fern es sich selbst Zweck vorsetzen kann, und nicht bloß um der Zwecke anderer Willen vorhanden ist”. Cfr. *Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts*, Halle, 1795, p. 63.

953 “Unter Persönlichkeit verstehen wir die Existenz des Menschen als eine selbständigen Zweckes der Welt”. Cfr. *Ueber Recht...*, op. cit., p. 189.

libertad desde sí mismo, sin depender de ninguna instancia extraña o superior a él, sino también porque la finalidad que debe tomar su libertad se agota en él mismo, que no ha de rendir cuentas a nadie del uso que haga de ella. Por esto, Krug mantenía que “Un ser racional es aquel que es capaz de proponerse fines a sí mismo; él tiene la finalidad de sus acciones y omisiones en él mismo, ya que él es *Selbstzweck*, es persona”.⁹⁵⁴ Zacharia ampliaba esta idea explicando que “una persona es un sujeto al que le corresponde un arbitrio libre”,⁹⁵⁵ y Eisenhart resumía este concepto cuando indicaba que “lo que hace la Personalidad del hombre es la capacidad de determinarse independientemente de la voluntad de los otros y de obrar según el propio juicio y los fines propios”.⁹⁵⁶ Esta misma idea la repite, más extensamente, el Krug tardío.⁹⁵⁷

Como en otros temas fundamentales, también es Brückner el que desarrolla más lúcidamente la noción de ‘persona jurídica’.

Nosotros atribuimos a todo ser racional una personalidad jurídica en consideración a la conciencia que él tiene de la libertad jurídica, libertad fundada sobre una autorización expresa, sea primitiva o secundaria, que le exime de toda responsabilidad exterior con respecto a lo que él hace con lo que es objeto de su derecho. Él es una persona jurídica en tanto que, en toda la extensión de la autorización, él es dueño de su persona física y moral, así como de todo aquello que él tiene, sin responsabilidad frente a los otros.⁹⁵⁸

La culminación lógica de una personalidad jurídica sería aquel ser que, como indica Brückner, tuviera derechos y ninguna obligación; él, en este caso, poseería la personalidad jurídica en el grado supremo, porque ya no tendría ninguna responsabilidad, interior o exterior.⁹⁵⁹

954 “*Ein vernünftiges Wesen ist ein solches, dass sich selbst seine Zwecke zu setzen vermag. Es hat den Zwecke seines Thun und Lassen in sich selbst; es ist Selbstzweck; es ist Person*”. Cfr. *Aphorismen...*, op. cit., p.18.

955 “*Eine Person ist ein Subject, dem das Prädicat einer freyen Willkühr zukommt*”. Cfr. *Anfangsgründe...*, op. cit., p. 2.

956 “*Sich unabhängig von dem Willen anderer nach eigener Einsicht und eigenen Zwecken zum Handeln zu bestimmen, macht die Persönlichkeit des Menschen aus*”. Cfr. *Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange, ihrem einzelnen Theilen und Hilfswissenschaften*, Helmstädt, 1804, p. 23.

957 Cfr. *Diköologie oder philosophische Rechtslehre*, Königsberg, 1817, par 13, y *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1811, pp. 15 y 16.

958 “*Nous attribuons à être raisonnable une personnalité juridique, en considération de la conscience qu'il a de sa liberté juridique; liberté fondée sur une autorisation expresse, soit primitive soit secondaire, et qui l'exente de toute responsabilité extérieure, relativement à ce qui fait l'objet de son droit. Il est une personne juridique, en tant que, dans tout l'étendue de l'autorisation, il est maître de sa personne physique et morale, ainsi que de tout ce qui y tient, a titre de droit et de propriété médiatement o immédiatement disponible sans responsabilité envers d'autres*”. Cfr. *Essay...*, op. cit., p. 166.

Entre la masa de críticos del iusnaturalismo y, con él, de la doctrina jurídica de la filosofía crítica, Hegel fue quien captó con mayor precisión la noción de persona que habían propuesto los kantianos. Este autor trata de la 'persona' y de la 'personalidad' al comienzo del tratado de lo que él llama 'derecho abstracto', que no es otra cosa que el rótulo que él usa para designar la corriente iusnaturalista, representada en sus conceptos fundamentales. Lógicamente, el primero de estos conceptos, según su importancia, es el de individuo libre, con un arbitrio indeterminado, que se afirma, caracterizado de tal manera, como el fundamento y fin del derecho. Por esto, Hegel explica que:

En su concepto abstracto, la voluntad que es libre en sí y para sí consiste en el estar determinada por su inmediatez. A causa de esta inmediatez, esta voluntad es negativa frente a lo real... es solamente la voluntad en sí individual de un sujeto.⁹⁶⁰ La universalidad de esta voluntad, que sólo es libre para sí misma es la relación formal consciente, pero sin contenido en su propia individualidad, en cuya medida el sujeto es *Persona*.⁹⁶¹

Hegel se refiere a la voluntad del individuo que, en su momento abstracto, cuando es puro arbitrio o capricho de tal individuo, está "determinada", es decir, limitada e incompleta, a causa precisamente de la limitación inherente al hecho de ser simplemente la voluntad personal, y nada más, de un individuo; por esta limitación, tal voluntad, escribe Hegel, es "negativa frente a lo real", ya que la voluntad del individuo, porque no es la voluntad objetiva del derecho o del Estado, en principio es un obstáculo frente a todo lo objetivo. Se trata, como explica Hegel, de una voluntad que aún no tiene contenidos, es una voluntad vacía y negativa que lo único que afirma es precisamente su vaciedad, es decir, la pura indeterminación del arbitrio en que ella consiste en este primer estadio, y es precisamente esta indeterminación suya la que le proporciona,

959 "Un être qui n'aurait que des droits et point d'obligations, aurait le caractère de personnalité juridique au suprême degré, parce qu'il serait exempt de toute responsabilité intérieure aussi bien qu'extérieure". Cfr. *Essay...*, op. cit., p. 167.

960 "Der an sich und für sich freie Wille, wie er in seinem abstrakten Begriffe ist, ist in der Bestimmtheit der Ummittelbarkeit... Nach diese ist er seine gegen die Realität negative, nur sich abstrakt auf sich bezeichnende Wirklichkeit — in sich einzelner Wille eines Subjekts". Cfr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt am Main, 1970, p. 34.

961 "Die Allgemeinheit dieser für sich freien Willen is die formelle, die selbstbewusste, sonst inhaltlose einfache Beziehung auf sich in seiner Einzelheit, — das Subjekt ist insofern Person". Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 34.

en este primer momento provisional, su primera determinación o identidad (*Bestimmtheit*).⁹⁶²

A causa de su falta de contenidos, el derecho, en el estadio primero o 'abstracto', ha de ser puramente formal. "La personalidad contiene la capacidad jurídica y constituye el concepto y también el fundamento abstracto del derecho abstracto y, por ello, *formal*. El precepto del derecho es, en consecuencia: sé una persona y respeta a los demás como personas".⁹⁶³ Lógicamente, si el derecho se limita a respetar la 'personalidad' de cada cual, no puede contener normas materiales y concretas; al contrario, las normas jurídicas se verán limitadas a respetar la máxima libertad y a buscar, para ello, una regulación de las libertades diversas.

El derecho así entendido sólo puede consistir en una facultad, explica Hegel en el *Zusatz* del párrafo 37. Pero la simple facultad individual no puede dar cuenta de todo el derecho ni mucho menos puede fundamentar la obligación jurídica, aunque el derecho natural haya dejado reducido el derecho a facultades de los sujetos. En efecto, una facultad crea solamente una habilitación de obrar para un sujeto, y no expresa, en principio, ninguna obligación jurídica, porque no es 'necesario' u obligatorio que yo ejercite mi facultad; sucede que la facultad es únicamente una cara de la relación jurídica, hecho que no tuvo en cuenta el iusnaturalismo. La necesidad de este derecho, entendido como licencia o facultad, se limita a lo puramente negativo, a no vulnerar la personalidad de los demás; por este motivo, argumenta Hegel, el derecho natural se compone exclusivamente de prohibiciones jurídicas.⁹⁶⁴ Finalmente, entre otras observaciones que hace, Hegel destaca el egoísmo (el *Fürsichsein*, el ser-para-sí) como un elemento esencial de la personalidad jurídica iusnaturalista. En efecto, en el momento de la personalidad, explica este autor, yo soy solamente para mí; puedo abstraer de todo, de modo que no queda ante mí sino mi pura personalidad,⁹⁶⁵ es decir, mi simple arbitrio que yo sigo manteniendo frente a las exigencias del derecho.

962 "Die wesentliche Einsicht, die hier zu erlangen wäre, ist nun, dass diese erste Unbestimmtheit selbst eine Bestimmtheit". Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 34, *Zusatz*.

963 "Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechts aus. Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen". Cfr. *Grundlinien...*, op. cit., p. 36.

964 "Die Notwendigkeit dieses Rechts beschränkt sich aus demselben Grunde seiner Abstraktion auf das Negative, die Persönlichkeit und das daraus Folgende nicht zu verletzen. Es gibt daher nur Rechtsverbote, und die positive Form von Rechtsgeboten hat ihrem letzten Inhalte nach das Verbot zugrunde liegen". Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 38.

965 "Die Person ist also das Subjekt, für das diese Subjektivität ist, denn in der Person bin ich

Por tanto, formalismo, vaciedad, negatividad y egoísmo son las características fundamentales, según Hegel, de la noción ilustrada-iusnaturalista de la persona jurídica. Pero la crítica de Hegel apenas alcanzó a salpicar la caracterización y el contenido de la 'persona jurídica' en el siglo XIX; en efecto, este individuo libre que no reconoce ninguna norma por encima de él, que es autónomo en el sentido estricto de este término, y que está destinado a crear todo el ordenamiento jurídico pactando con los demás sujetos que se encuentran en iguales circunstancias, se impuso como punto de referencia sistemático en la pandectística del siglo pasado.⁹⁶⁶

schlechthin für mich: sie ist diese Einzelheit der Freiheit im reinen Fürsichsein. Als diese Person weiss ich mich frei und in mir selbst und kann von allem abstrahiren, da nichts vor mir als die reine Persönlichkeit steht...". Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 35, Zusatz.

966 Vid. el minucioso estudio que hace Kiefner H., en "Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert", en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, ed. por Blühdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1969, pp. 3-26. Este estudio muestra cómo Savigny acogió e hizo suya la práctica totalidad de las tesis iusnaturalistas-kantianas, referidas al derecho. Este hecho ya había sido indicado reiteradamente por los juristas ingleses del siglo XIX. Vid., por ejemplo, a John M. Lighthwood cuando indicaba que "According to the view untilt considering, Law <para los alemanes> has for its object the preservation of the external condition for the realisation of Morality". Cfr. *The nature of positive Law*, Londres, 1883, p. 299. Poco más adelante indica que "We have already seen how Savigny compares the Law to an invisible line drawn round every man, defining for him the province of his Rights. Law serves Morality, but not by accomplishing its precepts, but by assuring to the individual the exercise of his free will". Cfr. op. cit., p. 303. "The principle of equal freedom", como fuente suprema del derecho entre los alemanes, es destacado por W. Markby en *Elements of Law considered with reference to principles of General Jurisprudence*. 6ª ed., Oxford, 1905, p. 55. En nota a pie escribe que "In this passage he speaks of private rights only, but I gather from the preceding page that he would apply the same principle to all law. Referring, I suppose, to Savigny's definition of a jural relation (Rechtsverhältniss) as "a province of the independent mastery of the individual will" (System d. h. röm. Rechts, 52) Lassalle says: "So it is well know that in Germany, Savigny, as the head of the historical shool, is considered to be the most representative of the reactionary party, whereas hisnotions upon the subject of acquired rights are in reality revolutionary and subversive...". Cfr. *ibidem*.

CAPÍTULO CUARTO

TRES DOCTRINAS SOBRE EL 'DERECHO NATURAL'

I. LOS TRES IUSNATURALISMOS

1. *Los problemas de siempre*

La idea de un derecho natural está encastrada en los orígenes de la cultura occidental, de modo que si prescindieramos académicamente de ella sería imposible entender el desarrollo de nuestra historia. En los países mediterráneos siempre ha existido la fe en unas normas o principios de justicia que no dependen de la voluntad humana, personal o colectiva. Esta fe a la que aludo la reconocemos en Antígona cuando exige al tirano que le entregue el cuerpo de su hermano, y fundamenta su exigencia en unos *nomoi agraphoi*, en unas leyes no escritas. Un testimonio especialmente interesante porque además de su antigüedad, procede de una fuente literaria. Lo que nos indica, entre otras cosas, que estamos ante una mentalidad que estaba extendida en ámbitos populares.

Sin embargo, la tesis de los *nomoi agraphoi* inmutables presentaba algunos problemas ante los mismos griegos. Platón prescindió de la *praxis* y dejó la regulación de la vida humana reducida a pura *theoria*: la eterna idea suprema del bien nos aseguraría el punto de referencia inmutable para nuestra actuación práctica. Pero este planteamiento no podía convencer a un hombre como Aristóteles, que tenía ante la vista a los hombres concretos e históricos, con sus perplejidades e incertidumbres. Aristóteles no duda que existen conductas buenas o malas al margen de las convenciones o de lo que indique la experiencia.⁹⁶⁷ Pero es consciente del hecho de que buena parte de la vida humana se encauza mediante el

967 Aristóteles escribe en 1107a que "todas estas cosas y otras semejantes se llaman así por ser malas en sí mismas, no por sus excesos ni por sus defectos. Por tanto, no es posible acertar nunca en ellas, sino que siempre se yerra. Y en relación con estas cosas, no hay problema de si está bien o mal hacerlas, por ejemplo, cometer adulterio con la mujer debida y cómo y cuando es debido, sino que el realizarlas es en absoluto erróneo". *Cfr. Ética Nicomáquea*, trad. de J. Pallí, Madrid, Gredos, 1993, pp. 169 y 170.

procedimiento del ‘tanteo y error’, aprendiendo de nuestros experimentos. En otras palabras, que aunque existan verdades prácticas inmutables, las ‘leyes no escritas’ inalterables no alcanzan a orientarnos en todos los aspectos importantes de la vida. Esto implicaba establecer que un sector de los principios y normas fundamentales que regulan la conducta humana poseen una naturaleza histórica, es decir, dependen del cambio del hombre a través de la historia. En el libro V de su *Moral a Nicómaco* propone expresamente este tema, y explica que la justicia política puede ser natural y legal.⁹⁶⁸ Luego hay verdades que son iguales para todos los hombres. Pero matiza inmediatamente: “Esto no es así, aunque lo es en un sentido. Quizá entre los dioses no lo sea de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural”.⁹⁶⁹ Podríamos decir que, aunque reconoce la inmutabilidad de un sector fundamental de la justicia, elude el problema de compaginar los *nomoi agraphoi* con la naturaleza histórica del hombre.

No debe extrañarnos esta indecisión aristotélica. Él era demasiado perspicaz como para afirmar que todas las normas o ideas son absolutamente inmutables, al modo platónico. La experiencia le enseña que nuestras instituciones cambian, lo que motiva que lo que ayer era justo (y fue entonces realmente justo) ahora aparece como inadecuado o injusto. Por este hecho tiende a considerar que los hombres nos ‘hacemos’ en la historia siguiendo un *telos* o naturaleza específicamente humana.⁹⁷⁰ Existe, pues, una conducta *propia* del hombre, a la que los griegos en general dieron el nombre de *praxis*; la *praxis* es un concepto en cierto modo biológico, como señaló Joachim Ritter hace años.⁹⁷¹ Esto implica que los

968 “La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez que ha sido establecida, por ejemplo, que el rescate de una mina o que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas... Algunos creen que toda justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza, como el fuego que quema aquí tanto como en Persia, mientras que las cosas justas observan ellos que cambian”. Cfr. 1134b, p. 254 de la edición citada.

969 1134b, p. 254 de la edición citada.

970 Sobre este punto es ya clásico el ensayo de Fernando Inciarte, “Sobre la verdad práctica” que compone el capítulo VI de su obra *El reto del positivismo lógico*, Madrid, 1974, pp. 159-216.

971 “In diesen Zusammenhang gehört die ‘Praxis’; sie ist als ‘Lebensweise’ und der ‘Lebensvollzug’ der Lebuenes, in welcher die ihnen je als Anlage und Möglichkeit eigener Natur lebendig zu ihrer Verwirklichung kommt: ‘praxis’ ist daher für Aristoteles als aktuelle Natur mit ‘bios’ (Lebensweise) synonym”, ‘Naturrecht’ bei Aristoteles. Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts, Stuttgart, 1961, p. 15.

hombres no se crean a sí mismos en la historia de una forma absolutamente indeterminada, que esta creación histórica del hombre no es *auto-poietica*, sino práctica. Este planteamiento aleja cualquier peligro de relativismo, pero también nos sitúa ante nuestras perplejidades despejando la fácil seguridad platónica. Precisamente ésta será una de las constantes de las doctrinas sobre la ética y el derecho natural: la perspectiva realista ('realista' en el sentido aristotélico) frente al deseo de seguridad.

Hasta aquí, una tradición específicamente griega que tendrá una enorme importancia siglos más tarde. Pero Occidente ha sido conformado más inmediatamente por Roma y, de hecho, el *Corpus Juris* romano se recibió en Europa antes que las obras aristotélicas. A partir del siglo XI, una vez que se reinstaura en Centroeuropa la enseñanza del derecho romano, todo universitario tenía ante la vista las declaraciones de los juristas romanos sobre el derecho natural. Además, incluso en la época de menor atención cultural, el texto básico de las escuelas fueron las *Etimologías* de San Isidoro de Sevilla, que recogen las nociones romanas del derecho natural.

Los romanos parecen oscilar entre dos ideas muy distintas de este derecho. De un lado lo entienden al modo de San Pablo, como una ley escrita en el corazón del hombre que le lleva a discernir lo bueno de lo malo; ésta sería la actitud de Celso o Paulo, entre los jurisperitos romanos. Pero otros juristas entienden preferentemente que el derecho natural es un estadio originario de la humanidad que se ha caracterizado por la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas*, según la terminología que contribuyó a popularizar Isidoro de Sevilla. En este último sentido Hermogeniano o Ulpiano explican que *ab origine* o *ex iure naturali*, en el comienzo de la humanidad, no habrían existido ningún tipo de propiedades, por lo que todas las cosas eran comunes; a esta posesión común de todo se le dio el nombre de '*communis omnium possessio*'. Las propiedades fueron 'introducidas' posteriormente, por el derecho de gentes o *ius gentium* que deroga en este punto al *ius naturale*. En esta etapa del derecho natural tampoco habría existido ninguna sujeción de un hombre a otro: el derecho natural no conocía el poder político ni, mucho menos, la esclavitud fue el derecho de gentes igualmente el que 'introdujo' las ciudades, los magistrados y los reyes, las esclavitudes, el comercio, etcétera, derogando la igual libertad de todos que estatúa el derecho natural u ori-

ginario del hombre. La obra de Moritz Voigt sobre este tema⁹⁷² explica cuidadosamente estas concepciones iusnaturalistas del pueblo romano.

Es decir, desde los inicios de la cultura europea compiten dos nociones diferentes del derecho natural. De un lado se le considera como una ley interna e innata del hombre. Y por otra parte el derecho natural estatuye una igualdad originaria de los hombres, en cuanto a sus personas y en cuanto a los bienes. Ni los romanos ni los juristas medievales entendieron al derecho natural en este segundo sentido como una simple etapa de la historia de la humanidad ya superada definitivamente. Más bien consideraron que junto a las instituciones actualmente existentes, se desarrolla paralelamente un orden originario de libertad e igualdad de la mano del *ius naturale*. Por esta razón, cuando Acursio, por ejemplo, se plantea en el siglo XII si el esclavo es 'por el derecho natural' un hombre libre, contesta que "hoy, atendido el derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre".⁹⁷³

2. El derecho natural en la baja Edad Media

La baja Edad Media se encontró, de esta forma, con varias nociones del derecho natural que no eran fácilmente compatibles. De un lado, los juristas medievales del *ius commune*, repetían preferentemente las tesis de Ulpiano sobre la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas*. Es preciso notar que los juristas del *ius commune* eran los únicos que enseñaban en las universidades. De otra parte los canonistas y teólogos tenían más a la vista la noción paulina del derecho natural. Graciano, omnipresente en estos siglos, consideraba que el derecho natural era *quod in lege et in evangelio continetur*. Pero si el derecho natural consiste en un orden inmutable e inderogable de bondad, ¿cómo es posible que Dios ordene conductas contrarias a él? Porque Moisés permitió el divorcio, Dios ordenó a los judíos que robaran a los egipcios, o también el mismo Dios ordenó al profeta Oseas que tuviera relaciones con una prostituta. Como podemos observar, eran varios los temas a propósito del derecho natural que agitaban a los espíritus universitarios a la altura del siglo XIII.

Es preciso referirse al siglo XIII al hablar del derecho natural porque en este momento aparecen los dos textos más básicos y clarificadores so-

972 *Das Ius naturale, Aequum et Bonum und Ius Gentium der Römer*, Leipzig, 1856.

973 Sobre éste y otros testimonios de la baja Edad Media, *vid.*, por ejemplo, mi estudio "El derecho natural laico de la Edad Media", en *Persona y Derecho VIII* (1981), pp. 67-69.

bre la noción de este derecho. Uno fue el de Pedro de Bellapertica, la *Lectura Institutionum*, y el otro la *Summa Theologiae* de Tomás de Aquino. Bellapertica procede como jurista que es, sin grandes explicaciones abstractas, y explica *lo justo natural* al filo de la doctrina romanista de la *causa*: supuestos los primeros principios de la actuación práctica humana, que son innatos a la conciencia de todos los hombres, lo que es justo *naturalmente* se determina jurisprudencialmente según las 'necesidades'. Como las necesidades humanas cambian por diversos motivos, existe un derecho natural de hoy, que sustituye al derecho natural ya anticuado, y existirá un derecho natural 'de futuro'. Bellapertica expresa, quizá por vez primera en este marco jurídico, la provisionalidad de nuestras instituciones y de nuestras soluciones justas: lo que es justo ahora es realmente justo pero, cambiadas las necesidades, será inadecuado en el porvenir y, por tanto, devendrá injusto, ya que toda solución que no posea una causa o justificación actual adecuada o suficiente, es necesariamente injusta.⁹⁷⁴

Pedro de Bellapertica usa intencionadamente la distinción entre *ley natural* y *derecho natural*. La ley es inmutable, y se refiere a los *prima principia* de la actuación práctica que todo hombre encuentra 'naturalmente' mediante su conciencia, tales como no robar o no adulterar. El *derecho* es una concreción de la ley para cada problema concreto: este *ius* ya no es inmutable, sino que lo discernimos los hombres teniendo a la vista las necesidades o causas que motivan que una decisión sea concretamente útil o no. La categoría de la 'utilidad' o *utilitas* jugó una importancia decisiva en la doctrina medieval jurisprudencial acerca de 'lo justo'. Cuando una solución es justa, vincula en conciencia, es decir, es *obligatoria*, y en ella se funden el derecho natural y el derecho positivo. Caso distinto es el de las leyes políticas: si estas leyes se adecuan a los primeros principios de la ley natural y son útiles, conformes al tiempo y al lugar, aceptadas por los ciudadanos, etcétera,⁹⁷⁵ entonces su obligatoriedad procede *desde* la ley natural, que ordena que sean obedecidas las leyes del poder político porque esta obediencia es imprescindible para la convivencia. Es decir, estas leyes no son ellas mismas derecho natural ni ley natural, pero la exigencia de su obediencia sí procede desde la ley natural.

974 Vid. Petri de Bellapertica Iureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratissimi Principis, Commentarium longe acutissimi, Lugduni, 1586, pp. 85-129 de esta edición.

975 Vid. mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno*: Fernando Vázquez de Menchaca, Universidad de Salamanca, 1977, pp. 99-116.

Caso distinto es el del *derecho* o de aquello que 'es justo' en cada problema. Lo justo es siempre justo *naturalmente* porque (entre otros factores) asume la naturaleza histórica del hombre. Veamos cómo explica Tomás de Aquino este tema.

Tomás de Aquino recoge la vieja distinción romanista entre derecho natural y derecho de gentes. Ya vimos que este último derecho se compone de todo aquello que ha sido 'introducido' *usu et necessitatibus humanis exigentibus*, y es un *ius positivum*, esto es, un derecho expresamente diferente del derecho natural. Sucede que por lo general los juristas medievales tendieron a dejar reducido el derecho natural a una mixtura confusa de las doctrinas sobre la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio* con la tesis según la cual el derecho o ley natural se compone exclusivamente de aquellos principios supremos de la actuación práctica que son evidentes por sí mismos porque para su conocimiento no se necesita de ningún raciocinio.⁹⁷⁶ Quedaban, pues, dos ámbitos fundamentales del derecho: lo evidente por sí, que era el *ius naturale*, y todo lo conseguido por raciocinio ante las necesidades, que compone el *ius gentium*. Desde este planteamiento el único derecho natural posible es el contenido universal e inmutable de la ley natural, a saber: los *prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis*. En cambio, todo aquello que 'es justo' según las circunstancias históricas compone derecho 'positivo', es creación humana.

Tomás de Aquino asume tanto la actitud tradicional, que es la expuesta líneas arriba, como la tesis representada por Pedro de Bellapertica. Este hecho hace a su pensamiento algo tortuoso, porque en ocasiones declara que el derecho natural se circunscribe a los *prima principia*,⁹⁷⁷ y en otros momentos explica minuciosamente que el derecho natural es el derecho de gentes.⁹⁷⁸ Es decir, en unos momentos pretende ante todo salvaguardar la inmutabilidad de la ley natural, y otras veces quiere mostrar que toda solución justa constituye siempre derecho natural. Como podemos comprender, en esta actitud contradictoria está jugando su función el problema de la historicidad de la justicia.

976 *Vid.*, por ejemplo, mi estudio "Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVI", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (1975), pp. 289 y ss.

977 *Vid.*, por ejemplo, lo que establece en *op. cit.*, I-II, q.91, art. 3 ad 2 cuando indica que "*Ad secundum dicendum est quod omnis operatio rationis et voluntatis derivatur in nobis ab eo quod est secundum naturam: nam omnis ratiocinatio derivatur a principiis naturaliter notis... Et sic etiam oportet quod prima directio actuum nostrorum ad finem, fiat per legem naturalem*".

978 *Vid. op. cit.*, I-II, qq. 94 a 96, en donde considera detenidamente este tema.

Desde luego, no encontraremos en Tomás unas declaraciones rotundas y decisivas que nos ayuden a decantarnos por una u otra actitud ante la naturaleza del derecho natural y, quizá, lo más prudente es interpretar su pensamiento a la luz del entorno doctrinal en el que él vive y ayudados por las obras de los juristas que escriben en la misma tradición jurisprudencial y filosófica. Propongo, pues, una interpretación estrictamente histórica.

Me parece que es preciso partir de la distinción entre derecho y ley, temas que él mismo trata separadamente. A la ley le dedica parte de la I-II de la *Summa Theologiae*, y el derecho o *ius* lo trata en la II-II de esta obra, al explicar las virtudes de la prudencia y de la justicia. Podríamos pensar que, de acuerdo con la tradición medieval, la ley natural viene constituida por los 'primeros principios' de la conciencia o razón práctica; el derecho, en cambio, se compone de aquello *quod iustum est* en cada caso. Pudiera pensarse, quizá algo precipitadamente, que el inicio de todo razonamiento sobre la justicia estaría compuesto por los principios de la ley natural, y que el derecho de origen humano complementaría simplemente aquellos primeros principios. En Tomás, esto es así y no es así, porque la cuestión es bastante más compleja. Aun a riesgo de confundir algo al lector, introduciré dos temas que trata el de Aquino: el de la historicidad de la naturaleza humana y el de la función del derecho positivo en la constitución del derecho natural.

En efecto, Tomás de Aquino no contempla a la ley natural como un conjunto de principios rígidos e inmutables. Al contrario, Guillermo de Auxerre (que es el único teólogo coetáneo al que, junto con Praepositinus Tomás cita) ya había distinguido diversas clases de principios dentro de la ley natural. Auxerre, en su terminología escolástica, hablaba de principios de 'primera necesidad', de 'segunda necesidad', de 'tercera necesidad', etcétera,⁹⁷⁹ con lo que quería dar a entender que existen normas del derecho natural que son inderogables e inmodificables en todo caso, como es la que ordena no adulterar; otras pueden ser derogadas si hay motivo, como hizo Dios con el mandato de la monogamia, dispensado por Moisés; otras las pueden dispensar los hombres si hay causa suficiente, como la introducción de las propiedades derogando la *communis omnium possessio* estatuida por el derecho natural. De este modo, la ley natu-

979 Vid., por ejemplo, a Pizzorni, R., *Il diritto naturale dalle origine a S. Tommaso d'Aquino*, Roma, 1978, pp. 200-204.

ral se compone de exigencias algo heterogéneas. Tomás sigue esta forma de entender la ley natural y declara que tal ley puede ser modificada por adición (porque se le añade algo que antes no existía) o por derogación, porque alguna institución que se fundamentaba en ella deja de estarlo;⁹⁸⁰ es decir, no todo lo dispuesto por la ley natural es inmutable. Si pensamos en las variaciones que se han producido en el magisterio de la Iglesia católica sobre temas básicos que antes se fundamentaban en el derecho natural y ahora están prohibidos por este mismo derecho,⁹⁸¹ captaremos hasta qué punto el dominico supo entender el *telos* del hombre, a pesar de que su época —caracterizada por una gran estabilidad social e institucional— se prestaba más bien a perpetuar el propio momento en nombre de la ‘naturaleza del hombre’.

El otro problema al que aludía era el de la función del derecho positivo en la constitución del derecho natural o de lo justo naturalmente. No debe extrañarnos que Tomás declare en ocasiones que el derecho de gentes constituye derecho natural, esto es, que el derecho positivo ‘es’ derecho natural, porque estamos en condiciones de entender que él se percataba del hecho de que la naturaleza histórica del hombre exigía tener en cuenta las ‘necesidades’ (la mayor parte de las cuales acaecen históricamente y son contingentes) para determinar el derecho natural. Estas necesidades son de tipo diverso: pueden ser cambios económicos, sociales, políticos, tecnológicos, y también pueden ser cambios en las valoraciones personales, porque lo que es justo a la luz de una legislación puede ser injusto según otras leyes; es decir, las necesidades que ‘naturalmente’ dan a la luz la solución justa suelen estar integradas en buena medida por las leyes positivas. De esta forma, paradójicamente, el derecho positivo *integra* y crea en cierto modo lo que es *derecho* natural. Este hecho lleva a Vallet de Goytisoló a entender que el adjetivo ‘natural’ referido a la ley y

980 En *op. cit.*, I-II, q. 94, art. 5 escribe que “*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 desinat esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem*”.

981 Este sería el caso de la prohibición del préstamo con intereses, prohibición que se fundamentaba en el derecho natural. O el de la institución de la esclavitud, que se legitimaba según el derecho natural a tenor de las necesidades. O el de la confesionalidad de la *respublica*, antes exigida por el derecho natural y ahora también prohibida. Cito estos tres ejemplos porque afectan a tres facetas fundamentales del hombre: la individual (esclavitud), la política (la confesionalidad con la correspondiente Inquisición), y la económica.

al derecho en Santo Tomás, están usados sólo analógicamente.⁹⁸² Pues la ley es natural de un modo, y el derecho se constituye en derecho natural de otro modo distinto. Esta segunda inteligencia del derecho natural fue expuesta con toda nitidez ya en el siglo XVI por Francisco Connanus y por Gregorius Tholosanus, juristas que —tal como indicaba anteriormente— se inscriben en la misma tradición cultural que Tomás de Aquino.

3. *El iusnaturalismo de la Edad Moderna*

En el siglo XVI se produjo un rechazo, no siempre pacífico, de la cultura existente, heredada de la baja Edad Media. Los *grammatici* y *rethorici*, en un primer momento, acusaron a los juristas de ser bárbaros en su estilo literario, de no conocer ni la lengua latina ni el derecho romano, oculto ya entonces bajo la capa de glosas y comentarios de los juristas bajomedievales. Bajo la bandera de un *revertimini ad fontes* algunos juristas, como Alciato y Zazio, dedicaron sus esfuerzos al estudio del derecho romano puro, y para ello —aparte de un mejor conocimiento de las lenguas latina y griega— usaron del análisis histórico y filológico. Dieron origen a una corriente conocida como *mos gallicus* en razón de que en la escuela francesa de Bourges se instauró un fuerte centro de estudios humanistas; además, buena parte de los juristas que se dedicaron a este estudio puramente romanístico eran franceses. Medio siglo más tarde completó su obra Jacobo Cujas, el romanista quizá más importante que ha existido, en quien podemos considerar convencionalmente que culmina esta corriente.

Pero las críticas de los humanistas tenían un alcance más amplio: se quejaron expresamente del latín de baja calidad de los juristas, de la poca atención que concedían a las fuentes romanas (sustituidas por el estudio de los doctores medievales), de la maraña de opiniones discordantes que componía la jurisprudencia entonces existente, etcétera. Se quejaron de muchas cosas, y sucedía en realidad que —por así decir— hacían una ‘enmienda a la totalidad’ de la cultura que habían recibido. El espíritu de la época no se limitó a exigir mejor conocimiento de las lenguas clásicas ni del derecho de los juristas de Roma, sino que consistió en un rechazo frontal de *toda* la cultura jurídica y moral existente; las críticas a que he aludido eran, ya en la segunda mitad del siglo XVI, un pretexto para mos-

982 Cfr. “Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profr. Federico de Castro*, Madrid, 1976, p. 734.

trar su disconformidad total. No fue extraño que una vez que se hubiera consolidado el *mos gallicus*, rechazaran al mismo derecho romano en nombre de la 'razón'.

El siglo XVI ha constituido un momento lleno de perplejidades. Los intelectuales y algunos juristas no sabían muy bien qué era lo que querían, pero sí reconocían lo que rechazaban: la tradición. En las universidades se enseñaba el derecho romano glosado y comentado por los juristas de los siglos XII-XVI. Pero si se niega la validez jurídica de estos juristas en un primer momento, para pasar posteriormente a negar la misma validez del derecho de Roma, ¿qué se podía enseñar en la docencia jurídica universitaria?

La pauta para marcar el nuevo camino la dio un español, Fernando Vázquez de Menchaca, miembro del Consejo de Castilla, hombre de confianza de Felipe II, que acabó sus días como canónigo doctoral de la catedral de Sevilla. Fernando Vázquez publicó en 1559, en Venecia, sus *Controversias ilustres y otras de más frecuente uso*, que ha sido el primer libro jurídico específicamente moderno. Vázquez arranca desde un individualismo voluntarista: las ideas contenidas en las teorías romanistas sobre el 'estado de naturaleza' en el que dominaría la *omnium una libertas*, etcétera, en el que no habría existido ningún tipo de sujeción institucionalizada de un hombre a otro, las ordena y sistematiza él. Antes del siglo XVI los juristas se habían ocupado del *ius naturale*,⁹⁸³ pero como realmente no era necesario conceder ninguna importancia a este derecho porque lo contenido en el *Corpus Iuris Civilis* (conjunto de normas y principios jurídicos dictados por el Sacratísimo Emperador Justiniano, príncipe cristiano, según entendió la Baja Edad Media) contenía todo lo que era necesario para el orden civil y para las cuestiones espirituales y religiosas que afectaban a este orden, las doctrinas sobre el derecho natural que establecían los juristas al comentar el derecho romano eran a modo de ejercicios académicos sin gran trascendencia práctica. De esta forma las doctrinas iusnaturalistas vegetaron durante cuatro siglos en los comentarios al *Corpus Iuris* y en las obras de los teólogos. Era preciso un tiempo de crisis en el que se pusieran a prueba los principios mismos, y esto sólo sucedió en el siglo XVI, cuando se negó la validez jurídica del derecho romano. Entonces el influjo de aquellas explicaciones en torno al 'estado de naturaleza' originario del género humano, a la igual libertad de todos

983 Vid., por ejemplo, el estudio de Weigand, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, 1967, y mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media*, ya citado.

los hombres según el derecho natural, etcétera, fue eficaz de hecho. Esto motivó que Vázquez de Menchaca pudiera escribir con entera naturalidad sobre la igualdad de todos los individuos en el *status naturae*, sobre el origen necesariamente contractual del poder político y en general de todos los temas propios de la literatura 'iusnaturalista' de la Edad Moderna. A partir de su libro, ya estaban puestas las bases para crear toda una corriente de literatura ético-jurídica que se inicia bien con independencia de la *jurisprudencia* romanista anterior —como sucedió con Vázquez o Grocio— bien en manifiesta hostilidad a todo lo que sonara a Aristóteles, derecho romano o explicaciones de los teólogos escolásticos. Todos ellos —por ironías de la historia— en una cierta continuidad con los comentarios jurisprudenciales bajomedievales.

El siglo que transcurre entre 1550 y 1650 es francamente tenebroso desde el punto de vista de la ciencia jurídica. Los juristas de formación prudencial-romanista intuyen que se está extendiendo una nueva mentalidad sobre la moral y el derecho, pero esta nueva forma de pensar y sentir es aún tan inconcreta que no pueden ejemplificarla en una obra determinada: Fernando Vázquez tuvo la habilidad de presentar sus explicaciones en continuidad con una tradición indudable. Estos juristas publicaron esa enorme enciclopedia jurídica que fue el *Tractatus universi iuris*,⁹⁸⁴ y añaden las explicaciones de Connanus, de Bolognettus, de los hermanos Hopper y de Tholosanus⁹⁸⁵ para mostrar en qué consiste el derecho natural. Entonces se estaba hablando mucho de este derecho, pero con tesis todavía inconcretas.

El primero que logró dar cierta identidad propia al nuevo derecho natural fue Hugo Grocius, con su *De iure belli ac pacis*, aparecido hacia 1635. Grocio recoge los tópicos romanistas del individuo aislado e independiente en el *status naturae*, del contrato social, etcétera. Pero este holandés fue aún un autor de transición; en parte porque no rompe brusca-mente con la tradición de los teólogos católicos ni con la jurisprudencia romanista, y también porque —como diplomático de profesión que era—

984 Fue editado en Venecia, en 1584, bajo el título de *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris facultate iurisconsultorum*.

985 Francisco Connanus publicó en Basilea, en 1562, sus *Commentariorum iuris civilis libri X*. La obra más conocida de Albertus Bolognettus es su "De lege, iure et aequitate disputationes", en el *Tractatus illustrium...*, ya citado. Joaquín Hopper compuso el *De vera iurisprudencia, ad regem* (Felipe II), más conocida como *Seduardus* por ser éste el personaje principal del diálogo. Gregorius Tholosanus es el autor del *Syntagmata iuris universi*, que conoció bastantes ediciones a lo largo del último tercio del siglo XVI.

su tono era conciliador. Además, Grocio no postula consecuencias estrictamente normativas desde el individuo aislado, independiente y libre: atiende a diversos puntos de referencia y no se deja llevar por un talante plenamente sistemático.

La tarea de instaurar la disciplina del *ius naturale* recayó en Samuel Pufendorf, unos años más tarde. Pufendorf reunía todas las condiciones que se requerían: él sí extrae esas consecuencias normativas a que aludía. Rompe con toda brusquedad con la tradición, normalmente en tono grosero, porque la ortodoxia protestante que él representaba⁹⁸⁶ reclamaba una nueva razón que sustituyera definitivamente a la filosofía aristotélica, al derecho romano y a toda la filosofía y teología escolástica existente desde los inicios del cristianismo hasta entonces: la *ratio corrupta* que había proclamado Lutero invalidaba toda la reflexión filosófica, teológica y ética que había existido, la de los paganos, la de los padres de la Iglesia y especialmente la de los 'doctores escolásticos'⁹⁸⁷. La rebeldía religiosa del siglo XVI, que en un primer momento se canalizó por cauces eclesiástico-teológicos de la mano de Lutero y Calvino, alcanzó también al terreno jurídico y, en general, ético: el *ius naturale* de la Edad Moderna fue un producto de los protestantes en su lucha contra la cultura que suponían propia de los católicos. Además, Pufendorf presentó su obra de una forma externa pretendidamente sistemática: el 'sistema' fue una de las exigencias de los descontentos de la cultura tradicional, que rechazaban el casuismo propio de la cultura jurídica romanista.

Tras de Samuel Pufendorf este racionalismo constructivista moderno se afianzó normalmente bajo el rótulo de *derecho natural*. Los nombres de Christian Wolff, Christian Thomasius, Nicolás J. Gundling, etcétera, son suficientemente expresivos. Ellos llenan todo el siglo XVIII y culminan con Kant y sus discípulos en el continente,⁹⁸⁸ y con Locke, Paine o Bentham en el ámbito anglosajón. El *De Officio* de Pufendorf fue el libro que más corrió por las manos de los constituyentes norteamericanos. Cabelmente, Pufendorf no añadió gran cosa a lo que ya había expuesto Fer-

986 Pufendorf fue muy discutido incluso entre los reformados. Se vio forzado a publicar un escrito extenso, la *Eris Scandinica*, para exponer las refutaciones suyas a las objeciones que le presentaban los teólogos suecos.

987 Sobre este tema publiqué un estudio, "La modernidad jurídica y los católicos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, V (1988), pp. 383-410, que es fundamentalmente un catálogo de los insultos con que los protestantes desautorizaron la tradición cristiana-católica existente hasta Lutero.

988 Dedicué mi obra *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, a exponer e interpretar las enseñanzas político-jurídicas de la escuela kantiana.

nando Vázquez de Menchaca en 1559. La única innovación de importancia fue la realizada por John Locke, que al binomio de los derechos naturales de igualdad-libertad añadió el de propiedad. Los iusnaturalistas anteriores a Locke, influidos por la tesis medieval de la *communis omnium possessio*, no se habían atrevido a declarar que la propiedad constituía un derecho originario o 'natural' del hombre. A partir de la difusión de la obra de Locke, reforzada por las enseñanzas que ejemplificó Adam Smith, la propiedad fue incluida en el triple catálogo de los derechos naturales del hombre. Estos tres derechos naturales poseen una función estrictamente normativa en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII. Desde la igual libertad se derivaba la exigencia de que el poder fuera construido por los individuos libremente mediante un contrato de todos con todos para asegurar la libertad, igualdad y propiedades que ya se poseían en el 'estado de naturaleza'. La *societas* que así nace fue llamada por los últimos iusnaturalistas una *societas assecutoria*,⁹⁸⁹ así como 'Estado de derecho' porque la misión del 'Estado' era defender los derechos naturales del individuo.⁹⁹⁰

Obviamente, estas doctrinas iusnaturalistas de la modernidad no tenían nada en común con las explicaciones sobre el derecho natural de Tomás de Aquino o de Francisco Connanus. Se las llamó derecho natural únicamente porque éste fue el título que recabó para sí el racionalismo ético-jurídico que echa a andar en el siglo XVI: podría haberse llamado de otra forma y hubiera inducido menos a confusión. Pero todos los tratados de estos autores llevan el título de *Jus Naturae* o *Naturrecht*, y por este hecho fundamentalmente se da a esta corriente el nombre de derecho natural de la Edad Moderna. También podemos considerar que como todos ellos parten del 'estado de naturaleza' y utilizan las figuras de los 'derechos naturales' del individuo como punto de partida de sus construcciones, el título de derecho natural no es del todo inadecuado. Pero estos tratadistas del derecho natural no suelen pensar en un orden de principios inmutable y eterno, al modo de los *prima principia practicae rationis* de que hablaron los escolásticos. Tampoco admiten una *jurisprudencia*, esto es, un arte prudencial que nos permita conocer qué es lo justo naturalmente, de acuerdo con la naturaleza histórica del hombre: se distancian completamente de Tomás de Aquino, Pedro de Bellapertica o Francisco Connanus. En su reacción fundamentalmente antitradicional ellos preten-

989 Vid. *La cabeza de Jano*, op. cit., pp. 175-181.

990 Vid., por ejemplo, a Bluntschli, J. Gaspar, *Derecho público universal*, Madrid, s/f, p. 24.

dieron *construir* un hombre nuevo, un ser 'justo y benéfico' que tendría asegurada la rectitud de sus criterios de justicia porque las leyes existentes procederían de un poder 'republicano'. La palabra *democracia* es muy reciente: los modernos hablaron de régimen republicano para designar lo que hoy entendemos por parlamentarismo. Ellos postularon que las leyes dictadas por el poder parlamentario (a esto dejaron reducido el derecho) habían de ser justas necesariamente, pues son leyes que los ciudadanos se dan para ellos, y nadie se causa injuria a sí mismo. Se trataba de un postulado poco evidente: de ahí los esfuerzos de Rousseau para mostrar que la *volonté générale*, que nada tiene que ver con la voluntad empíricamente manifestada (a la que llama *volonté de tous*), es siempre justa.

Quizá la línea divisoria decisiva entre uno y otro iusnaturalismo sea de índole teológica: la teoría del derecho natural más antigua (así como la de todos los que hoy afirman que los derechos humanos inhiere en la dignidad especial de la persona) arranca desde un dato teológico: los primeros principios prácticos, que son justos y han de ser obedecidos porque constituyen una manifestación de la luz de Dios, como dice el salmista.⁹⁹¹ Los modernos, en cambio, prescinden de cualquier dato teológico: el postulado de la igual libertad y la *necesidad* de salvaguardar los 'derechos fundamentales' constituyen la palanca omnipresente en todos sus razonamientos. Por lo demás, desde el momento en que sólo admiten como derecho las leyes dictadas por el poder parlamentario, y niegan expresamente la posibilidad de cualquier ciencia del derecho, es patente que el suyo fue ante todo un empeño de naturaleza política: quisieron hacer realidad el 'Estado', es decir, la forma de convivencia y dominación específica de la Edad Contemporánea.

4. *El derecho natural de la Ilustración*

El siglo XVIII vio discurrir las diversas direcciones de lo que genéricamente llamamos la escuela del derecho natural moderno. Porque aunque Pufendorf y Wolff tengan nervios en común, también hay datos que los separan. Christian Wolff se presentó como discípulo de Leibniz, y lógicamente no podía participar enteramente del talento de los discípulos de Pufendorf, tales como Gundling o Koehler. El *De iure naturae et gentium*

991 Tomás de Aquino se remite al salmo 4, vers. 6: "Muchos dicen: '¿Quién nos hará ver la dicha?'/ ¡Alza sobre nosotros la luz de tu rostro!". Equipo de traductores de la edición española de la Biblia de Jerusalén, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1976.

de Wolff dio lugar a una 'línea moderada' del iusnaturalismo, que reconocemos en las obras de Heineccius, Darjes o Nettelblatt. Pero el siglo de la Ilustración fue algo más complicado.

Efectivamente, junto a los restos del derecho natural romanista, representados polémicamente por Ignatius Schwarz, Anselmo Desing o Juan Francisco Finetti, se abrieron camino las propuestas que ejemplificamos en Pufendorf y Wolff. Sin embargo, el sensismo y fenomenismo de la época reclamaban un 'orden humano' más *científico*, más de índole materialista. John Locke había puesto las bases epistemológicas, pero este inglés había sido inconsecuente porque había 'postulado' las *cualidades morales* de la igualdad y propiedad: se trataba de seguir el camino trazado por Hobbes y Locke, pero llevado hasta sus últimas consecuencias. Ésta fue la tarea que asumieron diversos autores francófonos, tales como Helvetius, Paul Tiry barón D'Holbach o Condorcet. Estos filósofos solamente consideraban una 'naturaleza única', esto es, una sola 'materia' que se desplegaba según leyes iguales para todos los seres comprendidos en ella. Buscaban el 'puesto del hombre en el cosmos', ese todo ordenado y siempre idéntico a sí mismo que D'Holbach llamaba el *Nisus*, y que los románticos alemanes designaron como *Trabant* o *Weltall*.

El materialismo de estos filósofos les llevó a negar reiteradamente la libertad del hombre y la existencia de azar. El ser humano está actualmente corrompido por los malos gobiernos y los prejuicios —especialmente por los prejuicios religiosos—, y su miseria es más moral o humana que no de circunstancias. La solución está en volver la vista al 'todo universal' a fin de que el género humano recupere su 'naturaleza' perdida y sea tan feliz como los pájaros que surcan el cielo. La idea o tesis de un 'todo natural' y sistemático en el que se incluye el hombre como una parte más echó a andar definitivamente con ellos. según Condorcet, el conjunto de reglas naturales que dominan todo el universo constituyen la 'metafísica' necesaria de todo lo existente.⁹⁹² El hombre ha de encontrar su acomodo en esta metafísica necesaria, su inserción en el orden del ser.

Estamos ante un esquema teleológico hecho posible por definiciones genéticas: una totalidad que no es más que una síntesis a priori que presenta al cosmos bajo el esquema de la máquina. Esta teleología moderna no tiene relaciones con la metafísica teleológica aristotélico-tomista: las

992 Condorcet usaba esta palabra —'métaphysique'— para referirse a la necesidad del comportamiento humano como un sector más del universo igual a sí mismo. *Vid. Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, París, 1988, p. 80.

declaraciones de Tomás de Aquino según las cuales la naturaleza no procede al modo del arte, sino que solamente prepara unos primeros principios de la actuación⁹⁹³ hubieran sido subversivas para Helvetius y, sobre todo, para D'Holbach.

5. Las ideas decimonónicas heredadas hoy

Este constructivismo ético-jurídico moderno perdió momentáneamente su prestigio en el siglo XIX⁹⁹⁴ y fue sustituido por otras explicaciones de la realidad social humana. Con él desaparecieron de la escena universitaria los 'estados de naturaleza', los contratos sociales, etcétera. Igualmente, los movimientos legitimistas y restauradores borraron momentáneamente del mapa intelectual europeo los mecanicismos materialistas de Condorcet o Helvetius. ¿Qué quedó acerca del derecho natural?

Responder a esta pregunta es empresa compleja. De una parte, ya había sido rechazado expresamente el *ius naturale* moderno, y de otro lado se había perdido la tradición jurisprudencial romanista que hizo posible la obra de Tomás de Aquino. Únicamente había quedado la idea confusa acerca de que existe un derecho natural, un orden de normas eterno que existe paralelo o por encima de los derechos positivos existentes históricamente: pero estamos en condiciones de comprender que ésta no era la realidad que habían descrito Pedro de Bellapertica, Tomás de Aquino o Hugo de Roy.

El siglo pasado produjo él una mixtura con las ideas de la línea moderada del derecho natural moderno, la que arranca de Christian Wolff y se populariza con las obras de Nettelbladt, Burlamachi, Filangeri, etcétera (los libros de estos autores tuvieron una gran difusión en los países de cultura católica), y con las tesis maquinistas y mecanicistas de los filósofos materialistas ilustrados. El iusnaturalismo de la Edad Moderna fue rechazado en pleno periodo restaurador-legitimista, en parte porque presentaba un carácter confesional protestante que se inscribió plenamente en la lucha de religiones, y era poco fiable para los católicos. En parte fue deja-

993 Éste es un tema recurrente en los escritos de Tomás de Aquino. *Vid.*, entre otros lugares, el 2 de la *In octo libros Politicorum Aristotelis Expositio*, Roma, 1966, en donde indica que "*Sed natura quidem non perficit ea quae sunt artis, sed solum quaedam principia praeparat, et exemplar operandi quodam modo artificibus praebet*".

994 Las causas que dieron origen al fracaso de la modernidad en el siglo XIX son diversas. *Vid.* mis estudios "'Naturrecht' y 'Rechtsphilosophie': los inicios del positivismo jurídico en Alemania", *Anuario de Filosofía del Derecho*, III (1986), pp. 343-397 y *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993.

do de lado porque Pufendorf, Locke, Gundling, etcétera, eran considerados los padres del espíritu revolucionario que había que combatir. Sí, pero ¿cómo seguir hablando entonces en las universidades del derecho natural o de una justicia inmodificable por las decisiones de la voluntad personal o colectiva? Es fácil comprender que el siglo pasado fue, con respecto a este tema, una época de confusión y amalgamas.

Fue típico de este tiempo considerar al universo como un 'todo'. Es posible, quizá, que bajo el influjo de la versión usual de la física de Newton, que condujo a un 'positivismo' según el cual 'todo' era reductible al lenguaje matemático, y que la multitud de leyes físicas han de ir siendo reconducidas progresivamente al menor número posible, a una única ley que exprese la realidad cognoscible para nosotros, las cabezas quedaran preparadas para asumir o postular (subliminarmente por lo general) la unidad que es esencial a la pretensión del 'sistema'. En el continente, especialmente en los países de lengua alemana, éste es el momento en que se desarrollan imparablemente diversas filosofías semiidealistas que consideran al universo como un organismo único. El conjunto de la totalidad orgánica de lo existente fue llamado *Trabant* o *Weltall*. Y así como únicamente existe un todo único, sólo puede existir una razón única, un derecho o una justicia igualmente únicos para todo el género humano.⁹⁹⁵ El mismo Jeremías Bentham participó a su modo de esta quimera, y de ahí su empeño en redactar, sin moverse de su gabinete, códigos de derecho para cualquier nación del mundo.

Pretendo indicar con estas digresiones que el siglo pasado fue el momento en el que se impuso lo que algunos han llamado, recientemente, 'la idea eterna del derecho natural'. Pues, efectivamente, estuvo y está extendida la tesis según la cual pertenece a la esencia de cualquier actitud iusnaturalista el postular un ordenamiento jurídico único, inmutable en el tiempo y en el espacio, que expresaría el derecho por excelencia, de modo que cualquier otro ordenamiento positivo sólo constituiría derecho en la medida en que se derivara de este derecho superior o primero. Las personas que piensan así quedarían muy sorprendidas si quisieran saber que hasta las puertas de la Edad Contemporánea llegó la visión prudencial del derecho natural, que lo contempla como un ordenamiento jurídico que *concorre* con otras necesidades humanas, de modo que a veces es preferible aplicar directamente un precepto del derecho natural, y a veces

995 Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, op. cit., pp. 112-118.

es mejor que el derecho natural quede postergado tras una norma del derecho de gentes o del derecho civil: cuentan los hombres y sus necesidades, no los ordenamientos jurídicos ya dados. Esta misma idea, la de un ordenamiento jurídico que 'ya está' para ser *aplicado*, parece ajena a la corriente jurisprudencial. Porque, como indicaba Pedro de Bellapertica, la diferencia entre el derecho y la jurisprudencia está en que el *ius est scriptum, et jurisprudencia est scire*.⁹⁹⁶

En el marco trazado por esta forma de pensar totalizante (por lo demás, un trasunto necesario de la concepción estatal del derecho), se extendieron entre nuestros contemporáneos varias formas generales de entender este nuevo derecho natural. Existe una primera línea de pensamiento, que reconocemos en muchos y muy diversos autores, que afirma la existencia de un orden natural por encima del arbitrio del legislador. Echaron mano de las constantes psicológicas del hombre (tengamos presente la enorme importancia de las corrientes psicologistas en la filosofía decimonónica), de lo que siempre ha sido considerado como justo entre los seres humanos, de la estructura psicobiológica de las personas, etcétera.

Los católicos reaccionaron también creando algunas teorías sobre el derecho natural de cariz netamente confesional. Solían tener ante la vista las obras de los escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII, especialmente el *De Legibus* de Francisco Suárez, cuyo prestigio perduró singularmente. Pero no en vano esta obra de Suárez —igual que las de los otros escolásticos tardíos— se titula *Sobre las leyes*: en lugar de considerar el tratado sobre el derecho, atiende solamente a algunas vertientes aisladas del tratado de las leyes contenido en la I-II de la *Suma teológica* de Tomás de Aquino. Sucede que los siglos XVII-XVIII marcan la etapa inicial, teórica, sobre el Estado, y el Estado no admite jurisprudencia o ciencia jurídica: sólo reconoce, como derecho, las leyes emanadas del poder central, que han de ser aplicadas un tanto literalmente. Los últimos escolásticos españoles, y este es el caso de Luis de Molina, Gabriel Vázquez, Suárez, Escobar o el belga Leonardo Lessius, están inmersos ya y han aceptado tácitamente la mentalidad moderna: por esta razón ellos no hablan 'De la justicia y del derecho', sino de las leyes del Estado. Los autores católicos del siglo XIX que se proponen reinstaurar el derecho natural siguieron los carriles establecidos, y si citan a Tomás de Aquino es a la

996 "*quia ius est scriptum, et jurisprudencia est scire*". Cfr. Petri de Bellapertica..., *op. cit.*, p. 50.

luz de Suárez. Se produjo de este modo una lectura muy distorsionada del texto tomista.

El primer católico que apeló a Santo Tomás fue el jesuita italiano Luigi Taparelli d'Azeglio, con su *Saggio sul dritto naturale*. Sentó mal en los ambientes eclesiásticos que se resucitara al de Aquino, y Taparelli fue desterrado a un pequeño pueblo del sur de Italia. Tras los pasos de Taparelli publicaron a lo largo del siglo Prisco, Liberatore, Vadillo, Ortí y Lara, etcétera.⁹⁹⁷ La idea dominante en ellos es que suelen hablar sobre las leyes del Estado, manteniendo con diversos razonamientos que las leyes positivas humanas han de acomodarse a una ley superior. Citan bastante a Santo Tomás, pero de una forma muy descontextualizada por el motivo ya apuntado: se basan únicamente en una lectura mutilada del '*Tratado de las leyes*' y omiten las abundantes declaraciones tomistas que se encuentran en este mismo *Tratado* acerca de la mutabilidad de la ley natural, porque cambian tanto la naturaleza como la razón humanas. Me atrevería a mantener que, todavía hoy, ésta es la forma dominante de entender el esquema tomista acerca del triple escalonamiento de ley eterna-ley natural-ley positiva humana.

Por otra parte, este movimiento de los católicos estuvo seriamente afectado por las ideas liberales-modernas entonces de moda en Europa. Aunque existieron personas que se percataron de la historicidad de lo que entonces parecía necesario o inevitable, y tal fue el caso de Jaime Balmes o de Donoso Cortés, la mayor parte de los autores de "tratados de derecho natural" se sintieron en la obligación *ante todo* (es una cuestión de matices) de luchar contra las ideas socialistas y anarquistas que ya se estaban imponiendo en Europa. La cultura universitaria católica decimonónica fue una cultura a la defensiva. Este hecho condujo a la creación de la mentalidad, realmente muy extendida, que mantenía que la Iglesia católica estaba comprometida en el mantenimiento del *statu quo* respecto del repartimiento de la propiedad inmobiliaria: se habían perdido las ideas romanistas y medievales relativas a la *communis omnium possessio* y en su lugar habían entrado en las universidades católicas las doctrinas de Locke, Adam Smith o Kant de una manera inmatizada. Por estas razones, en estos 'tratados' se proclama insistentemente que la propiedad privada 'se fundamenta' en el derecho natural y, en cambio, faltaron criterios que

997 Un estudio de conjunto sobre estos autores es el de Serrano Villafañé, E., *Derecho natural: concepciones iusnaturalistas actuales*, Madrid, Universidad Complutense, 1977.

permitieran una mayor libertad de espíritu en la consideración de la propiedad. Hicieron daño las normalmente excelentes obras de los restauradores tradicionalistas de la época, tales como Ludwig von Haller, Adam Müller, De Bonald, De Maistre, etcétera, a pesar de que la Iglesia católica había condenado expresamente la vinculación entre verdad revelada y tesis políticas que se contenían en las obras de algunos de estos autores.

A finales de siglo Viktor Cathrein trató de cimentar más sólidamente la doctrina del derecho natural. A este fin, mantuvo que el orden del 'deber-ser' (*Sollen*) ha de fundamentarse en lo que 'es' (*Sein*), en el ser o metafísica. En cierto modo ésta fue la tesis que mantuvo Heinrich Rommen en su *Eterno retorno del derecho natural*, el estudio sobre este tipo del derecho más conocido en la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, quien conozca la ciencia del derecho o jurisprudencia se mostrará muy reacio a fundamentarla en el orden inmutable y eterno del ser: una cosa es la metafísica y otra la jurisprudencia, aun cuando la decisión práctica ha de poseer un fundamento metafísico u ontológico si no quiere perderse en puras arbitrariedades. Pero una cosa es el fundamento *real* de la decisión y otra afirmar sin más matizaciones que la metafísica es el fundamento de la jurisprudencia. Este tipo de afirmaciones inmatizadas puede conducir a confusiones, por más que se realicen en un plano extremadamente abstracto o genérico.

6. Reflexiones personales

El siglo pasado nos trajo un conjunto de doctrinas sobre 'la idea del derecho natural' que se resienten de insuficiencia de conocimientos específicamente jurisprudenciales y de abundancia de elementos extraños al arte de la *iuris scientia*. El excesivo carácter legalista de este iusnaturalismo, con la consiguiente rigidez ahistórica de la ley natural, intentó ser corregido por las diversas variantes del llamado derecho natural 'existencialista' que se desarrolló en los años posteriores a 1946, fuera ya de ámbitos católicos, y los nombres de Maihoffer, Kaufmann, Brunner, Fechner, etcétera, resultan suficientemente conocidos. No es el momento de valorar estas aportaciones: hoy, tras las obras de Josef Esser, Theodor Viehweg y Michel Villey, entre otros, tenemos la oportunidad de volver a intuir el saber específicamente jurisprudencial, que tienen un color inevitablemente romano y bajomedieval. Y sabemos que el derecho natural y el llamado derecho 'positivo' no se desarrollan paralelamente en la histo-

ria. Sino que el derecho de origen humano complementa los *prima principia* de la conciencia, y que el derecho positivo es normalmente parte integrante de la determinación de 'lo justo natural'. Aunque quienes quieren prescindir de cualquier instancia teológica —y son bastantes los que están empeñados en secularizar a toda costa la universidad— diseñan portentosos *constructos* racionalistas en los que partiendo de la 'posición original', de la 'situación ideal del habla', etcétera, dicen que es posible hablar de la justicia resucitando el binomio moderno de la igualdad-libertad.

Quizá la primera piedra del edificio jurisprudencial que hay que dar a conocer pase por la rehabilitación de la ciencia del derecho. Pues los 'positivismos jurídicos' de todos los tiempos, cuando han sido perspicaces, no han atacado tanto la posibilidad de una ley superior al arbitrio colectivo como la posibilidad del saber específicamente jurídico. Los juristas no suelen interesarse en una ley natural, que no le es necesaria para su trabajo, excepto cuando se enfrentan a un problema moral grave. Y en tal caso, lo que han de decidir no es tanto un problema de 'aplicación' rígida de una norma *iusnaturalista*, como un problema típico de ciencia jurídica, en el que el jurista de todos los tiempos echa mano de los argumentos que provienen de la oportunidad, de la analogía, de la lógica, de la moral admitida, y de muchas 'fuentes' más, todo ello bajo el ropaje del 'derecho positivo', porque así lo exige la mentalidad que mantiene al Estado. Si los juristas pudiéramos reconocer la cantidad de juicios, de inflexiones valorativas, de criterios morales, que se introducen de matute simplemente bajo adjetivos que tienen carta de naturaleza en el derecho cotidiano, podríamos ser más conscientes de que la ciencia del derecho es una parte más de nuestro vivir social, abierto constitutivamente a todos los factores que conforman nuestra vida diaria.

Me parece que es cuestión, ante todo, de esa honestidad personal que hace posible que digamos con franqueza qué es lo que estamos haciendo. Y de la mano de esa sinceridad quizá comprendamos el sentido y la función de la ley natural, que no existe solamente a modo de una norma superior (como la Constitución de los Estados). No estamos habitualmente ante simples problemas de *jerarquía normativa*, pues son los principios los que han de ser elegidos en función de las conclusiones, según mantuvieron tantos juristas y teólogos bajomedievales. Y sería una falta de piedad no atender a personas tan antiguas, tan rodeadas de un aura de sabiduría y santidad. Aunque es posible que no se trate tanto de sabiduría y de piedad, como de simple sentido de la realidad.

ÍNDICE

Prólogo	7
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO PLANTEAMIENTOS MEDIEVALES

I. El derecho natural laico de la Edad Media	11
1. Las distintas fuentes del <i>ius naturale</i>	15
2. El derecho natural, ¿obra de la razón o de los instintos 'naturales' del hombre?	17
3. La 'derogabilidad' del derecho natural	19
4. ¿Derecho de gentes o derecho natural?	25
5. Contradicciones inevitables	25
6. Pedro de Bellapertica, Bartolo y Baldo	28
7. De cómo la historia es siempre complicada	41
II. Esbozos metódicos	44
1. El juego de la ley y el derecho	45
2. Mandaban 'las cosas'	48
3. El criterio del <i>medium rei</i>	55
4. Persona y 'persona jurídica'	61
5. La doctrina de la 'causa'	63
6. Normas y problemas.	78

CAPÍTULO SEGUNDO
TIEMPOS DE CAMBIO

I. ‘ <i>Mos italicus</i> ’, ‘ <i>Mos gallicus</i> ’ y el surgimiento del iusnaturalismo moderno	81
1. Un problema	81
2. La ‘ <i>jurisprudencia</i> ’ tradicional: el ‘bartolismo’ jurídico o ‘ <i>mos italicus</i> ’	85
3. La degeneración del ‘ <i>mos italicus</i> ’	90
4. Quejas de los humanistas contra la ‘ <i>jurisprudencia</i> ’ existente	93
5. La reacción de los juristas: el ‘ <i>mos gallicus</i> ’	95
6. Dificultades del ‘ <i>mos gallicus</i> ’ para renovar la <i>jurisprudencia</i>	102
7. La superación del ‘ <i>mos gallicus</i> ’ por el racionalismo humanista	107
8. La ordenación de los institutos y la aparición de diversos sistemas jurídicos	120
9. La proyección histórica del ‘humanismo jurídico’	135
II. Del ‘ <i>ius</i> ’ a la ‘ <i>facultas</i> ’	138
1. Duns Escoto y Juan de Gerson	145
2. Persona, derecho y facultad	153
3. Los tópicos se reúnen	160
4. Reflexiones generales	167
A. La norma, ¿normativa o mensurada?	168
B. Las normas sustituyeron a los problemas	174
C. Las autoridades se impusieron al análisis	177

CAPÍTULO TERCERO
EL DERECHO NATURAL DE LA EDAD MODERNA

I. Una visión sucinta de la escuela del derecho natural moderno	183
---	-----

1.	Los puntos de partida de la <i>juris naturalis disciplina</i> . . .	184
	A. Una nueva 'ratio'	185
	B. Las bases antropológicas	189
	C. El contrato, punto de inflexión entre el hombre aislado y el hombre social	193
	D. La finalidad del cuerpo social creado mediante pactos .	195
	E. La mentalidad pactista	200
	F. Una teoría jurídica secularizada	205
	G. El problema de la ciencia jurídica: los criterios para ob- tener el derecho.	209
2.	El derecho natural de la Ilustración	212
	A. El eudemonismo como criterio supremo	213
	B. La reducción del derecho a la ley y la concepción impe- rativista de ésta	216
	C. La consideración de la ciencia jurídica en el iusnatura- lismo ilustrado	220
	D. Del iusnaturalismo al positivismo jurídico: J. J. Rous- seau.	223
3.	Un breve epílogo	230
II.	Samuel Pufendorf y la teoría de la 'cualidad moral'	232
	1. Para leer a Pufendorf	233
	2. Persona y libertad	235
	3. El derecho como cualidad moral	237
	4. La medición de la justicia y el voluntarismo	239
	5. ¿Ley natural o pactos libremente convenidos?	242
III.	La modernidad jurídica y los católicos	244
	1. La tradición según el derecho natural moderno	246
	2. Los juicios de los iusnaturalistas sobre la segunda escolás- tica española	253
	3. Los orígenes de la sabiduría: Hugo Grocio	259
	4. Pufendorf o la guerra entre dos culturas	262
	5. La reacción de los católicos	267

IV. La teoría de la 'persona jurídica'	274
1. La teoría iusnaturalista prekantiana	276
2. Los fundamentos de la libertad	280
3. El contenido de la libertad de la persona	284
4. La noción del derecho	287
5. El fundamento de la obligación jurídica	292
6. La persona como independencia y autonomía en la escuela de Kant	298
A. Libertad o necesidad	298
B. La identificación de la moralidad con la libertad	301
C. ¿Qué es libertad?	303
D. Libertad y derecho	309
E. La manifestación primaria y fundamental del derecho	312
F. Una libertad formal, negativa y vacía	318
7. El resultado final: la noción de 'persona jurídica'	322

CAPÍTULO CUARTO

TRES DOCTRINAS SOBRE EL DERECHO NATURAL

I. Los tres iusnaturalismos	327
1. Los problemas de siempre	327
2. El derecho natural en la baja Edad Media	330
3. El iusnaturalismo de la Edad Moderna	335
4. El derecho natural de la Ilustración	340
5. Las ideas decimonónicas heredadas hoy	342
6. Reflexiones personales	346

Historia del derecho natural. Un ensayo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 16 de marzo de 1999 en los talleres de J. L. SERVICIOS GRÁFICOS, S. A. de C. V. En la edición se utilizó papel bond de 70 x 95 de 50 Kgs. para los interiores y cartulina couché de 162 Kgs. para los forros. Se hicieron 1,000 ejemplares.