

Historia breve del Derecho Natural

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ



HISTORIA BREVE DEL DERECHO NATURAL

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Cádiz

Editorial COLEX
2000

HISTORIA BREVE DEL DERECHO NATURAL

© Francisco Carpintero Benítez

Copyright © 2000

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del editor.

© Constitución y Leyes, S.A.
Sor Ángela de la Cruz, 6 - 7ª planta
28020 Madrid
I.S.B.N.: 84-7879-525-1
Dep. Legal: M-5415-2000
Fotocomposición: Printing'94
Imprime: Gráficas Rogar. Tel.: 91-811 40 40

PRÓLOGO	9
I. EL DERECHO NATURAL EN LA BAJA EDAD MEDIA	13
§ 1. Derecho natural y libertad natural: El Derecho natural «ut natura»	18
§ 2. El Derecho de gentes y la razón natural: El Derecho natural «ut ratio»	22
§ 3. Las funciones de la razón en el Derecho natural	30
II. LOS PROBLEMAS DE TOMÁS DE AQUINO ANTE LA LEY NATURAL	35
§ 4. Ley y derecho	36
§ 5. Una opción básica	42
1. Un mundo de fines	44
2. La función de Dios	50
3. Los movimientos de cada cosa	51
4. Movimiento interno y movimiento violento.....	55
§ 6. Desde lo simple a lo compuesto	58
§ 7. La ratio como participada y como «essentialiter»	60
§ 8. Las «inclinaciones naturales».....	63
§ 9. Derecho y Moral: «Medium rationis» y «medium rei».....	64
§ 10. Los bienes humanos	66
§ 11. Las necesidades en la ponderación de los bienes	72
§ 12. Los principios han de ser elegidos en función de las conclusiones	75
§ 13. «Quaedam circulatio»	77
§ 14. El criterio de lo bueno y lo malo por sí mismo.....	81
§ 15. La pobreza del raciocinio	85
§ 16. El cambio de la ley natural	87
§ 17. El contexto del problema.....	89
III. LA PLENITUD DE LA REFLEXIÓN DE LOS JURISTAS	95
§ 18. Explicaciones sobre la noción del Derecho natural	98

§ 19.	El Derecho natural como una realidad exclusivamente racional...	100
§ 20.	El Derecho natural y las tendencias naturales del hombre.....	103
IV.	LA ESCOLÁSTICA BAJO MEDIEVAL.....	109
§ 21.	El carácter imperativo del derecho.....	110
§ 22.	Vida secular, y estilo de los religiosos	111
§ 23.	JUAN DUNS ESCOTO y GUILLERMO DE OCCAM	112
§ 24.	GERSON y CONRADO o la Escolástica moderna en el siglo XV	118
§ 25.	La Escolástica tardía española	122
§ 26.	FRANCISCO SUÁREZ	130
	1. Objetivismo ético	131
	2. El imperativismo jurídico.....	135
	3. Los derechos subjetivos naturales.....	138
	4. La «pura natura hominis»	142
V.	TIEMPOS DE TRANSICIÓN	145
§ 27.	La crisis del Jus Commune y la «historificación» del Derecho romano	145
§ 28.	Una nueva razón práctica: El Derecho obtenido desde la Filosofía .	148
§ 29.	La nueva "Idea del Derecho": El Racionalismo Humanista y el nacimiento de la Juris Naturalis Disciplina	152
§ 30.	FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA	159
	1. <i>Libertas est de jure naturale</i>	161
	2. La naturaleza del poder	162
VI.	LA ÉPOCA DE LOS IUSNATURALISMOS	167
§ 31.	Las líneas generales de la Modernidad	168
§ 32.	El marco general: Una campaña contra la cultura anterior	170
§ 33.	SAMUEL PUFENDORF	175
	1. Nominalismo y Derecho	177
	2. Persona y libertad.....	179
	3. El derecho como cualidad moral de arbitrio.....	181
	4. La medición de la justicia y el voluntarismo.....	183
	5. ¿Ley natural o pactos libremente convenidos?.....	186
§ 34.	Después de PUFENDORF.....	188
§ 35.	GROCIO y sus seguidores: Juristas entre dos culturas.....	193

§ 36.	El relativismo ético-jurídico	199
§ 37.	El constructivismo en la Filosofía práctica	203
§ 38.	La libertad como arbitrio	208
§ 39.	El pacto como única categoría jurídica	214
§ 40.	El <i>ius</i> como un mandato y la función de la doctrina democrática .	218
§ 41.	¿Genera el Derecho algún deber?	225
	1. Reglas técnicas y normas éticas	226
	2. El <i>ius naturale</i> como conjunto de reglas técnicas.....	227
	3. El problema del deber jurídico.....	228
	4. La reducción del deber a fuerza	230
§ 42.	La línea iusnaturalista triunfante	236
VII.	LA IDEA DEL DERECHO NATURAL INMUTABLE	239
§ 43.	Los escolásticos apreciaron más las cosas en sí que sus manifesta- ciones.....	239
§ 44.	La polémica contra SAMUEL PUFENDORF se hizo de la mano de SUÁREZ.....	241
§ 45.	La Ilustración postuló la Unidad.....	243
§ 46.	El Estado y el Derecho Natural.....	246
	FUENTES HISTÓRICAS.....	249

PRÓLOGO

Al hablar del Derecho natural se suele entender un orden jurídico-moral inmutable y eterno que discurriría paralelo a los ordenamientos jurídicos creados por los hombres, que se suceden en la Historia¹. De este modo, al lado o por encima de lo contingente e histórico, existiría un código de la justicia que en modo alguno pierde su valor porque sea negado por alguna determinada disposición «positiva». Por este camino, aquella persona que estima que la justicia no se agota en el capricho del déspota o de la mayoría, suele recurrir, o por lo menos recurría antiguamente, a la expresión Derecho natural para afirmar la existencia de una normatividad que es superior al arbitrio individual o colectivo. Quiero resaltar que tal persona no suele argumentar basándose en la justicia, esto es, usando o refiriéndose al término «justicia», especialmente si es un católico, sino que acostumbra o (o acostumbraba) de hecho a usar la expresión Derecho natural. Pues existe una vinculación firme, *de facto*, entre la creencia en la justicia y la expresión Derecho natural. Aunque, a veces, la protección que otorga el Derecho natural se expresaba mediante el

¹ F. GONZÁLEZ VICÉN expresaba claramente esta mentalidad usual al escribir que «Hasta que aparece la «Filosofía del Derecho» a comienzos del último siglo, la reflexión filosófica sobre el Derecho había sido metafísica y ontología jurídicas, es decir, lo que tradicionalmente venía llamándose «Derecho natural». Desde que, en la crisis de la *polis* ateniense, los sofistas contraponen a las leyes creadas por los hombres otras leyes «no escritas» de validez intemporal y revestidas de sanción inmanente, la experiencia jurídica se mueve en una línea uniforme hasta finales del siglo XVIII. Su punto de partida es siempre la existencia de un orden universal del ser de estructura permanente e inviolable...

Estos principios supremos, junto con las consecuencias implícitas en ellos, no sólo constituyen como la denominación «Derecho natural» parecería indicar «un» derecho al lado de otros derechos, sino que representan, al contrario, «el» Derecho en absoluto, un sistema de normas válidas por sí mismas, que constituyen el canon y medida de validez de toda ordenación humana de la convivencia. El Derecho natural, inmutable, situado por encima o más allá de la historia, es, en realidad, el único Derecho, y las regulaciones de la comunidad humana en el tiempo, si son Derecho, sólo lo son de un modo que pudiera llamarse derivativo, como deducción o concreción de aquél... Sobre esta concepción se alza la ciencia milenaria del iusnaturalismo, una ciencia que ha tenido funciones históricas muy diversas, pero que ha revestido siempre una estructura constante en sus líneas maestras». Cfr. *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en «Estudios de Filosofía del Derecho». Universidad de La Laguna, 1979, págs. 212-214.

circunloquio «ser anterior al Estado». Esta última expresión constituye una reminiscencia anacrónica de los tiempos de la doctrina moderna del Derecho natural, en la que los individuos y las propiedades, «anteriores» (lógica o cronológicamente) al pacto por el que se crea el poder político, han de ser los objetos asegurados por tal poder. No suele existir otro camino para argumentar contra la prepotencia, a menos, claro está, que se recurra a alguna Declaración de Derechos Humanos, que tanto han proliferado en la postguerra. Pero, dado que el que cree en la justicia argumenta en un plano más profundo que el de estas Declaraciones, porque considera que el asesinato es una acción injusta lo condene o no expresamente una Declaración de Derechos, el recurso a tales Declaraciones no parece siempre la actitud más adecuada.

Así pues, el que habla de la justicia suele recurrir frecuentemente al tópico del Derecho natural: No posee otra arma intelectual y argumentativa más adecuada. Ciertamente, el Derecho natural no se presenta al modo de una ley normal, escrita y publicada en algún periódico oficial. Es presentado únicamente en libros y, sobre todo, en el magisterio de la Iglesia Católica, que ha sido la única institución que se ha tomado en serio el Derecho natural durante estos dos últimos siglos. Pero el verdadero problema para el que afirma la existencia de un ordenamiento jurídico inmutable y eterno (pues así se entiende usualmente al Derecho natural) comienza cuando comprueba que lo que entiende como el contenido del Derecho natural varía históricamente en alguna de sus partes. Es concluyente, a este respecto, que Cristo no condenara en ningún momento la institución de la esclavitud² o la opresión política de su pueblo, conseguida a través de una invasión militar. Además, durante más de dos milenios ha estado prohibido el préstamo con intereses, y los teólogos católicos han enseñado durante siglos que tal cosa, por sí misma, es opuesta al Derecho natural; solamente por un decreto del Santo Oficio del último tercio del siglo XVIII se despenalizó canónicamente esta actividad, «*ratione temporum habita*». Si nos desplazamos desde los fundamentos de nuestra vida económica a las bases de nuestra libertad personal, vemos cómo la Inquisición ha sido considerada secularmente fundamentada en el Derecho natural, pues —se pensaba antes— los derechos de la objetividad de la Fe prevalecen sobre los de la conciencia individual, y especialmente sobre los del error. Y la Iglesia Católica, actualmente, no admite ninguna Inquisición. En lo que se refiere a la vida política, durante el segundo milenio de nuestra era, los teólogos y el magisterio de la Iglesia Católica han considerado que el Estado ha de ir unido a la Iglesia. Por el contrario, tanto el magisterio de Pablo VI como el de Juan Pablo II va

² Las referencias a la esclavitud que encontramos en el Nuevo Testamento son exhortaciones a los esclavos cristianos a fin de que estén sujetos y sean obedientes, por el Amor de Cristo, a sus amos. *Vid.* San Pablo, Epístola a Filemón, a Tito 2, 9-10. San Pedro I, 2, 18-20.

en una dirección muy opuesta. Es decir, si atendemos a varias vertientes fundamentales de nuestra personalidad, las exigencias del Derecho natural han dado un giro fuerte.

¿Qué haremos? Naturalmente, cabe la actitud de declarar sin más que la Ley natural es inmutable. Siempre cabe la posibilidad, procediendo de forma igualmente simplista, de llegar a la conclusión de que no existe una justicia objetiva, ya que comprobamos que algunas valoraciones morales y jurídicas fundamentales cambian según el tiempo. El asunto tiene enjundia porque, perdida la fe en el Derecho natural, tal como usualmente se entiende esta expresión, se puede llegar a un relativismo ético-jurídico también poco realista. Y estamos ante dos soluciones que, además de ser mutuamente excluyentes, ninguna da razón de la historia.

El siglo XX ha seguido a veces una *via media* y ha propuesto un «Derecho natural de contenido variable» (RUDOLF STAMMLER), o un «Derecho natural existencialista» (WERNER MAIHOFFER), y otras teorías similares. Estos intentos no acaban de parecer serios, porque quieren conjugar la historicidad con lo absoluto pero prescindiendo de lo *realmente* existente. Las limitaciones epistemológicas que postuló la Ilustración destruyen la posibilidad de un Derecho natural como la «ley escrita en los corazones» y en su lugar han aparecido construcciones que recuperan la Analítica trascendental kantiana, aunque muy fuera de su contexto histórico. Las leyes inmutables de la razón («que sólo existe cuando funciona») asegurarían la objetividad perdida, y la inexistencia de «las cosas en sí» fundamentaría eficazmente el *pedigree* antimetafísico contemporáneo de la teoría en cuestión. Este mulato de factores pretendidamente absolutos y rigurosamente históricos, no pasa el principio de no-contradicción, ni alguna teoría de la verificabilidad, porque es demasiado deudor de la fantasía académica, con la que construimos grandes juegos intelectuales que sirven de poco en la práctica, aunque son muy eficaces para obtener puestos docentes o echar fama de erudito. Cuando nos cansamos de Derechos naturales inmutables y de teorías iusnaturalistas relativistas, cabe el recurso desesperado, a saber: Dirigirnos directamente a los derechos humanos, que no plantean exigencias teóricas porque la intersubjetividad del consenso salva la ausencia de una base filosófica. Y así somos pragmáticos, pero al precio de renunciar a la inteligencia.

Hay que ocuparse de por qué, el que cree en la justicia, emplea la expresión Derecho natural y no la más simple y, al mismo tiempo, notablemente más compleja, de justicia. ¿Es que la justicia es cosa distinta del Derecho natural? Y si es así, ¿hasta qué punto?. La historia del Derecho natural y de la Ciencia del derecho ofrece respuestas que hoy hemos perdido, por desinformación.

I

EL DERECHO NATURAL EN LA BAJA EDAD MEDIA

La expresión *ius naturale* es una herencia, como tantas otras, romana. En el último tercio del siglo XI el *magister* IRNERIUS comenzó a explicar en Bolonia un manuscrito que comprendía la compilación jurídica de Justiniano. Se trataba de la primera vez que se enseñaba en Occidente el Derecho privado y público de Roma, tras un paréntesis que había durado seis siglos.

Es difícil exponer la impresión que causó en Europa saber que volvía a enseñarse el Derecho romano otra vez. Para conocer adecuadamente este momento cultural es preciso volver a SAVIGNY, a su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Efectivamente, el hombre del siglo XI, apenas acabada lo que llamamos Alta Edad Media, vio en el Derecho romano el retorno a una cultura superior, que sabía que había existido, pero que él ignoraba. Tengamos en cuenta que los textos romanos habían sido desconocidos incluso en el Imperio Carolingio, aunque algunas citas sueltas en documentos oficiales nos muestran que debió existir un conocimiento fragmentario de la recopilación justiniana. La enseñanza romanística de IRNERIUS, en Bolonia, atrajo muy pronto a bastantes estudiantes que buscaban ejercitarse en ese *donum Dei* que era el Corpus Iuris del Sacratísimo Emperador Justiniano. El Derecho romano era para ellos la Verdad de la justicia, la *ratio scripta*³, y su alegación en un proceso ante un tribunal cuyos jueces supieran latín determinaba normalmente la sentencia. Las opiniones de los jurisprudentes romanos valían, pues, como lo que hoy llamaríamos derecho «vigente».

IRNERIO, y con él sus cuatro discípulos BÚLGARO, MARTINO, JACOBO y HUGO siguieron la forma de enseñanza normal en aquel momento, según nos informa MARTIN GRABMANN. Aparte de las *disputationes*, que eran cuestiones controvertidas que el maestro proponía para que los alumnos argumentaran de acuerdo

³ Sobre la historia de esta expresión, *vid.* el artículo de A. Guzmán, «*Ratio scripta*», en «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos» (Valparaíso, Chile) IV (1979) págs. 135-155.

con los textos, tenían lugar las *lectiones*, que eran explicaciones que hacía el profesor sobre algún texto señalado del Corpus Iuris⁴. En consecuencia, los argumentos de profesores y alumnos partían desde el texto escrito sobre el que aprendían. Aquellos juristas no concedían valor especial a la originalidad y sí, en cambio, a fundamentar su solución en opiniones ya expuestas, emitidas por personas de especial prestigio y autoridad, lo que era el caso de los jurisprudentes romanos. El *Codex*, la *Instituta* y el *Digesto* fueron divididos en párrafos que, a falta de numeración como la que usamos hoy, eran conocidos por las primeras palabras con que empezaban, y se hablaba, así, del § *Sed naturalia* de la *Instituta*, o de la «ley» *Ex hoc iure* del *Digesto*, por ejemplo. Dado que la *Instituta* fue en su momento un libro destinado a la docencia del Derecho, a sus párrafos se les llamó *paragrapha*. El *Digesto* y el *Código*, en cambio, aparecían con otro carácter, y por esta causa a sus párrafos se les llamó *leges*.

Aquellos primeros romanistas utilizaron los manuscritos usuales del Corpus Iuris, posiblemente copiados por los mismos alumnos. Pero aquellas *litterae vulgatae*, como así se llamaron a estas ediciones del Derecho romano no eran excesivamente fiables⁵ y, desde luego, los juristas medievales, siempre prácticos, no acometieron la tarea de depurar su contenido mediante estudios filológicos o históricos: Aceptaron los textos tal como les llegaban. Este extremo tuvo con el tiempo gran importancia porque los humanistas de los siglos XV y XVI reprocharían a estos juristas no haber conocido el verdadero Derecho romano. Desde luego, estos primeros juristas no dominaban bien el latín⁶, y la

⁴ Vid. M. GRABMANN, *Filosofía medieval*, trad. de S. MINGUIJÓN, Barcelona, 1928, pág. 36. En la enseñanza oral, la exégesis de los textos romanos solía seguir también un cierto orden estereotipado. En primer lugar, introducían una breve aclaración para cada *lex* o *constitutio*; después exponían resumidamente lo que el profesor consideraba esencial del texto glosado; seguía la lectura de dicho texto; después de la lectura, referían a ese texto los otros lugares del Corpus Iuris en donde se encontraban soluciones a casos similares; tales *sententias* podían ser discordantes, por lo que era preciso proceder a las *solutiones contrariorum*. Después de poner de relieve los principios jurídicos contenidos en el texto comentado *regulae*, más conocidos como *brocarda* venía el momento más analítico de este proceso: las *distinctiones*, y se terminaba con la exposición de la solución.

Conocemos este esquema de la *lectio* medieval en la época de los glosadores gracias a los testimonios de tres autores de aquel tiempo; BASSIANUS (siglo XII), el HOSTIENSE y ODOFREDO DE DENARIIS (siglo XIII). Vid. sobre este tema, el estudio de P. WEIMAR, *Die legistische Literatur und die Methode der Unterricht der Glossatorenzeit*, en «Ius Commune», 2 (1969), págs. 43-83. Una explicación bastante amplia sobre la estructura de los diferentes tipos de *quaestiones* la tenemos en G. CHEVRIER, *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes au XII et au XIII siècles*, en «Archives de Philosophie du Droit», XI (1966), págs. 115-148.

⁵ Vid. a NORBERT HORN, *Die legistische Literaturtypen der Kommentatorenzeit*, en «Ius Commune», 2 (1969), pág. 86.

⁶ UGO GUALAZZINI considera que «Gli uomini di legge sentirono la necessità di cogliere l'essenza del pensiero del legislatore attraverso una esegesi letterale dei testi che, senza

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

Una vez situados delante de su correspondiente manuscrito, aquellos juristas intentaban comprender el sentido y alcance del texto que estudiaban. A este fin, volcaron sus esfuerzos en determinar el significado jurídico de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió una interpretación directa y propia⁷. Ellos escribían el resultado de sus indagaciones bien entre las líneas del manuscrito del *Corpus Iuris*⁸, o bien señalaban una palabra del texto romano con una letra, y en los márgenes de los folios desarrollaban sus explicaciones refiriéndolas a las palabras gracias a las letras indicadoras⁹.

Los conceptos jurídicos fueron explicados tal como ya se encontraban en los *dicta* de los juristas romanos, y éste fue también el caso de las nociones del *ius naturale* y del *ius gentium*, que no constituyeron excepción. Los juristas de la Baja Edad Media, que fundamentalmente buscaban comprender ese «don de Dios» que era el *Corpus Iuris*, aceptaron, en consecuencia, al pie de la letra, los conceptos diversos y contradictorios del Derecho natural que aparecen en la recopilación de Justiniano¹⁰. Así pues, no especularon con ellos tal como usualmente se entiende esta palabra: Un jurista no era un filósofo,

rappresentare una vera e propria interpretazione, consentisse ugualmente di applicare la legge nella maniera più ortodossa. Per tale motivo, essi ricorsero spesso al metodo etimologico. Purtroppo non li sorreggeva alcuna preparazione glottologica. Non conoscano neppure la regole più elementaria della fonética, nè il greco, nè la distinzione fra il tema e la desinenza delle parole... Essi, di regola, si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche». Cfr. *Trivium e Quatrivium*, en «Ius Romani Medii Aevi», Pars I, 5^a, pág. 38.

⁷ *Vid.*, por ejemplo, a G. ASTUTI, *La «glossa» accursiana*, en «Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani», Milano 1969, vol. II, pág. 836.

⁸ *Vid.*, entre otros autores, a S. KUTTNER, *Bernardus Compostellanus Antiquus* en «Traditio», I (1943), pág. 279.

⁹ SAVIGNY repara en estos dos tipos de glosas al tratar de la obra de Irnerius, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función distinta. Según SAVIGNY, la glosa interlinear tendía a aclarar el significado de una palabra determinada. En cambio, la glosa marginal tenía la función de establecer conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del *Corpus Iuris*. Cfr. *Geschichte des Römischen Recht im Mittelalter*, reproducción de Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1956, cap. XXVI.

¹⁰ WEIGAND indica que la actividad de estos juristas «bestand hauptsächlich im Glossieren der Quellentexte. Ihre meist kurzen Erläuterungen sind nur zusammen mit dem erörterten Text voll verständlich. Deshalb sind von vornherein in der Frühzeit der Schule von Bologna kleine grossen zusammenhängenden Darstellungen des Naturrechts zu erwarten».

ni era cuestión de introducir la Filosofía, normalmente risible para el jurista¹¹, en la más seria de las ocupaciones humanísticas¹². Al jurista tampoco debía importarle la ciencia teológica, indicaba ACURSIO¹³, ya que, tal como nos explica ODOFREDO, la Jurisprudencia es un arte que en sí mismo tiene principio y fin, cosa que no sucede con ningún otro saber¹⁴.

Se trataba de una cuestión de prestigio: La ocupación con el Corpus Iuris, dada la intrínseca y casi completa racionalidad que estos textos expresaban para aquellos escolares de la Baja Edad Media, hacía del jurista un profesional superior al retórico o al gramático, y por ello enfrentado habitualmente al teólogo, con quien no compartía simpatías. Por este motivo, aunque algunos juristas de los siglos XIII y XIV poseyeron una fuerte preparación humanista¹⁵, como fue el caso de ODOFREDO o BALDO, por ejemplo, apenas usaron de sus conocimientos escolares en la explicación del Derecho. Los argumentos dia-

ten». Cfr. *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*. München, 1967, pág. 18.

¹¹ ALBERICO DE ROSATE hacía suyas las palabras de Richardus: «Ipse enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo». *Vid.* en B. Paradisi el texto completo, mucho más amplio y preciso. Cfr. *La «glossa» accursiana*, cit., págs. 626-627.

¹² Está aún por estudiar la pugna entre los juristas y los filósofos en esta época. Desde luego, los juristas no vieron utilidad en los estudios filosóficos de su tiempo, normalmente centrados en sutilidades dialécticas y retóricas, y mantuvieron, en cambio, como hizo Acursio, que «civilis scientia vera philosophia dicitur». Cfr. *Commentarii Accursii et multorum aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*. París, 1559, glosa «a» a Digesto, I,1,1. *Vid.*, sobre este tema, a F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*. Milano, 1951, págs. 191-193, y B. Brugi, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, en «Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane». Milano, 1921, págs. 19-20.

¹³ «Quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esse, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur». Cfr. *Commentarius Accursii et multorum insuper...*, cit., glosa «e» del Libro I, Título II.

¹⁴ En el comentario nº 18 a la «Prima Constitutio», palabras *Omnem Reipublica*, ODOFREDO escribe: «Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Iust. de alia arte non. Hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur». Cfr. pág. 4 de la edición de Lyon de 1550.

¹⁵ Este hecho ha sido un descubrimiento reciente, ya que hasta poco tiempo ha dominado la idea de la Modernidad aceptada acríticamente en tiempos contemporáneos según la cual los juristas medievales constituyeron monumentos a la ignorancia. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, a G. FASSÒ, *I glossatori e il giusnaturalismo medievale*, en «RIFD», 40 (1963), págs. 693 y ss., en donde habla, a propósito de ODOFREDO de la «loro assoluta mancanza di senso filosofico». Más recientemente, estos juicios inexactos han sido rectificados. *Vid.* por ejemplo, en una nueva línea de investigación, a G. OTTE, *Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren*, en «ZSS, Röm. Abt.», 85 (1968), págs. 368-393. Igualmente, H. HORN, *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus*, en «Ius Commune», 2 (1969), págs. 104-149.

lécticos, silogísticos y retóricos debían ceder ante el sentido común, la *pietas*, el conocimiento del *ius scriptum* y la hombría de bien que expresaba cada jurista. Por este hecho, ALBERTO BOLOGNETTUS, jurista «culto» del siglo XVI, y uno de los teóricos más importantes de la jurisprudencia que hemos tenido en Occidente, escribía que *multi sunt in philosophia rudes, qui tamen iuris-prudentiae laude excellunt*¹⁶. Así pues, ese término altamente impreciso que aparece en el Corpus Iuris, que es el de *ius naturale*, no fue usado a modo de concepto con el que se pudiera jugar intelectualmente: Eso hubiera supuesto caer en el proceder propio de los retóricos o de los teólogos de París. El *ius naturale* fue aceptado tal como venía en los textos romanos y, toda vez que las nociones romanas acerca del Derecho natural eran confusas y contradictorias, los juristas se esforzaron por hacerlas compatibles explicando, cada cual a su modo, las discordancias.

Todo esto planteó problemas ya en su día. Los textos del Corpus Iuris Civilis hablan del *ius naturale* y del *ius gentium*¹⁷, y la cultura cristiana asoció pronto la expresión Derecho natural a la ley escrita en los corazones de los hombres de que habla San Pablo, que hace que los gentiles, sin necesidad de una Revelación sobrenatural, sean leyes para sí mismos. Comenzó de este modo, ya a finales del siglo XI, un equívoco que llega hasta nuestros días. Por una parte los textos romanos hablan del Derecho natural como la libertad natural, esto es, la *naturalis libertas* a la que se oponen instituciones tales como la esclavitud, el matrimonio o la apropiación privada de los bienes. Por otro lado, civilistas, teólogos y canonistas entendían por *ius naturale*, al mismo tiempo, una norma eterna e inmutable acerca del bien y del mal, de origen divino, impresa en la inteligencia humana. Fue lógico, como resalta HERVADA, que los canonistas no se entendieran sobre este tema con los civilistas. Efectivamente, los canonistas entendieron por Derecho natural «lo que está escrito en la Ley y en el Evangelio», y esto poco tenía que ver con algunas de las nociones del Derecho natural y del Derecho de gentes que encontramos en las fuentes romanas¹⁸.

¹⁶ *De lege, iure et aequitate disputationes*. Witerbergae, 1594, capítulo IX, § 8.

¹⁷ El primer estudio que se hizo sobre las teorías iusnaturalistas de los *Jurisconsulti* fue el de FERNANDO AUGUSTO HOMMEL, *Propositum de novo systemata Juris Naturae et Gentium ex sententia veterum Jurisconsultorum concinando sive De Jure quod Natura omnia animalia docuit Commentatio*. Lipsiae, 1747. El estudio más extenso ha sido el de MORITZ VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und das ius gentium der Römer*. Leipzig, 1856. Existe reproducción de Scientia, Aalen, 1966. Un estudio más breve es el de Giuliano Nocera, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*. Milano, 1962. Una obra asequible y precisa es la de J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Pamplona, 1987, págs. 120-137.

¹⁸ Vid. *Notas sobre la noción de Derecho natural en Graciano*, en «Escritos de Derecho natural», Pamplona 1968, pág. 310.

§ 1. Derecho natural y libertad natural: El Derecho natural «ut natura»

ACURSIO, el autor de la *Glossa ordinaria*, una «Summa» de las aportaciones de las primeras generaciones de los juristas que glosaron el Corpus Iuris, y que fue el documento jurídico más estudiado en la Baja Edad Media, influyente aún en los siglos XVI y XVII, entiende que el Derecho natural está constituido por las tendencias naturales más importantes del hombre, entre las que destaca la libertad que «naturalmente» siente o experimenta toda persona. Efectivamente, al comentar la ley *Libertas* (D. 1,5,4), en la que FLORENTINO mantuvo que la libertad es la facultad natural de poder hacer cada cual lo que quiera, mientras que la esclavitud ha sido constituida por el Derecho de gentes, por el que se somete, *contra natura*, un hombre a otro¹⁹, ACURSIO indica que «en este lugar se define la libertad atendiendo al derecho en que se fundamenta, que es el Derecho natural»²⁰. Este jurista sigue la doctrina que fue establecida ya por IRNERIO²¹ que, en su opinión, debe ser entendida en el sentido de que el Derecho natural excluye cualquier tipo de sujeción de un hombre a otro hombre, pues «bajo el Derecho natural, todos los hombres nacen libres»²². IRNERIO, AZO, PLACENTINO, o ACURSIO, al escribir así no sentaban ninguna doctrina original. Más bien al contrario, seguían una tradición nítida que se reconoce en Isidoro de Sevilla, en los inicios de la Alta Edad Media, ya que San Isidoro estableció, de acuerdo con su formación romanista, que lo que él llama la «igual libertad de todos o *omnium una libertas*» y la «común posesión de todos los bienes o *communis omnium possessio*», se fundamentan en el

¹⁹ FLORENTINO escribía: «Libertas est naturalis facultad eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subiicitur». Cfr. D. 1,5,4. Ed. Mommsen-Krüger, Berlín, 1954.

²⁰ «... definit hic libertas secundum ius quo est inventa ius naturale secundum». Cfr. *Accursii Glossa in Digestum vetus, infortiatum et novum*. Reproducción «Ex Officina Erasmiana», cit., glosa «b» a D. 1,5,4. Para entender adecuadamente a Acursio y a los demás juristas en lo referente a las relaciones entre Derecho natural y libertad, conviene tener en cuenta lo contenido en el texto de Ulpiano, también en el primer capítulo del Digesto: «Manumisiones quoque iuris gentium sunt... quae res e iure gentium originem sumpsit. Utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esse nota manumissio, cum servitus esse incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionem, et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi quae desiderant esse servi». Cfr. D. 1,1,4.

²¹ «Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut definiatur libertas eo iure, quo inventa est iuri naturali». Cfr. glosa «c» a Inst. 1,1,3.

²² «Utpote cum iure naturale omnes homines liberi nascerent nec est nota manumissio». Cfr. glosa «q» a D. 1,1,4. Como puede verse, repite las palabras de Ulpiano.

Derecho Natural, o más bien, estas instituciones son las que componen y en las que consiste en buena medida este Derecho²³.

Este último extremo no está muy claro, y nuestra forma de pensar actual puede jugarnos malas pasadas para comprender estos textos jurídicos. En efecto, hoy se suele decir que una institución determinada «se fundamenta» en el Derecho natural. Pero aquellos autores no contemplaban en modo alguno como separados a la institución en cuestión, por un lado, y al derecho en que se fundamentaba, por otro. Quizá con más precisión que nosotros, ellos decían y escribían que «la libertad es de Derecho natural» (*libertas est de iure naturali*) y, en otras ocasiones, que la «libertad fue introducida por el Derecho natural»: *Libertas introducta est iure naturali*. Esta equiparación entre Derecho natural y libertad natural en los juristas medievales quizá pueda extrañar al lector actual, que puede tener el prejuicio de creer que en aquellos siglos se enseñaba la doctrina aristotélica según la cual unos hombres nacen naturalmente destinados a ser siervos de otros. Nada más ajeno al pensamiento jurídico medieval, que no siguió en absoluto a ARISTÓTELES en este tema, sino a los juristas romanos. El primer testimonio que he encontrado que contrapone expresamente a los *Jurisconsulti* (de Roma) con Aristóteles, es el de un teólogo protestante aficionado a temas jurídicos, JOHANN ADAM OSIANDER, en 1671²⁴.

Siguiendo el sentido de los textos romanos, ACURSIO afirmó reiteradamente que, atendido el Derecho natural, todos los hombres son igualmente libres, con independencia del *status civilis* que posean, es decir, independientemente de si son libres o siervos. Por este motivo se opuso resueltamente a los que estimaban que la libertad creada por el Derecho natural sólo se refería a los hombres que eran libres o libertos, mientras que los esclavos quedarían 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 modo que la libertad del hombre libre es cosa distinta de la libertad del esclavo»²⁵. Esta tesis le parece falsa, porque sigue escribiendo que «aquí se define la libertad según el Derecho por el que fue creada, que es

²³ Vid. *Etimologías*, ed de la B.A.C., Madrid 1951, Liber V, capítulo IV. El texto quedó reproducido en el canon VII del Decreto de GRACIANO.

²⁴ Osiander escribía que «Aristoteles putavit dari servos natura, Jurisconsulti autem sentiunt, nullum talem dari, sed libertatem esse quandam naturalem facultatem, cum omnes natura nascantur liberi. Verum recte contra Aristotelem defenditur, non dari servum natura: cum quia servitus non est naturale quid, sed civile». Cfr. *Observationes maximam partem Theologicae in libros tres de Iur. Bell. ac Pacis Hugonis Grotii*. Tubingae, 1671, pág. 792.

²⁵ «Alii dicunt difiniri libertatem liberi, non libertatem servi, quia ex prima vocantur, scilicet hodie liberi: non ex secundum scilicet qua habet servi. Est ergo libertas alia in servo, alia in libero». Cfr. glosa «c» a Inst. 1,1,3. Reproducción «Ex Officina Erasmiana», cit.

el Derecho natural, por lo que también se define la libertad del siervo». La razón que le mueve a pensar así radica en el hecho de que sólo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que esta realidad no puede desdoblarse en dos libertades distintas, una para el hombre libre y otra para el esclavo²⁶. ACURSIO concluye, consecuentemente que, de acuerdo con el Derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre²⁷.

Esta argumentación es una síntesis, con la brevedad propia de una glosa jurídica de aquella época, de las ideas sobre el valor de la persona que se encuentran ya en el iniciador de la cultura jurídica del Jus Commune, IRNERIO. Este jurista, al comentar al término «persona» «que aparece en Instituta 1,2,12, escribía: «El hombre es la más digna de todas las criaturas» (Homo est dignissima creaturarum) y, para mostrar la evidencia de esta afirmación, recurre a BOECIO y a algunos versos de OVIDIO y VIRGILIO²⁸. Sus discípulos pensaron de forma igual e, incluso BULGARO, que ha pasado a la Historia fundamentalmente por su fuerte sentido de la jerarquía política y del orden social entonces establecido, escribía que «el esclavo es naturalmente libre, y cuando se le manumite no se le da la libertad, sino que se le devuelve»²⁹.

Por tanto, los juristas, ya desde IRNERIO, superaron la descripción de la realidad social y política de su tiempo y se situaron en un plano utópico que reclamaba la libertad e igualdad para todos los hombres³⁰. En estas líneas de Irnerio y de sus discípulos, continuadas por la práctica totalidad de los juris-

²⁶ «Libertas. Diffinit 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.

²⁷ «... 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. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut deffiniatur libertas eo iure, quo inventa est iure naturali et sic servi secundum hoc sunt liberi». Al opinar así seguía la idea contenida en la sentencia de Ulpiano contenida en D. 50,17,32: «Quod attinet ad ius civile servi pro nullius habentur, non tamen ut iure naturali, quia quo ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt».

²⁸ Cfr. G. Moschetti, *Eticità nella glossa di Accursio sotto l'aspetto della libertà dell'uomo*, en «Studia et Documenta Storie et Iuris», 35 (1969), pág. 41.

²⁹ «Servus naturaliter est liber, et dum manumittitur non datur ei libertas, sed detegitur». Cfr. Moschetti, *Eticità...*, cit., pág. 45.

³⁰ Moschetti nos proporciona una explicación bastante clara de las razones que llevaban a este cambio de consideración, desde el plano de los textos romanos y de la realidad social de la época, a esta visión en contraste abierto con tal realidad. *Vid. Eticità...*, cit., págs. 40-44. FÉLIX SENN hizo un corto pero penetrante estudio de lo que podía entender por *libertas* un jurista que tuviera a la vista el Corpus Iuris. *Vid. Les obligations naturelles: la leçon de la Rome antique*, en «Revue Historique de Droit français et étranger», 35 (1958), págs. 154-155.

tas del Jus Commune que se suceden hasta el siglo XVIII, se inicia una tendencia que alcanzará su plenitud en la época ilustrada: Me refiero a la afirmación simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos parcialmente, uno el Derecho natural, que «constituye» la igual libertad para todos los hombres, y otro el Derecho de gentes. Este último es un Derecho de origen humano que legitima la existencia de instituciones opuestas a las que constituye el Derecho natural³¹. Aunque la afirmación de la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos debe ser matizada fuertemente para mantenernos fieles a estos textos.

Por lo general, estos juristas, siguiendo el sentido más evidente de los textos romanos, consideraron que habrían existido dos etapas en la Historia de la Humanidad. En la primera, conocida como *ius naturale*, no hubo esclavitudes ni propiedades, ya que el Derecho natural implicaba o consistía en la «omnium una libertas» y la «communis omnium possessio». Entonces no existían acciones ni juicios, lo que originaba serios problemas. BARTOLO DE SASSOFERRATO, que proporciona una explicación algo peculiar de este tema, entendía que el poder político, con sus inevitables exigencias de jerarquización y subordinación, no se oponía, sin embargo, al Derecho natural³², y las controversias eran decididas directamente en aquel «estado de naturaleza» por el poder del Rey³³. Pero BARTOLO se ajusta más a la doctrina tradicional cuando, en contradicción consigo mismo, mantiene que la libertad propia del Derecho natural queda destruida mediante la simple existencia de la obediencia política: «¿La ley humana puede proceder contra el Derecho natural? La *Glossa* mantiene que no. Pero contra ella está el hecho de que la sentencia del juez destruye la libertad, que es de Derecho natural»³⁴. Igualmente, se ajusta más a la tradición cuando explica que bajo el Derecho natural no existía el matrimonio en la forma en que hoy lo conocemos, por lo que todos los hijos eran legítimos³⁵.

Esta primera etapa de libertad acabó cuando un derecho creado por los hombres, *introducitur usu gentium* (y llamado por ello *ius gentium* o Derecho de gentes, escribía BARTOLO), introdujo la división de las propiedades y, con

³¹ Acursio indicaba que el Derecho vigente «partim est de iure naturali, ut libertas: et partim est de iure gentium, ut servitus». Glosa «p» a Inst. 1,3.

³² *Vid.*, sobre este tema mi estudio *Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XVIII (1975), págs. 272-273.

³³ Cfr. comentario nº 12 a D. 12,6,38.

³⁴ «An contra ius naturale lex possit? Glossa tenet quod non. Contra eam facit: nam sententia iudicis tollit libertatem, quae est de iure naturali». Cfr. comentario nº 3 a D. 1,4,1.

³⁵ Cfr. comentario nº 14 a D. 41,2,1.

ella, la codicia que origina las guerras³⁶. La esclavitud es una consecuencia de las guerras, ya que es más humano que los prisioneros sigan vivos, aunque sea en condición de siervos, que no que sean sacrificados, según la explicación tradicional romana³⁷. Así pues, el Derecho de gentes introdujo las propiedades (privadas), la esclavitud y el poder político, derogando el Derecho natural y acabando con la «igual libertad de todos» y la «común posesión de todas las cosas». Posteriormente, los hombres introdujeron el *ius civile*, expresión con la que entonces se designaba lo que hoy conocemos como Derecho legislado o consuetudinario, propio de cada comunidad política, y con este último derecho se inicia la sociedad actual³⁸. Así pues, el *ius naturale*, en esta primera acepción que estudiamos, es *derogable* cuando hay causa proporcionada para ello.

§ 2. El Derecho de gentes y la razón natural: El Derecho natural «ut ratio»

Han existido, pues, dos etapas en la Historia de la Humanidad. En la segunda de ellas, el *ius gentium* ha introducido las guerras, las esclavitudes, el comercio, el arte de construir edificios, las propiedades, etc., como declara la ley *Ex hoc iure*³⁹. Así, frente a la simplicidad primitiva del hombre que vivía en el

³⁶ Cfr. comentario nº 2 a D. 29,1,14.

³⁷ Sobre estos temas, *vid.* mi estudio *Sobre la génesis...*, cit., págs. 271 y ss. ACURSIO entendía que «servitutum vel usucapionem a bono publico introducta, cum haec iure 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». Contesta estas cuestiones argumentando: «Si intellectus referas ad casos supervenientes meli est servitute esse quam non esse, sic enim capti ab hostibus periret mali est rei publicae eos vivere servos quam mori ingenuos, item si inspicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius ea tolerari, aliter enim non posse probari dominium fere». Cfr. glosa «t» a D. 1,1,11.

³⁸ *Vid. ibidem*. Esta mentalidad sobre el origen artificial y en cierto modo inmoral del poder político seguía presente en FRANCISCO SUÁREZ, quien aún se plantea, para rebatirla, la tesis de la «antinaturalidad» de la convivencia política. *Vid. Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributos*. Coimbra, 1612, L. III, Proemium. Pero la justificación última por la que él explica que la titularidad del poder político no corresponde a ningún hombre en concreto, sigue deudora de la figura de la «omnium una libertas» originaria. *Vid.* I. II, cap. 2, §§ 1-3 de op. cit.

³⁹ «Por este Derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el Derecho civil». Cfr. D. 1,1,5. Traducción de ALVARO D'ORS y otros. Pamplona, 1968.

estado de naturaleza, el Derecho de gentes ha «introducido» las instituciones jurídicas propias del hombre actual en sus circunstancias reales, y el pensamiento utópico ha cedido paso a las necesidades que constituyen la mayor parte de la realidad o la verdad de la vida práctica humana. Es preciso aludir a este raciocinio práctico, siempre que no confundamos práctico, esto es, moral o jurídico, con pragmático. Naturalmente, al tocar el tema del fundamento último de este razonamiento, la atención se desplaza a las explicaciones que dieron los juristas de estos siglos para mostrar cómo la simple circunstancia (las consecuencias de la codicia, de las guerras) se impone sobre la consideración que parte desde una inamovible «naturaleza humana».

Algunos han entendido que el Derecho natural aparece en los juristas medievales, igual que en los jurisprudentes romanos, como un ideal o meta a conseguir, pero utópico y, por ello, sin virtualidad precisa. Por este motivo, a pesar de sus raíces que entroncan con el inicio de la Humanidad —en el *status naturae*—, en contra de su pretendido rango de justicia eterna, el Derecho natural que nos presentan los juristas romanistas, con su proclamación de la libertad e igualdad económica y política de todos los hombres, aparece, como indica GIULIANO NOCERA, destinado a representar el papel del rey que reina pero que no gobierna⁴⁰. El *ius naturale* se muestra, de este modo, como un ordenamiento jurídico inferior⁴¹, sin eficacia definida en la vida real. Son comprensibles estas afirmaciones, porque para la mentalidad del hombre del siglo XX es difícil entender cómo la meta moral suprema (que estaría representada en este caso por las exigencias del Derecho natural) puede ser relegada en el razonamiento práctico. Nuestro pensamiento, que suele reducir la realidad jurídica a una de sus facetas (la jerarquía de fuentes, en este caso), es algo pesado para comprender la mayor libertad de espíritu propia de esta jurisprudencia.

Los juristas medievales también quisieron explicarse a sí mismos cómo era posible esta derogación cotidiana del Derecho natural. Un primer razonamiento que pretende justificar la derogación parcial que ha sufrido el *ius naturale*, razonamiento que recorre toda la Baja Edad Media y lo encontramos también en bastantes juristas de la Edad Moderna, es el que realiza ACURSIO cuando escribe que la existencia jurídicamente legitimada de la esclavitud, no supone la dero-

⁴⁰ «In conclusione, ad onta delle sue radici, lunghe e antico quanto la storia del mondo degli uomini (Inst. 1,1,11); ad onta, dunque, della sua stessa identità con le leggi della vita zoologica (Inst. 1,2,pr.); malgrado il suo rango di giustizia sempiterna (D. 1,1,11); ad onta, dunque, di tutti questi elementi che pongono il diritto naturale al vertice di ogni ordinamento, distaccandolo anzi dell'operare e dal consenso degli uomini, il diritto naturale conosce, più di ogni altro diritto, le contraddizioni clamorose con la realtà». Cfr. Nocera, *Jus naturale...*, cit., pág. 49.

⁴¹ Vid. Maschi, *Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore?*, en «Studi Koschaker». Milano, 1954.

gación del Derecho natural, sino tan sólo que este derecho «no ha sido tenido en cuenta en este caso»⁴². Pero, como esta explicación tenía sus desventajas, el mismo ACURSIO explica que el Derecho natural es derogable, pero sólo en casos concretos y no en su totalidad⁴³. Esta última explicación llegaría a ser muy popular, y se expresaba diciendo que el único precepto inmutable del Derecho natural es aquel que prohíbe que sea derogado en su totalidad⁴⁴.

A PEDRO DE BELLAPERTICA, en el siglo XIII, no le convencieron estas razones, y explica que en ella se establece una relación aritmética o geométrica (De toto quo ad totum et de parte quo ad partem), explicación que puede ser válida para explicar problemas físicos o espaciales, pero que, aplicada al caso del Derecho, «no vale ni lo que se da como limosna»⁴⁵. Me parece, interpreto ahora, que lo que BELLAPERTICA pretende indicar (teniendo en cuenta el contexto de su doctrina sobre la concreción del Derecho natural⁴⁶) es que en unos momentos deben prevalecer las exigencias utópicas o moralmente elevadas de este derecho, y en otros no: Manda la oportunidad expresada en las circunstancias. En cualquier caso, el término «derogación» no puede ser entendido en el sentido actual.

⁴² «Sed quod dicat esse immutabile, est contra id quod de servitute dicitur: quae est contra ius naturale: et tamen praevallet. Sed dic, non derogatur ob hoc, licet non servetur in illo casu nam nihilominus bonum et aequum est». Cfr. glosa «e» a Inst. 1,2,11.

⁴³ Esta opinión fue mantenida por los juristas del *ius commune* desde los inicios de la Escuela de Bolonia. Irnerio, en efecto, dejó escrito que el *ius gentium* deroga al *ius naturale* «non in sua corporis universitate nam in singulis alter se habet, ut servitus». Cfr. glosa «c» a D. 1,1,6. Sobre este tema, *vid.* Rota, *Il diritto naturale come insieme di norme regolatrice della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 25 (1948), págs. 161-162. Desde Irnerio hasta Acursio, la licitud de esta derogación parcial parece haber sido la opinión dominante. *Vid.* Cortese, *La norma giuridica. Spunti teoretici nel diritto comune classico*. Milano, 1963, vol. I, págs. 120 y ss. Los canonistas salvaron la derogabilidad del Derecho natural distinguiendo tres tipos de normas dentro de este Derecho: las preceptivas y las prohibitivas, que son inderogables, y, como tercer grupo, el integrado por las *demonstrationes*, que sólo recomiendan, sin ordenar ni prohibir. *Vid.* Weigand, *Die Naturrechtslehre der Scholastik...*, cit., págs. 341-347.

⁴⁴ «Nec obstat quod ipsum sit immutabile. Quia illud verum in suo genere: certis autem capitulis mutatur». Glosa «t» a D. 1,1, «De iure civili». Cito ahora por la edición de Otto Zeller (Osnabrück, 1965), que reproduce la de Lyon de 1628.

⁴⁵ Él fundamenta su negativa en lo establecido en D. 6,1,7 y D. 22,1,25, e indica que «ista solutio non valet unum obolum». Cfr. *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratiss. Principis, Commentarium longè acutissimum*. Lugduni, 1586, Proemium, pág. 107. Reproducción de Arnaldo Forni de la edición de 1536.

⁴⁶ Esta concreción y mutabilidad del *ius naturale* en los juristas las estudié en mi estudio *Historia y justicia según los juristas de formación prudencial*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» IX (1992) págs. 351-394.

El argumento que puede explicar más satisfactoriamente la derogación de lo que entonces se entendía por Derecho natural, nos lo proporciona ACURSIO también: El *ius gentium* legitima realidades repugnantes a la razón natural, como son la esclavitud o la existencia de la *praescriptio*, ya que estas instituciones son necesarias, porque existen *propter necessitates*⁴⁷. Efectivamente, recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre estos temas, la esclavitud es legítima, afirma ACURSIO, porque es preferible que el prisionero de guerra sea esclavizado a que sea ejecutado, y las *praescriptiones* hacen posible que las propiedades o dominios sean seguros y no estén sometidos a controversias y pleitos que se eternizen⁴⁸. En consecuencia, el *ius naturale* puede ser derogado o no ser tenido en cuenta cuando existe una causa proporcionada, y en tal caso es lícito, tanto en el fuero externo como en el interno, proceder contra lo que constituye este derecho⁴⁹.

Pero estos juristas no eran lo que hoy llamaríamos unos relativistas, de modo que ellos admitieran que las circunstancias dominan por completo la vida práctica del hombre. Ellos mantenían que el Derecho natural estaba relacionado de algún modo con la equidad natural, y por este hecho ACURSIO lo definía como aquel Derecho «que siempre es bueno y equitativo», *quod semper bonum et aequum est*⁵⁰, el amigo perpetuo y real del género humano, como lo calificaba BALDO DE UBALDIS, como estudiaremos más adelante. Era, pues,

⁴⁷ Cfr. ACURSIO, glosa «b» a D. 1,5,4. Azo había mantenido anteriormente que «Iura naturalia dicuntur imutabilia... nisi iusta causa interveniat vel publica utilitas». Cfr. *Lectura Codicis*, 1,22,6, glosa «quae generalis». Citado por Cortese en *La norma giuridica...*, cit., pág. 121.

⁴⁸ VÁZQUEZ DE MENCHACA explicaba cuatro siglos más tarde que «Quoad tertium nempe quare usucapio fuerit introducta, respondet Iureconsultus id admissum ne rerum dominia incerta essent, et ne lites essent inmortales, neve domini perpetuo timore rerum suarum amittendarum cruciarentur. Sed quoniam modo deducitur lites fore inmortales dominiaque; rerum est, nam principio generis humano omnia erant communia praesertim agri et campi ut est vera et communis opinio». Cfr. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium*. Venecia, 1564, cap. 51, § 9. Más adelante continúa: «ut qui aliquid immobile suum esse duxerit, illud probare debeat, quia contra se habet praesumptionem iuris, cumque is dicat quod ius olim erat commune, degenerasse, ad sequitur; solum in particulari pertinere coepisse, id probare necesse habet... nisi quod ostenderet testamentum primi parentes Adami, quod copiam forte praedium aut praedia sibi relicta fuisse apparet». Cfr. *op cit.*, cap 51, §§ 15 y 16.

⁴⁹ «Iura naturalia dicuntur inmutabilia. Ormai in questa figura della *causa legis* vengono e cristallizzarsi motivi etici così forte da permettere il cedimento dello stesso diritto di natura, che pure concentra i più alti principi morali. Ma si comprende: nella meccanica del ragionamento medievale porre una causa valida a sostegno di un'azione significava assignare a questa una intima ragionevolezza, che non portava solo sul piano logico, ma s'inoltrava bene a fondo se quello etico: perchè ogni giustificazione razionale diveniva giustificazione del foro della coscienza». Cfr. Cortese, *La norma...*, cit., vol. I, pág. 121.

⁵⁰ Glosa «c» a D. 1,1,6.

necesario explicar razonadamente por qué o cómo había sido derogado y qué superioridad práctica aseguraba esta «derogación».

En definitiva, todas las explicaciones que se suceden a lo largo de casi seis siglos en torno a este problema, giran sobre el razonamiento que, entre otros juristas, expone BARTOLO: La libertad está «constituida» por el Derecho natural porque no se encuentra prohibida por este derecho: *Dicitur iure naturali primaevum esse statutum, quia per ius naturale primaevum non invenitur prohibitum*⁵¹. De este modo distinguieron entre aquello que «es natural», es decir, a lo que nos sentimos inclinados naturalmente (pues viene «estatuido» por la naturaleza), y lo que, en cambio, constituye un derecho porque viene «constituido» por la naturaleza. El tema era, empero, espinoso. TOMÁS DE AQUINO escribía, en el siglo XIII, que «todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente por la inteligencia como buenas... y sus contrarias como malas y a evitar. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales»⁵². Pero, al parecer, la simple cualidad de inclinación natural no determinaba la existencia de un verdadero derecho hacia el objeto de esa inclinación, ya que el mismo TOMÁS escribe poco más adelante que, dado que la naturaleza no impone la *communis omnium possessio* ni la *omnium una libertas*, la propiedad privada (*distributio bonorum*) y la esclavitud fueron impuestas por la razón humana para utilidad de los hombres⁵³. Aparece, otra vez, el criterio de la utilidad, basado en el *propter necessitates*, que es suficiente, moral y jurídicamente, para denegar un derecho a hacer aquello que demanda una tendencia natural. CONRADO LAGUS, en la segunda mitad del siglo XVI, afirmaba este criterio explicando que estas exigencias del Derecho natural estarían en vigor si la naturaleza humana hubiera permanecido incorrupta, tal como fue creada; pero en nuestra condición actual, no cabe hablar de uso en común de las cosas o de libertad e igualdad⁵⁴.

⁵¹ Comentario nº 1 a Inst. 1,2,11. Cito por la edición de Venecia de 1616. Ciento cincuenta años antes, Bellapertica había expresado una idea parecida, según un ejemplo propuesto por Isidoro de Sevilla: «Pasar a través de un campo ajeno es lícito (fas est), pero no por esto existe un verdadero derecho a hacer esto». Por tanto, este jurista entiende que «la libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas expresamente y, por este motivo, el obrar con plena libertad pertenece al fas, no al ius». Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., págs. 120-121.

⁵² *Suma Teológica*, I-II, q. 94, art. 2, responsio.

⁵³ Cfr. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, art. 6 ad 3.

⁵⁴ «Proinde non inepte quidem haec officia iustitiae, ad quae praestanda excitamur naturae quodam impetu, vocant his primaevum, quasi id valitum fuisse, si natura mansisset incorrupta, et talis qualis primo condita esset. Neque enim dubium est, quin rerum omnium communio, ac personarum aequalitas, ac libertas potuerit inter homines conser-

Por lo general, incluso en la Edad Moderna, en el área de cultura romanista, se siguió este esquema de *ius naturale*–*ius gentium*. El primero constituía la común posesión de todas las cosas y la igual libertad de todos, y el segundo introducía posteriormente la esclavitud y las propiedades. Efectivamente, los juristas romanistas, hasta ya entrado el siglo XVIII, siguieron contraponiendo el Derecho de gentes al Derecho natural. Así, por ejemplo, GUILLERMO DOVIATIUS, para explicar este tema en 1723, distinguía entre una libertad filosófica, otra natural y, finalmente, la libertad legítima. Desde los puntos de vista filosófico y natural, mantenía Doviatus, todos los hombres somos libres, pero desde el punto de vista de la legitimidad, esto es, de lo establecido por nuestras leyes, la libertad ha sido lícitamente abolida⁵⁵. Era éste, de todas formas, un tema ya difícil en el siglo XVI. PIERRE DE LA GRÉGOIRE, más conocido como GREGORIUS THOLOSANUS, establece en principio que ninguna cosa o cualidad natural es incorruptible o inmutable, por lo que del mismo modo que es natural el nacer, por las causas contrarias es natural perecer⁵⁶. Es decir, igual que es natural el deseo de la libertad, es natural su eliminación. Pero mantiene, sin embargo, que el máximo grado de vileza y abyección humana está en la esclavitud⁵⁷.

Tenemos, pues, un pensamiento realista-pragmático que se imponía normalmente sobre un sector de lo que entonces se entendía como Derecho natural. De esta forma, la utilidad reclamada o hecha posible por las «necesidades» era generadora de moral: Ella misma constituía argumentación práctica. Diríamos, a la vista de los textos, que el pragmatismo propio del Derecho de gentes corregía la vocación siempre tendencialmente totalitaria propia de la utopía del *ius naturale*. Naturalmente, el estudioso actual puede tender a pensar que, a pesar de las declaraciones expresas de estos juristas, el razonamiento

vari, si natura immoderatis concupiscentiis non esset infecta. Postquam igitur per lapsus Adae deterior facta est nostra naturae conditio». Cfr. *Methodica iuris utriusque traditio*. Lugduni, 1562, pág. 8.

⁵⁵ «Jurisconsulti autem nostri libertatem velut res inestimabilem dicunt, servitutem morti fere comparant. Ex quorum dictis tres libertatis et servitutis formas colligo: unam philosophicam, alteram naturalem, tertiam legitimam, hoc est a legibus nostris traditam... Est autem legitima libertas (ut Florentinus noster definit) naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibetur. Legitima autem servitus est constitutio iuris gentium, qua quis alieno dominio contra naturam subiicitur... libertatem ad naturam, servitutem ad hominem legem referens». Cfr. *Enarratio in responsa Jurisconsultorum naturalia*. Halae Magdeburgicae, 1723, § 7.

⁵⁶ «Neque naturalia omnia quae sunt, incorruptibilia vel inmutabilia sunt. Quinimo, sicut naturale est nasci: sic per contrariis advenientibus causis, naturale est per easdem causas corrumpi». Cfr. *Syntagmatis iuris universi*. Venetiis, 1593 (4ª ed.), Pars II, Liber XI, cap. I, § 7.

⁵⁷ «Ultimus gradus vilitatis et abiectiois humanae est in servitute». Cfr. *Syntagmatis...*, Pars II, Liber XIV, cap. I, § 24.

verdaderamente iusnaturalista es este último, el que se desarrolla «fundamentado» bajo el pretexto del *ius gentium*. Que el verdadero Derecho natural no es la utopía imposible, sino la razón humana cuando, para desplegarse y avanzar proponiendo soluciones, actúa al filo del *propter necessitates*. Que la *ratio* medieval no procede según metas teóricas, sino que en ella la racionalidad viene determinada fundamentalmente por la necesidad actual. Porque el razonamiento práctico medieval no pretendió basar su corrección en una deducción correcta de naturaleza lógica, como sí pretendió la Modernidad, o en una adecuación puramente técnica o instrumental entre medio y fin, como han mantenido con diversas variantes los teóricos de la acción en el siglo XX. El razonamiento práctico de los juristas medievales busca más bien hacer realidad los bienes específicamente humanos, concretos o actuales, que quedan al cuidado del jurista. Quizá por este hecho, las aportaciones de ACURSIO, AZO, PLACENTINO, ODOFREDO, BELLAPERTICA o BARTOLO, y la filosofía jurídica que se encuentra entre los folios de BALDO, es por lo general tan permanente como el derecho mismo.

Esta argumentación racional que crea el *ius gentium* procede de la «razón natural» del hombre, o es realizada «naturalmente» por la razón humana, según se expresaban estos autores. Buena parte de los juristas bajomedievales fue consciente de que la actividad específicamente racional del hombre es tan «natural» al hombre como los ideales más generales, sean la *omnium una libertas* o la *communis omnium possessio*. Por este hecho, y también al filo de los textos romanos, ACURSIO entendió, siguiendo a ULPIANO, que, mientras que el Derecho natural es aquello que la Naturaleza enseñó a todos los animales, *quod natura omnia animalia docuit*, el Derecho natural propia y específicamente humano es el *ius gentium*⁵⁸. El Derecho de gentes es, en cierto modo, Derecho «natural» a causa del carácter también natural que presenta para el hombre el discurso de su Razón, que es la creadora del Derecho de gentes. Por este hecho, ACURSIO escribe que el *ius gentium* está fundamentado (*inductum*) en la razón natural, y de ahí su vinculatoriedad⁵⁹, aunque él no habla de obligatoriedad sino de inmutabilidad; pero, en este contexto, es más adecuado traducir *inmutabile* por «vinculante» de acuerdo con las formas de expresión de la época.

BARTOLO, del mismo modo que sus predecesores, quiere usar con precisión las expresiones *ius naturale* y *ius gentium*, pero las confunde ocasional-

⁵⁸ ULPIANO había dejado escrito que «Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generi proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur». D. 1,1,3. Acursio glosaba esta opinión indicando que «nam ius istud non solum est hominum, sed commune omnium animalium». Cfr. glosa «i» a Inst. 1,2,3.

⁵⁹ «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 Inst. 2,1,1 explica que el Derecho de gentes puede ser llamado «natural» porque «est rationali ratione inductum».

mente. En varios lugares propone que, cuando aparezca el adjetivo «natural» referido «a la razón o a los hombres, *ad rationem vel ad homines*», debe entenderse que se trata del Derecho de gentes⁶⁰. Esto es así, explica BARTOLO, porque el *ius naturale* designa un conjunto de inclinaciones comunes a hombres y animales⁶¹ y este Derecho natural, «cuando se refiera a la razón o a los hombres, debe ser entendido siempre como el Derecho de gentes»⁶². BALDO precisó esta distinción de su maestro y dejó escrito que «pertenecen al Derecho natural todas aquellas cosas que provienen del instinto y de la inclinación natural»⁶³; pero este instinto e inclinaciones naturales quedan limitadas solamente a aquellas que sean comunes a hombres y animales⁶⁴. En cambio, «el Derecho de gentes es aquel que procede de la razón y del intelecto de las gentes, del que usan casi todas ellas, que siempre es bueno y equitativo, y sin el cual los hombres no podrían vivir. Este Derecho se diferencia del Derecho natural como el cerebro de los hombres se diferencia del cerebro de los animales»⁶⁵. Es el derecho creado por la razón natural, la *naturalis ratio*, ante las necesidades humanas⁶⁶. El autor que explicó este tema más claramente fue TOMÁS DE AQUINO, que escribía que «pertenecen a la ley natural todas aquellas cosas hacia las cuales el hombre siente inclinación natural. Todo ser siente inclinación natural a la operación que le es propia por razón de su forma... Por eso, siendo el alma racional la forma propia del hombre, hay en todos los hombres una inclinación natural a obrar conforme a la razón; y obrar así es obrar virtuosamente»⁶⁷.

Como podemos comprobar, buena parte de los medievales que se ocupa-

⁶⁰ En el comentario n° 5 a D. 41,2,1 escribe: «Dicitur hic, quod possessio est naturalis. Contra, illud est naturale, quod commune est omnibus animalibus, et sic animalia possident, contra, carentes sensu non possident. Dicit glossa intellige naturaliter, de iure gentium, et cum verbum naturale refert ad rationem, vel ad homines, intellige ius naturale vel gentium... Sic enim hoc verbum naturale, refertum ad homines, ergo de iure gentium intelligunt».

⁶¹ Cfr. comentarios a D. 2,14,1; D. 1,1,3, n° 5; D. 12,6,64; Inst. 1,3 e Inst. 1,2,2, n° 1.

⁶² «Relatum ad rationem, vel ad hominem, semper intelligitur pro iure gentium». Cfr. comentario n° 5 a D. 41,2,1.

⁶³ «Iuris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat». Cfr. comentario n° 14 a D. 1,1,3. Cito por la edición de Venecia de 1615.

⁶⁴ Cfr. comentario n° 1 a D. 1,1,1,3.

⁶⁵ «Ius gentium est quod procedit a ratione et intellectu gentium, quo omnes gentes quasi peraeque utuntur, quod semper est bonum et aequum, et sine quo homines non possint vivere. Ius gentium distat a naturali, sicut distat cerebrum hominis a cerebro animalium». Cfr. comentario n° 1 a D. 1,1,4.

⁶⁶ «Quod sumpsit originem a humanis necessitatibus». Cfr. comentario n° 1 a Inst. 1,1,2.

⁶⁷ *Suma Teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 3, resp.

ron con el Derecho natural, entendieron que tan «natural» le es al hombre la tendencia a procrear hijos, que la poseen en común con los animales, como el razonamiento inteligente ante las necesidades y exigencias de la vida. Este carácter natural del discurso específicamente humano, unido a otras consideraciones, llevó a SANTIAGO RAMÍREZ a mantener que el verdadero Derecho natural en TOMÁS DE AQUINO es lo que entonces se llamaba *ius gentium*⁶⁸.

Sin embargo, estos autores, con sus dudas, vacilaciones y contradicciones, no otorgaron claramente el rango de Derecho natural a lo creado o construido racionalmente ante las necesidades. Quizá el dato decisivo que les detuvo fue la manifiesta, para ellos, inhumanidad de la esclavitud que, sin embargo, se entendía entonces como una institución necesaria, y no osaron mantener que algo tan repugnante como la servidumbre está introducido por el Derecho natural. Mediante la razón se crea el *ius civile*, esto es, el derecho positivo, adecuado a las exigencias de tiempo, lugar, costumbres, etc., como indicaba ISIDORO DE SEVILLA. Pero, en principio, los juristas medievales no se atrevieron a mantener sin contradicciones que un derecho creado por los hombres constituyera verdadero Derecho natural. La gran excepción a esta regla general, durante la Baja Edad Media, fue la doctrina iusnaturalista de PEDRO DE BELLAPERTICA.

La identificación clara entre el Derecho natural y el Derecho de gentes sólo se produjo colectivamente cuando los juristas romanistas cultivadores de la *civilis iurisprudentia*, es decir, del *Jus Commune*, hubieron de enfrentarse al iusnaturalismo racionalista que fue, *de facto*, desarrollado por los protestantes en pugna manifiestamente violenta con la cultura católica⁶⁹.

§ 3. Las funciones de la razón en el Derecho natural

Gayo había dejado escrito en Digesto 1,1,9 e Instituta 1,2,1 que el Derecho natural es «lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres», *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Ya vimos que los juristas medievales tendieron a considerar indecisamente que el derecho de origen humano puede ser también derecho «natural» porque, tal como explicaba ACURSIO, *est naturali ratione inductum*. Pero sabían también que la razón o discurso racional ha inducido a los hombres a crear instituciones poco equitativas, a las que repugnaba considerar como introducidas por el Derecho natural, «que siem-

⁶⁸ Vid. *El Derecho de gentes: examen crítico de la Filosofía del Derecho de gentes desde ARISTÓTELES hasta FRANCISCO SUÁREZ*. Madrid-Buenos Aires, 1955.

⁶⁹ Sobre esta contraposición entre los civilistas o jurisprudentes, católicos, con la excepción de CONRING, y los que ya comenzaban a hablar del «derecho natural» en la primera mitad del siglo XVII, vid. mi estudio *La Modernidad jurídica y los católicos*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», (1988), págs. 383-410.

pre es bueno y equitativo». Ante esta tesitura, BARTOLO escribía que es preciso considerar que el Derecho de gentes tiene dos partes; una es la que comprende «el Derecho de gentes que consiste en la sola razón natural, sin tener en cuenta ninguna constitución de los hombres, que comenzó a existir con el mismo género humano, como es, por ejemplo, cumplir la palabra dada. Atendido este Derecho de gentes primario, el *status* del siervo no está aniquilado, por lo que hay que concluir que todos los hombres eran libres». La otra parte del Derecho de gentes es «el Derecho de gentes que todos los pueblos usan, que no consiste en la pura razón natural, sino que ha sido creado por constituciones de los pueblos... como sucede con las guerras, cautividades, esclavitud, distinciones de las propiedades, y según este derecho el *status* del siervo ha quedado reducido civilmente a la nada»⁷⁰.

Distinguiéron, pues, dos sectores del *ius gentium*. Uno de ellos, que constituye el conjunto de soluciones más razonables que la Razón o el discurso racional han encontrado ante las exigencias de la vida, no es Derecho natural, sino un derecho creado por constituciones —así se decía entonces— de los hombres. En consecuencia, lo creado por el discurso racional cuando la razón se despliega a fin de hacer posible la vida, es obra humana, *ius positivum*, esto es, derecho «no-natural»⁷¹.

Evidentemente, los hombres, que hemos hecho posibles las guerras, las torturas o las esclavitudes, fundamentándolas en el *ius gentium*, no podemos ser los autores de ese ordenamiento de justicia que «siempre es bueno y equitativo, no sólo en el nombre, sino también en su substancia, y es el amigo del género humano», como escribía BALDO⁷². Luego el Derecho natural, o un sec-

⁷⁰ «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 constitutionem earum, non rationem naturalem... ut bella, captivitates, servitutes, distinciones dominiorum, et isto iure status servorum est annihilatus». Cfr. comentario a D. 12,6,64. Otras citas, con un contenido casi idéntico, las encontramos en los comentarios a D. 1,1,5, nº 10, y D. 29,1,4, nº 2.

JUAN BOLOGNETTUS, a mediados del siglo XVI, explicaba que Bartolo había distinguido tres derechos diferentes: el Derecho natural, el Derecho de gentes «quod a constitutionibus gentium introductum 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 dicant ius naturale gentium». Cfr. *In eam Pandectarum partem quam Digesti Veteris vocant, Commentarium seu Repetitionum Pars Prima*. Venecia, 1582, Rúbrica «De verborum obligationibus», 22.

⁷¹ Vid. S. Kuttner, *Sur les origines du terme «droit positif»*, en «Revue Historique de Droit Français et étranger», Quatrième Serie, XV (1936), págs. 728-739.

⁷² «Iuris gentium semper bonum et aequum est nomine, et re, et est amicus humani generis». Cfr. comentario nº 4 a D. 1,1,5.

tor de él, ha de ser buscado fuera de lo creado por el hombre en la Historia. BALDO DE UBALDIS ya nos había advertido que *Iuris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat*⁷³, es decir, lo que «es específico y propio del instinto y de la inclinación natural». En los juristas bajomedievales está dispersa la idea, que reconocemos aquí y allá, según la cual sólo «pertenece» al Derecho natural aquello que es innato a la razón humana⁷⁴, es decir, lo que «viene dado» con la conciencia moral del hombre, antes de que intervenga ninguna «constitución» (sigo su terminología) humana. Una vez más es TOMÁS DE AQUINO quien explica más distintamente este tema, dada la poca afición especulativa de los juristas. En el tratado de las leyes, en la I-II, q. 91, art. 3, TOMÁS sienta un principio fundamental: La Razón humana, en sí misma considerada, no es regla y medida de las cosas; pero los principios que naturalmente la informan, sí. En efecto, una cosa es la «razón», ese instrumento calculador y moderador que poseemos los hombres, que en la actuación específicamente práctica se hace realidad en la prudencia, pero que no se puede dar a sí mismo todos los fines, porque la prudencia es un instrumento orientado a la consecución de algo cuya determinación o fijación se le escapa a ella, y otra cosa muy distinta es el intelecto que, a diferencia de la razón, no discurre o «razona», sino que, fundamentalmente, intuye. En el intelecto reside la sensibilidad moral, que capta la delicadeza que ha de existir en las relaciones humanas, mientras que la razón o prudencia sólo sabe de los medios para hacer realidad esa sensibilidad que le trasciende a ella. Aunque también es posible que la razón sirva para hacer efectivos el arbitrio, el afán económico o de poder, la terquedad o el capricho injusto de cualquier hombre⁷⁵.

«La razón humana –por decirlo con TOMÁS– no es regla y medida de las cosas». Así lo entendieron los juristas bajomedievales que aluden, en tanto que constitutivo del Derecho natural, sólo a aquellos principios que se hayan en nosotros sin necesidad de encontrarlos mediante raciocinio o discurso. Así lo explicaba ANDRÉS DE EXEA, jurista del siglo XVI, cuando explicaba que «nosotros llamamos Derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo, sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno. Porque la criatura racional los determina simplemente, por la fuerza de su naturaleza, y no por una inquisición o raciocinio»⁷⁶. TOMÁS, por su parte, ya había expli-

⁷³ Comentario nº 14 a D. 1,1,3.

⁷⁴ Vid. mi estudio *Sobre la génesis del Derecho natural racionalista...*, cit., págs. 265 y ss., y *El Derecho natural laico de la Edad Media*, en «Persona y Derecho», VIII (1981), págs. 87 y ss.

⁷⁵ Respecto a la diferencia entre la simple razón y la Inteligencia, vid. J. CRUZ CRUZ, *Intelecto y razón. Las coordenadas del pensamiento clásico*. Pamplona, 1982.

⁷⁶ *Liber Pactorum unus*, Lyon 1542, pág. 119.

citado con claridad esta idea cuando escribía que «no todos los actos pertenecen a la ley natural. Hacemos virtuosamente muchas cosas hacia las que la naturaleza no nos inclina primariamente, pero que los hombres, mediante el esfuerzo de la razón, hallaron ser convenientes para vivir rectamente»⁷⁷. Desde muy pronto llamaron a estas normas que existen en nosotros «naturalmente y sin raciocinio», los *prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis*. La Inteligencia los muestra, pero la razón no es capaz de explicarlos: «Existen muchas cosas en el Derecho escribía Bila en las que inquirir las causas es más fatigoso que necesario o útil»⁷⁸.

En consecuencia, lo que la Baja Edad Media entendió como un sector del Derecho natural junto con la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio* fueron los primeros principios indemostrables de la razón práctica, que todos los hombres son capaces de conocer. Se pueden hacer conjeturas, ciertamente, acerca de si el Derecho de gentes es o no es derecho «natural». Pero temo que no llegaríamos a ninguna solución satisfactoria: La indeterminación de estos juristas y teólogos, en este tema, es demasiado fuerte, como pretendida expresamente. En general, parece que este pensamiento ético-jurídico tiende a considerar que lo creado por el hombre es «derecho positivo». Se trataba, pues, de dos vertientes distintas de la misma razón. La *recta ratio* muestra principios inmutables de justicia, y esta misma *ratio* o prudencia aconseja u ordena hacer esto o aquello ante estas circunstancias. Lo primero es Derecho natural, según los autores medievales; lo segundo puede ser llamado, *ius positivum*, sea Derecho de gentes o Derecho civil.

⁷⁷ *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 3, *resp.*

⁷⁸ *Multa enim sunt in iure, quorum causas inquirere, magis esse laboriosum quam utile aut necessarium. Neque cur honeste vivendum, cur nemo laedendus, cur suum cuique tribuendum, anxie inquirimus, sed ea tanquam prima principia, contra quae disputans nunquam audiendus; tanquam nota et manifesta atque indubitata ponenda sunt». Cfr. *Oratio de iuris arte*. Lipsiae, 1558, Pars Prima. Esta edición no tiene numeradas las páginas.*

II LOS PROBLEMAS DE TOMÁS DE AQUINO ANTE LA LEY NATURAL

TOMÁS DE AQUINO ha sido el mejor teórico, tanto por su extensión como por su profundidad y orden, de la *jurisprudencia* romanista y de las nociones del Derecho natural que se encuentran en ella. No haríamos justicia a la historia si lo mencionáramos de pasada, como un autor importante más o simplemente como el «princeps scholasticorum», entre otras cosas porque TOMÁS fue poco escolástico en el sentido usual del término. Porque el de AQUINO bebió indistintamente en fuentes griegas, escolásticas y romanísticas, y la suya es una síntesis de bastante más amplitud que las de los escolásticos tardíos, como MOLINA o SUÁREZ, o que las de los juristas que reflexionaron sobre el método del Jus Commune, como hicieron JOACHIM HOPPER, FRANÇOIS CONAN o PIERRE DE LA GRÉGOIRE en la segunda mitad del siglo XVI. Los juristas anteriores y coetáneos se habían ocupado de la derogabilidad del Derecho natural (la terminología de *lex naturalis* no fue corriente entre los juristas), y TOMÁS hubo de hacer un serio esfuerzo académico por conjugar la objetividad de la «ley escrita en los corazones» (según la expresión de San Pablo) con el hecho indiscutido de la derogación del *ius naturale* por la «introducción» de la propiedad privada o de la esclavitud. Las discontinuidades entre la Ley natural y el Derecho natural no planteaban problemas, porque era evidente a toda la época que una cosa es la ley, siempre abstracta y general, y otra el derecho o «ius», siempre concreto y frecuentemente amoldado a lo imprevisible. Esto es, el problema que pudiéramos llamar de la metodología de la Ley natural se desdoblaba en dos: Uno, el de la explicación del «salto» desde la ley general al derecho concreto y, otro, el del cambio de la misma Ley natural en la historia.

Destaca en TOMÁS su adherencia a la realidad cotidiana e histórica. Las categorías que utiliza pueden ser entendidas y asumidas por todos excepto, claro está, para quien tenga positivo interés en rechazarlas. Ello se debe a lo que imprecisamente podríamos llamar su filosofía del sentido común. Nos explica JOHN H. RANDALL que «El mejor saber de la Edad Media no es sino sentido común organizado y glorificado, hecho que tendemos a olvidar, así como olvidamos que nuestro temple espiritual, científico y naturalista, es tre-

menda hazaña, nada natural en la especie humana y sumamente superficial en los mejores de nosotros. La ciencia escolástica es un desarrollo fácil y natural de hábitos de pensamiento comunes y universales: De las ideas del campesino más analfabeto hasta las cumbres de la filosofía de SANTO TOMÁS hay un trecho más corto que del inteligente constructor de un aparato de radio a la física matemática que lo hace posible»⁷⁹.

§ 4. Ley y Derecho

TOMÁS DE AQUINO trata de las leyes en la I-II de la *Suma teológica*, y distingue tres tipos de leyes: La Ley Eterna, la Ley natural y las leyes humano-positivas. La Ley Eterna es Dios mismo, esto es, «la razón de gobierno existente en el supremo gobernante»⁸⁰, pues como cristiano él entiende que Dios gobierna el universo «de algún modo». Pero no entiende la ley (tampoco la Ley Eterna) al modo moderno, como una orden o mandato externo a los mismos que han de acatarla, sino como una fuerza o razón de los actos hacia «su» propio fin⁸¹, pues la ley no es algo exterior a aquello que se ha de hacer.

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

⁷⁹ *La formación del pensamiento moderno...*, cit., págs. 35-36.

⁸⁰ «Cum ergo lex aeterna sit ratio gubernationis in supremo gobernante...». *Suma teológica*, I-II, q. 93, art.1.

⁸¹ «Respondeo dicendum quod lex importat rationem quandam directivam actuum ad finem». Cfr. *Ibidem*. Este tema lo ha tratado ya extensamente en la Prima Pars de la *Suma teológica*, y ha dejado claro que el movimiento «natural» es aquel que mueve a cada cosa desde sí misma.

ofendan a aquellos con los que hemos de convivir, y otras cosas de este tipo»⁸². Esto es, la Ley natural se compone simultáneamente de aquellas «inclinaciones» que brotan desde la naturaleza que el hombre tiene en común con los demás animales y de las inclinaciones que se originan desde su naturaleza propiamente racional, o su razón. De forma que si desde la «participación» en que consiste el *intellectus* se sigue un discurso preferentemente deductivo, desde la observación de lo que demandan las «inclinaciones naturales» se desarrolla una argumentación preferentemente inductiva.

Conocemos la diferencia que los medievales establecían entre la *ratio* y el *intellectus*. La *ratio* o *dianoia* es la potencia racional que nos permite hacer cálculos y silogismos, gracias a la cual hacemos ciencia. El *intellectus* es aquella dimensión de la *ratio* genérica por la que conocemos lo más básico de lo que está bien y está mal, que se compone de los «primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica»⁸³. TOMÁS mantiene que el ser humano posee estos «primeros principios» gracias a una participación (*participatio*) de la razón humana en Dios. Como el hombre no es «parecido» (*similis*) a Dios⁸⁴, porque el ser humano es al mismo tiempo racional y sensitivo, no puede conocer «bien» la razón divina, y ha de contentarse con una simple *participatio*, que es una forma inferior del conocimiento, ya que el conocimiento entre el cognoscente y lo conocido se basa ante todo en la similitud entre uno y otro: El hombre, al parecerse poco a Dios, conoce poco de la razón divina⁸⁵. De todas formas, conoce lo suficiente para saber que hay que hacer el bien y evitar el mal, que jamás puede ser condenado un inocente, o que los asesinatos nunca serán lícitos, y a estos principios elementales llama los primeros principios de la razón práctica. El *intellectus* es la vertiente de la razón que nos diferencia de los animales⁸⁶, y es una realidad divina porque procede desde una participación de la razón humana en la razón de Dios.

La actuación práctica del hombre procede «desde» estos primeros principios, y las leyes humanas serán justas en la medida en que se deriven desde la ley natural a modo de «conclusión» dando lugar al Derecho de gentes (que

⁸² Vid. *Suma teológica*, *ibídem*.

⁸³ Sobre la solamente relativa distinción entre razón e intelecto, *vid.*, por ejemplo, *Suma teológica*, I, q. 79, art. 87.

⁸⁴ En *Suma teológica*, I, q. 87, art., explica que la *similitudo* es el fundamento del conocimiento.

⁸⁵ Este tema lo trata, entre otros muchos lugares, en el *Liber de veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium, seu Summa contra gentiles*. MARIETTI, Torino-Roma, 1961, § 277. En el § 2319 trata más extensamente de la poca calidad del «lumen» por el que el hombre conoce.

⁸⁶ En la *Suma teológica*, I, q. 83, art. 1, distingue dos «qualitates» en el hombre: «Qualitas hominis duplex est. Una naturalis, et alia superveniens».

es el que regula las compraventas justas y esas otras cosas sin las cuales los hombres no podrían vivir) o a modo de «determinación particular», y entonces dan lugar a lo que llamamos «Derecho civil», que es el derecho que es propio de cada comunidad política⁸⁷. Si nosotros hoy aplicamos el esquema legal que es propio de nuestra época, podríamos considerar que la Ley natural funcionaría a modo de Constitución desde cuyos contenidos han de derivarse las leyes inferiores: Pero esto es bastante ajeno al pensamiento tomista. Al contrario, la mentalidad dominante en la ciencia del derecho de la Baja Edad Media entendió que el *ius est scriptum* y que la jurisprudencia es un *scire*, un saber hacer⁸⁸. La ley, normalmente instrumento de la Política, pertenecía más al campo del saber político que al de los jurisprudentes, y por esta razón Pedro de Bellapertica indicaba que sus libros trataban de derecho y de jurisprudencia, y el que quisiera saber sobre las leyes, que buscara en otra parte⁸⁹. Cuando comenzó a imponerse la mentalidad que haría posible el Estado moderno-contemporáneo, los teólogos españoles tardíos que se ocuparon de estos temas dejaron de titular sus libros con los rútilos «De iustitia et iure» y pasaron a hacerlo con el más expresivo de «De Legibus». Pero el trayecto que discurre desde el siglo XII al XVII fue largo, no tanto por el tiempo transcurrido como por el cambio de las ideas sobre el poder político y el derecho.

Los tratadistas del derecho consideraron que la ley era siempre general, esto es, igual para todos los casos que pudieran acogerse a ella y que, por contra, el *ius* o derecho era aquello concreto que había que discernir individualmente en cada situación o problema. De forma que permaneciendo inalteradas las leyes, la solución que el juzgador aportara, que podía llegar a ser al margen de la ley (*praeter legem*), no afectaba a la estabilidad de las leyes, porque en estos casos no se juzgaba a la ley misma, sino al caso concreto⁹⁰. Porque entonces los doctores entendían que la *lex* era solamente «una cierta causa del derecho» (*aliqualis causa iuris*), y el «*aliqualis*» con que comenzaba esta descripción de la función de la ley introducía una indeterminación de tal alcance que el salto entre la orientación genérica de la prescripción legal y la solución concreta (*solutio*) propia del *ius*⁹¹ provocaba una cierta irresponsabilidad de

⁸⁷ *Vid.*, por ejemplo, *Suma teológica*, I-II, q. 95, art. 4.

⁸⁸ «*Quia ius est scriptum, et jurisprudentia est scire*». Cfr. *Petri de Bellaperticae Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani...*, cit., pág. 50.

⁸⁹ «*Dicit rubrica De iust. Et iure, ad quid habemus tractatur de iust. Et iure, cum totus 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 Bellaperticae...*, cit., pág. 48.

⁹⁰ Al tratar del «*ius necessitatis*» indica que «*Ad primum dicendum quod ille qui in casi necessitatis agit praeter verba legis, non iudicat de ipsa lege: sed iudicat de casu singulari*». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 96, art. 6.

⁹¹ TOMÁS DE AQUINO escribía «*Ad secundum dicendum quod sicut eorum quae per*

lo dispuesto en la ley misma. Obviamente, era la edad de oro del derecho jurisprudencial. La razón última nos la explicitó DOMINGO DE SOTO: «*Ius generale nomen est, lex autem iuris species*»: El derecho es el nombre más general, y la ley es solamente una parte del derecho⁹². La realidad primera y básica era el derecho, y las leyes eran solamente relevantes en función del derecho concreto.

Es una cuestión de saber colocar el acento, porque lo que está en juego no es la cosa misma, sino el tono: Ellos entendían que la ley existía en función del derecho del caso, y es desde este último desde donde hemos de estudiar la mutación, la variabilidad o la capacidad de adaptación de las leyes⁹³. Hoy, cuando la mayor parte de las leyes no pretenden resolver problemas, sino que crean instituciones jurídicas y administrativas nuevas —hecho que es especialmente evidente en el derecho administrativo o financiero—, tendemos a situar el acento más en las leyes. Pero no pensaban así los juristas antiguos, y si hoy cambiamos las leyes para cubrir nuevos hechos, ellos usaban preferentemente otras figuras, como la *extensio analogica* o la *derogatio*, que serían difícilmente inteligibles desde la mentalidad que sitúa el peso de la argumentación jurídica en el primer momento del razonamiento, es decir en la ley. Porque nosotros tendemos a pensar que todo raciocinio normativo consta como de tres partes: Cabeza (que es la norma aplicada), Cuerpo argumentativo, y —por así decir— la Cola, que sería la solución obtenida. La *jurisprudencia* del *Jus Commune* pensó más bien que el raciocinio principiaba ante todo desde el final, de modo que serían las normas *aplicadas* las últimas en aparecer en la génesis real del juicio práctico. Ésta era la razón por la que los libros del

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 scriptum redigatur, vocatur lex, secundum Isidorum, "constitutio scripta". Et ideo lex non est ipsum jus, proprie loquendo, sed aequalis ratio juris». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 57, art. 1 ad 2.

⁹² *De justitia et iure libri decem*. Madrid, (Reproducción de la edición de 1556), Liber I, q. 1, art. 1.

⁹³ El texto tomista más importante a este fin lo tenemos en *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 2, en donde explica lo que ahora llamamos el «ir y venir de la mirada», según la terminología de Engisch: «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 et singulari propositione. Unde oportet quod ratio prudentiae ex duplici intellectu procedat. Quorum unus est qui est cognoscitivus universalium. Quod pertinet ad intellectum qui ponitur virtus intellectus: quia naturaliter nobis cognita sunt non solum universalia speculativa, sed etiam practica... Alius autem intellectus est qui, ut dicitur in VI Ethic., est cognoscitivus extremi, idest alicuius 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».

Jus Commune se presentaban como la determinación de los *iura* que correspondían a cada caso, y es raro encontrar en ellos ni siquiera digresiones sobre los tipos de leyes a que cada solución pudiera acogerse. En cambio, los tratados de los escolásticos españoles más tardíos solían comenzar por la descripción de las «leges» porque las leyes constituían para ellos la *species* más general del derecho y quizá era en este punto donde comenzaba la gran cisura entre la Edad Media y la Edad Moderna.

En este tema el talante de los juristas y de los teólogos fue algo distinto. Aquellos estuvieron más atentos al *ius* y sus problemas, que eran vistos más como «obras de la razón, o racionales» (*opera rationis*) que no cuestión de poderes jerárquicos. En cambio, los teólogos tendieron a considerar ante todo las leyes (Eterna, natural y humanas) y cambiaron de lugar el racionalismo de los juristas, porque los unos usaron de argumentaciones para fundamentar las *solutiones*, y los otros derrocharon capacidad de análisis para estudiar las leyes. Desde este respecto coincidían los «voluntaristas» como CONRADO y los «objetivistas» como GABRIEL VÁZQUEZ, porque unos y otros buscaban igualmente las normas generales de la conducta humana, y sólo se diferenciaron desde este punto de vista en la naturaleza última que atribuyeron a tales normas. El estilo escudriñante del jurista, no tan volcado en autoridades y seguridades, les era ajeno. Y la indagación fue sustituida por el tono aseverativo, más basado en autoridades que no en averiguaciones. Los teólogos, preocupados secularmente por la naturaleza de la Ley natural y de las estructuras de la Iglesia, resultaron ser en la segunda mitad del siglo XVI los teóricos más adecuados del nuevo poder político, el del Estado, y si estudiaron el orden social fue ante todo bajo el prisma de las leyes generales y autoritarias: JOHN NEVILLE FIGGIS mantuvo persistentemente que ellos traspasaron la estructura de mando de la Iglesia al poder secular⁹⁴. Así, si filtramos la *jurisprudentia* medieval a través de las obras de LUIS DE MOLINA o FRANCISCO SUÁREZ, puede suceder que incluso lleguemos a pensar que el legado fundamental de la teoría jurídica de la Baja Edad Media ha sido su teoría de las leyes y, de hecho, al exponer la doctrina jurídica de TOMÁS DE AQUINO, algunos historiadores aluden ante todo o solamente al escalonamiento entre la Ley Eterna, la Ley Natural y las Leyes humanopositivas. Sí existe realmente tal sucesión de leyes en la doctrina tomista, pero la fijación de la mirada en este momento autoritario y general del razonamiento vela la comprensión de otros momentos no menos importantes de la determinación del derecho.

Este hecho distorsionante se ve potenciado porque los juristas del *Jus Commune* apenas hicieron teoría sobre su trabajo y sus métodos. ACURSIO, ODOFREDO, AZO o PLACENTINO, y BARTOLO o BALDO más tarde, tanto más se

⁹⁴ Vid. *Studies of Political Thought. From Gerson to Grotius*. Cambridge, 1956, págs. 28-33, y págs. 55-59

volcaron en el análisis y correspondencias del Corpus Juris como se desprecuparon de reflexionar sobre su estudio y explicarlo en términos generales. La naturaleza de su trabajo fue para ellos tan evidente como indiscutida. Solamente cuando el proceder jurisprudencial se vio amenazado al comenzar tantos a hablar del *ius naturale* como saber práctico omnicomprensivo de la vida humana —lo que sucedió por primera vez en la segunda mitad del siglo XVI—, la *jurisprudencia* volvió sobre sí misma y comenzó a explicitar sus propias categorías y procedimientos. Tal cosa sucedió con los diversos autores cuyas obras componen el volumen I del *Tractatus Universi Juris*, y además con JOAQUÍN HOPPER, el cardenal BOLOGNETTUS, FRANÇOIS CONAN o PIERRE DE LA GRÉGOIRE⁹⁵. Aunque los protestantes tendieron a fomentar el nuevo Derecho natural, JOHANN OLDENDORP en el siglo XVI y HERMANN CONRING en el siglo siguiente (ambos juristas protestantes) se sumaron a esta corriente teórica y apologética de la ciencia del derecho frente al nuevo predominio *ius-naturalista*. Pero estos estudios redactados por romanistas comenzaron tardíamente y aún hoy son poco conocidos, por lo que nuestra visión de la historia del pensamiento jurídico está dominada por las doctrinas de los teólogos tardíos sobre las leyes.

Sin embargo, en este estío bajomedieval tan seco de estudios jurídicos abstractos, hubo dos excepciones: Dos autores del siglo XIII, PEDRO DE BELLAPERTICA y TOMÁS DE AQUINO. BELLAPERTICA vivió en los mismos años que TOMÁS, y quizá este hecho determinó en alguna medida la fuerte correspondencia entre la *Lectura Institutionum* de uno y las obras del otro.

El caso de TOMÁS fue extraño: No compartió la antipatía usual de los teólogos contra los juristas y, lejos de engolfarse en el estudio de los distintos tipos legales, reflexionó ampliamente sobre el trabajo de los jurisprudentes. Incluso en la parte de la *Suma Teológica* dedicada monográficamente a las leyes, una lectura entre atenta y libre de otros prejuicios nos muestra que hasta en ese tratado se ocupa más del análisis de los distintos momentos de la decisión concreta que no del estudio que solía ocupar a los teólogos cuando disertaban sobre las leyes. TOMÁS conocía el Derecho romano y sus glosas y comentarios, y valoró simultáneamente las distintas nociones del Derecho natural de ULPIANO y GAYO, de forma que si concedió importancia a los *prima principia* racionales que impulsan, orientan y corrigen los nervios del trabajo en el derecho, valoró igualmente «aquello que la naturaleza enseñó a todos los animales» (*quod natura omnia animalia docuit*), esto es, las exigencias de la vertiente sensitiva del hombre. Los otros teólogos habían permanecido más bien en el plano de la advertencia paulina que recordaba a los romanos la «ley

⁹⁵ Sobre estos autores es básico el estudio de M. J. RODRÍGUEZ PUERTO, *La Modernidad discutida: Jurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1999.

escrita en los corazones» y habían ignorado consecuentemente otras dimensiones del ser humano⁹⁶. *Prima facie*, la gran novedad del de AQUINO sobre los restantes teólogos fue ésta: Haber tenido en cuenta la noción de SAN PABLO del Derecho natural (que en el Derecho romano fue más o menos la representada por GAYO y PAULO), y también la de HERMOGENIANO y ULPIANO, que atendía más a las tendencias que se derivan de la dimensión sensitiva del hombre. Así logró una síntesis más matizada para explicar lo que era la Ley natural y el *ius naturale*. Aunque, ciertamente, toda matización implica complejidad.

§ 5. Una opción básica

Nosotros tendemos a considerar que el universo es como una máquina en la que cada elemento posterior es movido por otro anterior: El coche es propulsado por sus ruedas, las ruedas son movidas por los elementos de la transmisión, éstos por el motor, etc. La Ilustración, con su visión mecanicista del mundo, nos ha acostumbrado a pensar o a sentir así. TOMÁS conocía bien esta idea global del universo, y del hombre, y de cuando en cuando se entretiene en ella.

Concretamente, él explica que existen dos actitudes sobre el origen de las cosas: Una, la de la fe cristiana, que enseña que las cosas fueron creadas por Dios, y otra la de algunos filósofos que entendieron que las cosas habrían existido eternamente⁹⁷. Estos filósofos «naturales» (él los suele llamar los *Naturales*, sin más) habían creído que la materia es la misma substancia de las cosas, por

⁹⁶ Esta síntesis la reconocemos fácilmente en los autores influidos por TOMÁS DE AQUINO que, a diferencia de los seguidores de JUAN DUNS ESCOTO, sí tuvieron muy en cuenta las exigencias de la vertiente sensitiva humana. JUAN DRIEDO, por ejemplo, explicaba que «Tria legis naturalis officia. Primum, ad semetipsum decenter vivere secundum inclinationem naturam insitam ad conservationem sui esse in cibo et potu. Secundum decenter vivere in communicando naturam sui alteri, ad conservationem speciei, secundum inscitam inclinationem generandi sibi simile, et ad educandum illud. Tertium, ad deum et ad omnem hominem iuste vivere, ad parentes, ad filios, ad superiores, ad aequales, ad inferiores, secundum inclinationem qua quisque appetit bonum honestum, et secundum rationem iuste ac recte agere». Cfr. *De libertate Christiana liber*. Lovanii, 1540, pág. 60. El Cardenal CAYETANO incluye la «Insensibilitas» en su *Summula de peccatis*, a la que describe «quo quis sine rationabili causa fugit delectationes sensibiles naturales. Et si invenitur hoc, peccatum mortale est». Vid. edición de 1544, pág. 145, dorso. Si comparamos este talante con el de los discípulos de Duns Escoto, apreciaremos mejor la diferencia; porque los escotistas resuelven los temas iusnaturalistas recurriendo a aquello que resulta «nota ex terminis», o lo que *consonat* con la ley del amor, o al *dictamen primae iustitiae*. TOMÁS DE AQUINO trató del pecado de insensibilidad, referida al apetito sexual, en *Sum. Gent.*, § 3105: «Castitas, sicut et aliae virtutes, in medietate consistunt. Sicut igitur contra virtutem agit qui omnino concupiscentiis insequitur, et intemperatus est; ita contra virtutem agit qui omnino a concupiscentiis abstinere, et insensibilis est».

⁹⁷ «Circa rerum originem est duplex positio: una Fidei, quod res de novo fuerint a Deo

lo que todas las formas serían accidentes de aquella única materia⁹⁸. Como solamente existiría materia y movimiento, DEMÓCRITO entendía que las acciones de los hombres consistían en un flujo de átomos que salían del cuerpo del agente y producían una «pasión» en el otro a través de los poros del cuerpo⁹⁹. Así, EMPÉDOCLES o DEMÓCRITO no distinguían entre el intelecto humano y los sentidos, y el hombre quedaría siempre en el mismo plano que los animales porque su «intelecto» no sería más que la fuerza corpórea que sigue a las sensaciones¹⁰⁰. El alma, en todo caso, sería solamente la armonía entre las distintas partes del cuerpo¹⁰¹, y todos los movimientos de los hombres serían de la misma naturaleza, idénticos con los de los seres inanimados¹⁰². Una sola materia, un solo tipo de movimiento, una única ley natural. Era preciso optar.

En la visión tomista del mundo, que es la visión propia de un biólogo, «las cosas» (en plural) están en continuo movimiento propio, porque nada las empuja: Son ellas las que tienden hacia lo suyo. TOMÁS no acepta que exista un solo tipo de movimiento, igual para todas las cosas: Por el contrario, reconoce que cada entidad usa de un movimiento distinto. Porque los *Naturales* han postulado que las cosas sólo reciben (pasivamente) un movimiento externo o violento a ellas mismas (la impulsión o empuje de unos átomos sobre otros, de los posteriores sobre los anteriores), y sucede más bien que observamos dos tipos de movimientos distintos: El natural, que es siempre final, y el externo o violento. Este último es el de las cosas inanimadas, que son movidas por otras mediante exclusiones que repelen, creando impulsos: El movimiento físico consiste en un choque de cuerpos, por el que uno repele a otro. Junto a éste está el de las cosas animadas, que se encaminan a su propio fin con un movimiento que es interno a ellas mismas (y por eso no es violento) y que no se basa en la exclusión que procede de la repulsión, sino en la colaboración¹⁰³. Porque los *Naturales* entendían que el movimiento se produce por el despla-

productae in esse; et positio quorundam Philosophorum, quod res a Deo ab aeterno effluerint». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2404.

⁹⁸ «Quia materia non est ipsa substantia rei; nam sequeretur omnes formas esse accidentia, sicut antiqui Naturales opinabantur». Cfr. *Sum. Gent.*, § 1238.

⁹⁹ «Tertia vero opinio fuit Democritii, qui ponebat, actionem esse per effluxionem atomorum a corpore agente, et passionem esse per receptionem earumdem in poris corporis patientis». Cfr. *Suma teológica*, I, q. 115, art. 1.

¹⁰⁰ «Antiqui enim Philosophi Naturales, ut Democritus, Empedocles, et hujusmodi, posuerunt quod intellectus non differt a sensu. Et ideo sequebatur quod, cum sensus sit virtus corporea sequens corporum transmutationem, quod ita esset etiam de intellectu». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2591.

¹⁰¹ *Vid. Sum. Gent.*, cap. 64, liber II.

¹⁰² *Vid. Sum. Gent.* § 1238.

¹⁰³ «Sed bonum et optimum universi consistit in ordine partium ejus ad invicem». Cfr. *Sum. Gent.*, § 1157.

zamiento de los cuerpos, que son empujados por otros cuerpos; en cambio, el de AQUINO, sin desconocer este tipo de desplazamientos, que los reserva para las cosas inanimadas y animales¹⁰⁴, entiende que la textura del mundo se basa más bien en el orden de todas sus partes¹⁰⁵.

1. Un mundo de fines

TOMÁS DE AQUINO observa un mundo multiforme en el que cada ser corre tras lo que «es suyo» para llegar a conseguirlo efectivamente. Las nociones de fin y de bien son convertibles, pues el bien siempre tiene razón de fin¹⁰⁶, de modo que es indistinto hablar de fines o de bienes. TOMÁS considera ante todo un mundo de bienes o fines, un universo en el que cada cosa está en movimiento para alcanzar lo que es «su» bien. Porque le parece evidente que las distintas especies de plantas y de árboles, de pájaros y de peces, y los animales superiores, corren todos tras lo que es «suyo». Lo mismo sucede con los hombres: Como cada hombre está en camino hacia su plenitud, todos los seres humanos tienden a conseguir lo que TOMÁS llama «toda la fuerza de su ser»¹⁰⁷.

Para lograr esto no hacen falta órdenes ni mandatos: Los teólogos que clausuraron la Segunda Escolástica Española (pensemos en FRANCISCO SUÁREZ) se mostraron muy preocupados por el mandato de la voluntad que convierte un bien en *debido*, y mantuvieron que la Ley natural se compone de dos leyes: Una, la «lex indicans», que nos muestra lo que es bueno, y la otra la «lex imperans», que ordena realizar lo bueno creando así el deber. SUÁREZ mantuvo la tesis de que algo se convierte en *debido* cuando está mandado por una voluntad más fuerte y santa (como es la de Dios), o por una voluntad especialmente capacitada (como es la del superior político). Con lo que SUÁREZ, al establecer la distinción entre la «lex indicans» y la «lex imperans», desvinculó a ésta de aquella, y vino a proponer como una esfera autónoma del «deber ser» que completaría a lo que simplemente «es». Pero este juego de voluntades supe-

¹⁰⁴ «inveniuntur enim in substantiis creatis quaedam quae non agunt ex seipsa ad operandum, sed agantur vi naturae, sicut inanimatae, plantae et animalia bruta». Cfr. *Sum. Gent.*, § 1238. Más tarde, en el § 2648, entre otros lugares, de esta misma obra, distingue entre el movimiento «per modum agentis» y el movimiento «per modum finis». El *motus per modum agentis* es aquel que procede «ab aliquo exteriori principio, violentus motus voluntario repugnans».

¹⁰⁵ «Escribe contra los *Naturales* que: «Sed bonum et optimum iniversi consistit in ordine partium ejus ad invicem». *Sum. Gent.*, § 1157.

¹⁰⁶ «Cum bonum habeat rationem finis...». Cfr. *Com. Eth.*, § 800. En *Suma teológica*, I-II, q. I, art. I, proclama para todo lo que sigue que «Objectum autem voluntatis est finis, et bonum. Unde oportet, quod omnes actiones humanae propter finem sint».

¹⁰⁷ «Sed rei quae est suum esse, competit esse secundum totam essendi potestatem». Cfr. *Sum. Gent.*, § 260.

riores y de consiguientes *imperativismos* era ajeno a la interpretación tomista de la vida práctica del hombre, porque TOMÁS entendía que imperar es ante todo un acto de la razón, más que de la voluntad, ya que es la razón la que nos «ordena» tratar de alcanzar aquello que es bueno para nosotros. La razón usa el modo de presente: «Tienes que hacer esto» (*Hoc est tibi faciendum*) mejor que el modo imperativo: «¡Haz esto!» (*Fac hoc*)¹⁰⁸. Sucede que TOMÁS DE AQUINO no considera la posibilidad de una «orden en general» (el «Deber ser» de SUÁREZ, o el mundo de lo normativo, como dijeron otros más modernos) que hubiera de ser considerado como una dimensión de la realidad distinta de la normal: No contrapone un «Deber ser» al «Ser». Existen demasiados bienes reclamando ser realizados como para necesitar de este tipo de argumentaciones.

Al contrario, el movimiento es solamente el acto que proviene de la fuerza del ser que ya existe¹⁰⁹, que clama por llegar a ser cumplidamente lo que ya es de algún modo. Él entiende que el sujeto actuante y el fin que ha de alcanzar tal sujeto están en el mismo plano de la realidad¹¹⁰, ya que cada cual tiende hacia lo que es «su» bien, esto es, su fin. Lógicamente, la ley (excluidos los normativismos que impondrían un movimiento que vendría a ser externo o violento) solamente es «la razón de lo que se ha de hacer»¹¹¹, esto es, el motivo o causa últimos (la *ratio*) de lo que hay que hacer.

Los escolásticos distinguían cuatro causas en cada cosa: La material, eficiente, formal y final. Si el alfarero fabrica un cántaro, la causa eficiente es el mismo alfarero, la material el barro del que está hecho el cántaro, la formal la forma que le dará, y la final, transportar agua. Parece que la causa final es la última que aparece, pero TOMÁS declara reiteradamente que en los asuntos humanos la causa final es la primera de todas¹¹², porque el ser humano, que es inteligente, no se mueve si no es a causa de un fin, que es siempre un bien para el que actúa¹¹³. Así, mientras el geómetra parte desde unos primeros principios conocidos (porque usa la razón teórica), el hombre parte desde los fines de sus acciones¹¹⁴.

¹⁰⁸ Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 17, art. 1.

¹⁰⁹ «Nam motus est actus potentiae existentis». Cfr. *Com. Eth.*, § 132.

¹¹⁰ «Finis et agens ad finem semper unius ordinis invenitur in rebus». Cfr. *Sum. Gent.* § 625.

¹¹¹ «Cum lex nihil aliud sit quam ratio operis...». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2880.

¹¹² Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 2

¹¹³ «Objectum autem voluntatis est finis, et bonum. Unde oportet, quod omnes actiones humanae propter finem sint». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 1.

¹¹⁴ En realidad, su pensamiento es algo más rotundo: «Principium autem in speculativis est forma quod quidem est: in operativis vero finis». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2734. Una declaración más genérica, en *Suma teológica*, I-II, q. 14, art. 1, donde escribe que «finis

Las acciones no pueden ser explicadas por un solo tipo de ellas que pudiera considerarse como modelo, porque cada acción tiene por sí misma un fin concreto, y por eso no exigimos lo mismo al médico que al arquitecto. Además, las personas, que son distintas, tienen a veces fines distintos. Lo realmente importante desde el punto de vista moral es que todas las acciones se inserten en el orden de colaboración que les corresponden. Por eso, el pecado es ante todo un acto desordenado¹¹⁵.

La noción de la ley como norma impuesta mediante la voluntad fue ajena al pensamiento medieval¹¹⁶. Si prescindimos del voluntarismo que aparece victorioso en los últimos escolásticos españoles que integran la Segunda Escolástica, la reflexión anterior nos muestra más bien reglas que no normas, porque la regla es un criterio racional que busca imponerse por su racionalidad, mientras que la norma es un precepto que reclama obediencia por estar impuesto por una voluntad superior. La *ratio regulae* (esto es, la razón de existir de cada regla) venía ofrecida por los fines a los que tiende cada cosa, porque en el *Jus Commune* y en la reflexión sobre él, el fin tuvo razón de principio, esto es, de norma: La regla de oro la proporcionaba TOMÁS DE AQUINO al escribir que «el bien tiene razón de fin» (*bonum habet rationem finem*)¹¹⁷. Ellos tenían el convencimiento último de que Dios gobierna el mundo mediante fines más que a través de normas¹¹⁸.

Nuestra mentalidad está acuñada por el paradigma de la Naturaleza propio del siglo XVIII, que consideró el conjunto del Universo (el *Nisus*, *Trabant* o *Weltall*) a modo de una máquina. En las máquinas, toda pieza es movida por otra pieza funcionalmente anterior, de forma que el orden estudiado sólo conoce

in operabilibus habet rationem principii, eo quod rationes eorum, quae sunt ad finem, ex fine sumuntur».

¹¹⁵ «Nam peccatum proprie nominat actum inordinatum». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 71, art. 2.

¹¹⁶ John Neville Figgis indicaba que «that of a command is special, particular, moderne or ancient, not medieval - at last not as descriptive of what is law and what is not». Cfr. *Studies of Political Thought...*, cit., pág. 136. En este punto es preciso distinguir entre las doctrinas de los civilistas y de los canonistas: estos últimos expresaban, lógicamente, una visión más imperativista de las leyes. *Vid.*, por ejemplo, A. J. CARLYLE, *Alcuni aspetti della teoria della fonte e dell'autorità della legge nei civilisti e canonisti del quindicesimo secolo*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» XIII (1933), págs. 657-670. Todo esto cambió en el siglo siguiente, como hace notar CARLYLE: «Altrove consideremo ciò che è stata la teoria politica dei grandi civilisti del 16 secolo: ora vogliamo solo far notare ai nostri lettori che è stata, sotto molti aspetti, assai differente». *Vid.* op. cit., pág. 670.

¹¹⁷ *Vid.*, por ejemplo, *Sum. Gent. Gentiles*, cit., § 800.

¹¹⁸ TOMÁS DE AQUINO explicaba que «ordo divinae gubernationis in bonum tendit; et unaquaque res in sua operatione, et conatu non tendit nisi ad bonum». Cfr. *Suma teológica*, I, q. 103, art. 8. Más extenso en la q. 105, art. 5.

lo que la terminología escolástica llamaba causas eficientes. En general, la mentalidad propiamente moderna se caracterizó como tal frente a la mentalidad anterior por su consideración exclusiva, en el derecho y en la moral, de las causas eficientes, de forma que toda norma es tal por una peculiaridad de origen, a saber, por proceder desde una voluntad especialmente cualificada por algún motivo. En cambio, el estilo anterior de considerar la normación de las conductas partía desde la «fuerza apetitiva» de todos los seres, por lo que una conducta era propiamente moral sólo cuando respondía a tal fuerza natural o final¹¹⁹. Así, mientras que los *moderni* situaron la *ratio regulae* al comienzo del proceso que hay que normar, la Jurisprudencia del Jus Commune tendía a situar la razón de ser de las normas al final de tal proceso.

TOMÁS DE AQUINO equiparaba moralidad a humanidad, y por ello hablaba a veces indistintamente de los actos humanos o morales¹²⁰. El carácter de humanidad (esto es, de normatividad) procedía desde el fin, noción opuesta en este contexto a la de movimiento o *motus*, porque según TOMÁS las cosas irracionales se mueven «ex motu», y las racionales «ex fine», de modo que si aquellas tienen causas «per se et determinatas», los seres humanos, por actuar según fines, carecemos de tales tipos de causas¹²¹. En sus frecuentes discusiones con los *filósofos naturales* explicaba cómo aquellos filósofos entendían la Naturaleza, y con ella al hombre, al modo de un movimiento continuo en el que unos átomos empujaban a otros. Él, en cambio, distinguía y oponía el movimiento exterior o violento, que es el originado por un agente externo a la cosa misma que es movida, de la inclinación interior o natural¹²². A la mentalidad nuestra le puede extrañar un ser regido por finalidades, pero al siglo XIII le hubiera extrañado un mundo humano representado al modo de los *filósofos naturales*.

Indicaba que podemos dividir el razonamiento práctico en Cabeza (la norma aplicada), Cuerpo (la argumentación por la que se justifica que hay que aplicar tal norma) y Cola, que es el resultado obtenido. En ESCOTO, GERSON y CONRADO, y más tarde en GABRIEL VÁZQUEZ, LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ, ésta fue la representación casi geométrica del juego de las normas y la realidad humana estudiada. La actividad específicamente inteligente comenzaba por la norma y «llegaba» (descendía) a la materia que había de ser enjuiciada. Todos ellos postularon que la norma debía imponerse en razón de estar dictada por una voluntad «superior». Si leemos atentamente el «Tractatus de

¹¹⁹ TOMÁS DE AQUINO escribía que «Quandoque significat inclinationem quandam naturalem, vel quasi naturalem ad aliquod agendum... Et ideo non omnis virtus dicitur moralis, sed solum illa, quae est in vi appetitiva». Cfr. *Suma teológica*. I-II, q. 58, art. 1.

¹²⁰ Por ejemplo, en *Suma teológica*, I-II, q. 18, art. 9, escribía que «talis actus non est proprie loquendo moralis vel humanum».

¹²¹ Vid. *Sum. Gent.*, § 1155. *Suma teológica*, I, q. 82, art. 1.

¹²² *Sum. Gent.*, § 2641.

legibus» de FRANCISCO SUÁREZ, veremos cómo todos los ejemplos que aporta para justificar este tipo de «imposición» están tomados del Derecho canónico: Un ordenamiento jurídico que le era especialmente útil a este fin porque la Iglesia Católica se resume en el «Credo», y la casi totalidad del Derecho canónico es *ius arbitrarium seu positivum*, ya que el «Credo» no alude a cardenales, beneficiados, catedrales o colegiatas. Desde el punto de vista del Jus Canonicum la vivisección del razonamiento jurídico en «Cabeza – Cuerpo – Cola» era patente. SUÁREZ eligió sagazmente sus ejemplos, porque desde el punto de vista del *Jus civile, aliter se habet*, según la terminología entonces usual, de forma que lo que era cierto para la generalidad del Derecho canónico no era válido para el conjunto de las *leges civiles*.

Efectivamente, desde el punto de vista del Derecho civil, una cosa era la ley y otra el derecho, y por eso PEDRO DE BELLAPERTICA escribía como irritado que él escribía sobre derecho, y que el que quisiera saber de leyes, que buscara en otra parte¹²³. Lo que diferenciaba a BELLAPERTICA de aquellos *moderni* a los que él alude, y que tanto le molestaban, era, entre otras cosas, la consideración del razonamiento jurídico como la simple aplicación de una norma previa a un estado de cosas «dado». Porque el de AQUINO, que frecuentemente muestra cierta similitud con BELLAPERTICA explicaba que así como el razonamiento especulativo comienza desde los principios, a partir de los cuales la razón hace silogismos, en los actos humanos tenemos fines que se comportan «como los principios en los temas especulativos», *sicut principia in speculativis*¹²⁴. «Y así "el hombre" actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona»¹²⁵. Porque «el fin en las cosas que hay que hacer (operabilibus) tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él»¹²⁶. El silogismo práctico comenzaba simultáneamente desde la Cabeza y desde la Cola.

El hombre medieval se preguntaba por qué razón o motivo obliga la ley, cual era la *ratio* de la normatividad de una conducta, porque le resultaba evi-

¹²³ «Dicit rubrica de iust. Et iure, ad quid habemus tractatum de iust. Et iure, 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 Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum...*, cit., L. I, «De iustitia et iure», pág. 48.

¹²⁴ «Perfectio enim est rectitudo rationis in speculativis dependet ex principiis, ex quibus ratio syllogizat... In humanis autem actibus se habent fines, sicut principia in speculativis». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 56, art. 4.

¹²⁵ «Et recte se habent circa principia, id est fines, ex quibus ratiocinatur». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 58, art. 3.

¹²⁶ «finis in operabilibus habet rationem principii, eo quod rationes eorum, quae sunt ad finem, ex fine summuntur». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 14, art. 3.

dente la poca relevancia del cumplimiento de la norma por la norma misma¹²⁷. Una de las palabras más repetidas por TOMÁS es la de *ratio*: Se interroga acerca de la *ratio legis*, de la *ratio virtutis*, de la *ratio boni vel mali*. TOMÁS procede como si los hombres hubiéramos comenzado a convivir y a reflexionar y fuera preciso explicarnos las razones de todo lo contenido en normas. Su punto universal de referencia en los temas humanos (in humanis) son los fines: «La ley expresa orden a un fin»¹²⁸, de modo que, en última instancia, la ley es únicamente una función del fin que consideramos. Lógicamente, como el pecado es ante todo una «desviación del fin» (aversio a fine)¹²⁹, ningún acto malo de la voluntad se encamina hacia la *beatitudo*, que es el último fin, y por ello cada cual se ordena al fin por sus propios actos, ya que la *ratio peccati* consiste en la pérdida del orden que lleva hacia el fin¹³⁰. Sin fin no existe orden, y sin orden no hay pecado, siempre sabiendo que el fin consiste ante todo en el «bien de cada cual»¹³¹. Era lógico lo que DOMINGO DE SOTO exponía como evidente: «regula est quae in finem dirigit»¹³².

En este contexto, la escolástica propiamente tomista, que entre los escolásticos españoles del siglo XVI no parece ir más allá de VITORIA y SOTO, consideraba más los efectos *reales* de las conductas que no las normas violadas *ab origine*. Por ello —explicaba FRANCISCO DE VITORIA— si el daño del acreedor no es tanto como el quebranto del deudor, éste puede dilatar algún tiempo el pago de la deuda¹³³. Porque todo pecado, prosigue VITORIA, no es más que la privación de un bien, según enseña SANTO TOMÁS¹³⁴, y por este motivo, aunque las normas morales eximan al padre de sostener a su hija viuda, porque ya está emancipada, esta opinión es falsa, aunque la exponga el CARDENAL CAYETANO: Porque permanece el *onus matrimonii*, puesto que siguen vivos

¹²⁷ TOMÁS DE AQUINO trató este tema expresamente en el cap. 34, Libro III de la *Sum. Gent.*, titulado «Quod ultima hominis felicitas non consistit in actibus virtutum moralium».

¹²⁸ «lex importat ordinem ad finem». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 1.

¹²⁹ «Peccatum proprie consistere in aversione a fine». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 71, art. 6.

¹³⁰ «Quia nullus actus malus est ordinabilis ab beatitudinem, quae est ultimus finis... Ad tertium dicendum, quod unumquodque ordinatur ad finem per actum suum: et adeo ratio peccati, quae consistit in deviatione ab ordine ad finem...». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 21, art. 1.

¹³¹ «Omnium autem ordinatorum ad finem, gubernationis et ordinis regula ex fine necesse est. Finis enim est bonum uniuscuiusque». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2.

¹³² *De iustitia et iure libri decem*, cit., L. I, q. 1, art. 1.

¹³³ *Vid. De iustitia*, cit., II-II, q. 57, art. 8, § 8.

¹³⁴ «Dicit Sanctus Thomas quod omne peccatum, ex hoc ipso quod est malum, consistit in quaedam corruptionem sive privationem alicuius boni». Cfr. *De iustitia*, cit., II-II, q. 118, art. 5.

los hijos y la familia misma. Si no fuera así, ¿cómo se alimentaría esta viuda si su padre no quisiera mantenerla?¹³⁵.

Este universo medieval, en el que las «voluntariedades» estaban reducidas a los ámbitos teológicos que discutían sobre la *potentia Dei*, era tan racionalista (si es que podemos usar este término como adjetivo de la palabra razón) que TOMÁS entendía que lo que impera al hombre no es la voluntad, sino su razón misma a través de la voluntad, de modo que la raíz de la libertad es la voluntad, como su *subjectum*, pero su causa es su razón¹³⁶. Este universo de finalidades encontró una buena expresión (en éste como en otros temas) en la obra tardía de JOHANN EISENHART, «De usu principiorum moralis philosophiae in iure civili condendo et interpretando», que contraponía la Metafísica y la Tópica a la Lógica, y explicaba que la Metafísica y la Tópica eran las doctrinas que enseñaban las causas desde los efectos, los principios desde los «principatis», los primeros elementos desde los últimos, los antecedentes desde los consecuentes, el todo desde las partes, y enseña a separar lo que es diverso¹³⁷. La intuición decisiva de este tiempo era que la Filosofía teórica era ante todo una explicitación de lo que el ser humano aprendía observando su conducta, de modo que el «hacer silogismos en temas especulativos» (silogizari in speculativis) era un mal calco del «razonar en los temas humanos», *ratiocinare in humanis*¹³⁸.

2. La función de Dios

En las obras de GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE y LUIS DE MOLINA (teólogos que publican a finales del siglo XVI, de gran trascendencia para entender el transcurso de las ideas sobre el derecho), Dios aparecía como el recipiente de la suprema bondad, un tanto al modo platónico. Pocos años después, en FRANCISCO SUÁREZ, era además el Supremo Legislador que ordenaba, mandaba o imperaba la Ley natural a los hombres. De forma que si la «lex indi-

¹³⁵ *Vid. De justitia*, cit., II-II, q. 68, art. 2, § 23.

¹³⁶ «Unde relinquatur, quod imperare sit actus rationis, praesupposito actu voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus... radix libertatis est voluntas, sicut subjectum; sed sicut causa est ratio». Cfr. *Summa theologica*, I-II, q. 17, art. 1.

¹³⁷ «Metafisica et Topica doctrina ostendunt causas ab effectibus, principia a principatis, priora a posterioribus, antecedentia a consequentibus, totum a partibus, idem a diverso discernere et segregare». *De usu principiorum moralis philosophiae...*, cit., Praefatio, pág. 4.

¹³⁸ TOMÁS DE AQUINO, como en general la mentalidad bajomedieval dominante, entendía que la razón era una potencia más del alma humana, que era vista como una realidad más compleja. Por ejemplo, en *Suma teológica*, I, q. 79, art. 1, escribe que «Respondeo dicendum, quod necesse est dicere secundum praemissa, quod intellectus sit aliqua potentia animae, et non ipsa animae essentia».

cans» existente por la eternidad en la mente de Dios enseña la diferencia entre lo bueno y lo malo, la «lex praecipiens» dictada por Dios nos crea el *deber* de hacer lo bueno y omitir lo malo.

No es éste el estilo de TOMÁS, que no habla de órdenes ni mandatos. Dios no es tanto el Supremo Legislador como más bien el último fin de todas las cosas, pues si toda acción trata de alcanzar un bien verdadero o aparente, Dios es tanto «una cierta causa» de esas operaciones como el fin último de todo ello¹³⁹. Porque la Ley Eterna divina, más que un mandato, es aquello que principalmente ordena al hombre hacia sus fines¹⁴⁰.

3. Los movimientos de cada cosa

Según TOMÁS, la naturaleza de cada cosa es su modo de actuar de acuerdo con su forma. Las naturalezas, que también pueden ser llamadas formas o ideas, determinan los movimientos propios de cada ser, siempre en pos de llegar a ser lo que ya son de acuerdo con su forma. Además, los seres no solamente «son» aquello que le dicta su especie o forma: También existe una segunda naturaleza que la proporciona cada individuo, de modo que junto a la naturaleza propia de la especie estaría la naturaleza propia de cada persona¹⁴¹. Lógicamente, el de AQUINO no reconoce una doctrina unitaria del movimiento, porque cada ser se mueve de forma distinta cuando no es violentado, ya que cada naturaleza distinta determina un movimiento igualmente

¹³⁹ «Cum enim omnis operatio sit propter aliquod bonum verum, vel apparens, sequitur quod ipse Deus sit cuiuslibet operationis causa, et finis». Cfr. *Suma teológica*, I, q. 105, art. 5.

¹⁴⁰ «Lex aeterna primo, et principaliter ordinat hominem ad finem». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 71, art. 6.

¹⁴¹ En *Suma teológica*, I-II, q. 63, art. 1, escribe: «aliquid dicitur alicui homini naturale dupliciter: uno modo ex natura speciei: alio modo ex natura individui. Et quia unumquodque habet speciem secundum suam formam, individuatur vero secundum materiam, forma vero hominis est anima rationalis, materia vero corpus, ideo id, quod convenit homini secundum animam rationalem, est ei naturale secundum rationem speciei; id vero, quod est ei naturale secundum determinatam corporis complexionem, est ei naturale secundum naturam individui». Se trata de una tesis que reitera intermitentemente. Desde otro punto de vista, viene a mantener algo parecido. En op. cit., I-II, 9, art. 2, añade que «Respondeo dicendum, quod, sicut supra dictum est, id quod apprehenditur sub ratione boni, et convenientis, movet voluntatem per modum objecti. Quod autem aliquid videatur bonum, et convenientis, ex duobus contingit; scilicet ex conditione ejus, quod proponitur, et ejus, cui proponitur: convenientis enim secundum relationem dicitur: unde ex utroque extremorum dependet. Et inde est, quod gustus diversimode dispositus, non eodem modo accipit aliquid, ut convenientis, et ut convenientis. Unde Phil. dicit in 3 Ethic. Qualis uniusquisque est, talis finis videtur ei... nihil prohibet, id, quod est simpliciter, et secundum se praestantius, quoad aliquid esse debilius».

distinto. El movimiento que no es natural sino violento (reserva para él la expresión «ex motu») *impulsa* a las cosas de igual forma, de acuerdo con las leyes de lo que después se llamó la Ciencia Física. Pero los movimientos *naturales* son distintos según cada especie y cada individuo.

La forma es, antes que nada, el origen de la actuación o movimiento¹⁴², pero la tendencia o tensión que genera este «llegar a ser», no se puede explicar al modo como explicamos en la Lógica que las conclusiones se derivan desde los principios. Porque (y esto es decisivo para entender la propuesta tomista) «no se dice que es moral cualquier virtud, sino solamente aquella "virtud" que reside en la fuerza apetitiva»¹⁴³. Es decir, TOMÁS se ocupa en explicar reiteradamente que ha de haber una *determinada* relación entre el sujeto que tiende a algo y aquello a lo que tiende¹⁴⁴, de modo que el hombre no tiene por qué tender a cualquier cosa buena, sino solamente a aquello que es «suyo». Estamos ante el problema de las «medidas ya medidas»: El ser humano solamente se deja medir por unas medidas que ya estén ellas previamente medidas de acuerdo con la situación, con lo que es el hombre, etc., y entonces no hablamos de operación humana sin más, sino de «operación propia»¹⁴⁵: El hombre es libre porque solamente está vinculado por él mismo, y él es la causa de su movimiento. Al actuar así obra cosas parecidas a él mismo¹⁴⁶, y si «comete pecado» no es tanto por haber despreciado un mandamiento de Dios como por haber procedido contra sí mismo, o contra su bien¹⁴⁷.

Este tema es malentendido a veces porque algunos entienden que TOMÁS DE AQUINO propuso que el hombre debía hacer lo posible por hacer realidad su forma o esencia: Esto, así planteado, es tan cierto como falso, y es una fuente de confusiones. Porque TOMÁS concede poca atención a la «naturaleza del hombre» en general (que es lo mentado con las palabras forma, idea, esencia, y otras similares), porque es un concepto excesivamente amplio. La «naturaleza del hombre» como entidad inmutable y eterna fue una creación doctrinal de los teólogos españoles del siglo XVI. Él, en cambio, establece que «Los uni-

¹⁴² «Forma enim est agendi principium». Cfr. *Sum. Gent.*, § 1871.

¹⁴³ Está explicando qué significa «mos» en griego, y añade que «Et ideo non omnis virtus dicitur morali, sed solum illa, quae est in vi appetitiva». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 58, art. 1.

¹⁴⁴ «Ad primum ergo dicendum, quod dispositio ordinem quaedam importat... Unde non dicitur aliquis disponit per qualitatem, nisi in ordine ad aliquid». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 49, art. 1.

¹⁴⁵ «Quaelibet res creata consequitur suam ultimam perfectionem per operationem propriam». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2394.

¹⁴⁶ «Agens sibi simile facit». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2291.

¹⁴⁷ «Non enim Deus a nobis offenditur, nisi ex eo quod contra nostrum bonum agens». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2948.

versales no mueven, sino los particulares que están en acto»¹⁴⁸. Para conocer bien una cosa no hemos de indagar solamente en su «esencia» o idea: La única forma de conocerla acabadamente es observando «sus» operaciones. Un pensamiento como más centrado en las ideas, entendería que primera hay que conocer lo que es cada cosa, y posteriormente sabremos sus formas de comportarse. La tesis de TOMÁS de Aquino es la opuesta: De acuerdo con su talante de biólogo, él entiende que solamente tendremos un conocimiento acabado de una cosa cuando conozcamos sus operaciones, esto es, su capacidad o fuerza de actuar: «Virtus vero naturam rei monstrat»¹⁴⁹. Porque los seres no solamente obran mediante «conductas», sino que también hay que entender que, aunque hagan lo mismo, lo que realmente hacen puede ser distinto según el modo diverso como cada cual actúa. Por eso hay que atender al «motivo propio» por el que obra cada cosa¹⁵⁰.

Esto no lo podía entender PLATÓN, ni los que siguen a PLATÓN (de ahí las dificultades personales de San Agustín¹⁵¹), porque el estilo platónico consiste en comparar una cosa con su idea ejemplar, y todo el movimiento propio de esa cosa se reduciría a *tender* linealmente hacia su idea. Ya indicaba que esta mentalidad es cierta sólo parcialmente para TOMÁS DE AQUINO. ÉL entiende, desde luego, que cada ser obra según su forma, pues es evidente que un caballo obra y ha de actuar de forma distinta a un gorrion. También entiende y acepta que las acciones de cada cual responden a su forma, porque «pertenece a la naturaleza de la acción, que el que actúa haga cosas similares a él»¹⁵². Pero aquí acaban las semejanzas entre el frío modelo platónico y el estilo biológico: Porque «la operación es la perfección del actuante en el acto de existir, de forma que no tiende hacia otra cosa distinta a él»¹⁵³. Desde este punto de vista, podríamos decir que la filosofía tomista considera la vida (la existencia) por la vida misma¹⁵⁴. Explica TOMÁS que PLATÓN solamente tuvo en cuenta seres que «serían movidos» pasivamente por sus ideas. ARISTÓTELES, en cambio, consideró que el movimiento de cualquier cosa es su acto mismo

¹⁴⁸ «Nam universalis non movet, sed particularis in quibus est actus». Cfr. *Sum. Gent.*, § 1905.

¹⁴⁹ «Res cuilibet perfecta cognitio haberi non potest nisi ejus operatio cognoscatur. Ex modo enim operationis et species mensura et qualitas virtutis pensetur, virtus vero naturam rei monstrat; secundum hoc enim unumquodque natum est operari actu talem naturam sortitur». Cfr. *Sum. Gent.*, § 852.

¹⁵⁰ «Cum enim cuicunque mobili respondeat proprium motivum...». Cfr. *Sum. Gent.*, §. 1948.

¹⁵¹ Refiriéndose a san Agustín, indica «In quo satis apparet quantam angustiam patiebantur hinc inde eorum praeclara ingenia». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2261.

¹⁵² «De natura enim actionis est, ut agens sibi simile agat». Cfr. *Sum. Gent.*, § 270.

¹⁵³ «Quaedam vero operatio est perfectio operantis actu existentis in aliud transmutandum non tendens...». Cfr. *Sum. Gent.*, § 2025.

¹⁵⁴ En la *Sum. Gent.*, § 817, expone: «Vita enim viventis est ipsum vivere in quadam

de existir, por lo que dio a la palabra «movimiento» un sentido más restringido que PLATÓN¹⁵⁵.

El movimiento, esto es, las actuaciones de los seres, no siguen una línea recta. PLATÓN, del mismo modo que otros más modernos que propusieron estrategias teleológicas para normar la vida humana, entendieron esta vida a modo de una línea que se desarrolla unidireccionalmente, pues ellos interpretaron que los hombres siempre deberían estar tendiendo hacia su idea, forma o naturaleza. De acuerdo con este modo de entender la Ley natural, la naturaleza del hombre sería su esencia considerada como principio de sus operaciones. Estas éticas «de línea recta» fueron combatidas por TOMÁS. Para él, el fin de la vida humana no es alcanzar esto o lo otro, o llegar a esto o a lo otro. El fin último de la vida es, desde luego, la *beatitudo*, pero las exigencias concretas de la *beatitudo* no resultan directamente desde la noción de «felicidad». Para él, la felicidad última no es tanto una meta a alcanzar como un resultado cuya realización depende de saber elegir los medios adecuados. El acento de la moralidad se desplaza, pues, a los fines intermedios.

No se trata tampoco de cumplir muchos fines intermedios para lograr, como por acumulación, el fin último. Sucede más bien que los actos humanos se vuelven sobre el hombre mismo que actúa y lo modifican: Cuenta más el reflujo de nuestros actos en nosotros que no esos mismos actos. La figura geométrica más adecuada para describir la Ética tomista no es la línea recta, sino el círculo. Porque cuando el hombre asimila sus propias actuaciones, vuelve sobre lo que él ha hecho de sí mismo, y decide actuar según unas normas (que ahora *induce* desde lo que necesita contingentemente) que se alejan de las normas anteriores. De ahí las sorprendentes vicisitudes de la Ley natural en la doctrina de TOMÁS DE AQUINO. Como los teólogos españoles del siglo XVI afirmaron la existencia de una naturaleza humana eterna e inmodificable, ellos entendieron que las normas de esta naturaleza eran igualmente eternas. Pero no es así como el de Aquino entendió la naturaleza del hombre y sus leyes. Porque TOMÁS no se deja guiar por una idea tan vaporosa (por abstracta) de la «naturaleza humana»: Él atiende más a la naturaleza de los actos, que serán buenos o malos en la medida en que nos encaminen o nos desvíen de nuestro fin. De acuerdo con lo que hay que hacer (normalmente actos concretos), la Ley natural tomista se vuelve sobre sí misma y se reconsidera según sus virtualidades y oportunidad, y así resulta reafirmada o derogada. Porque no precupan tanto los preceptos concretos como la consecución, por vías raciona-

abstractione significatum: sicut cursus non est secundum rem alium quam currere. Vivere autem viventium est ipsum esse eorum».

¹⁵⁵ «Sciendum autem quod Plato qui posuit omne movens moveri, communius accepit nomen motus quam Aristoteles. Aristoteles enim proprie accepit motum secundum quod est actus existentis in potentia secundum quod hujusmodi». Cfr. *Sum. Gent.*, § 90.

les, del fin último. De ahí la derogabilidad de la Ley natural según TOMÁS DE AQUINO, que resulta desconcertante para quienes parten (como MOLINA o SUÁREZ) desde una inmodificable naturaleza del hombre.

4. Movimiento interno y movimiento violento

Entenderemos mejor esta doctrina con una contraposición que se produjo históricamente: JUAN DUNS ESCOTO, JUAN DE GERSON o FRANCISCO SUÁREZ entendieron que el ser humano debía obedecer una ley por motivos externos a él mismo. Debía obedecer porque tal ley estaba mandada por un poder superior: Dios, en el caso de la Ley natural, y el poder político para las leyes positivas humanas. Lo que podríamos llamar imprecisamente el «poder de la ley» consistía en estos autores en una *impulsión* externa a los seres que son movidos, más próxima al movimiento violento que estudia la Física que no a los movimientos naturales propios de cada ser.

Esta doctrina es ajena a la visión tomista de los seres y sus movimientos: TOMÁS no considera un solo tipo de movimiento que, en el caso de la «fuerza legal» sólo podría ser la orden del superior. Como ya vimos, él tiende a considerar muchos movimientos realmente distintos, tantos como seres existen en el Cosmos, que en buena medida derivan de las naturalezas propias de cada cosa. Podríamos preguntarnos el porqué de su insistencia en la faceta «interior» de las conductas, y la respuesta sería que él no acepta como adecuada al hombre una conducta que le sea impuesta «desde fuera» y coactivamente, al modo como algunos siguen los consejos ajenos¹⁵⁶. En la I-II, q. 7, art. 4 de la «Suma teológica» aborda de forma precisa este problema: Parece que lo más importante son las cosas, ya que éstas son realmente más importantes que sus circunstancias y que sus fines. De hecho, el fin es extrínseco a cada cosa¹⁵⁷, pues unas tijeras son unas tijeras consideremos o no su finalidad. «Pero yo respondo –contesta TOMÁS– que los actos sólo pueden ser llamados con propiedad humanos en la medida en que son voluntarios. Y la voluntad presupone un motivo, y un objeto que es el fin. Y por ello entre todas las circunstancias la más importante es la que atiende al acto desde el punto de vista del fin, y que en cambio es secundario lo que concierne a la substancia misma del acto,

¹⁵⁶ Una tesis básica de la Ética tomista es la de «asumir» personalmente lo que parece bueno y lo que no. Por ello, la prudencia no consiste en seguir los consejos que dé otra persona. Concluye declarando que «quod prudentia est virtus maxime necessaria ad vitam humanam. Bene enim vivere consistit in bene operari. Ad hoc autem quod aliquis bene operetur, non solum requiritur quid faciat, sed etiam quomodo faciat». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 57, art. 5.

¹⁵⁷ «Finis est extrinsecus rei: non ergo videtur esse principalissima circumstantiarum...». Cfr. *loc. cit.*

esto es, lo que se hace»¹⁵⁸. El hombre, para ser hombre o actuar humanamente, ha de actuar libremente, esto es, persiguiendo un fin¹⁵⁹. La moralidad no consiste simplemente en adecuar el propio comportamiento a una norma objetiva, como propusieron ESCOTO, GERSON o SUÁREZ, sino en proponerse un fin, y libremente (esto es, esforzadamente) seguirlo. Ciertamente, una persona puede proponerse libremente asesinar, pero por eso no está obligada a seguir este fin: Porque un fin así le apartaría de la *beatitudo* final. TOMÁS habla de fines «ordenados» al fin último, puesto que Dios gobierna el mundo mediante fines¹⁶⁰.

Podría parecer un pensamiento «relativista», ya que hace depender la bondad de las conductas desde una circunstancia, que es el fin. Pero éste es un tema más complejo en TOMÁS DE AQUINO, porque él no sigue rígidamente una Ética de bienes, de modo que siempre actuara bien el que persigue lo que realmente es un bien para él. Junto a los bienes objetivos, atiende igualmente a la actitud del que obra¹⁶¹, y tanto cuenta esta faceta personal como aquella otra más «objetiva». Porque lo que cuenta realmente es alcanzar la meta final, no cumplir unas normas determinadas, y en este sentido explica que lo bueno o lo malo son «modos» que no los fijan las circunstancias, sino que son resultados (consecuentes) de todas las circunstancias. Parece que, según él, un juicio definitivo sólo puede ser un juicio final.

Una visión algo ingenua de la filosofía tomista, entiende que cada ser encargaría más o menos exactamente en un orden universal de fines, de modo que cada persona sabría qué hacer en cada momento. Estamos en condiciones de saber que esto no es cierto. La teleología tomista consiste más bien en una gran pluralidad de seres que tienden, cada cual a su *modo*, hacia su «propia» finalidad¹⁶². En el caso del hombre, esta complejidad es mayor: Porque el ser

¹⁵⁸ «Respondeo dicendum, quod actus proprie dicuntur humani, prout sunt voluntarii. Voluntas autem motivum, et objectum est finis. Et ideo principalissima est omnium circumstantiarum illa, quae attingit actum ex parte finis, scilicet, cuius gratia: secundaria vero, quod attingit ipsam substantiam actus, idest, quid fecit». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 7, art. 4.

¹⁵⁹ No quiere disociar los términos «voluntario» y «fin». En *Sum. Gent.*, § 1093 escribe que «Ea quae sunt ad finem, necessitatem habent ex fine: et maxime in his quae voluntate agunt».

¹⁶⁰ Su declaración programática quizá más importante es la que se encuentra en *Suma teológica*, I, q. 105, art. 5.

¹⁶¹ En *Suma teológica*, I-II, q. 8, art. 1, por ejemplo, escribe que «Ad hoc igitur quod voluntas in aliquid tendet, non requiritur quod sit bonus in rei veritate, sed quo apprehendatur in ratione boni».

¹⁶² Una descripción precisa sobre la teleología de la Edad Media es quizá la que expone resumidamente RANDALL: «Para ellos el mundo era obra de la razón y debía interpretarse como nosotros interpretamos las acciones humanas, por sus motivos... Desde el punto de vista de la física actual, estos filósofos parecen ir más allá de lo que la experiencia garan-

humano dispone solamente (desde el punto de vista de la Ley natural) de «algunos principios» generales, y su actuación, siempre teleológica, se fragmenta en tantas direcciones como fines toman cada una de sus acciones. La racionalidad práctica tomista es una racionalidad fragmentada, porque los actos del hombre están vinculados por un fin último tan remoto y de acceso tan oscuro, que no es posible saber siempre aquí y ahora qué es lo que hay que hacer. La «naturaleza del hombre» (como a veces la llama TOMÁS) se reconoce en diversas «inclinaciones naturales» que operan permanentemente (igual que los principios antes mencionados) a modo de tendencias o fines. Lógicamente, lo que viene requerido por tal «naturaleza» no es algún comportamiento unitario o uniforme, sino un *scire* (un saber hacer), un saber poner los medios para satisfacer las inclinaciones humanas. Porque TOMÁS quiere *acciones*, no hechos, y él distingue cuidadosamente el obrar (agere) del hacer (facere)¹⁶³. Una acción es el comportamiento buscado y querido; un hecho es lo que no da razón de su comparecencia en nuestra vida, como un resbalón, una tormenta. Si el hombre obedeciera normas que le vienen impuestas desde un misterioso arbitrio superior, estas normas no servirían para componer acciones propiamente humanas: Se presentarían a modo de hechos inexplicables, como todos los hechos. Y esto no sirve, pues los movimientos humanos han de ser voluntarios e internos, no forzados o violentos.

Las acciones de los hombres han de ser entendidas teleológicamente, recibiendo su razón de ser (*ratio essendi*) desde el fin que *quieren* alcanzar. Las leyes de la conducta humana resultan desde los fines, y son adecuaciones de las conductas a esos fines. El hombre observa sus «inclinaciones naturales» y extrae desde ellas fines elementales. Al mismo tiempo observa el contenido de su conciencia moral, y descubre esos «primeros principios» que son participación de una razón superior. Además, observa su vida y extrae consecuencias prudenciales para los comportamientos. Se trata de tres momentos de la única Ley natural: Las inclinaciones naturales del hombre, la *ratio participata*, y la razón cuando actúa por ella misma calculando (activamente o *essentialiter*). Todo ello es *proprio*¹⁶⁴ del ser humano: No se trata de órdenes ajenas

tiza... Pero esta fe en el que el mundo no solamente puede llegar a servir los fines humanos si el hombre lo transforma, sino que en realidad es así; que las cosas no sólo pueden ser perfeccionadas, sino que todo el curso de la naturaleza conduce a la perfección, era precisamente lo que la Edad Media quería decir cuando hablaba de la fe en Dios... Lo que significa decir que la ciencia moderna es física, mientras que la ciencia medieval era algo menos potente pero más importante: Ética». Cfr. *La formación del pensamiento moderno*, cit., pág. 105.

¹⁶³ En *Sum. Gent.*, § 855, entre otros muchos lugares, explica que «Primo igitur dicuntur operationum, tanquam simplex operantis perfectio, operationes videlicet sibi nomen, vel etiam actionis: secunda vero, eo quod sit perfectio facti, facta dicuntur».

¹⁶⁴ En *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 4, escribe programáticamente que «de ratione boni est, quod aliquid ab ipso effluat; non tamen quod ipsum ab alio procedat».

a su propia constitución racional, intelectual, psíquica o afectiva. La doctrina imperativista de los teólogos posteriores no encuentra acogida en TOMÁS, que reproduce una frase de SAN AGUSTÍN: «Frui est amore inhaerere alicui rei propter seipsam», que quiere decir aproximadamente que gozar es amar una cosa desde dentro de ella, por sí misma. «Y yo respondo, escribe TOMÁS, que el gozo y el fruto pertenecen a lo mismo, de forma que el uno se deriva del otro»¹⁶⁵. Un precepto extraño al hombre, que hubiera que cumplir algo porque está impedado, no sería un fruto deseable por sí mismo.

Las inclinaciones y principios son tan generales que difícilmente pueden operar a modo de normas: Más bien sirven a modo de tendencias o fines, y todo lo que tienda a hacerlos efectivamente realidad tendrá la consideración de «ley». No es pensable una ley sin fines, y TOMÁS repite que «Lex importat ordinem ad finem»: Un estilo que no entendería quien, moldeado en la mentalidad de GERSON o SUÁREZ, viera en la Ley natural ante todo un conjunto de preceptos que hay que obedecer. Porque lo natural ha de ser siempre voluntario, ya que ambos (lo voluntario y lo natural) fluyen desde un «principio intrínseco» al ser humano¹⁶⁶.

§ 6. Desde lo simple a lo compuesto

TOMÁS procede en sus explicaciones sobre la Ética, las Leyes y el Derecho como si no existiera una cultura filosófica consolidada sobre estos temas, como si no existieran ciudades con sus ordenamientos jurídicos, como si los hombres apenas supiéramos nada sobre la Ley natural y las leyes humanas: La suya es una indagación que parte desde un *ignoramus* inicial que tiende a diseñar una Ética jurídica a veces procedimental a la vista de los bienes humanos. Él únicamente comprueba, y señala como ya existentes, dos datos: Uno, que «la Naturaleza no procede al modo del arte», porque no nos suministra reglas precisas sobre cada acción, sino que solamente «nos prepara algo así como unos principios»¹⁶⁷. El otro, que la razón humana participa «de algún modo» en algunas normas de la razón divina, por lo que el hombre no se ve abandonado en todo momento a construir él un sistema de reglas sin más guía que huir del dolor y seguir lo placentero, sino que el carácter participado del intelecto humano otorga un cariz normativo a los puntos básicos del razonamiento prác-

¹⁶⁵ «Quod Augustinus dicit in I de Doc. Christ. et in 10 de Trinit. Frui est amore inhaerere alicui rei propter seipsam... Respondeo dicendum, quod fruitio, et fructus, ad idem pertinere videntur, et unum ex altero derivari». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 11, art. 1.

¹⁶⁶ «Commune est enim, voluntarium, et naturali, quod utrumque sit a principio intrinseco. Violentum autem a principio extrinseco». *Suma teológica*, I-II, q. 6, art. 5.

¹⁶⁷ Vid. *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*. MARIETTI. Torino-Roma, 1966, Proemium, § 1.

tico. Pero recordemos que en la doctrina tomista el fundamento del conocimiento es la similitud (similitudo) entre el sujeto que conoce y el objeto que es conocido, y como el hombre no guarda similitud con Dios¹⁶⁸, el género humano ha de contentarse con algo que sabe que posee pero que no puede explicar, como es la *participatio*, siempre un conocimiento de segunda categoría si lo comparamos con la *similitudo*. Éste es el motivo por el que el hombre no puede conformarse con la voluntad divina «por equiparación», sino solamente por una triste imitación¹⁶⁹.

La indagación jurídica tomista es ante todo una averiguación del derecho, no un estudio sobre las leyes. Indicaba que, de acuerdo con TOMÁS, la Naturaleza sólo nos proporciona algunos principios generales, no concreciones normativas. Lógicamente, el peso de la indagación jurídica recae sobre la *ratio* (la razón de ser) que ha de ir buscando o tanteando aquello que es justo una vez que ha partido desde aquellos principios generales. Esta indagación ha de ser inductiva, porque «la naturaleza procede desde las cosas simples a las compuestas, *de simplicibus ad composita*»¹⁷⁰, y así es también el discurso de la razón humana¹⁷¹. El hombre se encuentra algo abandonado cuando estudia su razón porque ésta no le proporciona sin más inclinaciones virtuosas o viciosas: Las virtudes morales no se presentan «naturalmente» como buenas ni malas, porque «no existen en nosotros como naturales, ni como antinaturales, sino que únicamente hay en nosotros una aptitud natural para recibir las»¹⁷². Esto es, la «razón natural» no preexiste a modo de un arsenal de verdades humanas que guiarían el transcurrir racional indefectiblemente. Porque es preciso reconocer que la «parte racional del hombre se divide en dos»: Una con la que especulamos las cosas que son necesarias, y otra con la que especulamos las cosas contingentes¹⁷³. Él reserva el término razonar para esta última, y escribe expresamente que aquella razón con la que especulamos las cosas necesarias es el «el género científico del alma» (*genus animae scientificum*) que compone la ciencia, y la otra parte del alma puede ser llamada raciocinativa, porque raciocinar y aconsejar son la misma cosa¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Estas explicaciones las apreciamos más claramente en el tratado sobre los ángeles incluido en la *Suma teológica*. Dios es espíritu, y los ángeles también, por lo que los ángeles conocen mejor a Dios que no el hombre, pues éste es una «unidad substancial» de espíritu y cuerpo, y su conocimiento principia desde los sentidos.

¹⁶⁹ «Ad primum dicendum quod voluntas hominis non potest conformari voluntati divinae per aequiparationem, sed per imitationem». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 19, art. 9.

¹⁷⁰ Cfr. *Com. Pol.* § 3.

¹⁷¹ Cfr. *Com. Pol.* § 3.

¹⁷² «Patet quod virtutes morales non sunt in nobis a natura, neque sunt nobis contra natura. Sed inest nobis naturalis aptitudo ad suscipiendum eas» Cfr. *Com. Eth.*, § 249.

¹⁷³ Cfr. *Com. Eth.* § 1115.

¹⁷⁴ Cfr. *ibidem*. Así entendió su escuela estos temas de Filosofía práctica, fuera moral

Obviamente, TOMÁS no propuso un punto universal de referencia al que pudiéramos referir de un modo u otro todas sus argumentaciones, y desde el que ellas pudieran ser más o menos calculables o previsibles, de modo que su Filosofía jurídica se pudiera exponer —como suele ser el gusto de los historiadores— en unas líneas o páginas, mostrando el punto de partida de sus consideraciones y los nervios fundamentales de su desarrollo posterior. Al contrario, sus explicaciones no se mueven en un único plano, ni mucho menos componen una figura única: No pueden ser estudiadas desde un solo punto de vista. Estamos ante una doctrina compleja que procede al mismo tiempo desde lo concreto a lo general y desde lo general a lo particular, según las conveniencias del momento. La solución del caso particular no deroga nada, porque aunque sea *praeter legem* solamente enjuicia tal caso, no las leyes generales que lo regulan. Y los factores que inciden en la *solutio* pueden estar tomados del sentido moral más común, de las conveniencias de las personas o de la comunidad, de lo que reclaman las inclinaciones racionales o sensitivas del ser humano. Estamos ante problemas de naturaleza extremadamente sensorial, más bien táctil¹⁷⁵.

§ 7. La *ratio* como participada y como «essentialiter»

La ley ha de existir siempre y al mismo tiempo en la persona que ordena y en las personas que son ordenadas: «Lex est in aliquo non solum sicut in regulante, sed etiam sicut in regulato»¹⁷⁶. Una advertencia interesante, porque quizá hoy tendemos más a pensar que las leyes existen por sí mismas, como poseyendo autonomía propia, y dejamos en la sombra que las leyes regulantes y las personas reguladas participan de un mismo *logos* que determina que las normas hayan de ser simultáneamente unas medidas activas (porque miden) y pasivas: Porque cada norma ha de estar ella previamente medida.

La existencia de la razón o voluntad genérica de Dios en las personas huma-

o jurídica, al margen de sentencias apodícticas o inmutables. De hecho, FRANCISCO DE VITORIA nos advertía que «licet haec opinio possit teneri ad rigorem, tamen qua in rebus moralibus non oportet opiniones esse scrupulosas». Cfr. *Comentarios* a la II-II, q. 87, art. § 3. ed. cit., y en rigor este consejo puede ser entendido bien referido a la moral sustantiva bien al tratamiento escolar de ella. Idea que puede ser matizada con la que expuso GUILLERMO DURANDO: «Frequens meditatio carnis est afflictio». Porque la Filosofía práctica de TOMÁS tiene bastante de reflexión pronta, ligera, como si su autor estuviera convencido de no exponer nada nuevo sobre los temas que estudia.

¹⁷⁵ Porque cuando TOMÁS escribe que «Omnes autem alii sensus fundantur supra tactum» (*Suma teológica*, I, q. 96, art. 5) parece que no sólo se refiere al fundamento último de la veracidad de los sentidos humanos, sino también a la rectitud de aquello que puede fundarse en el sentido común que surge del juego entre los datos de los sentidos y las exigencias racionales.

¹⁷⁶ *Suma teológica*, I-II, q.90, art. 3 ad 1.

nas es llamada Ley natural: «Todos conocen la verdad *de algún modo*, al menos en lo que hace a los principios comunes de la ley natural»¹⁷⁷. En este punto, el hombre no se diferencia del resto de la Creación, ya que toda ella *participa* de algún modo de la Ley Eterna divina¹⁷⁸.

Al hablar de esta Ley natural, TOMÁS distingue dos vertientes de la razón humana genérica, de acuerdo con la doctrina escolástica ya establecida: La que sirve para hacer silogismos y teoremas, y esa otra facultad, también racional, por la que conocemos directamente que robar, mentir, etc., están mal o son acciones malas moralmente. Para la primera reserva el nombre de *ratio*, y a la segunda suele llamarla *intellectus*. El ser humano participa de la Ley Eterna a través del intelecto, que le hace conocer cosas que son «esencialmente buenas» porque son realidades divinas¹⁷⁹. Con el tiempo se fue consolidando esta distinción entre *ratio* e *intellectus*, patrimonio común de la Escolástica, y DOMINGO DE SOTO podía escribir como asunto evidente que la Ley natural pertenece al intelecto, mientras que lo obtenido mediante discurso racional forma parte de la razón¹⁸⁰. El *intellectus* conforma el Derecho natural que PEDRO DE BELLAPERTICA llamaba Derecho divino. Porque la razón natural ordena que hemos de guardar la palabra dada, y que al menor se le restituya *in integrum*. A estos derechos los llamamos *iura naturalia*, y están introducidos por la equidad natural¹⁸¹.

TOMÁS no duda que la prohibición de no robar pertenece a este intelecto que el hombre posee en común, de algún modo, con la razón divina, pero es consciente del hecho de que tales preceptos y prohibiciones son poco operativos si atendemos a ellos solamente, porque son excesivamente generales. La común opinión de la época entendía que el Derecho o Ley natural (los juristas usaban la expresión *ius naturale*, mientras que los teólogos preferían la de *lex naturalis*) dispone fundamentalmente que los hombres han de hacer los «estatutos», esto es, el derecho de origen humano que no es directamente Derecho natural¹⁸². Los primeros principios de la razón práctica han de ser

¹⁷⁷ «Veritatem autem omnes aequaliter cognoscunt, ad minus quantum ad principia communia legis naturalis». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 93, art. 2, resp.

¹⁷⁸ «Manifestum est quod omnia participaret aequaliter legem aeternam». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 2.

¹⁷⁹ «Solus enim intellectus habet intelligentiam de rebus essentialiter bonis, quae sunt res divinae». Cfr. *Com. Eth.* § 2083.

¹⁸⁰ Vid. *De justitia et iure...*, cit., L. II, q. 4, art. 1, pág. 134 de esta edición.

¹⁸¹ «Et ius naturale quod appellatur ius divinum, vel quod pacta servat non proprie dicitur ius naturale, sed dicitur quaedam ratione introductum. Naturalis ratio dictat pacta servari et quod minor restituatur in integrum. Ideo vocatur iura naturalia. Id est naturali aequitate introductum». Cfr. *Petri de Bellaperticae...*, cit., pág. 61.

¹⁸² PEDRO DE BELLAPERTICA, por ejemplo, alude a este tema en *Petri Bellaperticae...*, cit., pág. 76.

completados (informados) por el estudio de las cosas que han sido hechas naturalmente, para obrar de forma similar¹⁸³. De este modo el *intellectus* parece no poseer una naturaleza acabada: Ha de ir a remolque de lo que vemos en la naturaleza, para obrar nosotros de igual forma (similiter) que el resto de la Creación. Ésta era otra *communis opinio* de la Ciencia jurídica romanista, y ya ACURSIO –que es como el fundador de esta jurisprudencia– explicaba que «En las leyes hay que proceder desde las cosas similares a las parecidas» (*Bene dico statutum esse procedendum de similibus ad similia*¹⁸⁴). El contemporáneo de TOMÁS más relevante a nuestros fines, PEDRO DE BELLAPERTICA escribía que el Derecho natural «primaevum» es aquel que compete igualmente a todos los seres con vida, aunque la participación del hombre en él es más «según la razón de las cosas» (*secundum rationem rerum*), porque la naturaleza del hombre es más perfecta que la de los brutos¹⁸⁵. No aprobaron la posibilidad de que la razón procediera por sí misma, al margen de las «las cosas», porque entendieron que la racionalidad, por sí misma, no lleva a ninguna parte: Solamente cuando es completada o informada por «las cosas» puede avanzar en dirección propiamente racional. En caso contrario compondrá juegos retóricos, dialécticos o sofísticos, pero nada «real».

La razón teórica y la razón práctica proceden de forma paralela, porque ambas avanzan «trabajosamente» (*per industriam rationis*) desde los primeros principios «naturalmente conocidos» hasta las conclusiones más concretas de los diversos saberes¹⁸⁶. En los Comentarios a la Ética reitera que la razón es doble, porque se manifiesta *participadamente* o regulada por una razón superior, y como *esencialmente*, que se da cuando la razón procede «desde sí misma», y esta última parte de la razón es la parte más importante de la racionalidad¹⁸⁷. En otros momentos alude a esta doble vertiente de la racionalidad hablando de la «ratio per essentiam» y de la «ratio per participationem»¹⁸⁸.

¹⁸³ Escribe que el intelecto humano, que participa de la luz del divino, «necesse habet in his quae facit informari ex inspectione eorum quae sunt naturaliter facta, ut similiter operetur». Cfr. *Com. Pol.* § 1.

¹⁸⁴ *Corpus Juris Civilis Justinianei, cum Commentariis Accursii, Scholiis Conti, etc.* Lugduni, 1648, L.I, Tit. 3, «Quod vero», glosa «k».

¹⁸⁵ *Petri de Bellaperticae...*, cit., pág. 61.

¹⁸⁶ *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

¹⁸⁷ La razón «essentialiter habet ex seipso. Et haec quidem pars principalis rationis dicitur». Cfr. *Com. Eth.* § 126.

¹⁸⁸ *Vid. Com. Eth.* § 243.

§ 8. Las «inclinaciones naturales»

Desde los textos de ULPIANO se había formado una mentalidad que entendía que «El Derecho natural es una fuerza ínsita en las cosas»¹⁸⁹, de modo que el mismo Derecho natural propio del hombre, que bastantes juristas llamaban Derecho de gentes, consistía también en aquello que los hombres poseían entre sí «por instinto natural», *ex instinctu naturae*¹⁹⁰. Ya sabemos que TOMÁS DE AQUINO concedía gran importancia a las «inclinaciones naturales», de modo que incluso los primeros principios de la razón práctica debían ser guiados por tales inclinaciones. Pero aunque estos primeros principios constituyen solamente una vertiente necesaria de la ley natural, TOMÁS se refiere ante todo a estas inclinaciones en el momento de definir o describir qué es tal Ley: «Los preceptos de la ley natural siguen el orden de las inclinaciones naturales...»¹⁹¹. Siglos más tarde, DOMINGO DE SOTO, poco fiel en este punto al de AQUINO, entendía que el hombre posee dos naturalezas distintas, la racional y la sensible¹⁹². PASCAL, como en general los jansenistas, extendieron en la cultura católica la tesis platonizante de la duplicidad de naturalezas humanas, que ha llegado hasta hoy en amplios sectores. TOMÁS no distinguió dos naturalezas distintas ni separadas: Más bien insistió en que los dictados de la razón y de las inclinaciones naturales serían ininteligibles los unos sin los otros. En él, el hombre no es un *mixtum compositum*, sino una «unidad substancial» de alma y cuerpo¹⁹³.

Estas inclinaciones naturales, ¿crean verdaderos derechos? La *jurisprudencia* del Jus Commune se encontró dividida en este punto. Los juristas que realizaban las declaraciones de ULPIANO y HERMOGENIANO, entendían que la libertad personal *est de iure naturali*, aunque admitían que tal derecho había sido «derogado» en este punto¹⁹⁴, porque todas las instituciones sociales jurídicamente reconocidas que menoscababan la libertad individual habían de ser opuestas a la libertad propia del Derecho natural. La piedra de escándalo venía introducida por la «ley» *Ex hoc iure* del Digesto (D., 1,1,5), donde ULPIANO había dejado escrito que pertenecían al Derecho natural la común posesión de

¹⁸⁹ *Vid.*, por ejemplo, Bellapertica, Comentario a Instituta 1,2,1, § 7, en donde escribe que «Jus naturale est vis insita in rebus».

¹⁹⁰ «Ius gentium est illud quod homines habent inter se ex instinctu naturae». Cfr. *Petri Bellaperticae...*, cit., pág. 77.

¹⁹¹ «Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2, resp.

¹⁹² *Vid. De justitia et iure...*, cit., L. I, q. IV, art. 2, pág. 31.

¹⁹³ «Est autem primum manifestum quod substantia intellectualis non potest corpori uniri per modum mixtionis». Cfr. *Sum. Gent.* § 1314.

¹⁹⁴ *Vid.* mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media*, cit., págs. 72-73.

todas las cosas y la igual libertad de todos los hombres, situaciones que ISIDORO DE SEVILLA llamaba fluidamente la «*communis omnium possessio*» y la «*omnium una libertas*». Aquella posesión y esta libertad habían quedado limitadas o destruidas por la introducción de la propiedad privada y de aquellas instituciones que por sus inevitables relaciones de jerarquización y subordinación, rompían la igual libertad. BARTOLO llegaba incluso a escribir que la misma existencia de los jueces era opuesta a aquella libertad del derecho natural, porque «la sentencia del juez destruye la libertad natural»¹⁹⁵.

La complejidad de combinar la doctrina iusnaturalista de SAN PABLO (que se limitaba a la ley genérica escrita en los corazones de los hombres) con el iusnaturalismo romano aparece ahora más evidente, porque están llamando con el nombre común de Derecho natural a realidades distintas, unas difícilmente derogables y otras ya derogadas. Los *prima principia practicae rationis* no pueden cambiar nunca, y esto lo reiteraron todos. BELLAPERTICA, para simplificar el análisis del problema, propuso que consideráramos tales principios como «derecho divino», y que atendiéramos únicamente a la actividad racional del hombre ante las necesidades históricas para caracterizar el Derecho o Ley natural¹⁹⁶. Este jurista francés entendió que las tendencias que naturalmente vivencia el hombre no creaban ningún derecho, porque mantenía que tales vivencias «más parecían pertenecer al derecho civil». Por el contrario, TOMÁS se decidió resueltamente a favor de considerar como fuentes del derecho natural estas inclinaciones. Además, al tratar de la derogación de la Ley natural, reconocía que tal Ley había sido derogada por la existencia de la esclavitud. Lo que implica que la tendencia natural a la libertad creaba un derecho a ella. Así pues, desde puntos de vista a veces decisivos, las tendencias naturales o sensitivas humanas constitufan el fundamento más elemental de la Ley Natural.

§ 9. Derecho y Moral: «*Medium rationis*» y «*medium rei*»

El gran criterio diferenciador que usa TOMÁS DE AQUINO entre la moral y el derecho es el que propuso demasiado sucintamente ARISTÓTELES en el Libro V de la *Moral a Nicómaco*. Siguiendo las indicaciones muy someras de ARISTÓTELES, TOMÁS indicó que «lo justo» constituye, desde el punto de vista de su medición o cálculo, un *medium rei* (un «medio de la cosa»), porque aquello que hay que dar a otro ha de ser calculado al filo de alguna «cosa» o rela-

¹⁹⁵ «An contra ius naturale lex possit? Glossa tenet quod non. Contra ea facit: nam sententia iudicis tollit libertatem, que est de iure naturali». Cfr. *Commentaria*. Venetiis, 1616, D. 1,4,1, § 3.

¹⁹⁶ *Vid. Petri de Bellaperticae...*, cit., págs. 69-71.

ción que anda en juego y que es relevante para la vida humana¹⁹⁷. Esta instancia real (el adjetivo real proviene de «res», cosa) que juzga lo exigible en derecho suele ser, en última instancia, el bien común, aunque más próximamente existen otros criterios. En las virtudes que no son la justicia, el cálculo de lo que hay que darse a sí mismo no es una cosa externa al sujeto que actúa, sino el mismo sujeto y sus necesidades, y a este «medio» que cada cual se debe a sí mismo, lo llamó *medium rationis*, para diferenciarlo del *medium rei* por el que se mide la relación de justicia o jurídica.

Las diferencias entre ambos «medios» las entenderemos mejor con un ejemplo: Lo que es lícito o necesario en la moral es determinado (medido) también por las posibilidades y necesidades del sujeto que actúa. Así, lo que sería demasiado comer para TITIVS (porque *objetivamente* le sentaría mal), es poco o está bien para CRESO. En cambio, las competencias (derechos y deberes) del profesor y de los alumnos no se determinan por lo que necesiten personalmente unos u otros, sino por las exigencias objetivas de la docencia: Los alumnos pueden exigir al profesor que explique cosas interesantes de acuerdo con la asignatura, que lo haga con claridad y precisión, y otras cosas más relacionadas con la docencia. El profesor puede exigir a los alumnos que asistan a clase (si ése es el caso), que guarden silencio, etc. Como el profesor y sus alumnos se relacionan por medio de la docencia-disciplina (en la medida en que los consideremos desde este único punto de vista), unos y otros pueden exigirse jurídicamente conductas determinadas por el vínculo que los une, al margen de otras necesidades personales. A este «justo medio» que atiende a la naturaleza de la relación que vincula a unas personas con otras, lo llamó TOMÁS DE AQUINO *medium rei* o «medio de la cosa», porque en estos casos lo que es justo viene medido por la naturaleza de la relación (de la «cosa»), no por otras consideraciones personales.

Ésta es quizá la razón última por la que el derecho tiende tanto a *cosificar* las conductas humanas: El Derecho civil (otra cosa es el Derecho penal) no considera tanto personas como «cosas» y sus exigencias, y mide lo que es debido atendiendo a la relación que vincula al deudor y acreedor: No *personaliza* en la misma medida que la moral o el Derecho penal: Precisamente porque el Derecho penal «personaliza» mucho el extraño medio en que consiste la pena, la *jurisprudencia* romanista excluyó de sus enseñanzas a esta rama del Derecho, y de hecho, el único libro bajomedieval conocido que trata de cuestiones penales es el *Speculum juris* de GUGLIELMUS DURANDUS, que no trata substantivamente de los delitos, sino únicamente de las garantías proce-

¹⁹⁷ JOHANNES ALTHUSIUS, por ejemplo, escribía que «Constitutio juris est, qua illud ex negotii natura et qualitate, secundum rectam rationem, exigente utilitate et necessitate humana, concipitur et formatur». Cfr. *Dicaeologiae libri tres. Totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes*. Francofurti ad Moenum, 1649, L. I, cap. XIII, § 4.

sales. Obviamente, las *leges civiles* (sinónimas de Derecho civil, o derecho a secas) poco tuvieron que ver con el Derecho penal hasta el siglo XVIII-XIX. Los libros que trataban cuestiones penales solían recibir el título de «Prácticas criminales», alejadas del adjetivo de «jurídicas».

La afirmación de la capacidad humana para determinar de algún modo el medio objetivo supone confiar en las posibilidades de la razón. TOMÁS DE AQUINO, al tener formación aristotélica, era moderadamente racionalista, y en esto coincidía con los juristas del *Jus Commune*.

§ 10. Los bienes humanos

La vertiente de la razón que TOMÁS llama «ratio essentialiter» ha de proceder «según la naturaleza de las cosas, desde lo parecido a lo parecido» (*secundum naturam rerum, de similibus ad similia*) para que el hombre persiga bienes propiamente humanos, esto es, sin alejarse de lo que él ya es. La regla de oro de TOMÁS en estas materias es la que podríamos enunciar como «el tratamiento según la materia» (*subiectam materiam*), que implica que no podemos pedir o exigir más que aquello que es propio de la materia que estudiamos¹⁹⁸. El tema que estudia la Filosofía práctica, jurídica o moral, es el hombre, que es lo óptimo que existe en el Universo, y en este punto es necesario corregir a ARISTÓTELES cuando entendía que la Política es la más excelente de las ciencias. No es así, escribe TOMÁS, porque no es la ciudad lo más importante, sino el ser humano, y por ende la más excelente de todas las ciencias no es la Política, sino la Prudencia¹⁹⁹.

Sucede que la Naturaleza tiende ante todo a regir a cada cosa en sí o desde sí misma (*ad regendum unamquamque in seipsa*²⁰⁰), y así como en las ciencias especulativas hay que partir desde las nociones comunes de la razón teórica, en la dialéctica demostrativa que juzga sobre el hombre, hay que proceder desde los principios propios de esa cosa²⁰¹, esto es, desde las exigencias propiamente humanas, que pueden partir directamente desde la persona humana (como es el caso del derecho al conocimiento o a la dignidad²⁰²) o desde el

¹⁹⁸ *Vid.*, entre otros lugares, *Com. Eth.* § 135, en donde escribe que «in singularibus subiectam materiam, prout scilicet proprium est illi doctrina, quae circa illam materiam versatur».

¹⁹⁹ *Com. Eth.* § 1186.

²⁰⁰ *Vid. Suma teológica*, II-II, q. 50, art. 4.

²⁰¹ «In speculativis dialectica, quae est inquisitiva, procedit ex communibus; demonstrativa autem, quae est iudicativa, procedit ex propriis». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 51, art. 4.

²⁰² Escribe sobre la dignidad humana que «Omnis enim nobilitas uniuscuiusque rei est

análisis de lo exigido por cada situación, como sucede con la no devolución del depósito de armas a la persona que se ha vuelto loca. Pero este punto se presta hoy a confusiones: TOMÁS no está proponiendo que el jurista y el moralista partan sin más desde lo que «es» el hombre, porque la naturaleza humana es, según TOMÁS, poca cosa para saber directamente y sin necesidad de razonar lo que hemos de hacer ante las necesidades. No perdamos su vista su intuición inicial, a saber, que la naturaleza solamente prepara algunos principios que son conocidos por la «ratio participata»; más allá de tal *ratio* lo que el hombre ha de conocer normativamente lo adquiere mediante la prudencia que, superando el simple conocimiento contemplativo, trabaja activamente (essentialiter) mediante argumentos extraídos desde las cosas en sí, esto es, desde las necesidades concretas.

En cualquier caso, hay que hacer notar que la tesis de una naturaleza humana completa o acabada, que sólo hubiera que conocer para saber qué es lo que demanda naturalmente el hombre, es ajena al pensamiento medieval. La Baja Edad Media más bien consideró fines (bienes) concretos del hombre, en cuya determinación normalmente no tenía sentido remitirse a algo tan abstracto como la naturaleza del hombre: Los medievales se movieron en un «plano medio» alejado tanto de la inmediatez de los intereses empíricos como de las alturas de los ideales²⁰³, entre otras cosas porque entendieron que el ser humano tiende hacia «las cosas» no por ellas mismas como por sus efectos²⁰⁴, y los efectos de cada cosa son distintos, aunque se trate de una sola y misma cosa. TOMÁS entendía que la voluntad del hombre no es movida por la cosa en sí, sino por una relación especial que se establece entre la cosa y cada persona²⁰⁵. El primer autor que conozco que mantuvo la existencia de un Derecho natural que resultaría acabadamente desde la consideración de la *natura hominis* fue RAIMUNDO DE SABUNDE a finales del siglo XV²⁰⁶. Más tarde, en el siglo

sibi secundum suum esse. Nulla enim nobilitas esse homini ex sua sapientia nisi per eam saepius esse». Cfr. *Sum. Gent.*, § 260.

²⁰³ TOMÁS DE AQUINO nos explica sobre este «plano medio» que «natura autem non attingit ad communem boni rationem, sed ad hoc bonum quod est sua perfectio ... Agens autem particulare se habens ad agens universale sicut eo posterius, et sicut ejus instrumentum». Cfr. *Sum. Gent.*, cit., § 998.

²⁰⁴ Vid. TOMÁS DE AQUINO, *Sum. Gent.* § 2328.

²⁰⁵ Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 9, art. 2, en donde escribe acerca de la *relatio* que se establece en cada caso entre la cosa y el que obra.

²⁰⁶ Martini escribía en el *Praefatio* a la *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium juris et aequitatis* de JOHANN OLDENDORP, Vindebonae, 1758 (1539) que «Raimundus a Sabunde, Hispanus Barcinonensis, in artibus et medicinae doctor, in ejus Theologia naturali Anno MCCCCXXV...: Haec scientia arguit per argumenta infallibilia, quibus nullus potest contradicere, quoniam per omnes Creaturas, et per natura ipsius hominis, et per ipsumet hominem omnia probat, et per illam quae homo certissime cognoscit de se ipso».

XVII, los integrantes del amplio movimiento innovador que llamamos Escuela Moderna del Derecho natural, mantuvieron la posibilidad de considerar al hombre «naturalmente», esto es, al margen de cualquier «persona jurídica» u *officium* (munus publicum), y para ello echaron mano del recurso hermeneútico del «estado de naturaleza» tal como se manifiesta en los primeros capítulos del Digesto y de la Instituta²⁰⁷. HUGO GROCIO prosiguió tímidamente este camino de la mano de FERNANDO VÁZQUEZ de MENCHACA, de LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ, y llegó prácticamente a su culminación en las obras de SAMUEL PUFENDORF.

En cambio, el mundo humano que consideraban los medievales era plural, múltiple²⁰⁸, y desde luego irreductible a un pequeño conjunto de cualidades morales que resultaran de la «natura hominis» o del «hombre considerado naturalmente». Era un universo poblado por diversas *personae*, *conditiones personarum*, *officia*, que eran distintas entre sí. Los razonamientos que partían desde las «personas seu condiciones», desde los *officia*, y en general las *rationes* que llevaban a cualquier *solutio*, procedían frecuentemente como si el arranque de la argumentación fuera el inicio del mundo, como hacía notar SAVIGNY. Para no perderse en la inmensidad de lo diverso, la jurisprudencia romanista agrupaba las *quaestiones* en torno al *ordo legum* (orden de las «leyes») del Corpus Juris, pero este orden era simplemente de conveniencias forenses y escolares, en modo alguno sistemático en el sentido estricto de este término. Los juristas aprendían el arte de la justicia concordando los problemas, resolviendo antinomias y rellenando lagunas, pero no usaron de un punto unitario de convergencia que les proporcionara ya las soluciones. La misma estructura del Corpus Juris, casuística, con escasa ordenación externa, hacía entrar por los ojos a un estudiante la naturaleza plural y diversa de cada problema y de sus posibles soluciones. Si buscamos referencias a lo que es el hombre en su totalidad, lo más que encontramos son reglas y normas diversas e inconexas que se refieren a la *aequitas*, la *pietas*, la *humanitas*, o bien (en la línea iusnaturalista de ULPIANO) a la libertad natural o a los instintos que «naturalmente» porta el hombre. Aunque algunas veces estas exigencias humanas eran referidas directamente a la *natura hominis*, sin especificar más.

Por tanto, estas «cosas en sí mismas» a que alude el de AQUINO en sede de Filosofía práctica no arrancan normalmente desde una supuesta naturaleza del ser humano, sino desde el conjunto de exigencias que surgían desde una expectativa socialmente tipificada. Si trasladamos el modo metafísico de pensar a la teoría tomista sobre la justicia, podría parecer que TOMÁS se refiere a la natu-

²⁰⁷ Vid., por ejemplo, mi estudio *Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII*, cit., págs. 280 y ss.

²⁰⁸ TOMÁS DE AQUINO solamente consideraba la posibilidad del *continuum* en la materia. Vid., por ejemplo, *Sum Gent*, ed. cit., § 155.

raleza de «la cosa en sí misma», de forma que una conducta sería justa o injusta «por sí misma», *ex objecto*. A veces, TOMÁS habla de la cosa en sí como un criterio para reconocer lo que prescribe el *ius naturale*, pero esto sucede sólo episódicamente, y es un criterio que concurre junto con otros criterios²⁰⁹. La doctrina de la naturaleza de las cosas emergió con cierta fuerza más tarde, con ESCOTO, cuando habla de los «per se nota» o de los «nota ex terminis» como criterio cognoscitivo o constitutivo del Derecho natural²¹⁰, pero aunque contó a su favor con los apoyos de GERSON, CONRADO y otros doctores de París del siglo XV, no triunfó como «principium cognoscendi iuris naturalis» sino hasta el final del siglo XVI español, con GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE y LUIS DE MOLINA. FRANCISCO SUÁREZ lo catapultó a la Teología moral y a la Ética del sector moderado de la Edad Moderna. En las áreas de cultura protestante este criterio naufragó por lo general ante el avance incontenible de los individuos aislados, independientes y autónomos que proporcionaba el «status naturae», y la Edad Moderna fue el escenario de un duelo total entre los propugnadores de las libertades del individuo aislado y los defensores de las inmutables naturalezas de las cosas: Una discusión en la que posiblemente TOMÁS DE AQUINO no hubiera tomado partido por ningún bando.

Por el contrario, en el pensamiento romanista que empapa la obra de TOMÁS DE AQUINO, lo que pudiéramos llamar las cosas en sí mismas tienen frecuentemente una naturaleza relacional, un «modo» de ser. Los juristas, y TOMÁS con ellos, relacionan normas y consecuencias previsibles que resultarían de la aplicación de tales normas, y tenían presente que «los principios han de ser los adecuados a las conclusiones»²¹¹. Lo que el jurista o el moralista consideraba era un abanico de fuentes de principios (una heterogeneidad de los principios²¹²), ya que si unas veces atendía a la naturaleza en sí misma de una conducta, otras veces ponderaba bienes y males que se seguían de ella y elegía la

²⁰⁹ Algunas declaraciones aisladas de TOMÁS pueden inducir a confusión. Por ejemplo, en la II-II, q. 60, art. 5 de la *Suma teológica* escribe que «Respondeo dicendum quod iudicium nihil aliud nisi quaedam definitio vel determinatio eius quod iustum est. Sit autem aliquid iustum dupliciter: uno modo, ex ipsa natura rei, quod dicitur ius naturale; alio modo, ex quoddam conditio inter homines, quod dicitur ius positivum».

²¹⁰ A este tema dedicó la distinción 37, q. 1 de las *In Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum quaestiones subtilissimae*. Antwerpiae, 1626. TOMÁS DE AQUINO también consideró la posibilidad de este criterio: Pero no parece concederle gran importancia en temas prácticos. Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2, resp. Sobre el criterio «nota ex terminis» en Duns, vid. Michel Bastit, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*. Paris, 1990, pág. 200.

²¹¹ «Prudentia est circa contingentia operabilia. In his autem non potest homo dirigi per ea quae sunt simpliciter et ex necessitate vera, sed ex his quae in pluribus accidunt: oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere». TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 1.

²¹² Acursio, en la glosa «a» a Digesto, 1,1,1 establecía que «Ius naturale quattuor

regla que en su opinión acarrearía menos males, porque si todo lo malo posee su vertiente buena²¹³, lo bueno también presenta una dimensión mala, y por este motivo el de AQUINO habla de «asentir a una u otra parte de la contradicción»²¹⁴, pues parece entender que toda decisión práctica es vitalmente contradictoria²¹⁵. Combinaron las naturalezas de las cosas, los apetitos que naturalmente experimenta el hombre, lo que consideraron por uno u otro motivo bienes humanos. Las virtudes morales parten desde los apetitos y tratan de regularlos desde ellos mismos, según sus exigencias atemperadas por la *ratio*. En la *quaestio* más relevante de la Filosofía jurídica tomista, la 47 de la II-II de la *Suma teológica*, TOMÁS de AQUINO formuló el punto central de toda ella: «El fin de las virtudes morales es el bien humano»²¹⁶.

La moral es el saber que trata de las cosas que son necesarias para la vida humana²¹⁷, para conseguir aquello que es honesto, útil o agradable²¹⁸. De lo que expone TOMÁS parece deducirse que todo aquello que es *delectabile*, útil u honesto según medidas humanas «es bueno» para el hombre. Era lógico que, en este contexto, VITORIA señalara que los pecados son más graves cuanto son más nocivos²¹⁹. Del conjunto de estas explicaciones parecen claras dos notas: Que la teoría jurídica tomista está surcada por un fuerte nervio que atiende a los efectos de las conductas que, sin desconocer el momento del *honestum*, busca todo tipo de bienes o utilidades para la vida humana, porque normalmente el *honestum* viene constituido por esos mismos bienes. La otra, que el

modis dici. Primo lex mosaica, Secundo obligationes qui ex instinctu naturali, Tertio, ius gentium. Quattuor, ius pretorium».

²¹³ En la I-II, q. 91, art. 4 de la *Suma teológica* se plantea si la prostitución debe ser tolerada civilmente. Entiende que sí, porque como expuso SAN AGUSTÍN, la ley no puede prohibir todas las cosas malas porque entonces «etiam multa bona tollerentur»

²¹⁴ Explica que en el conocimiento de los universales la consideración es especulativa, y ella no requiere de ninguna disposición especial aparte de la fuerza de la razón del que silogiza. En cambio, en los «operabilia contingencia: Non cogitur ratio ad assentiendum huic vel illi... sed in potestate habet homo quod assentiat uni vel alii parti contradictionis». Cfr. *Com. Eth.* § 518.

²¹⁵ En el § 1323 de los *Com. Eth.* Explica que el «syllogismus factus inducit dubitationem». Porque cuando razonamos en temas prácticos la mente de la audiencia «manet ligatam» ya que no puede permanecer en lo que concluye la razón, porque la «conclusio ei non placit», pero tampoco puede «procedere ad contrarium quid non habet in sua potestate solutionem argumentationis».

²¹⁶ «Finis virtutum moralium est bonum humanum». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 6.

²¹⁷ «Moralis autem philosophia habet considerationem circa omnia quae sunt necessaria vitae humanae». Cfr. *Com. Eth.* § 1539.

²¹⁸ Al *honestum* se opone el *malum*, al *utile* el *nocivum*, y a lo *delectabile* lo *tristis*. Vid. *Com. Eth.* § 273.

²¹⁹ *Comentarios...*, cit., II-II, q. 57, art. 8, § 3.

acento sobre lo que constituye a algo en «bueno» parece recaer en última instancia en el carácter delectable (delectabile) de un objeto o conducta²²⁰, una vez supuesto el *honestum*.

La Ética tomista se llama eudemonista porque trata de mostrar los caminos para llegar a la felicidad. Al tomar como punto de mira al ser humano concreto que ha de regirse desde sí mismo, una vez conocidos los primeros principios prácticos, los razonamientos y deducciones lógicas normalmente no eran suficientes, y TOMÁS escribía que en la moral hay que proceder no solamente mediante conclusiones y principios, sino también según aquellas cosas que se dicen de aquello que estudiamos, esto es, del último fin, de la felicidad²²¹. Porque si las normas generales son importantes para saber lo que es adecuado, también las circunstancias concretas tienen voz y voto.

Una advertencia, ya que aludimos a un criterio tan general como es la felicidad: Cuando hablamos del bien o lo bueno, explica el de AQUINO, lo podemos considerar en concreto o en abstracto. Parece preferible considerarlo en concreto, porque siempre que decimos que algo «es más o menos», nos expresamos así por acercamiento a algo, o por alejarnos de ello²²². En los temas propiamente jurídicos, en los que existen intereses individuales contrapuestos, es necesario discriminar el interés que será elevado a calidad de derecho, a diferencia del otro interés, que permanecerá en el plano de simple pretensión sin títulos especiales para su exigencia. Uno de los grandes criterios para distinguir lo que debe ser protegido por el derecho es el de la utilidad común filtrada por el *honestum*, que recibió el nombre de «bonum commune». El derecho está facultado en estos casos para aplicar este criterio aparentemente externo a las personalidades individuales, porque ha de elegir entre dos intereses igualmente personales, y como todo lo personal es inconmensurable, hemos de seguir algún rasgo de la cosa en litigio que pueda ser mensurable «realmente», es decir, como tal cosa, al margen relativamente de las personalidades. Pero sabiendo que el fin del individuo no es el fin de la especie²²³.

²²⁰ TOMÁS escribe que «His quae sunt simpliciter delectabilia, quae scilicet sunt convenientia naturae humanae...». Cfr. *Com. Eth.* § 1489.

²²¹ «Non solum per conclusiones et principia, ex quibus ratiocinantis sumo procedit sed etiam ex his quae dicuntur de ipso, idest, de ultimo fine, de felicitate». Cfr. *Com. Eth.* § 139. No parece que él entendiera esta felicidad en un plano puramente humano, como si el hombre poseyera una *pura natura perfecta*, porque ante todo considera al ser humano como un ser «exitus a Deo et redditus ad Deum». Los escolásticos españoles de finales del siglo XVI sí afirmaron la posibilidad de una *pura natura humana*, pero éste no fue el caso de la Filosofía práctica tomista.

²²² «Semper enim dicitur aliquid magis et minus per accessum ad aliquid unum vel recessum ab eo». Cfr. *Com. Eth.* § 1983.

²²³ TOMÁS DE AQUINO explica esto en la *Sum. Gent.* § 2089.

§ 11 Las necesidades en la ponderación de los bienes

El pensamiento medieval acerca de la justicia estuvo dominado por las exigencias de las necesidades sociales, que fueron vistas como unas necesidades superiores a las simplemente individuales, no porque lo social poseyera de por sí mayor calidad que lo individual, sino porque el individuo únicamente puede calcular lo conveniente intersubjetivamente desde las necesidades sociales. El hombre del Medioevo tuvo muy presentes los condicionantes sociales de la propia personalidad, hecho que desapareció en la Edad Moderna tras las teorías que, al presentar ante todo a individuos aislados en el «estado de naturaleza», dieron a entender que cada ser humano sería como un árbol que crece simplemente al lado de los demás. Las «necesidades» jugaron una función muy importante en la jurisprudencia romana y bajomedieval, que tendía a pensar que el Derecho natural también es aquel conjunto de instituciones que está compuesto por las respuestas del hombre a las necesidades de la convivencia, y que por tanto el verdadero Derecho natural era lo que los romanos llamaban el *Jus gentium* ya que este tipo del derecho es el derecho natural propio del hombre, que es ser racional que argumenta *ex necessitatibus*.

Por este motivo, la mayor parte de los juristas del *Jus Commune* mantuvieron simultánea y contradictoriamente que el Derecho natural es aquello «que es común a todos los animales» (*quod est commune omnia animalia*), lo que el hombre conoce naturalmente sin necesidad de raciocinio o discurso, y también el conjunto de instituciones jurídicas que se agrupan en torno al *Jus gentium* y que han sido creadas mediante el argumento racional *ex necessitatibus*. Era normal escribir frases como «*jus gentium, quod est naturali ratione inductum*», o «*jus gentium, id est, necessitatibus exigentibus...*»²²⁴. TOMÁS no escapó a esta ambivalencia, y a veces sostiene que el Derecho natural se limita a los *prima principia* de la razón práctica, desde los que los hombres crean otros derechos por determinación o conclusión, y a veces manifiesta que el Derecho de gentes es verdadero Derecho natural.

Las necesidades individuales gozaron, igualmente, de una alta consideración, como se mostraba en el supuesto del «derecho de necesidad» (*ius necessitatis*), en el que cada hombre podía tomar para sí lo que necesitara, ya que en la necesidad extrema revivía la «*communis omnium possessio*» propia del Derecho natural. Al usar de su derecho, nadie quedaba obligado a restituir una vez desaparecida la necesidad: Este último hecho resulta chocante a la mentalidad contemporánea, que concede más valor al carácter absoluto de la propiedad privada. En cualquier caso, la determinación del justo medio era asunto

²²⁴ ACURSIO, por ejemplo, escribía: «*Necessitas, id est ius gentium, quod per hominum necessitatem est inductum...*». *Corpus Juris Civilis cum Commentariis...*, cit., L. I, tit. IV, «*Ergo omne ius*», glosa «h».

de necesidades: De la necesidad del propio asunto según el criterio del «medium rei», de la propia bondad o maldad que mostraba la *ratio participata*, o de las necesidades sociales según demandaba el bien común. Las palabras necesidad y utilidad solían ser sinónimas, porque los juristas medievales llamaban necesario a todo lo que fuera útil²²⁵. Por razón de utilidad había sido derogado el Derecho natural, pues la «ley» *Ex hoc iure* declaraba que el Derecho de gentes había introducido el poder político, la propiedad, la vida civil, la esclavitud, el arte de construir edificios, etc., derogando parte del Derecho natural. Las virtualidades de los principios jurídicos que habían sido «introducidos» en la vida humana por razones de utilidad quedaban siempre afectados por este origen pragmático y «utilitario»²²⁶.

Frente a la idealidad expresada en el *ius naturale*, que constituía la igual libertad de todos y la común posesión de todas las cosas, el Derecho de gentes encarnaba la instancia pragmática que introdujo institutos jurídicos «odiosos», como el poder político, la esclavitud, la *usucapio* o la propiedad privada, que habían de ser admitidos porque eran más útiles que las consecuencias que se derivarían de su ausencia. Desde este punto de vista la «natura» estaba representada ante todo por las inclinaciones naturales que tendían hacia la libertad individual y hacia el disfrute de las cosas sin restricciones nacidas de exclusivismos. Las necesidades humanas, ponderadas por la razón, introducían el Derecho de gentes, que aparecía como la corrección racional de la igualdad o de la equidad propias del Derecho natural. Por esta razón, bastantes juristas, como PEDRO DE BELLAPERTICA, BARTOLO o BALDO indicaron que el verdadero Derecho natural propio del hombre era el Derecho de gentes, porque el simple *ius naturale* sólo representaba unas inclinaciones naturales comunes a todos los seres vivos.

Si el Derecho de gentes derogaba a veces el Derecho natural en puntos concretos, esto era porque la razón humana comparaba las ventajas e inconvenientes de seguir el puro *ius naturale* o de «introducir» el *ius gentium*. Era el caso de la propiedad: ARISTÓTELES había indicado que la propiedad dividida era «útil» porque si los campos fuesen de propiedad común se seguirían muchas disputas, estarían mal cultivados, etc. Esta argumentación aristotélica constituyó la fundamentación omnipresente del derecho de propiedad desde la recep-

²²⁵ FRANCISCO DE VITORIA explicaba que «Per necessitatem intellexit sanctus Thomas quamquamque utilitatem». Cfr. *Comentarios*, cit., q. LXXVIII, art. 4, § 2.

²²⁶ Para mostrar este carácter, TOMÁS aborda un caso espinoso que muestra de forma especialmente clara las relaciones entre necesidad y utilidad: ¿Se ha de restituir cuando la restitución produce un daño grave al que ha de pagar? Él opina que en estos casos no es exigible la restitución, porque el derecho de propiedad se ha introducido para el bien de todos, y las restituciones se ordenan también a la utilidad de aquel que paga, no sólo para la conveniencia de los propietarios o acreedores. *Vid. Suma teológica*, II-II, q. 62, art. 5.

ción del pensamiento de ARISTÓTELES en el siglo XIII hasta que el iusnaturalismo de la Edad Moderna entendió la propiedad privada como una cualidad moral de la persona humana, cosa que únicamente sucedió con claridad, por primera vez, con JOHN LOCKE, a finales del siglo XVII. Anteriormente el derecho de propiedad privada se fundamentaba en una teleología ética, tal como expuso TOMÁS: «Considerar algo comparándolo con lo que se sigue de ello es propio de la razón. Y esto es natural al hombre, según su razón natural, que le dicta estas cosas. Por esto dijo el jurisconsulto GAYO que «llamamos derecho de gentes lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres, que es observado entre todas las naciones»²²⁷.

Indicaba que la razón puede ser considerada como participada o «essentialiter», y estas observaciones sobre lo más útil corresponden claramente a esta última vertiente de la razón. En tanto que portador de una razón participada, el ser humano *contempla* cosas que son justas o injustas «por su propia naturaleza» (*ex sui natura*) porque naturalmente son adecuadas o conmensuradas a él. Desde el punto de vista de «su absoluta consideración», decimos que tal sucede con el varón respecto a la hembra, porque el varón tiene una «conmensuración» *ex sui ratione* hacia la hembra, para que ésta genere, y lo mismo sucede con los padres y la alimentación de los hijos²²⁸. TOMÁS expuso estos dos criterios en el mismo texto, a continuación uno de otro, porque cuando establece una observación que corre peligro de ser entendida unilateralmente, se apresura a presentar su opinión íntegra.

La *ratio participata* sirve únicamente para conocer un estado de la cuestión, por así decir, ya hecho, inalterable por el hombre. La *ratio* que procede *essentialiter* crea ella misma lo que debe ser entendido como Ley natural según las necesidades contingentes. El pensamiento más moderno, que postuló unas inmodificables «*qualitates morales personae competentes*» quedó muy lejos –y no sólo cronológicamente– de esta otra inteligencia de la Ley natural. Porque en la teoría romanista la razón participada no conoce solamente «*qualitates personales*», y la razón *essentialiter* se despega ocasionalmente de la rigidez de todo atributo moral intangible e inconmensurable de la persona. TOMÁS entendía por necesidad cualquier utilidad, como lo interpretaba VITORIA, y «lo

²²⁷ «Considerare autem aliquid comparando ad id quod ex seipso sequitur, est proprium rationis. Et ideo hoc quidem est naturale homini secundum rationem naturalem, quae hoc dictat. Et ideo dicit Gaius jurisconsultus: Quod naturalis ratio inter homines constituit, id apud omnes gentes custoditur, vocaturque ius gentium» Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 57, art. 3, resp.

²²⁸ «Ius sive iustum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri. Hoc autem potest contingere dupliciter. Uno modo, secundam absolutam sui considerationem; sicut masculus ex sui ratione habet commensurationem ad feminam ut ex ea generet, et parens ad filium ut eum nutriat» Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 57, art. 3, resp.

necesario tiene grados»²²⁹. La ponderación de lo que es más útil o más necesario en cada momento, dejaba la puerta abierta a una amplia Ciencia del derecho, que siempre tenía la posibilidad de jugar con el más y el menos. Se comprende sin esfuerzo la definición de justicia que el de Aquino proporciona en los Comentarios a la Política: «Lo que se adecua o no en las cosas útiles o nocivas»²³⁰.

§ 12. Los principios han de ser elegidos en función de las conclusiones

La consideración de la naturaleza absoluta de las cosas, tal como se desplegó en el siglo XVI español, y en el siglo XX entre los epígonos de la Axiología, nos han acostumbrado a entender el «orden moral» a modo de cielo estrellado en el que cada principio ocupa su lugar fijo, como las estrellas. Pero la filosofía práctica bajomedieval no entendió «las cosas humanas» (expresión frecuente para designar al hombre o al conjunto de las *relationes* en que él se manifiesta) al modo de una «natura» de la que se siguiera un «ordo» y desde éste una «universitas». La misma palabra «universitas» ha cambiado su sentido en estos últimos siglos: Entonces designaba también un conjunto diferenciado dentro de un orden más amplio²³¹. Así, cuando los «ayuntamientos de maestros y escolares» alcanzaban cierta entidad, se les asignaba un territorio propio, normalmente extramuros, con su *ius peculiare*, su propia policía (los *bedeles*), tribunales, etc. La *universitas* era también un orden parcial.

Indicaba que el razonamiento práctico presenta, una vez acabado, una cabeza, un cuerpo, y una cola, de forma que al final del proceso argumentativo la cola aparece como una simple conclusión o determinación de la norma aplicable para ese caso. La persona que tiene experiencia en la aparente «aplicación» de las leyes sabe que esto no siempre es así, no tanto porque existan ocasionalmente casos raros o excepcionales no previstos expresamente en las normas, como porque es el problema concreto el que clama por las normas aplicables. La concreción introduce un elemento nuevo en el silogismo jurídico que rompe normalmente lo que pudiéramos llamar un orden lógico. Ciertamente, existe una regla que reza «interpretatio cessat in claris», pero el

²²⁹ Vid. FRANCISCO DE VITORIA, *Comentarios...*, cit., II-II, q. 57, art. 1, § 3.

²³⁰ «Quod aliqui adaequantur vel non adaequantur in rebus utilibus et nocivis» Cfr. *op. cit.*, § 37.

²³¹ TOMÁS DE AQUINO exponía la posibilidad de considerar diversos «todos»: «Cum enim totum dicatur per relationem ad partes, oportet totum diversimode accipi sicut diversimode accipiuntur partes». Cfr. *Sum. Gent.*, § 1485. El modo de argumentar de los *moderni* (pensemos en SPINOZA y KANT), basado en el postulado de «non datur vacuum formarum», era opuesto a esta metafísica, más abierta a lo singular e histórico.

experimentado sabe que la determinación de lo que es claro conlleva frecuentemente un proceso valorativo previo que se resiste a ser explicado según «pasos lógicos». La asimilación que hacía posible proceder «de similibus ad similia» descansaba en la simple analogía, y ésta se expresaba normalmente a través del *consonare*.

TOMÁS explica que «los asuntos humanos se diversifican infinitamente», y esta diversificación incesante es el factor que hace imprescindible el ejercicio de la prudencia, que no opera con determinaciones artificiales y exactas propias del arte, los *factibilia*, sino con manifestaciones humanas, llamadas *agibilia* en el lenguaje escolástico. En el campo del *facere* es posible establecer procedimentalmente reglas lógicas, yendo desde lo más general a lo más concreto; en cambio, en la configuración de las cosas que hemos de *obrar* interviene el *intellectus*, que es esa dimensión de la razón que desborda frecuentemente las aplicaciones silogísticas ¿Cómo proceder entonces? Podríamos decir que aquellos académicos, TOMÁS DE AQUINO entre ellos, se encontraban ante un conjunto de vehementes exigencias prácticas que tropezaban con un muro de imposibilidades teóricas. Como veremos más adelante, contaba ante todo la buena voluntad personal, esa «rectitudo voluntatis propter se servata» que proponía SAN ANSELMO. De la mano de esta rectitud de la voluntad, el juzgador enjuiciaba el caso seleccionando los principios que mejor se acomodaban, según su criterio, a ese problema. No existía rigor lógico en las determinaciones humanas, pues la decisión práctica no es entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor²³².

Por decirlo con una terminología más actual, no existía una jerarquía de valores rígida, sino que los principios bajaban y subían en la escalera de la importancia según las circunstancias. No eran las normas las que se imponían en su sublimidad, sino que éstas mendigaban –por así decir– ser tenidas en cuenta en cada caso. FRANCISCO DE VITORIA insistió especialmente en esta vertiente del pensamiento jurídico medieval-romanista, porque el siglo XVI estaba siendo invadido por la doctrina de la naturaleza de las cosas que imponían los libros de los maestros de París de la centuria anterior. Quizá la declaración más abarcante y precisa de VITORIA es la que nos ofrece en otra polémica suya con CAYETANO: Si alguno está obligado a restituir cuando esto no puede hacerlo sin infamia. CAYETANO mantenía que no, y VITORIA le corrige: «Pero yo digo que no condenar a estos siempre es falso, y condenarlos siempre es falso también»²³³.

El gran factor que introducía la complejidad en el seno del razonamiento práctico era la admisión de lo que los filósofos llamaban el «ser modal».

²³² TOMÁS escribe que «ad prudentiam pertinet praeferre maius bonum minus bono». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 53, art. 5.

²³³ «Sed ego dico quod *universaliter* non condemnare istos falsum est; et *universaliter* condemnare illos, etiam falsum est». Cfr. *Comentarios...*, cit., II-II, q. 57, art. 6 § 22.

ARISTÓTELES había distinguido varias formas de ser, y al espíritu medieval le resultaba evidente que una misma cosa considerada desde su cantidad podía ser mucho, pero considerada desde su belleza podía ser poco; había, pues, que dar razón de esta diversidad de la aparentemente misma realidad. La *jurisprudencia* del Jus Commune, hecha por juristas que habían estudiado Dialéctica en sus estudios escolares, fue poco proclive a hablar expresamente de los «modos de ser» y demás categorías propias de los dialécticos y de los retóricos; pero las tuvo en cuenta. Como ya en el siglo XV comenzó una fuerte reacción contra la complicación y complejidad de los estudios jurídicos, el criterio de «las cosas en sí mismas, al margen de las circunstancias», cobró una actualidad fuerte de la mano de GERSON y especialmente de CONRADO, ambos muy conocidos y citados por los escolásticos españoles del siglo XVI. Los teólogos que seguían la tradición jurisprudencial se enfrentaron a las pretensiones de la nueva doctrina que prescindía de los *respectos* o modos, y tal fue el caso de VITORIA, DOMINGO DE SOTO, TOMÁS DE MERCADO o JUAN DE SANTO TOMÁS. TOMÁS DE MERCADO explicaba que «Hay que advertir que, así como los términos son significativos y denominan a las cosas significadas en el ser, así también los términos univocan y equivocan»²³⁴. Esto sucede porque «la analogía carece de perfecta equivocación; en primer lugar, porque en la equivocación el nombre conviene perfectamente a todos los significados, mientras que en la analogía no les conviene en igual grado, sino perfectamente el significado primario y a los demás menos exactamente, y las más de las veces sólo según algún respecto»²³⁵. Estas advertencias cayeron en el vacío, y el siglo XVII se inauguró, de la mano de LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ, con «la consideración de las cosas en sí mismas» bajo el lema de «*proprie loquendo*» o «*in se et per se*». SUÁREZ dio ejemplo de una abundante retórica de este tipo. Al prescindir de los modos de ser, los hechos encajaban académicamente en las normas como una pieza metálica encaja en otra que es su *Gegenstück*.

§ 13. «*Quaedam circulatio*»

El hombre individual interviene en este juego de la consideración de las cosas a veces consideradas «*in se et per se*», y a veces contempladas «desde algún punto de vista» (*secundum modos*), porque, entre otras cosas, la determinación del tipo de consideración que hay que seguir «*hic et nunc*» es obra de la inteligencia y de la voluntad personales. Es decir, aparece una nueva instancia que no es la cosa en sí, ni la aparente objetividad que proporcionan los criterios del *medium rei* y del *bonum commune*: Junto al factor que podemos llamar ante todo *real*, aparece un elemento personal.

²³⁴ *Comentarios lucidísimos al texto de Pedro Hispano...*, cit., pág. 69.

²³⁵ *Comentarios...*, cit., pág. 72.

Efectivamente, si únicamente tuviéramos en cuenta los datos reales, esta explicación presentaría algunos ribetes misteriosos, porque parece que el derecho ha de imponer necesariamente un orden que aparecerá ante el que quiera hacer justicia como algo ya dado, de forma que la persona justa da al otro lo que ya es de ese otro de acuerdo con el orden que existe. Entonces la buena voluntad tendría relevancia, pero solamente para dar efectivamente a los demás lo que ya es de ellos, no para determinar qué es lo que se les debe. De hecho, la definición de ULPIANO de la justicia («constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo») destacaba la buena voluntad personal del que quiere dar a los demás lo que ya es de ellos, sin que tal voluntad intervenga en la determinación de «lo suyo». Si los jueces y cualquier persona pudieran saber siempre, con precisión, qué es lo que hay que dar a cada cual, esta definición de la justicia sería suficiente. Pero sucede que frecuentemente sólo existe la voluntad de dar a alguien lo que es suyo, sin que sepamos bien qué es lo que se le debe. En tal caso la «buena voluntad» no solamente mueve la voluntad individual para dar a otro lo que le corresponde, sino que ella misma ha de constituir o determinar que es lo que hay que darle. Por esta razón SAN ANSELMO definió la justicia como «la rectitud de la voluntad observada por sí misma», realizando la función de la buena voluntad personal en la constitución o determinación misma de aquello que es debido. Pero si es justo el hombre que da a cada uno lo que ya es de ese otro (como si ese *suum* estuviera ya medido objetivamente), ¿cómo mantener que la buena voluntad es la que constituye la justicia de un comportamiento? Existen muchos «justos medios», explica TOMÁS, y no es nada fácil encontrar tal medio²³⁶.

Ante todo está el «medium rationis» propio de la moral, que es distinto del «medium rei» jurídico. La medición del derecho es algo más objetiva, de acuerdo con la finalidad que es preciso alcanzar socialmente. Pero la simple distinción entre «medium rationis» y «medium rei», explicando que el cálculo del «medio» del derecho es algo más objetivo que el cálculo del «medio» moral, no resuelve el problema enteramente. Porque ni el «medium rationis» es tan subjetivo, ni el «medium rei» es tan objetivo. Sucede que la virtud de la justicia y la virtud de la prudencia son virtudes personales, y nunca perderán la nota de «personalidad» que sigue a todo lo que decide hacer un ser humano: De hecho, TOMÁS parece no conceder mucho valor al criterio de «las cosas en sí» (ex objecto) al margen de las personalidades, ya que explica que el virtuoso es la regla de los actos humanos porque a través de él algunas cosas se vuelven «de valor y delectables» (pretiosa et delectabilia)²³⁷.

²³⁶ «Invenire medium est difficile, maxime considerandum simples circumstantias in singularibus operabilium. Quia non est facile determinandum qualiter sit faciendum et respectu quorum et in quibus rebus et quantum tempus sit irascendum». Cfr. *Com. Eth.* § 379.

²³⁷ *Vid. Com. Eth.* § 2075.

Este hecho lo observamos con más claridad en el párrafo 1267 de los «Comentarios a la Ética», cuando corrige a ARISTÓTELES, quien había explicado que la justicia procede del mismo modo que el médico, que no busca la salud en abstracto, sino la salud de este enfermo. Pero no es correcto proceder «buscando solamente la salud» (*propter sanitatem, sed non sanitati*), explica TOMÁS, porque incluso el arte de la medicina tiende más a producir obras sanas que no a buscar la salud²³⁸. Quizá quiere indicar que si el médico olvida el carácter intransitivo de su actuación tendrá entre las manos simples *factibilia*, no obras propiamente humanas, de forma que será un buen médico, pero quizá un mal hombre. Ciertamente, el virtuoso quiere para sí bienes «en» la virtud²³⁹, y por esto la delectación que acompaña a la virtud consiste en el bien que está en la operación²⁴⁰, no en realidades posteriores a esa misma actuación. El fin humano es negocio muy personal, y TOMÁS recalca que «el acto de virtud es más importante que la virtud misma»²⁴¹. De este modo, la felicidad que pretendemos obtener a través de la vida política es cosa distinta de tal vida, «como si tuviera una quasi-otra existencia aparte de esa misma vida»²⁴².

Si el acto de la virtud es más importante que la virtud misma (una regla que él introduce a propósito de cómo ha de entenderse el «*bonum commune reipublicae*»), lo que pueda ser llamado virtuoso queda en cierto modo relativizado. De hecho, TOMÁS explica que cada persona tiene «su» propio bien, ya que el virtuoso tiende ante todo a vivir según él mismo²⁴³, y si un hombre practica la virtud conviene (oportet) que quiera aquello que es bueno para él, ya que cada uno quiere «los bienes buenos para él mismo» (*sibi ipsi bona*)²⁴⁴. Si el bien no fuera «propio» del que obra, no existiría virtud²⁴⁵, y es más valioso tratar de conformar la propia voluntad con la voluntad de Dios no tanto en aquello que es querido como en la forma de tender hacia ello, «*quantum ad rationem voliti*»²⁴⁶.

²³⁸ Cfr. *Com. Eth.* § 1290.

²³⁹ *Vid. Com. Eth.* § 1804.

²⁴⁰ «*Delectatio vera et perfecta consistit in bono quod est in operatione*». Cfr. *Com. Eth.* § 1486.

²⁴¹ «*Unde operatio secundum virtutem est perfectior quam ipsa virtus*». Cfr. *Com. Eth.* § 152.

²⁴² «... *quasi alteram existentiam ab ipsa*». Cfr. *Com. Eth.* § 2101.

²⁴³ «*Virtuosus maxime vult vivere seipsum*». Cfr. *Com. Eth.* § 1806.

²⁴⁴ «*Si enim homo est virtuosus, oportet quod velit id quod est sibi bonum, quia unusquisque vult sibi ipsi bona*». Cfr. *ibidem*.

²⁴⁵ «*Bonum autem est virtuoso suum esse, quod scilicet sit virtuosus*». Cfr. *ibidem*.

²⁴⁶ «*Ad primum vero ... dicendum, quod magis vult quod Deus vult, qui conformat voluntatem suam voluntati divinae quantum ad rationem voliti, quam qui conformat ad ipsam rem volitam: quia voluntas principalius fertur in finem, quam in id quod est ad finem*». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 19, art. 10.

¿No puede suceder que el hombre trabaje tras bienes aparentes o vanos? TOMÁS lleva a veces hasta consecuencias extremas la tesis de la superioridad de la buena voluntad sobre el acto virtuoso mismo, ya que mantiene que si un hombre labora virtuosamente tras bienes aparentes, «para él son lo mismo los bienes aparentes y verdaderos» (eadem enim sunt apud ipsum vera et apparientia bona)²⁴⁷, y la razón de ello es que ese hombre quiere para sí los «bienes de la virtud» (bona virtutis), que son verdaderos bienes para el hombre, y de este modo su voluntad no es vana ya que él realmente se enriquece, porque el bien del hombre es trabajar «para realizar el bien» (ad perficiendum bonum)²⁴⁸.

La explicación tomista oscila entre los dos polos de la cuestión: Es virtuoso el que hace cosas que objetivamente ya son virtuosas, y las obras llegan a ser virtuosas porque las hace un hombre que actúa (agere) virtuosamente. O, planteado en otros términos, dado que en el conocimiento práctico «concurren la razón y el apetito», se requiere que la *ratio* sea verdadera y que el apetito sea recto; pero si la razón es verdadera por ser guiada por el apetito y éste es recto por ser enderezado por la razón, se pregunta TOMÁS si este planteamiento no nos lleva a un círculo vicioso²⁴⁹. Por lo general mantiene que «la razón recta se comporta respecto al apetito recto como un motivo y regla extrínseca»²⁵⁰, pero esto no contesta la pregunta. Es una interrogación que él se lanza a sí mismo, y que no responde rotundamente. De un lado mantiene que la virtud y el virtuoso son la medida de todo hombre; pues en cada género de cosas se tiene como medida lo que es perfecto en ese género y, dado que la virtud es propia de la perfección del hombre, y el hombre virtuoso es perfecto en su especie, desde él hemos de entender la medida en todo el género humano²⁵¹. Es, pues, la virtud personal la que hace bueno el acto²⁵². Reitera profusamente que las virtudes son las que vuelven recto el apetito²⁵³. Pero, de otra parte, al responder expresamente a la *quaedam circulatio* que detecta en su argumentación, explica que el virtuoso tiende siempre a obrar aquello que es conveniente a la razón, y así resulta que siempre quiere el bien «según él mismo»²⁵⁴.

²⁴⁷ *Com. Eth.* § 1804.

²⁴⁸ «Eadem enim sunt apud ipsum vera et apparientia bona... vult enim sibi bona virtutis, quae sunt vera hominis bona; nec huiusmodi voluntas in eo est vana, sed huiusmodi bona operatur ad seipsum, quia boni hominis est ut laboret ad perficiendum bonum». Cfr. *Com. Eth.* § 1804.

²⁴⁹ *Vid. Com. Eth.* § 1131. El tema ya está introducido desde el § 1129.

²⁵⁰ «Quia ratio recta se habet ad appetitum rectum, sicut motivum et regula extrinseca». Cfr. *Com. Eth.* § 327.

²⁵¹ *Com. Eth.* § 1803.

²⁵² «Respondeo dicendum quod virtus proprie ordinatur ad actum, quem reddit bonus». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 51, art. 2.

²⁵³ *Vid.*, por ejemplo, *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 13 ad 2.

²⁵⁴ *Vid. Com. Eth.* § 1805.

TOMÁS se encontraba en situación embarazosa porque la *circulatio* que él denuncia en su argumentación se encuentra operante en toda su filosofía práctica. Por lo general, ante este tipo de dificultades, él suele reiterar que «no hay que buscar la misma certeza en todas las cosas» (*quod non est eadem certitudo quaerenda in omnibus*), como estableció el Filósofo en el primer libro de la Ética, sino que en las cosas contingentes —como son las cosas humanas— basta la certeza de que algo es bueno por lo general²⁵⁵. En el párrafo 2132 de los «Comentarios a la Ética» emprende una explicación de alcance más amplio, e indica que el criterio último para calificar una conducta como buena o mala surge «tanto de las obras y del modo de vivir como de la razón» (*ex operibus et modus vivendi, quam etiam de ratione*); porque el factor dominante en los «operabilia» son las obras y el «modus vivendi», sobre los que no cabe conocimiento (*cognitio*), «sino obrar» (*sed opus*); y lo que podamos decir sobre estos temas ha de ser filtrado «por comparación con las obras y la vida de los que saben» (*per comparisonem ad opera et vitam sapientium*)²⁵⁶. JACOBO DE BUTRIGARIO expuso el tema más de acuerdo con la terminología de los juristas: «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»²⁵⁷.

No quisiera defraudar al lector, porque he propuesto hablar de la Ley natural en TOMÁS DE AQUINO y estoy refiriéndome a las dificultades para determinar lo que es virtuoso. Pero en nuestro caso estas dificultades son en buena medida las que existen para determinar lo que es justo según la Ley natural.

§ 14. El criterio de lo bueno y lo malo por sí mismo

La polémica moderna entre los defensores de las naturalezas inmutables de las cosas y los que proponían partir en derecho desde individuos aislados que portaban derechos de libertad personal, ha provocado que los siglos XIX y XX lean la historia con una falsilla previa que oscurece lo que conocemos de TOMÁS DE AQUINO. Consecuencia de esta deformación es entender la expli-

²⁵⁵ «Ad tertium dicendum quod «non est eadem certitudo quaerenda in omnibus» ut in I Ethic. dicitur. Unde in rebus contingentibus, sicut sunt naturalia, et res humanae, sufficit certitudo ut aliquid sit verum ut in pluribus». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 96, art. 1.

²⁵⁶ «ex operibus et modus vivendi, quam etiam de ratione; quia dominans, idest quod est principale circa operabilia, consistit in his, scilicet operibus et modo vivendi. Non enim circa talia principaliter cognitio, sed opus... Et ideo oportet considerare per comparisonem ad opera et vita sapientium». Cfr. *Com. Eth.* § 2132.

²⁵⁷ *In Primam, et Secundam Veteris Digesti Partem*. Roma, 1564, Tomus Primus, «De iustitia et iure», Lex Prima.

cación tomista de la Ley natural como integrada por objetividades inmutables, de forma que las conductas serían buenas o malas por sí mismas, *ex objecto*.

No es ésta la explicación de TOMÁS, porque él mantiene que sólo el *intellectus* nos muestra lo que es incondicionalmente bueno, y por eso los primeros principios de la razón práctica no varían. Pero aunque estos primeros principios muestren a veces exigencias concretas (por ejemplo, hay que proceder con el menor a la «restitutio in integrum»), normalmente su función es la de mover a los hombres a crear derecho justo, y los criterios para esta justicia no se pueden deducir sin más desde aquellos principios primeros, según explica en el art. 7, quaestio 47 de la II-II de la «Suma teológica». Y si falla la cabeza del razonamiento, lo que hemos de hacer no está determinado unívocamente por el fin²⁵⁸.

Las personas humanas somos distintas unas de otras, por lo que el proceder propio del *facere* o técnica, que unifica las conductas de forma igual para todos, ha de quedar excluido en el trabajo práctico. TOMÁS siempre parte del ejemplo aristotélico del médico: «El arte no crea un bien común o abstracto, sino concreto en lo singular»²⁵⁹, y propone una Filosofía práctica parecida a la Medicina en sus resultados inseguros, porque como el hombre no puede prever suficientemente todo lo que le afecta, ha de disponer su vida para resultar lo menos dañado posible²⁶⁰. La incapacidad para comprender los *operabilia* infinitos se ve potenciada por las diferencias personales, porque al ser nosotros diversos, lo que nos sienta bien o mal es igualmente diverso para cada uno, y por este motivo aquello que es bueno y virtuoso para uno porque le es proporcionado y conveniente, eso mismo es malo y vicioso para otro porque le es desproporcionado²⁶¹. Además, lo que es bueno «por sí mismo» ahora o aquí, puede ser malo en otro tiempo y lugar, porque como los «singularia operabilia» son infinitos porque concurren en ellos muchas cosas, aquello que considerado según sí mismo (*secundum se*) es bueno y conveniente al fin, puede volverse malo y no oportuno para el fin por la concurrencia de circunstancias²⁶². A lo

²⁵⁸ «Sed ea quae sunt ad finem in rebus humanis non sunt determinata. Sed multipliciter diversificantur secundum diversitatem personarum et negotium». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 15, resp.

²⁵⁹ «Ars autem non operatur aliquod bonum commune aut abstractum, sed concretum in singulari». Cfr. *Com. Eth.* § 108.

²⁶⁰ «Et haec, cum sint infinita ratione comprehendendi non possunt, nec sufficienter homo potest ea praecavere: quamvis per officium prudentiae homo contra omnes fortunae insultus disponere possit ut minus laedatur». *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 8.

²⁶¹ «Ad tertium dicendum quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, propter diversas hominum condiciones, contingit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosos, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosos, tanquam eis non proportionati». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 3.

²⁶² «Sed quia prudentia est circa singularia operabilia, in quibus multa concurrunt,

largo de la cuestión 49 de la II-II de la «Suma teológica» parece reaccionar irri-tado contra las excesivas pretensiones del criterio de «consideratum per se» o «secundum se», «per se et sua natura», etc. Además, la ponderación de la adecuación de lo externo a la propia personalidad es asunto personal de cada uno, porque como el discurso práctico «no puede ser explicado racionalmente» (non cadit sub arte, neque sub aliqua narratione), el juicio sobre lo concreto ha de ser dejado a la prudencia del que actúa²⁶³. Juicio que reitera en la «Suma teológica» cuando indica que es el propio prudente el que ha de aplicar los principios a los casos concretos²⁶⁴. Consecuencia de estas determinaciones personales múltiples es que la cualidad de bueno o malo en las concupiscencias depende del sujeto que actúa²⁶⁵, de forma que si bien todas las delectaciones son buenas, no lo son para todos²⁶⁶.

Ante la inutilidad de los procedimientos lógicos, TOMÁS se remite reiteradamente a la experiencia como norma de la actuación práctica, porque entiende que el conocimiento de los *singularia* es accesible solamente a los expertos. En el párrafo 2175 de los Comentarios a la Ética se plantea el problema de cómo acceder correctamente a las normas del ordenamiento jurídico o moral, que supone ya establecido «por el conjunto de las leyes reunidas» (ex legibus congregatis). Nadie puede declarar positiva una ley o establecer qué leyes son las más adecuadas para ese caso si no dispone de experiencia: Un ordenamiento normativo es útil solamente a los expertos²⁶⁷. Porque aunque muchas personas poseen una gran inteligencia especulativa, les falta sin embargo sentido práctico²⁶⁸. De acuerdo con la praxis jurisprudencial de la época, él propone reducir «a pocas series» (ad aliqua finita), gracias a la experiencia, los muchos casos singulares que ocurren²⁶⁹. Por experiencia parece

contingit aliquid secundum se consideratum esse bonum et conveniens fini, qui tamen ex aliquibus concurrentibus redditur vel malum vel non oportunum ad finem». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 7, resp.

²⁶³ «Unde iudicium de singulis relinquatur prudentiae uniusquisque». Cfr. *Com. Eth.* § 259.

²⁶⁴ *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 15. Quizá la razón última de esta tesis se encuentre en *op. cit.*, I-II, q. 1, art. 4: «de ratione boni est, quod aliquid ab ipso effluat; non tamen quod ipsum ab alio procedat».

²⁶⁵ «Videmus enim quod concupiscentiae quibus aliqua bona, idest honesta, sunt laudabiles: puta si aliquis concupiscet iuste aut fortiter agere». Cfr. *Com. Eth.* § 2051.

²⁶⁶ «Potest dici enim, quod omnes delectationes sint elegibiles, non tamen omnibus». Cfr. *Com. Eth.* § 1999.

²⁶⁷ «Sic igitur ex legibus congregatis non potest fieri aliquis legis positivis, vel indicare quales leges sint optimaes, nisi habeat experientiam... Sed tamen omnia haec videtur esse utilia solis expertis». La razón de est reside en que «Illis autem qui nesciunt singularia, propter inexperientiam videntur esse inutilia». Cfr. *Com. Eth.* § 2175.

²⁶⁸ *Vid. Suma teológica*, II-II, q. 51, art. 3.

²⁶⁹ «Tamen per experientiam singularia infinita reducuntur ad aliqua finita quae in plu-

entender el conjunto de conocimientos adquiridos por el mismo que realiza las cosas: «Non est cognoscere et speculare singula, sicut in scientiis speculativis, sed magis facere ipsa»²⁷⁰. Ciertamente, existen normas generales o abstractas, pero la esencia de la prudencia en cada caso lleva hacia una conclusión en la que cuentan a la vez la norma general y la proposición singular²⁷¹. TOMÁS parece no admitir el adagio escolástico que expresaba que «la conclusión sigue la peor parte»: *Conclusio sequitur peiorem partem*. Pero nuestro entendimiento o razón progresa según reglas lógicas, y hay que cuestionar si un «intelecto» que prescinde de tales reglas es realmente un órgano racional. Ante la dificultad, sigue su costumbre de distinguir otros dos intelectos (desde este nuevo punto de vista), el que se ocupa de los universales y el que trata de las cosas singulares²⁷². La prudencia dispone, pues, de una vertiente propia del entendimiento, de «otro intellectus» que «conoce los extremos», esto es, la proposición mayor y menor del silogismo²⁷³. Estamos ante una dimensión de la razón que se caracteriza por proceder «secundum modum hominis», ya que no sirven los silogismos usuales ni tampoco conocer la verdad de las cosas por simple intuición²⁷⁴.

El saber práctico está en movimiento porque es provisional, y las leyes deben ser modificadas cuando aparece «algo mejor»²⁷⁵. Supuesta la buena

ribus accident, quorum cognitio sufficit ad prudentiam humanam». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 3. ACURSIO había formulado las dos reglas de oro del proceder práctico: «Locus est a communiter accidentibus». *Commentarii...*, cit., L.I, tit. 3, lex «ideo», glosa «c». Y «Bene dico statutum esse procedendum de similibus ad similia». Glosa «k» a D. I, L.I, tit. 3, «Quod vero». Poco antes, al glosar el L. I, tit.3, «Jura», glosa «k», había expuesto una de las reglas de oro de esta jurisprudencia: «Tu dic ius commune: secus si specialiter datur. Sed secundum hoc omnis lex est regula: Quia loquitur in paribus casibus, in quibus est eadem aequitas, et de universis hominibus».

²⁷⁰ *Com. Eth.* § 2138.

²⁷¹ «Ad primum dicendum quod ratio prudentiae terminatur, sicut ad conclusionem quaedam, ad particularia operabile, ad quod applicat universalem cognitionem... Conclusio autem singularia syllogizatur ex universali et singulari propositione». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 2.

²⁷² «Unde oportet quod ratio prudentiae ex duplici intellectu procedat. Quorum unus est qui est cognoscitivus universalium. Quod pertinet ad intellectum qui ponitur virtus intellectualis: quia naturaliter sunt nobis cognita non solum universalia speculativa, sed etiam practica». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 2.

²⁷³ «Alius autem intellectus est qui, ut dicitur in VI Ethic., est cognoscitivus extremi, idest alicuis primi singularis et contingentis operabilis, propositionis scilicet minoris, quam oportet esse singularem in syllogismo prudentiae». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 2.

²⁷⁴ «Vel potest dici quod virtus humana est perfectio secundum modum hominis, qui non potest per certitudinem comprehendere veritatem rerum simplici intuitu». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 51, art. 1.

²⁷⁵ *Vid. Com. Eth.* § 293.

voluntad del que actúa, se trata de poder o no poder, o como expresaba PEDRO DE BELLAPERTICA «Sapiens non vult fallere: falli autem non potest»²⁷⁶.

§ 15. La pobreza del raciocinio

TOMÁS DE AQUINO utiliza la palabra conocimiento para referirse indistintamente al conocimiento teórico y al práctico, como era normal en la Escolástica. Pero esta equiparación es abusiva, según sus propios textos, porque ambos tipos del conocimiento son excesivamente distintos. El único conocimiento adecuado a una «ratio participata» que no crea *essentialiter* sus objetos, es el conocimiento teórico, que en el caso del conocimiento práctico es el que proviene de la dimensión racional llamada *intellectus*. Y aún así, éste es un conocimiento extraño que no comienza por los sentidos. Parece que en todo el tratamiento de la Ley natural como participación de la Ley Eterna, tiene presente una intuición básica: Existe demasiada desproporción entre Dios y el hombre como para que éste pueda «participar» sin más de la razón divina. Escribe por ello que la «la razón humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina, sino a su modo e imperfectamente»²⁷⁷.

En la filosofía tomista razonar es una actividad no siempre fiable, una búsqueda que no acaba de ser cierta²⁷⁸. Bajo la expresión «conocer racionalmente» TOMÁS parece recoger tanto el conocimiento directo como el argumentativo, al menos en las páginas dedicadas al tratamiento de la Ley natural, porque ésta misma es un descenso racional respecto a la Ley eterna, y todo lo que se refiere a la razón humana ha de ser tomado con cautela. «En los conceptos comunes existe *alguna* necesidad, pero cuanto más descendemos a las determinaciones, más fallos encontramos»²⁷⁹. Para insistir en la relativa poca «necesidad» de las evidencias racionales, añade que «en cuanto a las conclusiones propias de la razón práctica, no existe en ellas la misma verdad o rectitud entre todos, y ni siquiera entre los más iguales son igualmente conocidas»²⁸⁰. ¿Se refiere a las

²⁷⁶ *Petri de Bellapertica...*, cit., pág. 49.

²⁷⁷ «Ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3. Quizá le mueve a pensar así el hecho de que las «Substantiae separatae cognoscunt Deum per suas substantias sicut causa cognoscitur per effectum... Nulla autem earum sit effectus adaequatum virtutem Dei». *Sum. Gent.* § 2265. Su juicio es rotundo: «Intellectus autem humanus, qui est infimus in ordine intellectuum, et maxime remotus a perfectione divini intellectus...». Cfr. *Suma teológica*, I, q. 79, art. 2.

²⁷⁸ «Nominat enim consilium quandum inquisitionem nondum determinatam, sicut et ratiocinatio». Cfr. *Com. Eth.*, § 1118.

²⁷⁹ «In communibus sit aliqua necessitas, quantum magis ad propria descenditur, tanto magis invenitur defectus». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 4, resp.

²⁸⁰ «Quantum ad proprias conclusiones rationis practicae, non est eadem veritas seu rectitudo apud omnes, nec etiam apud quod est eadem, est aequaliter nota». Cfr. *Ibidem*.

evidencias elementales cuando alude a estas conclusiones «propias» de la razón práctica? El discurso es deliberadamente ambiguo. En el párrafo 259 de los "Comentarios a la Ética" había dejado escrito que el «el discurso moral, incluso en lo que es universal, es incierto y variable» (*sermo moralis, etiam in universalibus, sit incertus et variabilis...*). Tampoco esto ha de preocuparnos gran cosa, porque «no es necesario que toda medida sea *omni modo* infalible y cierta, sino que basta con que sea posible en su género»²⁸¹. Ciertamente, la medida debe ser cierta; pero el dictamen de la razón humana acerca de las cosas que hay que hacer es incierto, tal como dice el Libro de la Sabiduría: «Débiles son los pensamientos de los mortales, e inciertas nuestras providencias»²⁸².

Aletea desconfianza en la legalidad o en la capacidad propia de la razón, porque él explica que «non est eadem ratio veritatis et rationis»²⁸³, tesis que es quizá la piedra fundamental de todo este discurso. Lo que parece decisivo es la evidencia personal sobre la verdad, a pesar de que esta evidencia necesariamente ha de tener forma de evidencia racional y por tanto objetiva: «La certeza de la razón proviene del intelecto, aunque la necesidad de razonar proviene del defecto del intelecto»²⁸⁴. Una tesis que no hubiera entendido DESCARTES. TOMÁS da a entender que «las cosas» son transformadas o reelaboradas en el proceso racional (*indiget transmutationem*), de forma que al final del proceso obtenemos una pobre réplica²⁸⁵. La razón ha de acomodarse a las cosas, porque no es el proceder racional o la «ratio rationis» la que mide a las cosas, sino al contrario: «La razón humana no es la medida de las cosas, sino al revés»²⁸⁶. Obviamente, el intelecto humano solamente es verdadero en la medida en que *consonat* con las cosas²⁸⁷.

²⁸¹ «Et ideo leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum. Non oportet quod omnis mensura sit omni modo infallibilis et certa, sed secundum quod est possibile in genere suo». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

²⁸² «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». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

²⁸³ *Suma teológica*, I-II, q.93, art. 1.

²⁸⁴ «Ad secundum dicendum quod certitudo rationis est ex intellectu, sed necessitas rationis est ex defectu intellectus». *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 6.

²⁸⁵ *Vid. Com. Eth.*, § 1536.

²⁸⁶ «Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3 ad 2.

²⁸⁷ Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 93, art. 1.

§ 16. El cambio de la ley natural

Él se refiere frecuentemente a la Ley natural como la ley del hombre o de la naturaleza del hombre, y si el hombre cambia, entonces ha de cambiar su ley. La intuición que capta que la racionalidad o justicia de la ley le llega a la ley misma desde la *conveniencia* o consonancia de su «applicatio ad opus» quedó expresada en los muchos textos en los que indica que la racionalidad le llega a la norma por su adecuación al fin: «El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres. Algo es necesario en la medida en que se encamina al fin, y tal necesidad es lo mismo que la utilidad»²⁸⁸. De modo que si las leyes de los hombres pueden cambiar a causa de la razón humana, también cambian «ex parte hominum»²⁸⁹. En efecto, la naturaleza humana cambia, porque así nos lo indica la experiencia: «Aquello que es natural teniendo una naturaleza inmutable debe ser así siempre y en todas partes. Pero la naturaleza del hombre es mudable y, por tanto, lo que es natural al hombre es mudable»²⁹⁰. Cambian los hombres, porque «la medida debe ser permanente cuanto es posible. Pero en las cosas mutables no puede permanecer algo absolutamente inmutable. Y por ello la ley humana no puede ser completamente inmutable»²⁹¹. Además, la razón humana es mutable e imperfecta, y por ello su ley es igualmente mudable²⁹².

Consecuentemente, la Ley natural puede cambiar por más o por menos, porque un instituto nuevo comienza a ser de Ley natural, o porque un instituto que ya lo era deja de serlo²⁹³. Pero añade inmediatamente que nunca cam-

²⁸⁸ «Finis autem humanae legis est utilitas hominum. Est etiam aliquid necessarium propter finem: et talis necessitas idem est quod utilitas» Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 95, art. 3 ad 4.

²⁸⁹ Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 97, art. 1.

²⁹⁰ «Ad primum dicendum quod illud quod est naturale habenti naturam immutabilem, oportet quod sit semper et ubique tale. Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo quod naturale est homini est mutabilis». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 57, art. 2 ad 1.

²⁹¹ «Mensura debet esse permanens quantum est possibile. Sed in rebus mutabilibus non potest esse aliquid omnino immutabiliter permanens. Et ideo lex humana non potest esse omnino immutabile». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 97, art. 1.

²⁹² «Sed ratio humana mutabilis est et imperfecta. Et ideo eius lex mutabilis est». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 97, art. 1.

²⁹³ «Respondeo dicendum quod lex naturalis potest intellegi mutari dupliciter. Uno modo, per hoc quod aliquid ei addatur. Et sic nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam utilia, tam per legem divinam, quam per leges humanae. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum abstractionis, ut scilicet aliquid desinit esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 5. Lo mismo indica en los *Com. Eth.* § 1029.

bian los primeros principios de esta Ley²⁹⁴. TOMÁS no se extiende sobre la inmutabilidad de los primeros principios: Hay que comprender que tal inmutabilidad resultaba tan evidente en el siglo XIII, que la tarea era más bien la opuesta: Demostrar cómo y bajo qué condiciones pueden variar algunos de estos principios. No deja de ser algo confuso el contenido de la Ley natural que queda sujeto a mutación²⁹⁵. GUILLERMO DE AUXERRE estaba explicando por aquellos años que la Ley natural se componía de preceptos «de primera necesidad», «de segunda necesidad», etc., de forma que las normas de primera necesidad eran absolutamente inmutables, las de segunda necesidad muy difícilmente mudables, las de tercera necesidad mutables con dificultad, etc.²⁹⁶. Pero TOMÁS no acepta esta explicación de GUILLERMO, porque él entiende que si la ley se compone de diversos géneros de preceptos, esto es, si la Ley natural contuviera «muchos preceptos», se seguiría que existirían muchas Leyes naturales²⁹⁷.

¿Cambia o no cambia la Ley natural que conocemos mediante la *ratio participata*? TOMÁS ha excluido hasta la solución más conciliadora de AUXERRE. Sus discípulos se movieron igualmente en este conjunto de declaraciones no siempre claras. SOTO, por ejemplo, explicaba que «la medida debe ser inmutable sólo en cuanto esto lo soporta la materia "que es medida": Pero la medida de las cosas mutables no aguanta una perpetuidad más sólida»²⁹⁸. Pero SOTO sigue la solución usual de distinguir entre Ley natural y Derecho natural, una distinción que aparece insistentemente en los textos tomistas. Este autor explicaba que «No existe ningún derecho eterno, aunque exista una ley eterna»²⁹⁹.

²⁹⁴ Vid. *ibídem*. De forma más completa, en *Com. Eth.*, § 1029.

²⁹⁵ Sigue muy estrechamente el tono indeterminado de ARISTÓTELES cuando el griego toca este problema. Al llegar al punto culminante del comentario a la *Moral a Nicómaco*, TOMÁS escribe, al glosar las palabras «hoc autem», que «Et dicit quod id quod dictum est quod naturalia sint immobilia, non ita se habet universaliter, sed in aliquo est verum: quia natura rerum divinarum nequaquam aliter se habet, puta substantiarum separatarum et coelestium corporum, quae antiqui Deos vocabant; sed apud nos homines, qui sumus inter res corruptibiles, est aliquid quidem secundum naturam, et tamen quicquid est nobis mutabile vel per se vel per accidens. Nihilominus tamen est in nobis aliquid naturale sicut habere duos pedes, et aliquid non naturale sicut habere tunicam. Cfr. § 1026 de *op. cit.*»

²⁹⁶ Vid. R. Pizzorni, *Il diritto naturale dalle origine a S. Tommaso d'Aquino*. Roma, 1978, págs. 202-203.

²⁹⁷ «Lex enim continetur in genere praecepti. Si igitur essent multa praecepta legis naturalis, sequeretur quod etiam essent multae leges naturales». Cfr. *Suma teológica*, I-II, q.94, art. 2.

²⁹⁸ «Mensura debet esse immutabilis quatenus fert natura materiae: mensura autem mutabilium rerum solidiorem non suffert perpetuitatem». Cfr. *De iustitiae et iure...*, cit., L.I, q.7, art. 1, pág. 75.

²⁹⁹ «Nullum est ius hoc modo aeternum: licet sit lex aeterna». *De iustitia et iure...*, cit., L.I, q.2, art. 1.

Explica por ello que las leyes y principios generales son como la Regla de Lesbos, que se ajustaban automáticamente a las medidas de aquello que había que juzgar³⁰⁰. Pero si cambia substantivamente y permanentemente el contenido de lo decidido, habría que concluir que cambia la ley que hace posible ese derecho o decisión, aunque esta conclusión no puede ser apodíctica, porque en los casos singulares no juzgamos las leyes, sino los problemas. Y, además, como explicó FRANCISCO DE VITORIA, consentir esto universalmente es falso, y es falso igualmente negarlo siempre.

§ 17. El contexto del problema

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

La doctrina jurídica bajomedieval se había mostrado confusa a la hora de explicar esta «derogación». No se trataba, desde luego, de una derogación en el sentido actual de esta palabra, que implica que una norma ha quedado definitivamente sin vigor. El término «derogatio», como ya vimos, tenía en esta doctrina un sentido distinto, pues el Derecho natural derogado *revive* si se dan ciertas circunstancias, como son el «usus innoxius» (el uso de una cosa

³⁰⁰ Vid. *De justitia et jure...*, cit., L.I, q.6, art. 3, pág. 44.

que no causa daño a esa cosa, cuando lo ejercita quien no es su propietario) o el estado de extrema necesidad: En este último caso renace la «*communis omnium possessio*» y cada cual puede tomar lo que necesite. En este contexto de falta de precisión conceptual (muy posiblemente una falta de precisión querida y buscada porque bastantes de estos juristas poseían formación dialéctica suficiente como para haber perfilado más sus categorías³⁰¹) se desarrolló esta discusión doctrinal, desde el siglo XII al XVII, una discusión entonces sin apenas relevancia práctica: Cada jurista emitía sus opiniones cuando había de glosar o comentar un pasaje del Corpus Juris que aludiera al *ius naturale*, y no se preocupaba gran cosa de su coherencia ni con sus restantes comentarios a otros textos romanos que trataban de este orden normativo, ni con las opiniones de los otros doctores. El primer jurista de nuestra cultura que se tomó en serio la categoría del Derecho natural, a la que hizo un eje sistemático de sus argumentaciones, fue FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA³⁰²; pero esto no sucedió sino hasta 1564, cuando la ciencia jurídica romanista estaba siendo atacada (y FERNANDO VÁZQUEZ fue el primero en socavar conscientemente sus cimientos) por el nuevo pensamiento que exigieron los humanistas, que barbutó en el siglo XVI y que apareció triunfante con SAMUEL PUFENDORF tras el puente aún titubeante de HUGO GROCIO. Hasta FERNANDO VÁZQUEZ, el *ius naturale* fue un «*caput mortuum*», como lo llamaba ERNST REIBSTEIN, que vegetó no en las sombras de la Teología moral (como pretendía este autor) sino ante todo en los comentarios al Derecho romano. En este marco de poca trascendencia práctica, los juristas hablaron con facilidad de la derogabilidad del *ius naturale*.

Estamos ante una doble consideración del Derecho natural, tanto en ACURSIO

³⁰¹ N. HORN muestra cómo BALDO DE UBALDIS enfrentaba la Lógica usual o formal (la de los *artistae seu philosophi*) a la lógica de los juristas. Vid. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus Philosophus*, cit., pág. 138. Passerin d'Entrèves explica que «muchos de entre los más autorizados estudiosos han sugerido que todas las definiciones generales contenidas en el texto del Digesto habrían de ser consideradas como dudosas, y ello cuando no se trate, realmente, del resultado de una interpolación directa por obra de los compiladores bizantinos... Toda la culpa recaería, pues, sobre los compiladores bizantinos... Tales explicaciones y sugerencias no carecen de entidad, al provenir, como provienen, de las fuentes más autorizadas. Pero no llegan a explicar un hecho que afecta al lector del Digesto en un momento en que olvida la disputa sobre el elemento clásico y postclásico que entraron en su composición. Si hay tantas contradicciones entre los textos, sin duda los compiladores bizantinos tenían que ser conscientes de ellas. Y puesto que tenían autoridad para resolverlas, ¿por qué no lo hicieron? ¿Cómo puede explicarse que reunieran un número de textos contradictorios, con el deliberado propósito de anteponer a su compilación una sección referente a los más altos problemas del derecho?». Cfr. *Derecho natural*. Trad. de M. HURTADO. Madrid, 1972, págs. 30-31. El problema venía de antiguo.

³⁰² Aun así, FERNANDO VÁZQUEZ utilizó varias nociones muy diversas del Derecho natural, no reconducibles unas a otras.

como en los demás juristas, ya que este orden normativo unas veces encontró su fuente constitutiva en la *natura* y otras veces en la *ratio*. Cuando acentúan el carácter «natural» o sensitivo del *ius naturale* (entonces podríamos hablar del Derecho natural «ut natura»), se refieren normalmente a la libertad originaria del hombre que surge del apetito «natural» a ella. En cambio, cuando elevan la *ratio* al primer plano del Derecho natural (entonces podríamos hablar del Derecho natural «ut ratio»), éste aparece como un orden inmutable. En este último caso las exigencias históricas de la razón chocan con los contenidos que atribuían al *ius naturale*, y quedaban sin explicación las contradicciones que aparecen en sus doctrinas, tales como la justificación jurídica de la esclavitud y las exigencias de la «omnium una libertas». PEDRO DE BELLAPERTICA (siglo XIII) no participaba de esta solución, porque distingue todo aquello que *naturalmente* podemos hacer (*fas*) de lo que constituye propiamente «derecho». Reproduce el ejemplo que propuso ISIDORO DE SEVILLA: «Transitar por un campo ajeno», ¿constituye una simple manifestación del *fas* o es un verdadero *ius*? ISIDORO parece inclinarse por la primera opción, a lo que opone BELLAPERTICA que una cosa es la *naturalis facultas* de poder hacer algo y otra cosa es el *ius* que podría existir a realizar tal acción, porque *facultas* se deriva de *fas*, y el *ius* es una realidad distinta del *fas*. Por ello BELLAPERTICA escribe que «la libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas expresamente y, por este motivo, el obrar con plena libertad corresponde al *fas*, no al *ius*»³⁰³. Clarificado este punto, según su opinión, él distingue entre la *ratio* creadora del derecho como escindida en una «*naturalis ratio*» que compone el Derecho natural, y otra razón que dirige la actuación humana cuando el hombre actúa «*propter necessitates*», que se concreta en el Derecho de gentes. Una cosa es aquella primera razón, que solamente es una *participatio* de la «*lex divina*», y que debe ser llamada «*lex divina*» y no derecho natural, según ya aludimos, y cosa distinta es el *ius naturale*, que sería como las respuestas que hemos dado los hombres a nuestras necesidades históricas, y que es el mismo entre los cristianos, los griegos y los turcos³⁰⁴. Este derecho cambia según las circunstancias, por lo que existe un Derecho natural de presente, de pasado y de futuro³⁰⁵. El Derecho natural no es derogable en el sentido que ACURSIO daba a este término, como si parte de él pudiera perder su vigencia

³⁰³ *Petri de Bellapertica...*, cit., págs. 120-121.

³⁰⁴ *Vid. Petri de Bellapertica...*, cit., págs. 75-76.

³⁰⁵ Todo depende de la *causa* y de su mutabilidad en el tiempo. *Vid. Petri de Bellapertica*, págs. 108-110. En esta última página escribe «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 refert: aut quaeritur nunquid hoc potest ex

jurídica: ACURSIO ha establecido una relación «de todo quo ad totum et de parte quo ad partem», y hay que concluir que «solutio ista non valet unum obolum»³⁰⁶.

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

Sucedía que el proceder práctico medieval era ante todo «tópico», por más que nos resistamos a usar esta palabra por su excesivo desgaste: La actitud tópica implicaba considerar una pluralidad de puntos de referencia para la decisión práctica, de modo que leyes, inclinaciones naturales y evidencias racionales concurrían conjuntamente en la formación del juicio. Fue lógico que HELMUT COING equiparara la función de las *leges* alegadas por los juristas del Jus Commune con los «*topoi*» aristotélicos³⁰⁷. Quién sí explicó claramente la diferencia entre estas dos vertientes del Derecho natural fue FRANÇOIS CONAN, a mediados del siglo XVI. Este jurista francés, cuyos «*Commentariorum Juris Civilis libri X*» constituyen uno de los tratados de Derecho civil más logrados de este tiempo, explicaba que «Me enseñó este pasaje de ARISTÓTELES que yo no podía explicarme a mí mismo qué es el Derecho natural si no supusiera una doble naturaleza en este Derecho, una de equidad y otra de utilidad. Aquella constituye Derecho natural en sentido verdadero y propio, prescrito por la razón natural, y es eterno. Pero hay un segundo "Derecho natural" que trata de la uti-

causa probabili: et dico quod sic. Aut quaeritur nunquid hoc potest sine causa. Dico quod non: et sic intelligo». *Petri de Bellaperticae...*, cit., pág. 110.

³⁰⁶ *Petri de Bellaperticae...*, cit., pág. 107.

³⁰⁷ *Vid. Trois formes historiques d'interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse*, en «*Revue Historique de Droit Français et Étranger*». Quatrième Série, 48 (1970) págs. 537-538.

lidad.. que, si no me equivoco, se llama Derecho de gentes. Que no ha sido constituido tanto por la naturaleza como por el juicio de los hombres; y sin embargo es una parte del Derecho natural»³⁰⁸. Aunque su pensamiento sobre este tema queda también expresado cuando escribe que «esta cuestión siempre me ha parecido oscura y difícil»³⁰⁹.

³⁰⁸ «Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturali posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Jus illius dicitur ius naturale vere et proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit, estque aeternum. Alterum et secundum ius est quod in utilitate versatur, quod genus dominia, regna, bella... quod, ni fallor, non inscite ius gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars est». *Commentariorum Juris Civilis Libri X*. Basileae, 1562, L. I, cap. 6, § 4.

³⁰⁹ «Quae quanquam semper visa et difficilis et obscura». Cfr. *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 6, § 6.

III

LA PLENITUD DE LA REFLEXIÓN DE LOS JURISTAS

La ley *Ex hoc iure* (con su contexto) había enseñado a toda una cultura que el poder político, las propiedades, las guerras, etc., existen porque tienen una razón para existir basada en la utilidad común. El Cardenal BOLOGNETTUS, JOACHIM HOPPER, GREGORIUS THOLOSANUS, llevaron hasta sus últimas consecuencias, en la segunda mitad del siglo XVI (en el canto del cisne de la *jurisprudencia* romanista) la doctrina medieval de la «causa»: Si una institución tiene una «causa» para existir está justificada, y si no la tiene no puede estar justificada jurídicamente³¹⁰. El mismo Derecho natural se nutre de la utilidad («utilitas, id est jus gentium quod per hominum necessitatibus est inductum»³¹¹), y no existe diferencia entre el Derecho de gentes y el Derecho natural, al menos un sector de éste, como explicó CONAN entre otros. Argumentaron así, con la rotundidad de CONAN o BELLAPERTICA, porque veían aproximarse la doctrina que hacía descansar el derecho y la justicia en *qualitates morales* de los individuos, y para un jurista cuya tarea consiste en medir, es difícil manejar rígidas magnitudes inconmensurables. GROCIO, siguiendo la terminología de FRANCISCO SUÁREZ³¹², habló de la «qualitas personalis personae competens», y SAMUEL PUFENDORF dejó claro que la «persona jurídica» es un ser portador de una cualidad de libertad «ad analogiam spatii, quae est velut maxime sui diffusiva», a la que JOHN LOCKE añadió, treinta años más tarde, la de ser propietario en sentido absoluto, sin limitación en la cantidad de propiedades. El

³¹⁰ La consideración de la «causa» era unitaria: El Jus Commune no contemplaba una causa jurídica distinta de la causa moral. BELLAPERTICA escribe que «Dicunt quidam est reperire duplicem naturalem: una est generalis, alia est specialis. Truffae sunt. Dico una sola naturalis est, contra tunc non ageretur». *Petri de Bellapertica...*, cit., pág. 85.

³¹¹ ACURSIO escribía: «Necessitas, id est ius gentium, quod per hominum necessitatem est inductum...». *Corpus Juris Justiniani...*, cit., glosa «h» a «Ergo omne ius», L. I, tit. IV, pág. 44 de esta edición.

³¹² SUÁREZ escribía que «quod licet proprietates physicae manentes a natura, soleant esse immutabiles naturaliter; nihilominus hae proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu iura...». Cfr. *Tractatus de legibus...*, cit., 1612, L. III, cap. 3, § 6.

último gran teórico de la *utilitas* del género humano como motor y fuente de la mayor parte del Derecho natural fue GIAMBATTISTA VICO. Pero sus explicaciones quedaron ahogadas en la polvareda que habían originado las enseñanzas de PUFENDORF, normalmente provocadoras, y las explicaciones metafísicas y teológicas que provenían de los enemigos protestantes de PUFENDORF, que fueron aceptadas muy poco críticamente por los católicos del siglo XVIII que, como IGNATIUS SCHWARZ, JUAN FRANCISCO FINETTI o ANSELMO DESING, se opusieron a las pretensiones secularizadoras del *ius naturale* moderno que arrancó de PUFENDORF. En el siglo XVIII el talante prudencial, atento a la *utilitas* colectiva, fue sustituido en la teoría sobre el Derecho natural por el estilo metafísico. Fue inútil que DESING (el más lúcido de estos autores) clamara que «reductio ista est metaphysica, non practica nec jurisprudentialis»³¹³. La suerte estaba echada durante dos siglos, y la Edad Contemporánea se abrió con ius-naturalismos que querían derivar el «deber ser» desde «ser», la normatividad desde un supuesto orden inmutable de las cosas.

La objetividad de la causa introducía a veces la necesidad del cambio de la Ley natural. Ésta no era enteramente mutable: Una *quaestio* que era propuesta frecuentemente en las Escuelas bajomedievales, como ejercicio escolar dialéctico o retórico, era la de si la *civitas*, para evitar su destrucción, podía entregar al inocente causante de la guerra. Las respuestas fueron siempre concordes: Nunca se puede castigar a un inocente. Y es que sucedía que en la noción de *praxis* los primeros principios de la conciencia o razón práctica estaban actuantes omnipresentemente, tanto al inicio del razonamiento como en cualquiera otra de sus etapas. El mejor estudio que hizo la Edad moderna sobre este tema fue el de JOHANN EISENHART, «De usu principiorum moralium in iure civili condendo et interpretando»³¹⁴. La pretensión de EISENHART era mostrar cómo las estrategias teleológicas de los *moderni*³¹⁵, tales como HOBBS, PUFENDORF, LOCKE o GUNDLING, que decían prescindir de la conciencia en nombre de un desarrollo lógico o matemático desde un *principium unicum*, era inanes en la realidad. La *praxis* llevaba a modificar algunos principios, no

³¹³ «Quodsi etiam constare hoc posset, nihil interest Juris naturae, devenire ad primum; sed haec forte Metaphysici aut Logici posset esse cura. Ius naturae practicum est, in qua nemo desiderat prima omnium principia, ceteris omissis, adhiberi». Cfr. *Juris Naturae larva detracta*. Monachii. 1753, cap. IV, Thema VIII, § 2. En el cap. V, Thema XII, § 1, escribe que «Jus autem omne in actionibus situm est, quae omnes sunt contingentes et particulares. Et si reducantur, reductio est metaphysica non practica nec jurisprudentialis. Jurisprudencia enim est, regulas, quas etiam habet, generales applicare ad agendum in particulari; non vero peculiare reducere ad universale. Hoc posterius facile est, et possunt illud maxime otiosi: Illud prius difficile, et non possunt nisi experti».

³¹⁴ Fue publicado en Helmstad, 1776.

³¹⁵ Sobre esta teleología, *vid.* Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*. Paris, 1991, pág. 123.

todos, pero ello era así porque existía un «superprincipio» que ordena constantemente: «Obra racionalmente»³¹⁶. Y junto a este *Oberprinzip* estaban operantes todos aquellos otros principios que dan a la categoría de la praxis su razón de ser: Porque la actuación *práctica* (adjetivo que deriva de praxis) no consideraba al modo técnico o poético un fin último que debiera ser alcanzado «incondicionalmente», sino que tenía igualmente presentes los principios primeros que constituían la bondad sin más, y al margen de los cuales no hubiera tenido sentido la alteración de la Ley natural. Los medievales eran muy conscientes de la falta de sentido *práctico* de decir «no mates para...» o «no mientas para...». Solamente cuando la praxis devino teleología estratégica³¹⁷ (lo que sucedió por primera vez con THOMAS HOBBS de forma acabada) fue necesario recordar esta verdad: De ahí la obra de EISENHART.

El Derecho natural era la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas* y era, al mismo tiempo, «aquello que siempre es bueno y equitativo». El poder político, con sus inevitables relaciones de dominio, se opone a la igual libertad de todos, «es contrario» al Derecho natural, y lo mismo sucedía con otras instituciones tenidas entonces por irracionales, como los testamentos (porque nadie puede disponer de sus bienes una vez muerto) o inmorales, como la *praescriptio* o la *usucapio* pero que, sin embargo, son útiles a todos. En consecuencia, «lo que siempre es bueno y equitativo» tiene que ser recortado o modificado a fin de hacer posible la vida humana; se trata de una derogación parcial del Derecho natural que ha sido operada por el Derecho de gentes, ese orden normativo que, más ajustado a las necesidades reales de la convivencia humana, justifica la licitud jurídica de la prostitución o el fraude tolerable en los contratos, según explicaba nuestro máximo escolástico, FRANCISCO SUÁREZ³¹⁸.

³¹⁶ A esta realidad parece referirse TOMÁS DE AQUINO cuando escribe que «Est tamen attendendum quod quia rationes rerum mutabilium sunt immutabiles, sic quicquid est nobis naturale quasi pertinens ad ipsam hominis rationem, nullo modo mutatur, puta hominem esse animal. Quae autem consequuntur naturam, puta dispositiones, actiones et motus mutantur tum in paucioribus. Et similiter etiam illa quae pertinent ad ipsam iustitiae rationem nullo modo possunt mutari, puta non esse furandum, quod est iniustum facere». Com Eth., cit., § 1029.

³¹⁷ Esta terminología puede desconcertar al lector. Pero piense que la Modernidad (ya la refiramos a HOBBS, LOCKE o SCHMAUB), propuso *constructos* «teleológicos» en los que las conductas eran calificadas moralmente según tendieran o no a un fin último.

³¹⁸ «Pero quiero añadir que entre el derecho de gentes y el derecho natural hay una diferencia, y es que el Derecho natural no sólo manda las cosas buenas, sino que además prohíbe las malas, de tal manera que no permite ninguna de ellas; en cambio, el Derecho de gentes puede permitir algunas cosas malas, como observó JUAN DE MATIENZO. Esto parece tener lugar sobre todo en el Derecho de gentes que en realidad es civil, pero que se llama Derecho de gentes por la semejanza y coincidencia entre los pueblos. Según esto, de la misma manera que en el Derecho civil se permiten algunos males, así también pue-

Estas explicaciones quedaron mejor aclaradas en el siglo XVI, que es el primer momento en la historia en el que los juristas reflexionan expresamente sobre los fundamentos del Derecho y de la Ciencia jurídica. Los juristas siguen entendiendo que el Derecho natural y la Justicia constituyen una participación del hombre en el conjunto de la Naturaleza, de modo que la actividad verdaderamente racional es aquella que hace que el hombre no pierda su lugar en la Creación: El ser humano es un sector de lo Creado. Esta forma de entender las relaciones del hombre con el Mundo –relaciones desde las que se deben extraer las normas de su comportamiento– hizo que el sector romanista de los juristas no se adscribiera a la corriente «racionalista» en el derecho que se insinúa ya en el siglo XVI. El hombre es una criatura más y, dado que el Derecho natural es también *quod natura omnia animalia docuit*, estos juristas atienden más a las realidades específicamente humanas, aunque sean comunes con los animales, que no a postulados y razonamientos pretendidamente fundamentadores de la Ética. JUAN BOLOGNETTUS, DIEGO DE COVARRUBIAS, MIGUEL DE ULZURRUM o ANDRÉS DE EXEA, entre otros en el siglo XVI, mantuvieron que la actividad humana era medida por la Realidad, y no al revés.

§ 18. Explicaciones sobre la noción del Derecho natural

JUAN BOLOGNETTUS, al que no hay que confundir con su hermano ALBERTO, el autor del «De lege, iure et aequitate disputationes», quizá el primer tratado de Filosofía del Derecho que ha existido, entiende que la definición de ULPIANO según la cual el Derecho natural es lo que la Naturaleza enseñó a todos los animales, es correcta y, si hay discusiones sobre ella, «tales confusiones se deben a la ignorancia de los doctores»³¹⁹. En realidad, «el Derecho natural, en su substancia, es común a todos los animales», pero sucede que «posteriormente, las formas de usarlo y de conservarse los individuos y de perpetuarse los géneros son diversas». Esto es así «porque los peces se conservan en el agua de un modo, de otro modo las plantas y las piedras, y de forma distinta los hombres, quienes, con su razón, y con el uso de su intelecto, conservan los individuos y perpetúan el género»³²⁰. Y como el modo de participar cada ser en esta ley

den permitirse en el Derecho de gentes, ya que la misma tolerancia puede ser tan necesaria dada la fragilidad y la naturaleza de los hombres y de las cosas que casi todos los pueblos coinciden en admitirla: tal parece ser la tolerancia de las mujeres públicas y del engaño en los contratos con tal de que no sea excesivo, y de otras cosas semejantes». Cfr. *Tractatus...*, cit., trad. de J. R. EGUILLOR, Libro II, capítulo XX, artículo XX, § 3.

³¹⁹ *In eam Pandectarum Partem...*, cit., ley 1ª, D, de acq. pos., § 280, página 210 de esta edición.

³²⁰ «Ius naturale in sua substantia sit commune omnibus animantibus... postea modos eo utendi, et conservandi individua, et perpetuandi genera dicitur esse diversas... alio modo se conservant pisces in aqua, alio modo aves in aere, alio modo plantae et lapides,

natural es distinto, JUAN BOLOGNETTUS declara que existe un «Derecho natural de los hombres que se fundamenta en un precepto de la naturaleza que no es común a todos los animales, y que se llama con más propiedad Derecho natural de los hombres»³²¹.

Diego de COVARRUBIAS sigue la doctrina de JUAN DE TORQUEMADA, al que se remite expresamente, y entiende que materialmente (materialiter) todas las inclinaciones naturales comunes a hombres y animales constituyen Derecho natural, pero formalmente (*formaliter*, esto es, «en cuanto a la razón del derecho») sólo se puede hablar de Derecho natural en los hombres³²². MIGUEL DE ULZURRUM, uno de los llamados a colaborar en el primer volumen del «*Tractatus universi iuris*», entiende que «aunque la ley natural en la que participan las criaturas irracionales, puede ser llamada con propiedad ley»³²³, el Derecho natural no se manifiesta del mismo modo en los animales y en los hombres³²⁴, sino que tal derecho, «dado que los animales son distintos, inclina a aquellos que son diversos a <operaciones> diversas»³²⁵. ANDRÉS DE EXEA dice explicar este tema de «un modo más filosófico»³²⁶. El Derecho natural según EXEA, se proyecta sobre «omnia animalia» a través de las potencias sensitivas, y por este hecho pertenecen al Derecho natural la unión del marido con la mujer, rechazar la violencia con la violencia, etc. Pero el hombre posee una Ley natural más amplia que la de los animales, gracias a la razón, ya que mediante ésta, los hombres somos capaces de comprender que hay que obedecer a los padres o devolver el bien con el bien³²⁷, cosas que no pueden comprender los animales.

Lo que el Derecho natural demanda del hombre se reconoce también a través de sus apetitos y tendencias naturales, analizando las necesidades humanas de forma inductiva. El Derecho natural, no es una construcción «racional», al modo moderno y kantiano, para el que el hombre es sólo una «esencia

et alio modo homines, qui cum ratione, et discursu intellectus conservant individua et perpetuant genera». Cfr. *ibidem*.

³²¹ *Ibidem*.

³²² *Relectio in Regulam Peccatum*. Salamanca, 1578, § 4.

³²³ «Illa lex naturalis, quae participat irrationali creaturae proprie dicitur lex». Cfr. *Tractatus regimini mundi*, en el «*Tractatus universi iuris*». Venecia, 1584, vol. I, Pars I, quaestio 3, § 22.

³²⁴ «Ius naturale non consistere uniformiter in omnibus animantibus rationalibus et irrationalibus». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars II, q.3, § 7.

³²⁵ «Sicut diversa animalia (sunt), inclinat diversos ad diversa». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, q.3, § 7.

³²⁶ «Et licet circa obligationes illius iuris diversi modo sentiat: ego tamen philosophalius distinguet». Cfr. *Liber pactorum...*, cit., pág. 121.

³²⁷ *Vid. Liber pactorum...*, cit., pág. 121.

racional» (vernünftiges Wesen) que ha de seguir las leyes de la racionalidad pura. De todos modos, la discusión, ya secular en el siglo XVI, entre los partidarios de entender el Derecho natural como *quod natura omnia animalia docuit*, y los que querían «racionalizar» este Derecho, llevó a un cierto endurecimiento un tanto unilateral de las actitudes.

§ 19. El Derecho natural como una realidad exclusivamente racional

Hablo de unilateralidad y de rigidez en los planteamientos porque ALBERTO BOLOGNETTUS, entre otros muchos, reducía exclusivamente el Derecho natural a los *prima principia* de la razón práctica³²⁸. La *ratio* que considera A. BOLOGNETTUS es aún una *ratio* tradicional, una razón que es tal y tiene fuerza normativa por ser una participación en la razón divina, y los animales no participan, evidentemente, en la razón de Dios³²⁹. Los *theoremata practici intellectus* (como él llama a estos «primeros principios») han sido manifestados a los hombres por Dios naturalmente, por lo que constituyen una realidad más divina que humana³³⁰. Recordemos que esta razón tradicional entiende que el Derecho natural está constituido únicamente por unos «primeros principios» evidentes a todos los hombres, como el que ordena cumplir lo pactado o el que condena el enriquecimiento injusto.

Este tipo de razonamientos que ejemplifico en ALBERTO BOLOGNETTUS destacan, ciertamente, la razón última de la exigibilidad de los principios del Derecho natural en el marco de aquella filosofía, a saber, su origen divino. Pero este tipo de razonamientos que destacan únicamente los *prima principia* de la razón práctica como el contenido exclusivo del Derecho natural, presentan a este derecho como una actividad o realidad exclusivamente racional, esto es, únicamente cognoscible «en» la razón, y aunque esto no es falso, no

³²⁸ *De lege, iure et aequitate disputationes*, en el «Tractatus universi iuris», cit., vol. I, cap. 3, § 11. Explicaba más extensamente su doctrina cuando escribía que «At nos in presentia dum speculativas cum practica comparamus, hanc similitudinem consideramus in eo tantum, quod proxime dictum est. Quemadmodum enim speculativus intellectus, unde scientiae illae prodeunt, habet communes quasdam notiones, ut totum esse maius sua parte, si ab aequalibus aequalia demus, aequalia remanere, Paria uno tertio inter se quoque paria esse: sic etiam intellectus practicus, unde oritur nostra Juris scientia, communis quasdam nobis suggerit principia, aequae itidem indemonstrabilia, quae proxime commemoramus». Cfr. op. cit., capitulus V, § 5.

³²⁹ ALBERTO BOLOGNETTUS escribía que «Non nisi solis hominibus inesse rationem dicere possumus... facit haec participatio, ut non tantum eadem illa regantur divina ratione, sed ut inde propriam rationem moventem assumant divinae quidam persimilem, sed essentialiter tamen ab ipsa distinctam». Cfr. *De lege...*, cit., cap. V, § 10.

³³⁰ Cfr. *De lege...*, cit., cap. VII, §§ 1 y 3.

por ello deja de ser verdad que el hombre apenas conoce unos pocos principios, más bien vacíos por formales, si atiende únicamente al contenido de su razón; debe volver su mirada, si es que pretende comprenderse a sí mismo, hacia todas las vertientes o facetas de él mismo, en lo que se da en llamar su «naturaleza», en la que muchas tendencias las posee en común con los animales, y no se descubren «en» la razón, aunque ésta las conozca y las regule. Este problema lo entendió TOMÁS DE AQUINO de forma más completa, pero el siglo XVI, momento de gestación del racionalismo moderno, sólo toleraba, incluso en los ámbitos académicos romanistas, explicaciones simplemente racionales, como la de ALBERTO BOLOGNETTUS.

De acuerdo con este racionalismo incipiente, en la segunda mitad del siglo XVI la doctrina del Derecho natural sufre, de la mano de los juristas romanistas, un proceso de *concretización*: Entonces es cuando triunfa la tesis según la cual todo lo descubierto ante las necesidades humanas constituye Derecho natural³³¹. Aún PEDRO DE BELLUGA, JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA y dos de los civilistas españoles más importantes del siglo XVI, ANTONIO GÓMEZ y GREGORIO LÓPEZ, conciben al Derecho natural simplemente como un conjunto de principios ético-jurídicos fundamentales³³². Sin embargo, MARTÍN DE AZPILCUETA y DIEGO DE COVARRUBIAS ya representan una actitud parcialmente distinta. En efecto, AZPILCUETA mantiene que «El Derecho natural es aquello que resulta evidente al hombre o lo que se deduce de ello de una manera evidente»³³³. COVARRUBIAS, que, como jurista del Jus Commune que es, recoge fragmentos de tesis romanas y medievales contradictorias³³⁴, explica que el Derecho natural abarca tanto «los principios conocidos por los hombres mediante la luz natural "de la razón", como las conclusiones que se deducen necesariamente de estos principios»³³⁵: Una tendencia que llegará a su cima con FRANCISCO SUÁREZ, en los primeros años del siglo XVII.

³³¹ Sobre este tema, *vid.* el estudio de J. J. MEGÍAS, *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, cit., págs. 291-304.

³³² Cfr. BELLUGA, *Speculum principis*. Bruselas, 1655, págs. 210 y 493. Sepúlveda, *Demócrates primero o Diálogo sobre la compatibilidad entre la milicia y la religión cristiana*. Trad. de A. Losada. Madrid, 1963, pág. 165. GÓMEZ, *Variae Resolutiones iuris civilis communis et regii omnis tribus distinctae*. Madrid, 1768, vol. I, cap. 9, § 27 y vol. I, cap. 10, § 11. LÓPEZ, *Glosa al Código de las Siete Partidas*. Madrid, 1848, glosa § 1 a Partida 3, título 18, ley 31.

³³³ «Ius naturale est quod per se notum homini, aut ex per se notis infertur». Cfr. *Opera*, edición de Lyon de 1595, vol. I, pág. 490.

³³⁴ A lo largo de los cinco primeros párrafos del epígrafe 11 de la *Relectio in Regulam Peccatum*, este autor hace frecuentes referencias a supuestos estadios históricos por los que ha pasado la Humanidad. En conjunto, resulta una doctrina que parece una mixtura de las ideas medievales de BARTOLO y BALDO con teorías poco precisas acerca de la condición del hombre antes y después del pecado de Adán.

³³⁵ «Ut principia lumine naturali a hominibus cognita, et conclusiones, quae ab eisdem principiis necessario deducuntur». Cfr. *Relectio in Regulam Peccatum*, cit., epígrafe 11, § 4.

Estos autores entienden que la fuerza vinculante de los *prima principia* que se encuentran naturalmente en la Inteligencia procede del hecho de que la razón humana es, al mismo tiempo, una *lex divina*, como explica FORTÚN GARCÍA³³⁶, una *lex* que forma parte de la Ley Eterna de Dios³³⁷. ALBERTO BOLOGNETTUS, igualmente, declara que el Derecho natural no es una excogitación de la razón humana, esto es, una obra del hombre³³⁸. Citando a TOMÁS DE AQUINO, escribe que «la ley natural no es otra cosa que una impresión de la razón divina, con cuya sola comunicación todas las cosas asumen aquella fuerza innata gracias a la cual siempre apetecen aquello que es bueno según su naturaleza y se dirigen hacia sus fines propios»³³⁹. Es una realidad que, aunque humana porque reside en el hombre, es de origen y naturaleza divinas, ya que la Ley natural no puede ser distinta de la Ley Eterna de Dios³⁴⁰. Lo mismo mantiene MIGUEL DE ULZURRUN, aunque este autor acentúa fuertemente el carácter imperfecto y corrompido de la razón humana³⁴¹, y esta corrupción que ha experimentado nuestra razón hace que ésta deba ser llamada *potius corruptio quam ratio*³⁴². En consecuencia, ULZURRUN se ve forzado a acentuar el carácter divino de la Ley natural, de forma que ésta deja de ser en cierto modo una realidad humana y se confunde, más bien, con la Ley Eterna divina³⁴³. Como realidad suprahumana que es, no está apenas al alcance de los hombres, y éstos deben aceptar los *prima principia* que constituyen el Derecho natural –escribe ULZURRUN– sin la pretensión de conocer su necesidad racional³⁴⁴. Por tanto, el Derecho natural es algo bueno y santo exclusivamente porque procede *ex rationabile Dei voluntate*, y «nadie, excepto Dios mismo, puede indagar en la razón y en la voluntad divina, o lo que es lo mismo, en la ley divina»³⁴⁵.

³³⁶ *De ultimo fine iuris canonici et civilis*, en «Tractatus Universi Juris», cit., vol. I, § 467.

³³⁷ Cfr. *De ultimo fine...*, cit., § 126.

³³⁸ «Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingenii excogitatum neque fictum aliquod esse populorum, sed aeternum quoddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia». Cfr. *De lege...*, cit., cap. 3, § 3.

³³⁹ «Lex vero naturalis nihil aliud est, ut divus Thomas declarat, quam divini numinis impressio, cuius solius communicatione res omnes innatam illam vim assumunt, qua bonum semper aliquod suapte natura appetunt, atque ad proprios fines diriguntur». Cfr. *De lege...*, cit., cap. 3, § 8.

³⁴⁰ «Lex naturalis non prorsus dici possit essentia ab aeterna lege diversam, ac separatam habere; immo enim pars ipsius est, ab illa sola pendet, et promanat, ab illa denique vim, et robur omne suum assumit». Cfr. *De lege...*, cit., cap. 3, § 8.

³⁴¹ «Ratio humana non potest participari dictamen rationis divinae, quae est lex naturalis, sed suo modo et imperfecte». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, quaestio 4, § 37.

³⁴² *Tractatus...*, cit., Pars I, quaestio 3, § 21.

³⁴³ Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, quaestio 3, § 21.

³⁴⁴ Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, quaestio 3, § 4.

³⁴⁵ «Nullus potest investigare ratione divina, ita nec eius voluntate, sive legem divinam, nisi ipse Deus», idea que completa añadiendo que «Sicut enim in speculativa ratione ex principiis indemonstrabilius naturaliter cognitis producuntur conclusiones diversarum

§ 20. El Derecho natural y las tendencias naturales del hombre

La *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*, expresiones máximas de la libertad e igualdad de los hombres, siguen presentes, en tanto que parte esencial del núcleo del Derecho natural, también en los juristas del siglo XVI³⁴⁶. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA escribía que «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, pero aún sin leyes escritas. Finalmente, aparecieron las leyes escritas y las costumbres y usos de cada región»³⁴⁷. La primera etapa, supuestamente histórica, en la que no existían jueces, ni poder político, ni leyes escritas, es llamada por lo general *aetas aurea*³⁴⁸. Diversos autores coinciden en describirla como un estado idílico³⁴⁹ en el que no existía la propiedad privada ni el matrimonio³⁵⁰, y en el que todos los hombres eran igualmente libres³⁵¹.

scientiarum... ita etiam ex praeceptis legis naturalis, quasi ex quibusdam principiis communis et indemonstrabilius». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, quaestio 4, § 20.

³⁴⁶ J. W. Gough resume estos influjos en los propios del aristotelismo que irrumpió a partir del siglo XIII, y a la influencia de la «*lex regia*». Vid. *The Social Contract. A Critical Study of its Development*. Oxford, 1963, pág. 37.

³⁴⁷ «Dico ergo tria fuisse tempora, primum a primordio mundi quando nec erat princeps 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...*, cit., cap. 70, § 5.

³⁴⁸ «Et talis aetas vocabatur aetas aurea». Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119. «Nam quum primum humanum genitus proditum fuit, vigit aetas illa aurea tam a Philosophis et Sanctis laudata». Cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 32. Acerca de cómo la Modernidad entendió la igualdad en el *status nature*, vid. HERMANN LUDOVICUS WERNHER, *De aequalitate hominum in statu naturali*. Lipsiae, 1708.

³⁴⁹ FERNANDO VÁZQUEZ escribía: «qua aetate ineunte homines inter se tam innocenter vitam debebant, quam equi inter se aut tauri inter se... Sic ergo et in specie nostra, quandiu durabat aetas illa felix aurea, tandiu homines inter se quum essent innocentissimi nullo principatu aut iurisdictione inter se egebat 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 fuisse, quinimo nec belligerandi occasionem ullam fuisse testatur eleganter Boetius...». Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 32. Lo mismo viene a decir FRANCISCO CONNANUS: «primi homines, rudes illi et agrestes... Nulla tum furta, nulla caedes». Cfr. *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 4, § 4. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119.

³⁵⁰ Sobre la propiedad privada, vid. Exea, *Liber pactorum...*, cit., págs. 119-120. Conan, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 6, §§ 8 y 10. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 4, § 2. Covarrubias, *Relectio in Caput. Alma Mater, sub titulo de sententia excommunicanda, ad modum breves commentarii*. Salamanca, 1577, 3ª parte, al comienzo, § 5. Respecto de matrimonio, vid. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 317.

³⁵¹ En consecuencia, no existían entonces las *servitutes*. Vid. Vázquez de Menchaca,

En efecto, los juristas medievales siguieron la declaración de FLORENTINO contenida en Digesto 1,1,4,1: *Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subicitur*. En consecuencia, cuando los hombres vivían «secundum naturam», es decir, rigiéndose solamente por la «equidad natural», la esclavitud era desconocida. Pero no extrajeron muchas consecuencias prácticas de esta doctrina. Algunos autores del siglo XVI se limitan también con afirmar que la esclavitud no existió en «aquella primera edad», sin aducir ningún motivo especial (así procede ANDRÉS DE EXEA) o porque *nulla regnandi libido «erat»*, como declara FRANCISCO CONAN³⁵². Sin embargo, FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA extrajo por primera vez en la historia desde este «prius» que hasta entonces había sido meramente temporal, una regla fundamental del Derecho natural así entendido: Todos los hombres son igualmente libres, y la única sumisión legítima que puede existir es la que se origina en el propio consentimiento³⁵³. En consecuencia, la *única* obligación sancionada por el Derecho natural es aquella que se origina por propia voluntad³⁵⁴.

En esta Edad de Oro, en la que no existía aún ningún derecho de origen humano, los hombres se habrían regido por el *ius naturale*³⁵⁵. Este derecho no se limita, en los autores a que ahora aludimos, a los principios ético-jurídicos

Controversiarum illustrium..., cit., cap. 82, § 1, entre otros muchos lugares. Covarrubias, *Relectio in Regulam Peccatum...*, cit., § 11, § 3. Conan, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 5, §§ 6-8. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 118. Un estudio monográfico, más tardío, fue el de Alethinus Libertus (Peter Ahlwardt), *Vernünfftige Gedancken von der natürlichen Freyheit so wohl überhaupt, als auch in sofern selbige Gott und den Menschen zugeeignet werden müsse*. Leipzig, 1740.

³⁵² Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119. Conan, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 4, § 4.

³⁵³ Respecto del poder político, *vid. Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 20, § 25; cap. 47, § 5. Del mismo autor, *De Successionibus et ultimis voluntatibus libri IX in tres tomos divisus*. Lyon, 1599, 2,1, Praefatio, § 15; 2,1, Praefatio, § 44; 2,3,30,86, entre otros muchos lugares.

³⁵⁴ Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, § 18. Para un enmarque histórico, *vid. mi estudio Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno...*, cit., págs. 38-49.

³⁵⁵ Cfr. FELIPE DECIUS, *In titulum, D, de regulis iuris*, Venetiis 1590, pág. 418: «Nam quoddam est iuris gentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, naturali ratione inductum, absque aliqua constitutione hominum». EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119: «Et talis aetas vocabatur aetas aurea, de qua aetate vigeabant sola illa principia naturaliter ab omnibus... Idea quicquid illa aetate servavatur, nos appellamus ius naturale». CONAN, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 4, § 4: «Iure naturale videntur uti primi homines». VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, § 22: «primo tempore vigeabat solum ius naturae quod gentium primaevum appellamus». Dos estudios más tardíos que tratan monográficamente este tema son los P. LINSIUS, *De Statu naturali et legali*, Jenae 1614, y el de GOTTLIEB FRIEDRICH JENICHEN, *Dissertatio de statu civium naturale*, Lipsiae 1721.

más elementales cognoscibles en la *recta ratio*, sino que se dilata mucho más ampliamente. Así, ALBERTUS BOLOGNETTUS, al examinar las diversas acepciones del Derecho natural que utilizaban los *Jurisconsulti*, distingue entre los «*iusti et iniusti principia prima et indemonstrabilia*», por una parte, y «*omnia quae primo saeculo servabantur*», de otro lado³⁵⁶. Esta *aetas aurea* hubo de tener un final, porque la sociedad actual, llamada generalmente «sociedad civil», es muy distinta de aquélla. Expresándonos en el lenguaje de la época, ¿por qué dejó el hombre de regirse por el Derecho natural y creó el Derecho de gentes, que legitima cosas tan odiosas a la razón natural como la esclavitud o la propiedad privada, que es la causa de las guerras? Al contestar a esta pregunta, las respuestas de cada jurista son muy vacilantes, y contradictorias normalmente.

CONAN proporciona dos soluciones, no muy congruentes entre sí. La primera era la usual entonces, y consiste en afirmar que los hombres se corrompieron, por lo que al Derecho natural sucedió una «edad peor, que llamaron de hierro» (peior aetas, quam vocaverunt ferream) que se distingue de la anterior, fundamentalmente, en la creación de la sociedad política o «civil» con el fin de evitar injusticias³⁵⁷. Pero, por otra parte, afirma que la creación de la sociedad civil fue el resultado de la ampliación de los lazos que unen a los hombres entre sí. «La primera sociedad que hubo fue el mismo matrimonio; la segunda, la de los padres con los hijos»³⁵⁸ y mientras mantuvieron esta unión, los hombres, que «no habían deseado los lazos de afinidad o vecindad» vivían dispersos por los campos y selvas³⁵⁹. Durante este tiempo se rigieron únicamente por el Derecho natural: «El Derecho natural es propio del hombre solitario», y tal Derecho sólo alcanza a regir esta forma primitiva de organización social: *Nec ultra processit ius naturale*³⁶⁰. Posterior y progresivamente, mediante las *cognationes, affinitatibus, amicitias, vicinitatibus et commercia*, que viene a concebirlos a modo de escalones a través de los que se ha constituido la sociedad, fue preciso promulgar leyes y administrar justicia³⁶¹.

³⁵⁶ *De lege...*, cit., cap. 20.

³⁵⁷ Cfr. *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 5, §§ 6-7. Un estudio tardío fue el de FRIEDRICH MENZIUS, *De prima imperii inter homines origine*, Altdorf, 1673.

³⁵⁸ *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 5, § 1.

³⁵⁹ «Nullum adhuc cognatorum aut vicinorum praesidium sibi quaesiverant... in montibus et sylvis dissipati». Cfr. *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 4, § 4.

³⁶⁰ *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 5, § 1.

³⁶¹ Cfr. *ibidem*. Estudios más amplios sobre este tema son los de JOHANN NICOLAEUS HERTIUS, *De modis constituendi civitates*. Giessae, 1695; CAROLUS FRIEDRICH KRUMHOLZ (o Krumbholtz), *Dissertatio de civitatum origine*. Jenae, 1711; CHRISTIAN FRIEDRICH SEIDEL, *De civitatum origine et summae maiestatis constitutione*. LUGDUNI BATAVORUM, 1718; Joachim Erdm. SCHMIDT, *Exercitatio politico-historica de civitatis origine, civitatumque systemate*. Jenae, 1745.

La primera solución apuntada por CONAN, es decir, suponer que una corrupción inicial del hombre hizo necesaria la creación de la sociedad civil, fue la seguida masivamente por los juristas que no hacen profesión de fe aristotélica³⁶². Como la «sociedad civil» conlleva necesariamente la existencia de unos gobernantes, era preciso, ante todo, legitimar jurídicamente la figura misma del poder político, en abstracto. No puede ser fundamentado en el Derecho natural, pues según este derecho todos los hombres son igualmente libres, y las relaciones de jerarquización y subordinación que implica la vida política eran «desconocidas» por él. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, reparando en esta última faceta, llega a mantener que toda organización política, en sí misma considerada, es opuesta y contraria al Derecho natural. Esta forma de pensar estaba extendida en el siglo XVI de la mano de las teorías romanistas que hemos estudiado, y supuso una completa ruptura con las ideas aristotélicas acerca del origen y naturaleza de la comunidad política, que eran las aceptadas y seguidas por los teólogos españoles de esta época que integran el grupo conocido comúnmente bajo el nombre de Segunda Escolástica Española³⁶³. Sin llegar a una actitud tan extremada como la de VÁZQUEZ, otros juristas mantienen que el derecho que «introdujo» la sociedad organizada políticamente es el Derecho de gentes, que solía ser llamado también Derecho de gentes secundario para diferenciarlo del Derecho de gentes primario o Derecho natural³⁶⁴.

Tenemos, pues, una inteligencia del Derecho natural que lo concibe como un orden general de libertad que ha desaparecido cuando irrumpió el Derecho de gentes, que introdujo el comercio, la construcción de edificios, la propiedad que acaba con la posesión común de todas las tierras, las guerras, la esclavitud...

³⁶² Bajo la influencia de la *Suma teológica* de TOMÁS DE AQUINO, introducida por FRANCISCO DE VITORIA como texto fundamental de sus enseñanzas, el siglo XVI vio aparecer, por primera vez en la historia de Europa, un grupo numeroso de teóricos del derecho que seguían a TOMÁS, es decir, a ARISTÓTELES, al menos en este punto. Parte de ellos son los teólogos que integran la «Segunda Escolástica Española». Otros son juristas, españoles normalmente.

³⁶³ «Denique hanc artificialem defensionem, quae per modum principatus aut iurisdictionis contigit, non solum non esse de iure naturali aut gentium primaevum, sed potius naturali et gentium primaevum adversari vel illinc intueri licet, quod illis iuribus inspectis omnes homines plenissima libertate utabantur, potiebantur, gaudebant, fruebantur. Nec dubium est quin principatus et iurisdictione hic omnimodae libertate aliquantulum adversetur, non secus quam quaedam servitus, quam iuri naturae adversari». Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 37.

³⁶⁴ CONAN, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 5, § 2. Según este jurista, el Derecho de gentes se diferencia del Derecho natural, entre otras cosas, porque el Derecho de gentes es el Derecho del «homo in societate implicatus». Cfr. *ibidem*. Exea escribe: «Et ex hoc iure gentium secundario fuerunt inventi magistratus... unde obligationes, quae de iure gentium non exercebantur in invitum, coeperunt exerceri invitum, non quadem per viam actionis, sed per officium superioris manu regia, sine aliqua iudiciali solemnitate; quia tunc nec actiones erant inventae, nec iudicia». Cfr. *Liber pactorum...*, cit., pág. 125.

vidud, el poder político, etc. Este *ius gentium*, tal como expuse a propósito de la ciencia jurídica medieval, representa la instancia específicamente discursiva de la razón humana cuando ésta tiene que superar las dificultades que plantea la convivencia. De hecho, Instituta 1,2,2 explica que el Derecho de gentes ha sido creado o descubierto *usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt*. Es, pues, o constituye, el conjunto de soluciones equitativas y razonables que los hombres han institucionalizado para resolver las cuestiones que plantea la vida en común.

El resultado de este discurso de la razón humana, provocado *usu exigente et humanis necessitatibus*, ¿fue considerado en el siglo XVI como un sector del Derecho natural? Si pretendemos responder contundentemente a esta pregunta entramos en el caos, porque las confusiones y contradicciones que encontramos en su momento entre los juristas bajomedievales continúan también durante este siglo. En plena contradicción con lo indicado pocas páginas antes, PEDRO DE BELLUGA, JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA y GREGORIO LÓPEZ identificaron el Derecho de gentes con el Derecho natural. El pensamiento de COVARRUBIAS es más complejo³⁶⁵. Otros juristas, tales como FELIPE DECIUS, ANDRÉS DE EXEA, MARIANO SOCINUS y JUAN BOLOGNETTUS mantienen que, fuera de los *prima principia* de la razón práctica, sólo existe un Derecho de gentes secundario, que es un derecho de origen humano³⁶⁶. LUCIANO PEREÑA, al estudiar esta época, mantiene que la mayor parte de los juristas españoles del siglo XVI entendieron al Derecho de gentes como derecho humano o positivo³⁶⁷.

Con estos testimonios trato de resaltar que la mayor parte de los juristas no estuvieron en todo momento a la altura que demandaban las circunstancias: Sus argumentaciones, sin dejar de ser plausibles, aparecían ya entonces obsoletas. En estos años del siglo XVI, algún autor español, como FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, y varios juristas alemanes —baste pensar en HEMMING,

³⁶⁵ Cfr. Belluga, *Speculum...*, cit., pág. 210. SEPÚLVEDA, *Del reino y de los deberes del rey*, cit., § 19. López, glosa § 1 a Partida 3 título 18, ley 31. COVARRUBIAS, en la *Relectio in Regulam Peccatum*, § 3, parece seguir una opinión de SANTO TOMÁS según la cual el Derecho de gentes se diferencia del Derecho natural *simpliciter* en que éste considera a las cosas *absolute*, y el Derecho de gentes con referencia a algún hecho determinado, es decir, *secundum quid*. Sin embargo, L. PEREÑA afirma que tal Derecho, en la obra de COVARRUBIAS, tiene una naturaleza positivo-humana, y que se fundamenta únicamente en el consentimiento de los hombres. Cfr. *La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español del siglo XVI*, en «Acta Salmanticensia», I, § 2 (1954), pág. 161.

³⁶⁶ Cfr. Decius, *In titulum, D., de regulis iuris*, cit., pág. 418. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 125. J. Bolognettus, *In primam Codicis partem*, cit., pág. 72. Socinus, *Commentaria super nonnullis infortiati titulis*. Venetiis, 1593, pág. 64.

³⁶⁷ Vid. PEREÑA, *La génesis suareciana del «ius gentium»*, incluido como estudio preliminar en la edición crítica del *De legibus*, IV, de FRANCISCO SUÁREZ, C.S.I.C. «Corpus Hispanorum de Pace», págs. XIX-XXXV. Aquí examina las teorías de unos cincuenta juristas españoles de la época.

WINCKLER y, más matizadamente, dada su talla singular, en JOHANNES OLDENDORP—estaban hablando por primera vez en la historia del *ius naturale* como una virtualidad jurídica de aplicación inmediata a los problemas jurídicos cotidianos. En consecuencia, era exigible un esfuerzo universitario que explicara los fundamentos, alcance y límites del novedoso Derecho natural. Pero este esfuerzo, como veremos más adelante, fue desarrollado por muy pocos juristas: FRANCISCO CONAN, GREGORIUS THOLOSANUS o HUGO DE ROY constituyeron excepciones a lo que fue la tónica común. La mayor parte de los juristas romanistas, en cambio, siguieron repitiendo algo anacrónicamente el esquema Derecho natural—Derecho de gentes que deroga al Derecho natural. Baste pensar en DAVID MEVIUS, aún en 1686³⁶⁸. ULRICUS HUBER, el gran campeón casi en solitario de la democracia, en tanto que régimen político que —según él— mejor se adecua a la dignidad humana, seguía explicando, en el último tercio del siglo XVII, al Derecho natural como los principios que se conocen sin raciocinio, y al *ius gentium* como aquellas instituciones que fueron introducidas *usu et necessitatibus exigentibus*³⁶⁹. Se podría decir que los juristas romanistas no supieron explotar adecuadamente las virtualidades metódicas del Derecho de gentes, es decir, esa instancia al mismo tiempo práctica y pragmática, creadora de la mayor parte de las instituciones jurídicas fundamentales, y se limitaron a repetir una doctrina que ya entonces aparecía anticuada. Por contra, toda la época, transida del espíritu crítico propio del Renacimiento, demandaba originalidad.

³⁶⁸ Vid. su *Nucleus iuris naturalis et gentium*. Francofurti et Lipsiae, 1686, Inspectio II, § 1.

³⁶⁹ Vid. su *De iure civitatis libri III*. Liber I, cap. IV, § 1. Utilizo la edición tardía de Francofurti-Lipsiae de 1752.

IV

LA ESCOLÁSTICA BAJOMEDIEVAL

El lector puede quedar algo desconcertado, porque hemos llegado en nuestro recorrido histórico a finales del siglo XVI, y ahora hemos de volver atrás en la historia. Hay que tener presente que en la Baja Edad Media hubo dos grandes movimientos escolares: El de las *Littera humaniora*, compuesto por los estudios del Trivium y del Quadrivium, y el de las Escuelas de Derecho, en las que sólo se enseñaba el Corpus Juris con las glosas y comentarios de los doctores medievales. Hemos visto a vuelo de pájaro algunas cuestiones del Jus Commune relacionadas con el Derecho natural, pero no hemos entrado en las doctrinas de los *Studia Humanitatis* que afectaron, también, al transcurso de las variaciones de la idea del Derecho, y del Derecho natural.

Ciertamente, la obra de TOMÁS DE AQUINO tuvo una importancia singular, pero TOMÁS no es representativo de lo que enseñaron en los *Studia Humanitatis* de este tiempo. Porque el de AQUINO fue aristotélico y conocía el Jus Commune, y los otros escolásticos ni por lo general fueron aristotélicos ni se interesaron por la ciencia del derecho tal como era estudiada en las Escuelas. Hubo mucha distancia entre los *Studia humanitatis* y las Escuelas de Derecho, y este alejamiento se reflejó en el desconocimiento y desprecio que los «humanistas» sentían hacia jurisprudencia. Los de Humanidades entendían que el estudio de la Poesía y la Retórica los volvía delicados, y el estudio de la Filosofía y la Teología los hacía *subtiles*. Los juristas, en cambio, eran vistos como hambres zafios, incultos, brutos, etc. Cuando el enfrentamiento con las Escuelas de Derecho llegó a su cénit, más o menos entre 1490 y 1530, los humanistas descargaron todos los insultos imaginables contra los juristas, en los que personificaban una tradición y una cultura que, según ellos, era despreciable.

Los estudiantes de Derecho sí estudiaron frecuentemente Lógica, Retórica y Dialéctica, y algunos, como ODOFREDO y BALDO, parecen conocer la Filosofía y la Teología. Pero los escolares de las bellas letras no se interesaron por estudios tan extensos y complejos como los de las *Facultates Jurisprudentiae*. Y aquí radicó buena parte del problema, porque ni ABELARDO, ni JUAN DUNS, ni los maestros de París del siglo XV tenían mentalidad jurídica, por más que se interesaran por la Ley natural, en tanto que parte de la disputa teológica.

Retengamos la idea de que la mayoría de los escolares estudiaron la Ley natural y los problemas que planteaba su dispensa sin tener contacto con las escuelas de derecho.

§ 21. El carácter imperativo del Derecho

La ley entendida como orden o mandato era cosa ajena a la mentalidad medieval, que veía en las *leges civiles* (normalmente identificadas con el *Jus Commune*) una obra racional (*opus rationis*), no el resultado de un orden o mandato. Tengamos presente que entonces distinguían entre la esfera política y la jurídica, y si aquella se movía ante todo por órdenes de la autoridad, el Derecho no consistía tanto en mandatos como en soluciones racionales a los problemas. Por ello, la palabra «ley», que tenía un prestigio singular, la reservaban para el Derecho, y los mandatos de la autoridad eran designados como pragmáticos, ordenanzas, bulas, etc. Cuando usaban la expresión «leyes» o «leyes civiles», se referían al *Corpus Juris* y a los comentarios de los juristas. Para ellos el súbdito del derecho (otra cosa era el súbdito del poder político) no *obedece* órdenes, sino que sigue reglas, principios, etc. Porque aquella mentalidad entendía que bajo las relaciones humanas subyacía un orden inteligible que las hacía posibles, y era tarea del jurista averiguar tal *ordo rationis* en cada caso, al que llamaban «aequitas». Obviamente no distinguían entre lo que es y lo que debe ser, porque el derecho es lo que es o lo que hay. El consentimiento (siempre realidad voluntaria) en la génesis de la norma era imprescindible en la moral y en el Derecho penal, no así en el *ius civile*, en donde «lo debido» (*id quod iustum est*) venía constituido y estatuido³⁷⁰ simultáneamente por «lo que es».

Las normas que debían ser obedecidas simplemente por estar ordenadas por el superior (pragmáticas, bulas, etc.) derivaban su fuerza de obligar bien desde el pacto que les había dado origen (buena parte de la legislación política bajomedieval procedía de un compromiso entre el Rey y las Cortes), bien desde lo que llamaban la «supremacía» del poder que las dictaba. De ahí el delito de felonía, que consistía en faltar a la fidelidad debida al Rey o señor. Casi todos entendían que la voluntad del poder político debía ser obedecida por una cuestión personal, a saber, el juramento de fidelidad prestado. En cambio, las «leyes civiles» o *Jus civile* no fundamentaban su capacidad de obligar en algún pacto o juramento. No eran obedecidas por razones personales, sino por su racionalidad.

³⁷⁰ Para observar algunas diferencias entre los términos constituido y estatuido, *vid.* BARTOLO DE SASSOFERRATO, comentario nº 1 a Inst. 1,2,1. Reproduce la explicación que BELLAPERTICA había proporcionado un siglo antes.

§ 22. Vida secular, y estilo de los religiosos

TOMÁS DE AQUINO introdujo a ARISTÓTELES, de la mano de ALBERTO EL MAGNO, en las Escuelas, y contribuyó a que los juristas tardíos entendieran el itinerario metódico que ellos mismos seguían. Porque la jurisprudencia del Jus Commune, siempre glosando y comentando el texto romano según casos prácticos, fue poco dada a reflexiones de naturaleza abstracta. En algunos juristas reconocemos, aquí y allá, casi de forma inductiva, buena preparación humanista, pero en modo alguno la utilizaron para componer definiciones o expresar reflexiones que hoy llamaríamos de corte filosófico: La regla «*Omnis definitio est in iure periculosa*» también era válida para las reflexiones desencarnadas de la letra o del *casus*. Con la excepción de PEDRO DE BELLAPERTICA, apenas hubo reflexión sobre el derecho hecha por los juristas hasta entrado el siglo XVI.

Pero el ambiente en las Escuelas no era aristotélico, y sí bastante inclinado a consideraciones filosóficas. ARISTÓTELES había penetrado en la cultura occidental a través de comentarios árabes que desembocaban en el panteísmo, y los escolares asociaban a ARISTÓTELES con AVERROES; nombrar a AVERROES era tanto como mencionar una filosofía panteísta. Esto implicaba que TOMÁS, al repescar a ARISTÓTELES para una cultura cristiana, se introducía de hecho por un camino peligroso. Fue lógico que poco después de su muerte la Inquisición de París fijara en las puertas de La Sorbona unos escritos en los que condenaba buena parte de las tesis de su metafísica. Estas condenas eclesiásticas, que se repitieron más tarde, debieron pasar bastante en la mala fortuna histórica de su doctrina. Es decir, el gran reflejo teórico de la cultura jurídica romanista estaba condenado por la Iglesia. Además, el estudio del Jus Commune (que competía con el del Jus Canonicum) no acabó de estar bien visto por la Iglesia durante la Baja Edad Media, y de hecho el PAPA HONORIO III había prohibido su estudio a los eclesiásticos. Ciertamente, desde el siglo XVI en adelante, ambos derechos fueron de la mano amistosamente, pero hasta llegar a este matrimonio el noviazgo tuvo muchos altibajos³⁷¹.

³⁷¹ ETIENNE GILSON explica, sobre ROGER BACON, en quien puede quedar ejemplificada la mentalidad de los eclesiásticos de la época hacia el Jus Civile, que «Nada iguala su animosidad contra el Derecho civil...» «Puesto que un príncipe laico rechazaría las leyes de otro príncipe laico, con más razón todo clérigo debe rechazar las leyes de los laicos...» «el Derecho es un arte práctico de uso laico, no una ciencia que convenga a filósofos ni a clérigos. El Derecho vulgar es para la filosofía como la arquitectura para la geometría o como el arte de la orfebrería para la química, y lo mismo pasa con todas las artes de los laicos. Así, el Derecho de los laicos es como "mecánica" con respecto al Derecho civil de los filósofos y de los clérigos. En efecto, estos laicos aplican su Derecho mecánicamente, sin saber por qué... Cuando los clérigos se rebajan a tales estudios, se convierten también en animales y bestias sin alma. Desde el punto de vista de la Sabiduría, es una degradación sin nombre». Cfr. *La República Cristiana*, en «Las metamorfosis de la Ciudad de

El racionalismo propio de la Ciencia del Derecho no estaba bien visto, como tampoco un teólogo tan racionalista como TOMÁS DE AQUINO. En aquella época corporativa y colectivamente cristiana, el criterio último (incluso en las Escuelas quizá más vital que no jurídico) era la Fe: Todo el saber era considerado desde ella. Y la Fe cristiana no tiene buenas relaciones con las construcciones racionalistas: Cristo no propuso una filosofía axiomática o un método inductivo, sino sencillez y rectitud del corazón. La mentalidad usual entendía que las complicaciones retóricas y dialécticas estaban sirviendo en buena medida para embarullar la vida cristiana bajo pretexto de explicar la Fe y la moral, que introducía conceptos, modos de ser o giros retóricos donde debería haber ante todo virtudes. Los cristianos sinceros despreciaban los juegos sofisticados de los lógicos, dialécticos y retóricos cuando eran aplicados a la vida cristiana: Y JUAN DUNS ESCOTO era un sincero cristiano.

En un ambiente social más bien sensual, y con cierto exceso de racionalismo en las escuelas, los discípulos de SAN FRANCISCO quisieron introducir lo que ellos consideraban las exigencias estrictas de la vida cristiana. Y así como despreciaban las propiedades y el dinero (porque Cristo fue pobre voluntariamente), también tenían en poco el discurso racional, porque Cristo fue sencillo deliberadamente. El influjo de los Franciscanos fue grande, y se hizo notar especialmente en los siglos XIV y XV. Este estilo de vida requería de una expresión, que el Derecho canónico ha usado fluidamente durante muchos siglos: La del *comptemptus mundi*, el desprecio del mundo. Como el religioso mira directamente a Dios despreciando las cosas en las que se afanan los que viven en el mundo, el talante *religioso* tiende, en las Humanidades, a negar el valor de la razón, a desconocer el valor de las cosas humanas y a situar el bien del hombre en la ascética y en la mística: En todo aquello que le una *directamente* con Dios. Valoraban en poco las cosas de las que se ocupa el Derecho (el dinero y las propiedades fundamentalmente), y lógicamente tenían en poco al derecho mismo, que tendía a ser considerado un *ars iniquitatis*, como refleja el viejo dicho alemán: «Juristen, bösen Christen!».

§ 23. JUAN DUNS ESCOTO y GUILLERMO DE OCCAM

Atender a Dios despreciando al mundo era una actitud que para DUNS se traducía ante todo en un doble talante: Poco aprecio por las posibilidades de la razón humana (con la consiguiente desvalorización de la Ciencia del Derecho) y minusvaloración del poder político y de sus leyes. Siempre se ha dicho que los Franciscanos hacían voto de pobreza también en lo intelectual. La Ciencia del

Dios». *La República Cristiana*, en «Las metamorfosis de la Ciudad de Dios». Trad. de A. GARCÍA SÁNCHEZ. Madrid, 1965, págs. 118-120.

Derecho del Jus Commune (que TOMÁS DE AQUINO refinó conceptualmente) y el racionalismo tomista eran entonces los enemigos inmediatos a combatir, porque ESCOTO no admitía que la razón humana tuviera fuerza suficiente como para penetrar las relaciones entre las personas; consecuentemente, negaba la posibilidad de calcular un «medium rei» objetivo³⁷², y con él, la Ciencia del Derecho.

La filosofía tomista admitía aún la posibilidad de las formas o ideas como realidades objetivas e independientes hasta cierto punto de las personas que las conocen y usan. Así, el profesor conoce la idea objetiva de la docencia universitaria, y por esta objetividad (que la hace ser patrimonio de todos), él no puede disponer a su antojo de ella: Nunca podrá el profesor exigir a sus alumnos conductas que no vengan exigidas por esa docencia. Desde la independencia de esta realidad surge un «medium rei» que no queda confundido con los intereses particulares de alumnos o profesores. Pero si ESCOTO niega la capacidad humana para penetrar en estas objetividades prácticas, ¿cómo saber lo que corresponde a cada uno? DUNS recurre a las voluntades, y postula que las leyes humanas brotan desde el consenso de cada uno, que supone incluido en el «hecho de la comunidad»³⁷³. Si salimos del ámbito de las leyes políticas, hay que mirar a Dios, tal como Él se nos ha revelado históricamente. La persona humana ya no calcula o mide, sino que obedece a leyes que *descienden* de Dios a nosotros³⁷⁴. DUNS concede la máxima importancia al principio de no-contradicción y reitera que pertenecen a la Ley natural aquellos principios prácticos que son «evidentes por sí mismos» (nota ex terminis³⁷⁵), a los

³⁷² Escribía «Ista autem aequalitas secundum rectam rationem non consistit in indivisibili, sicut dicit quidam doctor «se refiere a TOMÁS DE AQUINO», motus ex hoc, quia justitia habet tantum medium rei, sed caetera virtutes medium rationis. Hoc enim falsum est. Immo in isto medio, quod justitia commutativa respicit, est magna latitudo, et intra illam latitudinem non attingendo indivisibilem punctum rei, et rei, quia quoad hoc quasi impossibile est communitatem attingere». Cfr. *In Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum Quaestiones subtilissimae*, cit., L. IV, distinctio XV, q. 2, § 15.

³⁷³ Se ha planteado el espinoso problema de la licitud de la usucapio: «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 includi consensum cujuslibet) ergo illa communitas habens justum consensum...». Cfr. *In Primum...*, cit., L. IV, distinctio XV, q. 2, § 10.

³⁷⁴ «Lex naturae est lex descendens ex primis principiis...». Cfr. *In Primum...*, cit., L. III, distinctio 37, q. 1, § 2.

³⁷⁵ ESCOTO, prácticamente, no reconoce más que dos criterios para la actuación: El Amor de Dios y el principio de no-contradicción. Este principio, aplicado a las conductas humanas, representaría la exigencia de no tolerar conductas que son contradictorias consigo mismas, como es, por ejemplo, el caso de la mentira: La mentira implica una actitud contradictoria en el que miente porque él espera que los demás le crean. Pero si él supusiera que los demás también pueden mentir, destruiría la confianza que él espera encontrar en los demás, y la mentira se destruiría a sí misma.

que la razón se inclina necesariamente a obedecer³⁷⁶. Además, está la ley inescapable del Amor de Dios, y también pertenecen a la Ley natural todas las conductas que se refieren directamente a Dios, y las que *consonan* con tal principio, aunque no sean evidentes por sí mismas³⁷⁷.

Así como la santidad procede de Dios, las realidades sobrenaturales (como sucede con la del deber *en conciencia*) solamente pueden provenir de Dios. Únicamente Dios es autor del deber, no los hombres, y ninguna ley humana positiva puede pretender arrogarse la cualidad divina de generar un deber. Toda la escuela escotista está plagada de tesis sobre la irrelevancia para la conciencia personal de las leyes creadas por los hombres. Con este talante, que lo transmitió FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA (el primer jurista no escolástico que introdujo estas tesis en el interior de la reflexión jurídica, a mediados del siglo XVI), ESCOTO se apartaba notablemente de la explicación tomista sobre las relaciones entre Dios y los hombres. Porque TOMÁS consideraba que los hombres, al vivir vida social, ponen en práctica el mandato divino o natural de hacer vida social, y los gobernantes operan a modo de «causas segundas», de forma que sus decretos *crean* un verdadero deber para los súbditos. Esta capacidad creadora del hombre, que le hace participar en la re-creación continua de la obra de la Creación, se manifiesta también en la Ciencia del Derecho, porque si la razón es don divino, la racionalidad es también y de algún modo causa segunda en la Creación. Pero nada de esto tiene sentido para DUNS ESCOTO, no porque él discrepe en alguna tesis básica de TOMÁS DE AQUINO, sino porque su entero talante es completamente distinto al de Aquino, en cuyas pretensiones un franciscano sólo veía soberbia y arrogancia del hombre.

La herencia de ESCOTO fue doble: Concedió poca importancia a la razón humana, y este irracionalismo suyo realzó el valor de las personalidades o voluntades individuales³⁷⁸. Tesis que se acomodaban bien a las exigencias de la Orden Franciscana, más preocupada por el «escándalo de la Cruz» que no por pretendidas racionalidades. Éste es el contexto en el que pueden ser entendidas algunas tesis de GUILLERMO DE OCCAM, que no nos dejó un sistema filosófico o teológico, sino más bien un estilo ante la vida.

El derecho real de propiedad había sido mal considerado tradicionalmente, pues tal como explican los juristas romanos, él fue el origen de las guerras y

³⁷⁶ «Talia sunt quaedam principia practica, nota ex terminis, quae sunt quaedam semina, ad quorum veritatem inclinatur naturaliter intellectus ex terminis». Cfr. *ibidem*. Vid. las matizaciones de A. Dufour en *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*, Paris, 1972, págs. 31-33.

³⁷⁷ *Vid. loc. cit.*, § 8.

³⁷⁸ Es dudoso que la doctrina de ESCOTO llevara directamente a un «voluntarismo» divino. Vid. Dufour, *Le mariage...*, cit., pág. 31.

de las esclavitudes. La doctrina cristiana glosaba esta mentalidad: Las propiedades han sido necesarias después del pecado, y son consecuencia del pecado, no porque ellas en sí mismas sean pecaminosas, sino porque no existirían si no hubiera codicia. En el «estado de inocencia» habría reinado la *communis omnium possessio*, y las propiedades privadas habrían sido «introducidas» solamente después del pecado original. De hecho, el mismo Cristo declaraba que no tenía «donde reclinar la cabeza», y los Apóstoles «abandonaron todo» para seguir a Cristo. La Orden Franciscana insistía en la pobreza voluntaria vivida por amor a Cristo, y ésta era una de sus aportaciones más específicas a la diversidad de espíritus dentro de la Iglesia.

Pero los Franciscanos necesitaban inmuebles en los que vivir: Sus votos no les eximían de las necesidades usuales. Ante su repulsa a ser propietarios de sus inmuebles, el Papado resolvió momentáneamente el problema arbitrando que los inmuebles eran propiedad del Papado y los Franciscanos solamente disponían de un «uso de hecho» (*usus facti*)³⁷⁹. Esta situación, en la que la Santa Sede aparecía como propietaria, y los Franciscanos como simples usuarios, molestaba al resto de la Iglesia, que aparecía más próxima al mal que no la pretendida pureza franciscana. Los ánimos se soliviantaron en el primer tercio del siglo XIV porque un terciario franciscano predicó en Narbona que «ni Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada ni en común ni en particular»³⁸⁰, y el inquisidor local, un dominico, lo encerró en la cárcel. La noticia llegó a Perusa, en donde se celebraba un Congreso de la Orden Franciscana: Cundió la indignación por lo sucedido en Narbona, y el Congreso envió cartas a toda la Cristiandad reafirmando la enseñanza del terciario. Debía intervenir Roma.

El Papa JUAN XXII publicó diversas Constituciones, en las que, entre otros temas, tocaba el de las implicaciones morales del derecho de propiedad. Entre otras cosas, el Papa argumentaba que los Franciscanos también usaban propiedades, porque se hacían propietarios de todo aquello que consumían: Un argumento irrefutable. Los Franciscanos no podían oponer a esto un discurso jurídico, y buscaron más hacer prevalecer su estilo de vida por otras vías. Concretamente, el Emperador aprovechó la desunión creada en la Iglesia para atacar al Papa, y se atrajo para su bando a la mayor parte de los Franciscanos, entre ellos a OCCAM. GUILLERMO se encontraba en París esperando las aprobaciones eclesiásticas para unos escritos suyos: Vivió personalmente la polémica y tomó partido por el Emperador Luis de Baviera.

OCCAM tampoco fue un pensador sistemático, ni siquiera ordenado. En el

³⁷⁹ Vid. A. FOLGADO, *La evolución histórica del concepto del derecho subjetivo*. San Lorenzo del Escorial, 1960, págs. 96-112.

³⁸⁰ Vid. FOLGADO, *La evolución...*, cit., pág.

verano de 1333 compuso su obra más conocida, el «Opus nonaginta dierum», que es un escrito precipitado (como señala su título) y bastante confuso, porque en él encontramos representadas todas las nociones de la Ley y del Derecho natural, según las necesidades argumentativas de cada capítulo. Como no podía argumentar adecuadamente contra los juristas pontificios, porque toda la época, estudiosa del Derecho común, distinguía bienes muebles e inmuebles, consumibles y no consumibles, etc., él atacó la posibilidad misma de entender así las cosas y vino a argumentar en definitiva que estas palabras no respondían a verdaderas realidades, porque lo único realmente existente era la vida santa y sacrificada de los Franciscanos, refrendada por el *ius poli*³⁸¹. A esta tendencia a reducir los conceptos y formas a simples palabras o nombres se le dio el nombre de nominalismo, aunque OCCAM no propuso cabalmente una filosofía nominalista: El primer sistema nominalista riguroso fue el de THOMAS HOBBS. El menosprecio por las ideas fue acompañado de una mayor valoración de las personas, esto es, de las voluntades individuales. Pues la Escolástica entendía que el hombre posee ante todo dos potencias, la razón y la voluntad, y OCCAM vino a entender (siguiendo las trazas de DUNS ESCOTO) que el detrimento de la primera era suplido por el realce de la segunda. Lo único realmente bueno en el hombre es su voluntad pura, y fue lógico que DUNS ESCOTO solamente aceptara la definición de justicia que proporcionó SAN ANSELMO DE CANTERBURY, «rectitudo voluntatis propter se servata»³⁸².

La doctrina de GUILLERMO DE OCCAM no parece haber sido especialmente influyente: Apenas aparece citado en los maestros de París del siglo siguiente, y lo ignoraron por lo general los españoles que integraron la Segunda Escolástica a lo largo del siglo XVI. Solamente encuentro una cita de él en las «Controversias ilustres» de FERNANDO VÁZQUEZ (1564), pero sin precisar obra ni otros datos: Debía haber quedado la idea confusa de él había mantenido que Dios puede ordenarnos todo lo que Él quiera porque la voluntad divina no está sometida a ningún orden del ser. Más adelante, en el siglo XVII, cuando tras la obras de SAMUEL PUFENDORF se desató la polémica sobre el intelectualismo o voluntarismo divino³⁸³, el mismo PUFENDORF se remitió a FERNANDO VÁZQUEZ para fundamentar su voluntarismo³⁸⁴, y ZENTGRAV llamaba «vasquiani» a los seguidores voluntaristas de PUFENDORF³⁸⁵. OCCAM estuvo ausente de las obras jurí-

³⁸¹ Vid. MICHEL BASTIT, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, cit., págs. 250-257.

³⁸² Vid. *In Primum...*, cit., L. IV, distinctio XLVI, q. 1, § 2.

³⁸³ PUFENDORF y sus adversarios polemizaron sobre si la Ley natural es obra contingente de la voluntad de Dios, o si responde a un orden eterno del ser. No aludieron expresamente al realismo o nominalismo filosófico.

³⁸⁴ Vid. sus *De jure naturae et Gentium libri octo*, cit., L. II, cap. 3, § 4, en donde se remite expresamente a FERNANDO VÁZQUEZ para sostener esta tesis.

³⁸⁵ Vid. *Origines juris naturalis secundum disciplinam Christianorum*, cit., Controversia I.

dicas y del *Jus naturale et gentium* de los siglos XVII y XVIII, y parece que fue revivido en el siglo XIX alemán con fines apologéticos de algunas corrientes evangelistas.

ESCOTO y OCCAM (aquel mucho más conocido y citado que éste) contribuyeron a extender por las Escuelas una mentalidad, tan difusa como inconcreta, que entendía que la razón no puede fundamentar su discurso en las ideas o conceptos universales, porque si esto fuera así, Dios también quedaría sometido a lo universalmente necesario, y esto era casi una blasfemia. Esta repulsa conducía a un *voluntarismo* divino: El hombre debe atenerse a la voluntad expresamente manifestada por Dios, y en el caso del poder político, a la voluntad del superior en la *respublica*. Al no tener acceso a un orden de cosas o *relationes* que pudiera ser analizadas racionalmente, cada persona ha de atenerse a las expresiones de las voluntades³⁸⁶.

El escolar que seguía las doctrinas aristotélicas había vivido en un mundo amable, porque estaba rodeado de conocidos: Vivía entre ideas o conceptos que tenían el mismo valor para todos. En el Derecho, estas ideas se expresaban a través de las «personas jurídicas» una expresión que nada tiene que ver con el significado actual de este término, pues los romanistas llamaban *personae* u *officia* a las expectativas socialmente fijadas que se derivaban de cada situación social, ya que todos saben (más o menos) lo que se puede exigir universalmente a un profesor, a un arriero, a un maestro de coro. No entraremos ahora en la cuestión de si algunas de estas personas jurídicas cosificaban inhumanamente a algunas personas, como denunciaba FRANCISCO DE VITORIA. Desde luego, el que la sociedad estuviera dividida entre nobles y pecheros, hombres libres y esclavos, pobres y rústicos, atentaba contra la dignidad humana. Pero el deber del profesor de explicarse con claridad era y es una expresión elemental de la justicia, y nadie considera que esta exigencia universal atente contra la dignidad o libertad de nadie. Lo cierto es que el hombre de la jurisprudencia romanista se encontraba acompañado y relativamente seguro con el acompañamiento de los *officia* y de las *conditiones personarum*: Sabía lo que le podían exigir y lo que él podía pretender, todo ello según razón, no por simple convención o «constitución humana»³⁸⁷.

Pero al perderse de vista «las cosas» (esas personas y *officios* estereotipados en que se expresaban los derechos y deberes de los padres de familia, de los militares o de los pregoneros) el individuo se encontró solo entre voluntades³⁸⁸, esto es, no encontró más guía para su actuación jurídica que la impo-

³⁸⁶ Sobre la irreductibilidad de la voluntad así entendida a la *natura*, vid. Dufour, *Le mariage...*, cit., pág. 28.

³⁸⁷ Sobre la trascendencia de la negación de la doctrina de la *analogia entis* en esta concepción de la Ética, vd. Dufour, *Le mariage...*, cit., pág. 22.

³⁸⁸ Las innovaciones escotistas fueron francamente complejas, y desde luego no que-

sición de una voluntad, fuera la suya propia expresada en un contrato, fuera la de la sociedad política. Seguir la propia voluntad casi siempre es amable, pero el derecho supone una coordinación *real* entre voluntades distintas, y si faltan criterios reales para tal coordinación destaca más la fuerza de las voluntades que se imponen que no su justicia. Porque el peligro para una voluntad, cuando tal voluntad ha de concurrir en un campo en el que hay otras voluntades más fuertes que ella, reside en que la voluntad se torna necesidad, pero no necesidad o deber desde las cosas, sino necesidad desde la imposición.

§24. GERSON y CONRADO o la Escolástica moderna en el siglo XV

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

ESCOTO había distinguido tres formas de considerar las mismas realidades, la real, la modal y la formal. Ya aludimos a las consideraciones real y modal de las cosas. La tercera de ellas –la «formal»– es una innovación de DUNS, y la presenta como aquella que ha de existir antes de que intervenga algún hecho o conocimiento humano. Ésta fue una de sus grandes aportaciones, porque de ahora en adelante los filósofos tendieron a pensar que la consideración propiamente filosófica era la «formal», de modo que la consideración estrictamente *formal* es lo que diferencia al filósofo cuando trata de una cosa, de aquellos otros científicos que también estudian esa misma cosa. Este modo de acercarse a la realidad fue expresado por las expresiones «per se et sua natura», «absolute», «in se et per se» y otras similares, con las que los nuevos filósofos daban a entender que ellos estudiaban las cosas «en sí mismas», no como las consideraban el arquitecto, el ingeniero o el carnicero. Era preciso estudiar al ser humano formalmente, esto es, en sí mismo, prescindiendo de las circunstancias. Este estudio lo había iniciado DUNS ESCOTO, pero fueron JUAN DE GERSON y CONRADO DE SUMMERHART los que lo popularizaron a finales de la Baja Edad Media.

dan suficientemente explicadas ni aludidas en estas reflexiones. Si el lector quiere conocerlas en su extensión, tiene el estudio de MICHEL BASTIT, *Les principes des choses en ontologie médiévale* (Thomas d'Aquin, Scot, Occam). Bordeaux, 1997.

relevancia sobrenatural, esto es, capacidad o poder para crear un *deber* estricto³⁹⁴. Consecuentemente, la ley es ante todo un mandato de la voluntad, y no tienen valor las consideraciones que hacen los juristas³⁹⁵, que no proceden de la voluntad cualificada políticamente. Como observamos, ESCOTO y sus seguidores distinguieron dos planos distintos de la vida del hombre: El natural, sin relevancia propiamente sobrenatural, y el estrictamente sobrenatural, que *desciende* directamente desde Dios. Hubiera supuesto casi una blasfemia considerar que Dios actúa a través de los hombres porque éstos fueran causas segundas en la Creación. Notemos como las nociones de *lex imperativa* y de *facultas personalis* fueron unidas desde los inicios de este imperativismo que, paradójicamente, insistía más en las facultades personales que no en las leyes generales.

CONRADO, tan conocido y citado por los teólogos españoles del siglo XVI, también se remonta a la «prima justitia» para definir el derecho³⁹⁶, y del mismo modo que GERSON, aunque más directamente, introduce la categoría de la *facultas* en la definición del ius: «El Derecho es la potestad o la facultad que conviene a cada cual según el dictamen de la justicia primera». El Derecho puede ser entendido como ley, como cuando decimos que los preceptos de Dios constituyen el derecho divino, o los del Emperador el derecho imperial³⁹⁷. Pero ya desde la *quaestio* primera del tratado sobre los contratos explica (prácticamente haciendo un juego con las palabras) que el derecho entendido como ley es lo mismo que la *potestas*, como cuando decimos que el padre tiene una potestad sobre sus hijos o el rey sobre sus súbditos³⁹⁸. En su segundo sentido, el derecho es lo mismo que el dominio, de modo que todo lo que se predica universalmente del dominio debe ser dicho del *ius*³⁹⁹. Esto es así porque esta definición del derecho que la equipara con el dominio le conviene al *ius* «formalmente»⁴⁰⁰. CONRADO otorga al *ius* un toque como *personalista*, porque destaca

³⁹⁴ «Nulla transgressio Legis naturalis, ut naturalis est vel humana, est de facto peccatum mortale... quia Lex naturalis est humana, ut tales sunt, non possunt attingere finem supernaturalem». Cfr. *Liber de vita spirituali animae*. Edición citada, vol. III, pág. 38

³⁹⁵ «Sed positas interpretari, non tantum doctrinaliter ut jurisperiti possunt, sed authoritative et judicialiter». Cfr. *Opusculum de Contractibus*, edición citada, vol. IV, pág. 171.

³⁹⁶ «...descriptio domini sint a magistris bene ac magistraliter positam, quibus dicit Jus est potestas, vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae justitiae». *De contractibus licitis atque illicitis*. Edición de Venecia de 1580, Compendium, pág. 1.

³⁹⁷ «Jus capit dupliciter. Uno modo prout est, quod lex, quo modo accipitur, cum dicimus praecepta Dei esse jus divinum, et constitutiones Imperatorum esse ius civile, vel imperiale». *De contractibus...*, cit., Tractatus I, quaestio 1.

³⁹⁸ «Et hoc modo accipitur ius et idem est quod potestas, quo modo accipitur, cum dicimus patrem habere ius in filium, regem in subditos». Cfr. *ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ «Secundo probatur: quia diffinitio juris secundo modo capti convenit formaliter dominio». Cfr. *ibidem*.

con especial empeño, reiteradamente, que el derecho, facultad o *ius* no puede ser sino algo de alguien, de forma que tal facultad no se distingue de la persona de su detentador⁴⁰¹. Y para reafirmar el *status* metafísico de estas facultades indica que la potencia o «potestad del alma» en que consiste el derecho es una realidad «elictiva» de modo que esta potencia del alma es una realidad absoluta, en modo alguno una simple *relatio*⁴⁰².

El Derecho o *jus* denota ante todo una permisión, tal como estableció JUAN DE GERSON, de forma que mienta antes que nada un poder hacer alguna cosa o en alguna cosa⁴⁰³. Pero como esta potestad que consiste en poder hacer puede consistir indistintamente tanto en un comportamiento lícito como ilícito, es mejor usar el término *facultas*, que únicamente designa permisiones lícitas, esto es, conformes con la recta razón o la «justicia primera»⁴⁰⁴. Resulta así una categoría de *potestas* o *facultas* que debe ser equiparada al *dominium*, ya sea implícita o explícitamente⁴⁰⁵. En ningún momento argumenta por qué el *jus* debe ser diseñado sobre los patrones del *dominium*.

CONRADO habla de un «dominio natural» o Derecho natural que corresponde a todo ser por el hecho de existir: «Consta que el derecho que tienen los animales y los pájaros que nacen en la tierra, no es sino dominio natural»⁴⁰⁶. Este dominio «original» o natural existe bien por ley natural, como es el caso de la potestad del padre sobre el hijo, o bien como lo que es propio de los «entia naturalia», como sucede con los animales, los ángeles o los demonios⁴⁰⁷. Este dominio natural consiste ante todo en voluntad libre sobre los

⁴⁰¹ «Primo: quia aliquem esse alicuius rei est formaliter cum habere jus in illa res, vel in illam rem. Igitur dominium est jus: tenet consequentia a conjugatis». Cfr. *ibidem*.

⁴⁰² «Potentia, seu potestas animae capitur dupliciter. Uno modo materialiter seu fundamentaliter pro realitate animae elictivae, quomodo potentia animae est res absoluta, et non relatio: quoniam relatio non est entitas elictiva». Cfr. *ibidem*. Aunque considerando el problema *formalmente* cabe decir que el jus es un hábito del alma hacia la cosa fundado en la realidad anterior, con lo que el derecho y el dominio son *relationes*. Cfr. *Ibidem*.

⁴⁰³ «Dicendum, ut placuit Joannes a Gersona, quod convenientius ponitur a facultas (prout a fas derivatur) pro genere, quam potestas... Nam hominem habere facultatem in aliqua re, est eum habere potestatem agendi aliquid in illam rem, vel in illa re... facultas enim, ut a fas derivatur, connotat licere.» Cfr. *Ibidem*.

⁴⁰⁴ «Potestatem autem habere in aliquam rem denotat posse agere aliquid in illa re: sed sive licite sive illicite... quomodo dicimus latro possit occidere... Haec tamen causa praeferendi illum terminum facultas, non cogit omnimode: quia etiamsi potestas ponitur loco generis: satis restringentur pro ultimam clausulam dicit, conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis, vel primae justitiae». Cfr. *Ibidem*.

⁴⁰⁵ «Quarta conclusio. Omnes clausulas positas in descriptione domini sunt etiam positae in descriptione juris: et hoc vel expresse, vel impliciter». Cfr. *Ibidem*.

⁴⁰⁶ «Consta autem, quod jus, quod bestiae et volucres habent in terra nascentia, non est nisi naturale dominium» Cfr. op. cit., pág. 6, quaestio II.

⁴⁰⁷ Cfr. *ibidem*.

propios actos o sobre la propia persona⁴⁰⁸, porque la libertad es una especie del derecho, y así el hombre libre tiene derecho sobre sí mismo para hacer lo que quiera. Por eso la *Instituta* define el derecho como «naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi per vi aut jure prohibeatur»⁴⁰⁹. Pero notemos que la *Instituta* no define aquí el «jus», sino la libertad. CONRADO anticipa en siglo y medio las tesis básicas de LUIS DE MOLINA, al que DUFOUR no duda en llamar el «apóstol de la libertad individual»⁴¹⁰.

El de SUMMERHART perfiló las ideas confusas que ya encontramos bullendo en el siglo XIII, y estableció con entera naturalidad que derecho y libertad natural (en el sentido de permisión individual) son la misma cosa. Se remonta una vez más al ejemplo propuesto por ISIDORO DE SEVILLA, «transitar por un campo de propiedad ajena» (per agrum alienum ire), y concluye que Isidoro quiso definir el *jus naturale*⁴¹¹. Una interpretación del pensamiento de SAN ISIDORO que parece correcta según las fuentes.

§ 25. La Escolástica tardía española

La Corona de Castilla hubo de esperar a finales del siglo XV para sumarse al concierto universitario europeo. Entonces irrumpió con fuerza la corriente de teólogos que hoy conocemos como Segunda Escolástica, cuyas obras fueron rápidamente conocidas en toda Europa. Además, el siglo XVI español poseyó otra vertiente de la reflexión jurídica que aún hoy es poco conocida: Los juristas laicos que no fueron teólogos y que gozaron de fuerte prestigio internacional: Tal fue el caso de DIEGO DE COVARRUBIAS (el «Bartolo Hispano»), MARTÍN DE AZPILCUETA, GREGORIO LÓPEZ, ANTONIO GÓMEZ o FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, casi todo ellos activos a mediados del siglo. No aludo a ellos por motivos patrióticos que lleven a suponer que sus obras fueron más importantes que las de sus colegas belgas, franceses o italianos, sino porque la posición internacional de la corona de Castilla y Aragón durante este tiempo les llevó a tener que interesarse por las cuestiones más básicas del Derecho, cosa que no sucedió con la jurisprudencia europea que, bien se dedicó al estudio tradicional del Derecho privado (el «mos italicus»), o bien se volcó en los estudios históricos y filológicas sobre el Corpus Juris. En cualquier caso, ocupa-

⁴⁰⁸ «Voluntas, in eo, quod libera, habet naturale dominium super actus suos et aliarum potentiarum». Cfr. op. cit., pág. 22..

⁴⁰⁹ Op. cit., pág. 4.

⁴¹⁰ Vid. *Le mariage...*, cit., págs. 54-55.

⁴¹¹ «Unde Isidorum intelligendo per fas ius naturale, et per jus 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 positivo». Cfr. op. cit., págs. 32-33.

ciones más bien eruditas, como de gabinete de sabio despreocupado de la marcha de los negocios que no encontraran asiento en el Derecho romano. Las bases individualistas de la democracia moderna fueron puestas por FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, que erigió al individuo aislado y autónomo del «status naturae» en el punto sistemático y normativo de referencia de toda construcción política y jurídica⁴¹².

FRANCISCO DE VITORIA vivió sus mocedades en París, en tiempos de estudio. Pero al volver a Salamanca trajo como libro de texto no las «Sentencias» de Pedro Lombardo sino la «Suma teológica» de TOMÁS DE AQUINO. Así, por primera vez en la historia, las obras del de Aquino fueron estudiadas y explicadas en una Escuela prestigiosa. Hasta el momento sólo habían recibido atención por TOMÁS DE VIO, más conocido como el Cardenal Cayetano, porque los siglos XIV y XV fueron campo casi exclusivo de JUAN DUNS ESCOTO y sus seguidores.

VITORIA dio origen a una corriente que usualmente llamamos Segunda Escolástica porque, una vez decadente la Escolástica en casi toda Europa, él dio nuevos impulsos al estudio de la realidad según las filosofías escolásticas, y las doctrinas de este movimiento tardío tuvieron seria influencia en la formación del pensamiento jurídico moderno. Esta Escolástica estuvo compuesta por teólogos, normalmente pertenecientes a órdenes religiosas: El clero secular apenas participó en ella. La primera generación de teólogos escolásticos fue la de VITORIA y DOMINGO DE SOTO, que llega hasta mediados del siglo XVI. La segunda generación estuvo integrada por personajes diversos, fundamentalmente frailes agustinos, como PEDRO DE ARAGÓN y MIGUEL BARTOLOMÉ SALÓN. MELCHOR CANO, autor del tratado sobre los «Lugares teológicos» debió influir grandemente innovando y transmitiendo. Y la tercera y última generación fue propiedad de los jesuitas: GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE, LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ, el «Doctor Eximio». Podemos considerar que se agotó con SUÁREZ, porque tras él solamente publican algunos autores que, como ESCOBAR o LESSIUS, son excesivamente manieristas y decadentes. Publicaron tratados «De justitia et jure» (entre otros tipos de obras), y conforme avanza el siglo XVI, estos estudios tienden a titularse «De legibus», un título más acorde con los nuevos tiempos que corrían.

Aunque las citas de estos escolásticos abarrotan las páginas de los tratados de Derecho natural de la primera mitad del siglo XVII, lo cierto es que la campaña de desprestigio que comenzó contra ellos THOMAS HOBBS (que llamaba a su cultura «Kingdom of darkness», hacia 1645), los hizo olvidar, y ha habido que esperar hasta el siglo XX para que sean redescubiertos por la historiografía. Realmente, conocemos todavía poco de ellos, porque buena parte

⁴¹² Vid. mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977, *passim*.

de los historiadores los han expuesto como formando parte de una cadena que arranca de TOMÁS DE AQUINO, por lo que deberían ser considerados «tomistas». Esto no acaba de ser exacto, porque aunque bastantes de sus obras consisten en comentarios a la «Suma teológica» del de AQUINO, las ideas que las animaron internamente estaban con frecuencia bastante alejadas del pensamiento tomista. Siguen al espíritu que se desarrolló en las escuelas tras la recepción del aristotelismo, en la afirmación del pueblo como titular último del poder político, en la tesis que mantiene que el gobernante está obligado a obedecer todas las leyes del Reino, también las leyes políticas, como insistía BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. Defendieron los derechos de los indios americanos contra las pretensiones de Carlos V y en la polémica sobre los «justos títulos» de los castellanos para ocupar América, destacaron la libertad personal y política como un derecho especialmente importante. Pero, al margen de las doctrinas políticas, mostraron pocas coincidencias con TOMÁS DE AQUINO. Aunque este juicio debe ser matizado según cada teólogo.

FRANCISCO DE VITORIA y DOMINGO DE SOTO fueron más o menos fieles al espíritu tomista. Pero el avance del siglo XVI fue avance en doctrinas que postulaban que la bondad o maldad de las conductas surge *ex objecto*, esto es, que las acciones son buenas o malas en sí mismas al margen de las circunstancias: Una tesis muy ajena a la enseñanza tomista, que solamente tomaba el criterio *ex objecto* como uno más entre otros. GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE pasó a la historia por este objetivismo extremo que incluso postulaba que el «deber ser» nacía desde el «ser», de modo que desde la maldad de una conducta brotaba sin más su prohibición⁴¹³. Era el triunfo del criterio *formaliter*, que atendía a las cosas en sí y por sí mismas, que lo reconocemos igual en VÁZQUEZ DE BELMONTE que en HERBERT DE CHERBURY y, poco después, en HUGO GROCIUS. Es al mismo criterio que seguía LUIS DE MOLINA, quizá el más jurista de este grupo de teólogos, que merece una mención especial.

MOLINA ha pasado a la historia más por sus aportaciones teológicas que no jurídicas. Influyó mucho en la teología católica del siglo XVII, como reconocemos en los ataques de PASCAL contra los jesuitas, normalmente llamados por él «molinistas». LUIS DE MOLINA entiende que si la obligación nace «de la naturaleza del objeto» (*oritur a natura rei*, como sucede con la ayuda al que está en extrema necesidad, o con la prohibición de mentir, robar o adulterar) entonces pertenece al Derecho natural; si la obligación no nace de la naturaleza de la cosa, sino de la voluntad del que ordena, entonces corresponde al Derecho positivo humano. Igual que GABRIEL VÁZQUEZ, él entiende que la naturaleza de la cosa es normativa por sí, de forma que la orden o prohibición se sigue sin más desde la índole de la conducta⁴¹⁴. Desde las naturalezas de las cosas

⁴¹³ Vid. J. HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., págs. 232-235.

⁴¹⁴ «Regula ergo generalis ad dignoscendum, num aliquid ad jus naturale, an ad posi-

surgen capacidades de hacer para cada persona, como son las de usar las cosas propias, a comer el alimento de uno, a vestir el propio vestido, etc.⁴¹⁵.

Da a entender que la manifestación primera del derecho es el derecho subjetivo porque, aparte de su insistencia en las «facultates», escribe expresamente que «No veo el modo cómo pueda ser definido más cómodamente el Derecho en esta acepción, que si dijéramos que es la facultad de hacer, de obtener o de insistir, o de comportarse de cualquier otro modo que, si fuera impedida sin legítima causa, se haría injuria al que la posee»⁴¹⁶. Del contexto se desprende que no se limita a analizar una de las varias manifestaciones de la vida jurídica, sino la fundamental, que debe ser entendida sobre el patrón del derecho real de propiedad: «La facultad de uno para insistir y persistir en la posesión de sus cosas es el *jus* del que tratamos»⁴¹⁷. Porque el Derecho en general no es otra cosa que la facultad a una cosa, como si decimos que los caballos tienen derecho al pasto, las estrellas a iluminar, los distintos elementos a subsistir en sus lugares⁴¹⁸. El derecho es algo que nos es debido, de lo que somos dueños, al modo de los *jura in re*⁴¹⁹. Y este *dominium* no es entendido con restricciones, sino *simpliciter*, como el que tiene un señor sobre las cosas que son suyas⁴²⁰.

Con él echa a andar, de forma aún poco precisa, la doctrina de los derechos subjetivos naturales individuales. Trata este tema extensamente en la *disputatio* 1 del *Tractatus* II del «De justitia et iure», en donde se propone exa-

tivum pertineat, haec est. Si obligatio oritur a natura rei, quae praecipitur aut prohibetur, quia videlicet in se est necessaria, ut fiat, ut est subvenire extreme indigenti, vel quia in se est illicita, et mala, ut furari, adulterari, mentiri, tunc praecipio pertinet ad jus naturale; si verior obligatio non oritur a natura rei quae praecipitur aut prohibetur, sed a praeecepto et voluntate prohibentis... pertinet ad jus positivum». Cfr. *De justitia et jure opera omnia*. Venetiis, 1614, *Tractatus Primus*, *Disputatio* 4.

⁴¹⁵ «Facultas, quod ex natura rei habet unusquisque, ad utendum rebus suis, ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem... est jus de quo modo loquimur». Cfr. *De justitia...*, cit., *Tractatus Secundus*, *Disputatio* 1.

⁴¹⁶ «Nec video posse jus in ea acceptione aliter commodius deffinire, qua si dicamus; Est facultas aliquid faciendi, sive obtinendi, aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui sine legitima causa, contraveniatur, injuria sit eam habendi». *De justitia...*, cit., *Tractatus Secundus*, *Disputatio* 1.

⁴¹⁷ «Item facultas unusquisque insistendi, aut persistendi possessione rerum suarum, est jus, quo nunc tractamus». Cfr. *ibidem*.

⁴¹⁸ «Jus non aliud esse quam facultatem quamcumque ad rem quamvis, dominiumque cun jure recurrere, esseque non solum in bestiis, ut in equo ad pastum sumendum, sed etiam in rebis cognitione carentibus, ut in astris ad illuminandum, in elementis ad consistendum in suis propriis locis, etc». *De justitia...*, cit., *Tractatus Secundus*, *Disputatio* 3, columna 33.

⁴¹⁹ «Quia vero nihil magis nobis est devinctum, quam id, cujus sumus domini, jura, quae circa res quarum sumus domini habemus, earumdem rerum comparatione, in primis ac praecipue appellantur jura in re». Cfr. *De justitia...*, cit., *Tractatus II*, *Disputatio* 2.

⁴²⁰ «Dominus enim est, quid habet aliquid suum simpliciter». Cfr. *De justitia...*, cit., *Tractatus II*, *Disputatio* 3.

minar una nueva noción del Derecho. Esta noción nueva son las facultades que posee cada ser humano para actuar de acuerdo con la naturaleza de cada conducta o relación, como es el derecho a comer la propia comida, a vestir el propio vestido, a pasear cada uno por su casa o por la calle⁴²¹. Éstas son facultades que nacen desde la naturaleza de la cosa: *Ex natura rei*. Presentando así el tema, podría pensarse que quiere aludir a las competencias que brotan desde las exigencias objetivas de cada conducta: No es así, porque todos los ejemplos que proporciona se refieren muy directamente al uso inmotivado del propio arbitrio, uso que presenta como una facultad que surge «desde las cosas mismas». «Del mismo modo, la facultad que tiene cada uno para insistir y persistir en la posesión de las cosas que son suyas, es el derecho del que hablamos... Igualmente, la facultad de que dispone cualquiera, *ex natura rei*, para recibir gratis algo que procede de la liberalidad de otra persona, es el derecho del que estamos hablando»⁴²². Realmente, al filo de los ejemplos que él proporciona abundantemente, parece que la «naturaleza de la cosa» de la que habla no es sino la voluntad libre o el arbitrio de cada cual.

Él considera que todos estos casos constituyen un derecho, *jus*, porque los considera ante todo desde el punto de vista de la injusticia que produciría su impedimento: ¿Puede alguien impedir a otra persona que use legítimamente las cosas que son suyas? Introduce el adjetivo *legitimus*, pero en un contexto diferente al romano: Porque en la ciencia jurídica romanista, *legitimus* es lo adecuado a la ley, y MOLINA usa este término para referirse a todo impedimento de la propia voluntad no suficientemente justificado. Porque él reitera, insistentemente, que todos nosotros tenemos ese derecho «del que hablamos» cuando alguien, que sin legítima causa nos impidiera su ejercicio, nos cause una «injuria»⁴²³. Porque resulta evidente que quien nos impida comer lo que es nuestro, o vestir nuestro vestido, o pasear por la calle, sin haber causa suficiente para ello, está cometiendo una injuria contra nosotros. Porque lo que es derecho, *jus*, se mide ante todo desde lo que es *iniuria*, ya que el derecho y la injuria poseen la misma razón de ser, la misma *ratio*⁴²⁴. El derecho vendría constituido por aquel conjunto de facultades que posee cada persona que no le pueden ser prohibidas sin incurrir en arbitrariedad.

⁴²¹ «Facultas, quae ex natura rei habet uniuscuiusque, ad utendum rebus suis, ut ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem, ad decerpenda ex arboribus suis poma, ad ambulandum in propria domo, aut in via publica, est jus de quo modo loquitur». Cfr. *De justitia...*, loc. cit.

⁴²² Cfr. *ibídem*.

⁴²³ «Item facultas uniuscuiusque insistendi, aut persistendi in propria possessione rerum suarum, est jus, quod nunc tractamus: quoniam si sine legitima causa illi contraveniatur, per expulsione illi a possessione, infertur eidem injuria». Cfr. *ibídem*.

⁴²⁴ «Jus quippe, ut dictum est, est quasi mensura iniuriae, in eoque ratio iniuriae est posita, quod sine legitima causa contraveniatur juri quod quis habet». Cfr. *ibídem*.

Él se percata de que está proponiendo más unas *qualitates personales* que no unas relaciones jurídicas mensurables por la Ciencia del Derecho. Porque la Ciencia jurídica trabaja sobre relaciones *realmente* medibles, y las cualidades personales son iguales para todas las personas. Aborda muy modestamente este problema declarando que si se contraviene una facultad de alguien porque existe causa legítima, esta facultad, considerada en sí (*in se spectata*), no desaparece. En el ejemplo clásico del depósito de armas que hace una persona que después enloquece, la no devolución de ese depósito no destruye la facultad que tiene esa persona: «ei non reddatur, nec proinde facultati, quam alioquin ad id habet, illa de causa contraveniatur, nec tollit facultatem in se spectata esse jus illius, nec fit iniuria»⁴²⁵. Y no prosigue esta argumentación.

Es consciente de que está argumentando sobre supuestos que no considera el Corpus Juris, y si la justicia siempre ha sido considerada como dar a cada uno lo que es suyo, ahora, cuando «lo suyo» no se refiere a otra persona, sino ante todo a la facultad jurídica que tiene cada cual para hacer lo que quiera con su arbitrio, ¿cómo seguir hablando de justicia? Él mismo explica que si alguien come la comida que es de su propiedad, todos sabemos que tiene derecho a ese uso: Pero no es un acto de justicia, porque ese acto no se refiere a otra persona. No siempre el que ejerce un derecho hace un acto de justicia. Sin embargo, como si alguien sin causa legítima le impidiera eso le causaría una injusticia, hay que decir que siempre que se causa una injusticia (como impedir que alguien coma su comida o vista su vestido), se supone la existencia de un derecho; entonces decimos que una persona usa de su derecho, pero no que ejerza un acto de justicia, porque la justicia hace relación a otra persona, y este tipo de actos no consideran a los demás⁴²⁶.

En su línea innovadora, disuelve el cálculo jurídico en la comprobación del título por el que se posee un *dominium*, de modo que si alguien quiere mostrar un título jurídico ha de exhibir el título por el que dice poseer ese derecho o *dominium*. Ningún jurista hubiera discutido esta tesis, pero la novedad de MOLINA reside en que la presenta como la raíz y origen de todo derecho⁴²⁷, y eso no lo hubiera hecho un jurista, que hubiera expuesto una doctrina mucho

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ «Secundum est. Non semper eum, qui exequitur id, ad quod habet jus, exercere actum justitiae; tametsi is, qui sine legitima causa contravenit jus alterius, semper, ut dictum est, in injustitiam incidat, v. g. qui vescitur cibo suo, induitque proinde uti jure suo: non tunc exercet actum justitiae: eo quod justitia sit ad alterum; is vero eiusmodi actibus nequaquam alterum respiciat». Cfr. *ibidem*.

⁴²⁷ «Explicatio iure et dominio, dicendum est breviter quid nomine tituli juris, et domini intelligatur. Radicem igitur ac originem, unde dominium, aut jus quodvis oritur, appellat jurisperiti titulum domini aut juris... Legitima electio alicujus in cathedram, episcopatum, aut beneficium, esse quippiam horum legitime collatum alicui, est titulus domini, aus juris cathedra, episcopatus aut alterius beneficii. Dixi, eam rationem fun-

más amplia de la *causa juris*. Pero el tema de la causa jurídica parece no preocuparle cuando trata del derecho positivo humano, porque su tendencia es atribuir toda institución o solución racional a la Ley natural, y dejar para el derecho positivo las regulaciones discrecionales sobre temas indiferentes moralmente. En modo alguno ve en la sociedad humana una recreación histórica de la obra de la Creación en la que el hombre coopera con Dios: Más bien contempla un mundo humano que nada tiene que ver directamente con la realidad sobrenatural, que por esto mismo no se mueve por racionalidades sino por órdenes de los superiores, porque él entiende que ambos órdenes (el natural y el sobrenatural) tienen su propia legalidad⁴²⁸. Si la actuación humana está perfecta en sí y se desenvuelve en consecuencia al margen de la justicia divina, fueron comprensibles las imprecaciones de Pascal contra los «molínistas».

El siglo XVI asiste a varios hechos decisivos. Uno, el avance de las ideas monárquicas, de forma que, como indica JOHN NEVILLE FIGGIS, «From 1500 the tendency of advancing civilisation is a tendency towards pure monarchy»⁴²⁹ y desaparece así el «estado de derecho» típicamente medieval. Los tratados sobre la justicia y el derecho ceden el paso a los que tratan de las leyes, como reclama un poder que tiende a ser único y hegemónico. Otro, el de la intolerancia religiosa, porque la religión tiende cada vez más a ocupar todos los ámbitos de la vida, y el espíritu elástico del hombre medieval se desvanece ante la coherencia llevada hasta sus últimas consecuencias⁴³⁰. En contradicción con estos hechos está el innegable afianzamiento de las ideas romanistas sobre la libertad natural del hombre en el «status naturae», que ya estaban recibiendo un cauce conceptual a través de los discípulos de DUNS ESCOTO, omnipresentes en los escolásticos españoles de este tiempo. Cabe preguntarse qué función cumplía el *objetivismo* ético que observamos en GABRIEL VÁZQUEZ y LUIS DE MOLINA que se introduce de lleno en el siglo XVII de la mano de FRANCISCO SUÁREZ. Todo parece indicar, sin que podamos afirmar nada rotundamente, que estos últimos escolásticos quisieron establecer un terreno de disputas neutral, en el que los derechos del hombre quedaran asegurados por la objetividad de las normas morales y del Derecho natural. De hecho, SUÁREZ, al mismo tiempo que habla de la libertad natural del hombre como una «quasi

dandi, quae est velut radix et origo». *De justitia...*, cit., Tractatus Secundus, Disputatio 4, col. 39.

⁴²⁸ «Potestas duplex est. Laica videlicet, et Ecclesiastica. Quo loco animadvertendum est, esto homo conditus non esset in finem supernaturalem per media supernaturalia comparandum, sed solum finem naturalem, adhuc tunc distingui ejusmodi duplex potestas». Cfr. *De justitia...*, cit., Tractatus Secundus, Disputatio 21, columna 96.

⁴²⁹ *From Gerson to Grotius...*, cit., pág. 46.

⁴³⁰ Nos indica James Lorimer que en los territorios reformados, las iglesias locales controlaron la vida de forma mucho más dogmática que lo había hecho la Iglesia Católica. Vid. *The Institutes of Law*. Edimburgh, 1880, 2ª ed., pág. 174.

qualitas moralis», crea la figura del derecho subjetivo natural (el *ius utile naturale*) que provendría de una intersección de la norma objetiva con la titularidad de las personas concretas.

El gran triunfador del siglo XVII fue FRANCISCO SUÁREZ. Su filosofía fue barrida por lo general por los sistemas filosóficos sensistas y fenomenistas que arrancaron de LOCKE, pero durante el siglo XVII y aún buena parte del XVIII, SUÁREZ fue el dominador indiscutido en los ambientes moderados⁴³¹. Pero es un autor complejo y complicado, que oculta casi tanto como muestra. En las historias usuales de la Filosofía del derecho se suele indicar que él adoptó una actitud moderadora entre el voluntarismo escotista y el objetivismo de GABRIEL VÁZQUEZ, que volvía inútil cualquier mandato, pues la bondad o maldad de las conductas conllevaba directamente su imposición, por lo que la figura de Dios resultaba superflua. Pero esta tesis no acaba de ser cierta, aunque venga expuesta expresamente en el primer libro de su «Tractatus de Legibus»: SUÁREZ mantuvo reiteradamente la objetividad del mundo ético, y sostuvo también muy reiterativamente que la objetividad del Derecho natural se reconoce en la máxima medida en la objetividad de sus conclusiones concretas: Él fue el primer autor (después del intento en solitario de FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA) que sacó la doctrina del Derecho natural del plano de los primeros principios y de las instituciones más básicas y lo convirtió en un animal de compañía omnipresente y educado. Su intento fue continuado dubitativamente por GROCIO veinte años más tarde.

Pero la filosofía suareciana, aunque sin duda alguna triunfante en algunos sectores a lo largo de la Edad Moderna, no pasó los filtros de la Modernidad: Permaneció como una tercera opción entre el individualismo revolucionario y el despotismo monárquico. Incluso durante el siglo XVII se fue imponiendo a las conciencias como un *chantaje*: O se mantenía la doctrina revolucionaria de los derechos naturales del hombre, expuesta claramente por FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, reconocible en algunas declaraciones de GROCIO, y lanzada al éxito por PUFENDORF y LOCKE, o se afirmaba el poder absoluto de los monarcas, fundamentado ya a finales del siglo XVI, en las doctrinas inglesas sobre el origen divino de los Reyes. Rompieron con la tradición, y las matizaciones de la Escolástica Tardía Española se perdieron en una lucha en la que en realidad ellas apenas participaron. La doctrina «democrática» de estos escolásticos, así como su «Estado de derecho», aunque fueron recogidas por el politólogo más citado del siglo XVII, el suizo ULRICUS HUBER, fueron finalmente desbordadas por el prestigio creciente de los derechos individuales naturales del hombre, de forma que en el choque de mentalidades que manifestó la explosión de 1789, DOMINGO DE SOTO o FRANCISCO SUÁREZ estu-

⁴³¹ Vid. A. Dufour, *Le mariage*, cit., págs. 19-20.

vieron ausentes⁴³². Y es que la democracia que se impuso desde la Revolución francesa fue una democracia individualista, y no era esto lo que pretendían los escolásticos. Aunque es preciso reconocer que LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ, siguiendo los carriles de la filosofía escotista, contribuyeron al afianzamiento del individualismo jurídico y político.

§26. FRANCISCO SUÁREZ

Quizá lo primero que llama la atención al leer a SUÁREZ es el nuevo tono expositivo que él usa: Expresiones como *formaliter*, *absolute*, *necessarium*, *a priori*, *intrinsece*, *proprie loquendo*, *ex terminis necessarium*, *per se*, *ex rei natura*, *ex vi rationis*, *iuxta naturalem*, y otras por el estilo forman el cañamazo retórico que él ofrece para exigir credibilidad. TOMÁS DE AQUINO usaba normalmente el verbo *oportet* («es conveniente») para obtener el vehículo que le permitía avanzar en sus argumentaciones, y los juristas del Jus Commune solían hacer lo mismo con el *quaero*, al menos en el inicio de sus *quaestiones*. El nuevo tono pretendidamente apodóctico del jesuita nos indica que ya no estamos ante la reflexión usual ante el derecho o la experiencia jurídica, sino ante un nuevo discurso que pretende ante todo normar la realidad, porque expresa la verdad estrictamente necesaria *a priori*. Es el tono del nuevo jusnaturalismo de la Edad Moderna, que sigue la tónica general de los nuevos tiempos⁴³³. Se había hecho realidad lo que describe RANDALL: «Lo más significativo de todo, la unidad y autarquía de la gran síntesis medieval se había roto. El sistema cristiano ya no era un todo orgánico. Se habían seleccionado ciertos elementos considerados importantes y se los utilizaba para criticar a los otros»⁴³⁴.

Es lógico pensar que SUÁREZ siga a TOMÁS DE AQUINO, porque las entonces Constituciones de la Compañía de Jesús imponían esta obligación a sus miembros. Pero las relaciones entre él y TOMÁS son externamente paradójicas.

⁴³² RANDALL nos indica que «Quienes derivan las libertades populares de alguna esencia interna del protestantismo, tampoco deberían olvidar que, mientras los hugonotes franceses hacían una protesta aristocrática contra el absolutismo, los católicos franceses de la Liga y los jesuitas españoles eran más democráticos y, en verdad, jacobinos, y que en los países latinos del hoy, el baluarte principal de la libertad individual contra el Estado soberano uniforme y anticlerical es la Iglesia católica». Cfr. *La formación del pensamiento moderno*, cit., pág. 195.

⁴³³ HERMANN CONRING, por ejemplo, escribe que «Omnes enim artes et scientiae pro subjecto habens, res non singulares et individuas, sed universales: genera nimirum et species rerum; adeoque omnia sua considerant abstractivae a materia singulari, ut loquuntur scholae». Cfr. *Propolitica, sive Brevis Introductio in Civilem Philosophiam*. Edición de Helmstad, 1763, pág. 25.

⁴³⁴ *La formación del pensamiento moderno*, cit., pág. 171.

Cuando sienta doctrinas en las que se aparta *toto coelo* de la visión tomista del Derecho natural, entonces se remite expresamente a la obra del Aquinate. Cuando no es así, se refiere a los «thomistae» como seres lejanos⁴³⁵.

1. Objetivismo ético

En sus tiempos de formación universitaria, su hermano de orden GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE había sembrado cierto desconcierto en la doctrina teológica al mantener la necesidad y objetividad de la ley natural, a la que ni Dios mismo podía cambiar, y desde esta necesidad absoluta surge el *deber* de cumplir esta ley. Pero si la ley natural se impone por sí misma, Dios está de sobra en este esquema moral. Era preciso defender esta «objetividad» de los contenidos de la ley natural pero añadiendo que, además, debemos cumplirla porque lo ordena una voluntad más poderosa que la nuestra. Ésta fue la actitud de SUÁREZ.

Seguir esta inteligencia de la Ley natural suponía entenderla únicamente a modo de un mandato que descendía desde Dios a los hombres. Desde luego, TOMÁS DE AQUINO y los juristas bajomedievales la habían entendido así, pero no solamente así. Porque junto a esta noción de la Ley natural habían tenido en cuenta tanto las «inclinaciones naturales» de los seres humanos como las necesidades humanas en la historia, de modo que si a veces la Ley natural presentaba un cariz deductivo porque aparecía como una *participatio* en la Ley Eterna, a veces también aparecía como una realidad inductiva que era extraída en cada momento desde las necesidades de los hombres. SUÁREZ no sigue este planteamiento porque él sólo considera una ley «por esencia», que es la Ley Eterna, y todas las demás leyes lo son únicamente «por participación» de aquella primera ley⁴³⁶. En este universo tan intelectual no tienen cabida los requerimientos de la vertiente sensitiva del hombre, ya que según SUÁREZ la ley natural no se regula por la conveniencia a la naturaleza sensitiva, sino por su adecuación a la racional, y los apetitos «naturales» han de ser considerado solamente como materia «regulada» (*contractam*) por la racionalidad⁴³⁷. Porque

⁴³⁵ *Vid.* por ejemplo, *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 5, § 1, o L. I, cap. 13, § 6.

⁴³⁶ En el L. II, cap. 4, § 7 del *Tractatus*, por citar sólo un lugar entre otros muchos, escribe que «Unde haec lex sub utraque consideratione est effectus legis naturae... quia haec etiam lex, prout est in ipso legislatore, est lex per participationem. Item a manat a potestate data ab ipso Deo, ad Rom. 13. Habet etiam vim obligandi quatenus nititur in principiis legis aeternae, quale est, obediendum esse a superioribus. Denique quia ut sit recta, debet esse conformis legi aeternae». Antes había escrito que: «Ratio autem generalis reddi potest, quia lex aeterna est per essentiam, et omnis alia lex est per participationem; ergo necesse est, ut omnis alia lex sit effectus legis aeternae». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 4, § 5

⁴³⁷ «Quia lex naturalis non regulatur per convenientiam ad naturam sensitivam; sed

la ley es una realidad que solamente puede pertenecer a la naturaleza intelectual, esto es a la mente⁴³⁸, y en el súbdito la ley sólo puede consistir en un acto mental⁴³⁹. Por ello las inclinaciones de los sentidos no pueden ser entendidas «formalmente», como si ellas midieran, sino «participativamente», como lo que es medido pasivamente por la ley⁴⁴⁰. Ciertamente —prosigue SUÁREZ— SANTO TOMÁS, en la I-II, q. 95, art. 4 ha mantenido otra consideración del problema: Pero es que, como explicaba ya CONRADO, TOMÁS se ha dejado influir por la forma de hablar de los juristas⁴⁴¹. Por eso entiende SANTO TOMÁS —explica SUÁREZ— que la inclinación según el apetito sensible no puede ser llamada ley⁴⁴².

Es lógico este pensamiento porque aunque ocasionalmente manifiesta que la naturaleza racional es creación contingente de Dios (porque solamente Dios es necesario)⁴⁴³, pronto abandona este tipo de declaraciones, y hace ver que la Ley natural es inmutable, incluso para el propio Dios. Unas veces expresa que Dios está atado por sus propias leyes porque Él no puede contradecirse⁴⁴⁴; pero pronto abandona estas argumentaciones como más ingenuas y manifiesta que la Ley natural es perpetua tanto «por parte de la mente, en la que está escrita, como por parte del objeto». El criterio *ex objecto* (que es el que atiende a la bondad o maldad de una conducta por sí misma, como cuando decimos que es malo moralmente matar o asesinar), al que TÓMAS DE AQUINO no quiso otorgarle el rango de criterio supremo para discernir la bondad y la maldad, es el que SUÁREZ propone como regla primera de la justicia y de la moral, porque él

et rationalem. Sensitivam autem respicit solum ut contractam, et speciali modo perfectum per differentiam rationalem». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 17, § 6.

⁴³⁸ «Legem esse aliquid pertinens ad naturam intellectualem... Est ergo lex aliquid ad mentem pertinens». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 4, § 2.

⁴³⁹ «Lex in subdito solum residet in actu mentis». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 4, § 5.

⁴⁴⁰ «Non formaliter, ut lex est mensura, sed participative, ut solet dici de mensurato per legem». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 1, § 3.

⁴⁴¹ «Atque talium interpretatur Con.... ubi ita exponit Juristarum opinionum, ut dicit, Divum Thomam loquuntur fuisse more illorum, licet Philosophi aliter loquantur». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 17, § 4.

⁴⁴² «Unde sentit D. Thomas, inclinationem appetitus secundum se non vocari legem». Cfr. *ibidem*. Continúa escribiendo que solamente pueden ser consideradas leyes «quatenus ex lege Dei puniente privata est rectitudine originalis justitiae propter peccatum originale: Nam hoc modo inclinatio fomitis non est mere naturalis, sed est poena peccati». Suárez sigue la teoría platonizante de las dos naturalezas en el hombre, la racional y la sensitiva, y esta última sólo tiene relevancia por el pecado. Cuando alude a la «lex privata Dei» se refiere a la Ley Eterna. No perdamos de vista que frecuentemente redefine los términos.

⁴⁴³ *Vid. Tractatus...*, cit., L. I, cap. 3, § 2.

⁴⁴⁴ *Vid. Tractatus...*, cit., L. I, cap. 9, § 2.

entiende que las conductas tienen una «necesidad intrínseca» porque prohíben las cosas que son malas y ordenan las que son «necesarias por sí». Lo que es «necesario» es perpetuo, y por tanto inmutable⁴⁴⁵.

De forma similar a como había argumentado GABRIEL VÁZQUEZ, sostenía que la Ley natural no puede cambiar, ni en todo ni en parte, mientras permanezca la naturaleza racional con el uso de razón y la libertad⁴⁴⁶. Y esto se prueba porque, ya consideremos el Derecho natural en Dios o en el hombre, este derecho es una propiedad intrínsecamente necesaria que fluye desde la naturaleza humana⁴⁴⁷. ¿Por qué razón tales principios han de fluir *necesariamente* desde la naturaleza humana? Tomando terminología escotista (a pesar del poco aprecio que dice tener hacia ESCOTO y JUAN DE GERSON) declara que estos principios son necesarios y «de perpetua verdad» porque son evidente por sí mismos, y porque son necesarios «ex terminis»⁴⁴⁸. Quizá la última razón de este objetivismo ético se encuentra en el último argumento alegado, el «nota ex terminis», porque cuando afronta el tema en toda su radicalidad declara que, como la bondad o maldad «consurgent *ex consonantia, vel dissonantia* con la naturaleza racional», no puede suceder que un acto sea por sí consonante y disonante desde la naturaleza del hombre, porque nunca resultan relaciones opuestas desde un mismo fundamento⁴⁴⁹.

Esto es, todo lo que «consone» con la naturaleza racional del hombre (consona con tal naturaleza ayudar al que está en extrema necesidad, o difundir la verdad) es bueno incondicionalmente, y lo que «disone» de ella (como sería mentir, robar o asesinar) es malo necesariamente. Como la naturaleza racional —postula SUÁREZ— es siempre una e idéntica, no puede variar lo que es bueno o malo en el hombre.

⁴⁴⁵ «Lex naturalis etiam dici potest absolute perpetua, quia ex parte mentis, in qua scripta est, perpetuitatem habet. Et aliunde ex parte objecti secludit intrinsecam necessitatem: prohibet enim quae intrinsece mala sunt, et praecipit quae per se necessaria sunt; quod autem est necessarium, perpetuum est; et ideo immutabilis dicitur». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 10, § 1.

⁴⁴⁶ «Dico igitur, proprie loquendo, legem naturalem per se ipsam desinere non posse vel mutari, neque in universali, neque in particulari, manente natura rationali cum usu rationis, et libertatis». *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 13, § 2.

⁴⁴⁷ Vid. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 13, § 1.

⁴⁴⁸ «De priori patet, quia leges hujus sunt necessariae, et perpetuae veritatis: complectitur enim hoc jus principia morum per se nota... omnia autem haec perpetua veritatis sunt, quae veritas principiorum non subsistit sine veritate talium conclusionum, et principia ipsa ex terminis necessaria sunt». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 13, § 3.

⁴⁴⁹ «Nam cum bonitas, vel malitia consurgant ex consonantia, vel dissonantia actus ad naturam rationalem, fieri non potest, ut idem actus cum eisdem conditionibus sit per se dissonus, et consonus, quia non resultant oppositae relationes ex eodem fundamento». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 15, § 30.

Notemos que con estas declaraciones se está abriendo paso una de las teorías iusnaturalistas fundamentales de la Edad Moderna que, cincuenta años más tarde será la recogida por aquellos teólogos y juristas protestantes que, como ALBERTI, ZENTGRAV o ZIEGLER, se opusieron al nominalismo de SAMUEL PUFENDORF. Como fue la recogida por los católicos que se opusieron en el siglo XVIII a las pretensiones secularizadoras y nominalistas de los discípulos de PUFENDORF, pasa hasta hoy por ser la doctrina genuinamente católica acerca de la naturaleza de la Ley natural.

Pero el carácter moderno de la doctrina de SUÁREZ se muestra también en la extensión de la Ley natural a las conclusiones más próximas que se extraen desde los primeros principios. Porque la Edad Media y el espíritu romano, reservaron el carácter de «natural» solamente para los *prima principia* de la razón práctica y para las inclinaciones más importantes del hombre, y el resto de las normas y principios fueron atribuidos bien al Derecho de gentes bien al Derecho civil. SUÁREZ, en cambio, reitera que la objetividad de la Ley natural se muestra de forma especial en la inmutabilidad de sus conclusiones más concretas, porque la ley es una regla para las operaciones, y los primeros principios no son verdaderas reglas sino en la medida en que se dirigen a los actos concretos⁴⁵⁰. Éste es un tema al que da bastantes vueltas para concluir siempre lo mismo (cosa rara en él): Que componen Derecho natural, *ex propria rei natura*, todas aquellas conductas que se derivan por ilación evidente desde los principios naturales⁴⁵¹, de forma que si la *illatio* es evidente, las conclusiones obtenidas desde los principios evidentes por sí mismos pertenecen al Derecho natural⁴⁵². Esta forma de argumentar, plagada de evidencias, fue la del Derecho natural moderno en general, de modo que PUFENDORF (al otro lado de la *orthodoxia*) no dudaba en escribir que todo lo que él exponía se deducía desde la sola razón natural.

Notemos que aparece ahora un problema nuevo: Al insistir tanto en el carácter evidente de la justicia, y atribuir al Derecho natural todo lo manifiesto en este campo, el Derecho natural acapara toda justicia o bondad posible, de modo que el derecho positivo, creado por los hombres, no puede exigir obediencia desde sus contenidos (que serían arbitrarios o convencionales) sino sólo desde una peculiaridad de origen: Sería un derecho obligatorio porque está ordenado por la persona o sociedad que posee la *jurisdictio* adecuada. SUÁREZ disuelve toda obligatoriedad del derecho positivo en la relación de *dominium* o *juris-*

⁴⁵⁰ «Imo si proprie loquamur, magis exercetur lex naturalis in his principiis, vel conclusionibus proximis, quam in illis principiis universalibus, quia lex est regula proxima operationibus; ille autem communia principia non sunt regula, nisi quatenus per particularia determinantur ad singulis species actuum, seu virtutum». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 7, § 7.

⁴⁵¹ Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 19, § 2.

⁴⁵² Vid. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 17, § 9.

dictio que el legislador tiene sobre las personas a las que ordena. Es decir, toda regla que posea una causa objetiva para existir compondría parte de Derecho natural, y el derecho positivo queda como lo impuesto por vía de autoridad sobre temas moralmente indiferentes. Por este motivo se enfrenta a FRANÇOIS CONAN, que admitía una justicia contingente y variable en la historia, pero igualmente objetiva; SUÁREZ le contesta que si una norma está ordenada «por la fuerza de la razón» (*ex vi rationis*) es de Derecho natural⁴⁵³.

2. El imperativismo jurídico

Sucede que FRANCISCO SUÁREZ considera que toda ley es siempre un mandato de una voluntad superior. Ciertamente, la ley «indica» las conductas adecuadas, pero la *ratio legis* (es decir, aquello por lo que la ley es tal más allá del simple consejo o indicación) consiste solamente en un acto de *imperium*. SUÁREZ quería recuperar la noción del «deber», perdida en el objetivismo ético metafísico que entendía que desde la cualidad de una conducta brotaba ya el deber de hacerla u omitirla, como proponía GABRIEL VÁZQUEZ, porque si las conductas son buenas o malas por sí mismas, y además, hemos de hacerlas u omitirlas por ellas mismas, al margen de Dios, la reflexión sobre la ética entraba por un camino secularizador que SUÁREZ entendía que no era ajustado a la realidad. Esto es, además de la faceta puramente indicativa de la ley, que muestra lo que está bien o mal (*lex indicans*), las leyes han de contener una dimensión imperativa que *ordena* (*lex imperans*) que se haga lo bueno y se evite lo malo, pues si faltara esta vertiente preceptiva, las leyes solamente indicarían mostrarían, sin ordenar o prohibir nada, y no podríamos hablar de «deber». En esta distinción entre «*lex indicans*» y «*lex imperans*» aparece con cierta plenitud la distinción entre «ser» y «deber ser»: es interesante observar que el «deber» solamente puede brotar, según SUÁREZ, desde la imposición de una voluntad.

Sus declaraciones sobre este tema son extensas y prolijas. Frente al objetivismo un tanto platónico del tipo de GABRIEL VÁZQUEZ o de HERBERT DE CHERBURY, él mantiene reiteradamente que para que lo bueno⁴⁵⁴ pase a ser *debido* es necesario el acto de una voluntad superior que lo ordene como tal⁴⁵⁵. Su planteamiento para introducir el problema es lógicamente impecable: La ley puede ser entendida en un doble sentido, como consejo y como precepto,

⁴⁵³ «Nam si praecipuntur, erunt de jure naturali, si ex vi rationis praecipuntur; vel de jure civili, si praecipuntur ex humana voluntate potestatem habente». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 18, § 1.

⁴⁵⁴ Las conductas «buenas» existen ya establecidas en la mente del legislador. Vid. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 1, § 1. Pero la ley tiene un «doble status», a saber, como establecido en la mente del legislador y como ordenado por un acto de *imperium*.

⁴⁵⁵ El segundo «status» de las leyes consiste «quoad substantiam suam in ipsa voluntate». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 1, § 6. En op. cit., L. I, cap. 5, § 19, escribe más pre-

pero *proprie loquendo* la ley no puede ser sino aquella que induce a la «obligatio», para lo que no basta un consejo⁴⁵⁶. De hecho, las Sagradas Escrituras nos hablan de la voluntad de Dios, como sucede en el Salmo 32: «Notas fecit vias suas», en el Salmo 142: «Doce me facere voluntatem tuam», en la oración dominical o en la oración de Jesús en el huerto: «Non mea voluntas, sed tua fiat»⁴⁵⁷.

Para mantener este imperativismo a veces tiene presente lo que sucede en un sector del Derecho canónico, en el que las conductas impuestas no se derivan desde la consideración sin más del ser humano, sino que son altamente arbitrarias o discrecionales, como sucede con los religiosos, que no pueden hablar o no pueden salir de su casa sin el permiso del superior⁴⁵⁸. Desde luego, los ejemplos jurídicos concretos que aduce SUÁREZ están tomados siempre del Derecho canónico; pero este Derecho es poco representativo de la experiencia jurídica, porque el *Credo* no dice nada sobre los derechos de los párrocos, cardenales o canónigos, por lo que mayor parte de las regulaciones canónicas respondían más a consideraciones de tradición (especialmente en aquella época) y de conveniencia pastoral que no a exigencias de las relaciones mismas. En tales casos resulta evidente que las regulaciones tienen eficacia para obligar a los súbditos únicamente por la voluntad del superior, que hace *necessarias* las conductas, como sucede con las leyes del ayuno⁴⁵⁹. En otros momentos, SUÁREZ adopta una visión como más pragmática y explica que solamente la voluntad del superior tiene poder para mover eficazmente la voluntad de los súbditos, por lo que la ley es ante todo un «forzamiento de la voluntad», una «intimatio voluntatis»⁴⁶⁰. Pero esta argumentación resulta extraña en un teólogo que trata ante todo de buscar la racionalidad última de las relaciones humanas.

Nos pone sobre un camino más convincente cuando indica que «todo ser moral depende de la libertad»⁴⁶¹, porque de forma aún confusa SUÁREZ parece entender, de un modo parecido al kantiano, que las nociones de libertad y moralidad son indisociables. Él reclama libertad para el autor de la ley, de forma que hasta el Autor la Ley Eterna es también «libre»⁴⁶². Aunque no encuentra la argumentación suficiente para relacionar, como él pretende, libertad y deber,

cisamente que «At vero obligatio legis, non nisi ex voluntate legislatoris oriri potest... quia in his omnibus includitur intentio obligandi»:

⁴⁵⁶ *Vid. Tractatus...*, cit., L. I, cap. 1, §§ 7 y 8.

⁴⁵⁷ *Vid. Tractatus...*, cit., L. I, cap. 5, § 9.

⁴⁵⁸ *Vid. Tractatus...*, cit., L. I, cap. 20, § 9.

⁴⁵⁹ *Vid. Tractatus...*, cit., L. I, todo el cap. 2.

⁴⁶⁰ *Vid.*, por ejemplo, *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 15, § 14 y L. II, cap. 2, § 2.

⁴⁶¹ «Quia omne esse morale pendet ex libertate». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 2, § 11

⁴⁶² «Et haec ratione, etiam in lege aeterna veram est, quod supra diximus, nullam legem, ut sic, esse simpliciter necessariam, quia aeterna lex, quatenus liberi est, non est simpliciter necessaria». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 3, § 4.

mantiene (como postulado, aunque lo presenta como dato evidente por sí) que toda ley es un acto de gobierno, esto es, de dominio y jurisdicción con lo que diluye *ante todo* (es una cuestión de matices) el problema de la justicia de las leyes en la cuestión de si las leyes han sido promulgadas por la voluntad del superior provisto jurídicamente⁴⁶³. No era ésta la visión anterior de la ley, que tendía a concebirla más como una obra de la inteligencia. Frente a ella, SUÁREZ declara que «el imperium, en cuanto a su substancia, consiste en la misma voluntad»⁴⁶⁴. Este tipo de declaraciones se va haciendo más frecuente y rígido conforme avanza el «Tractatus de Legibus» y en el L. III, cap. 4, § 7 rechaza el valor jurídico del Jus Commune porque las *leges civiles* de que se compone tal derecho no han surgido desde la voluntad del superior político⁴⁶⁵.

Él asimila *potestas, dominium, proprietas* y *jurisdictio*, como ya hiciera siglo y medio antes CONRADO DE SUMMERHART y reiteró LUIS DE MOLINA en el último decenio del siglo XVI. Declara que la ciudad tiene poder para dar leyes en la medida en que tiene jurisdicción, y la razón de ello es que la potestad para legislar es la misma jurisdicción⁴⁶⁶. Se mueve con estas nociones, identificándolas, pero sin dar razón de por qué han de considerarse idénticas cuando nos referimos a la capacidad legislativa. Solamente reitera que la potestad legislativa es una *proprietas* de la comunidad política⁴⁶⁷.

Pero este imperativismo a ultranza plantea un problema: Si lo bueno o malo depende de la voluntad del superior, ¿cómo saber objetivamente, esto es, al margen de las decisiones voluntarias, lo que corresponde a cada uno? Plantea este tema claramente, y da a entender que no existe el cálculo del *medium rei* en el Derecho, porque la «materia de la virtud» se constituye ordenando y prohibiendo, como sucede con el precepto del ayuno o el de oír misa los días festivos⁴⁶⁸. En general, está dominado por la idea que entiende que aunque la ley requiere una materia sobre la que trata, de forma que se puede hablar de una «causa quasi material», sin embargo las variaciones que se pro-

⁴⁶³ «Lex est actus gubernationis, et dominii, seu jurisdictionis». Cfr. *Tractatus...*, L. II, cap. 1, § 1.

⁴⁶⁴ «Nam imperium quoad substantiam suam in ipsa voluntate consistit, ut dixi». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 1, § 6.

⁴⁶⁵ «Tertio colligitur ex dictis, loquendo ex natura rei, seu iuxta naturalem, et ordinarium cursus humanorum rerum, nullas esse leges civiles universaliter latas pro toto orbe, quae omnes homines obligent... loquimur item de legibus, quae per potestatem naturalem ferri possunt... Tales ergo leges quasi ex intrinseca conditiones postulant, ut universales non sint: ratio a priori est, quia nulla est potestas legislativa, quae habeat jurisdictionem in totum orbem». Cfr. loc. cit. Es interesante la equiparación que realiza expresamente entre el discurso ex *natura rei* y el *naturaliter loquendo*.

⁴⁶⁶ Vid. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 9, § 19.

⁴⁶⁷ Vid., por ejemplo, *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 11, § 7.

⁴⁶⁸ Vid. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 17, § 7.

ducen sobre esta materia «no afectan para nada a la consideración moral»; pues la ley tiene también una causa eficiente (que es el legislador), y desde ella es de donde puede perder su fuerza de obligar, o quedar en suspenso»⁴⁶⁹.

FRANCISCO SUÁREZ, siempre muy dependiente de las enseñanzas de MOLINA, introdujo el espíritu de la Modernidad en la Política y en el Derecho. Mientras que para la Ciencia jurídica anterior cada «cosa» (relación) proponía u ordenaba su propia normación, y estas normaciones eran de naturaleza distinta porque «cada cosa clama por su derecho», ahora ha desaparecido esta multiplicidad. Porque SUÁREZ parece dar a entender (no es un tema que lo trate explícitamente) que el poder de un hombre sobre otro hombre es siempre el mismo, ya que tal «poder» solamente puede proceder desde la voluntad autorizada o capacitada. Las nociones de poder (derechos) y de voluntad son correlativas unas de otras, pues los derechos se han de seguir necesariamente desde una voluntad, de forma que la voluntad en general crea «la fuerza legal». Ya no hay distinción entre Derecho y Política o entre Ciencia política y Ciencia jurídica, porque para este jesuita tan jurídica es la orden para que un padre se ocupe de sus hijos como aquella otra que impone un nuevo impuesto. Quizá lo que resulta más decisivo en este boceto aún de la Modernidad, es la reconducción de todas las «jurisdicciones» a la fuerza de la voluntad: La voluntad de Dios en el caso del Derecho natural, o de los superiores políticos, si nos referimos al derecho positivo. Las naturalezas inmutables de las cosas eran cuerpos extraños en este esquema general imperativista, y la amplia noción griega de «praxis», todavía viva en la Edad Media ha desaparecido en su obra, en la que sólo existen mandatos imperativos que el ser humano «debe» obedecer.

3. Los derechos subjetivos naturales

Junto a la noción del jus como precepto aparece en Suárez otra manifestación primera y fundamental del Derecho: la del *jus* como *facultas*. Ya en el capítulo 2 del primer libro del «Tractatus» nos indica que el derecho, «en su significación estricta», debe ser entendido como una cierta facultad moral que tiene cada uno sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe, y así es como decimos que el dueño tiene un derecho a la cosa o que el operario tiene derecho a su salario⁴⁷⁰. Así es como ha de entenderse la «ley» *justitia* del Digesto,

⁴⁶⁹ «Secundo dicendum est, mutationem legis dupliciter accidere posse. Uno modo quasi ab intrinseco ex defectu materiae, seu causa conservantis. Secundo ab extrinseca contrarii agentis... Ratio prioris membri est, quia lex requirit causam quasi materialem, circa quam versetur, et ideo si illa desit, concludit obligatio legis, licet ipsa possit manere in mente legislatoris. Sed haec mutatio nihil ad moralem considerationem refert». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 20, § 2. La intensidad es mía.

⁴⁷⁰ «Et iuxta posteriorem, et strictam juris significationem solet proprie jus vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi

en el título «de justitia et iure», porque en este lugar se dice que la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, esto es, de entregar a cada uno aquello que a él le corresponde»⁴⁷¹. Esta tesis le parece excesiva y aclara en el párrafo 7 que «el derecho significa lo mismo que ley, puesto que son nociones convertibles, y se reputan como sinónimas». Pero un autor progresista de una época que llevaba entonces más de cincuenta años proclamando los derechos naturales del individuo (*jura naturalia*, como declaraba la *Instituta*) no puede contentarse con esta sencilla equiparación entre *jus* y *lex*, aunque añade que la *facultas* nace desde la ley, en realidad, lo que parece estar en juego es la noción misma de facultad jurídica, que había quedado anticuada, pues la facultad mienta la pretensión que tiene una persona de acuerdo con las leyes existentes, y el momento histórico parecía requerir la superación de la figura de la facultad jurídica (siempre dependiendo de la objetividad legal preexistente) para adentrarse por un camino más individualista, como era el de la *qualitas moralis* que ante todo consiste en libertad personal⁴⁷².

Retoma, pues, el tema y explica que la palabra *jus*, es equívoca⁴⁷³. «A veces *jus* significa la facultad moral a una cosa, o sobre una cosa, sea un verdadero dominio o alguna participación de él, que es el objeto propio de la justicia, tal como consta por SANTO TOMÁS en la q. 57, art. 1»⁴⁷⁴. «A veces *jus* significa la ley, que es la regla de la actuación justa y que constituye en las cosas una cierta equidad, y que es la *ratio* del mismo derecho según el modo anterior»⁴⁷⁵. Pero al llegar a este punto corta bruscamente el hilo previsible del discurso y escribe que «para tener nombres breves, que podamos usar, al primero lo podemos llamar *jus utile*, y al segundo "*jus*" *honestum*, o al primero *jus reale* y al segundo *jus legale*»⁴⁷⁶. Ambos derechos pueden ser divididos en natural, de gentes y civil, y «llamamos *jus utile naturale* a aquel que nos lo proporciona

debitam; sic enim dominus rei dicitur habens jus in re, et operarius habere jus ad stipendium». Cfr. loc. cit., § 5.

⁴⁷¹ «Atque hoc modo sumi videtur jus in l. «justitia» ff de just. Et iur. Cum dicitur justitia esse virtus, quae ius suum unicuique tribuit, id est, id tribuens unicuique quod ad illum spectat». Cfr. *ibidem*.

⁴⁷² Sobre este tránsito, vid. J. J. MEGÍAS, *De la facultad moral a la cualidad moral: El derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» (1992) págs. 325-349.

⁴⁷³ «Quia vero haec vox aequivoca est, oportet illam distinguere». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 17, § 2.

⁴⁷⁴ Vid. *Tractatus...*, cit., *ibidem*.

⁴⁷⁵ «Aliquando jus significat legem, quae est regula juxta operandi, et in rebus quandam aequitatem constituit, et est ratio ipsius juris priore modo ut dicit D. Thomas dicto art. 1, ad 2». Cfr. *ibidem*.

⁴⁷⁶ «Unde et habeamus brevia nomina, quibus uti possimus, primum vocare possumus jus utile; secundum honestum; vel primum jus reale, secundum legale». Cfr. *ibidem*.

la misma naturaleza, o que proviene con ella, como cuando decimos que la libertad es de derecho natural»⁴⁷⁷.

Aparece la tesis romana de «libertas est de jure naturali», o «libertas, id est jus naturale», pero en un contexto distinto al romano. Porque en el Corpus Juris la libertad individual es como un bien constante que corresponde a toda persona por el mismo hecho de serlo, pero que se recorta automáticamente según las exigencias objetivas de cada *officium*. De forma que si a veces hay que arrancar desde la libertad *personal*, a veces también hay que partir desde otras consideraciones que no tienen por qué fomentar la indeterminabilidad del arbitrio que tiene su fundamento en la irresponsabilidad de las acciones. Pues el espíritu romano tiene a la vista más las *competencias* de cada cual según el tipo de relación que en ese momento le vincula con otro u otros, FRANCISCO SUÁREZ se está refiriendo ahora a todo el abanico de los actos de por sí «indiferentes», de cuyo ejercicio no hay que rendir cuentas. El tema lo había introducido anteriormente, cuando establece una *lex permissiva originaria*, al escribir que «podemos dudar de si los actos indiferentes están permitidos por alguna ley, porque no vemos ninguna ley que los permita positivamente, sino sólo negativamente, porque no están prohibidos, y parece que esto no es suficiente»⁴⁷⁸. «Sin embargo, podemos decir que ellos están propiamente permitidos por la ley natural, porque la ley natural no es meramente negativa sobre esos actos, sino que los juzga positivamente y dispone que sean indiferentes»⁴⁷⁹. En tono más suave expone en el libro II del *Tractatus* que en el Derecho natural existen muchas conductas que se pueden hacer lícitamente por la fuerza de la misma ley natural, porque no están prescritas ni sus contrarias prohibidas, y entonces decimos que se da un derecho natural *concesivum*, como es el derecho a casarse, a retener y a conservar la propia libertad: Todo esto es *honestum*, porque lo concede el derecho natural, sin ordenarlo. Y la razón es que la razón natural no sólo dicta lo que es necesario, sino también lo que es lícito⁴⁸⁰. Obviamente, el adjetivo *honestum* ha cambiado de sig-

⁴⁷⁷ «Nam jus utile naturale dicitur, quando ab ipsa natura datur seu cum illa provenit, quomodo libertas dici potest ex jure naturali». Cfr. *ibidem*.

⁴⁷⁸ «De indifferentibus autem operibus dubitari potest, an dici possint permitti lege aliqua, quia nulla esse videtur, quae positive illa permittit, sed tantum negative, quia non prohibet, nec praecipit illa quod non videtur esse satis, ut dixi». *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 16, § 8.

⁴⁷⁹ «Nihilominus dici possunt proprie permitti per legem naturalem, quia lex naturalis non mere negativa circa illa se habet, sed etiam positive judicat, et disponit talia esse indifferentia». Cfr. *ibidem*.

⁴⁸⁰ «Quia in jure naturali multa sunt, quae honesta fieri possunt ex vi legis naturalis, quae non praecipuntur, nec contraria prohibentur, et ita etiam dari potest jus naturale concessivum, quale est jus ducendi uxorem, jus retinendi, et conservandi propriam libertatem: hoc enim honestum est, et illud jus concedit, non praecipit... Et ratio est, quia naturalis

nificado: Ya no es lo que se puede realizar moralmente (fas), sino el *jus utile naturale* que genera un verdadero derecho «natural» a exigir una conducta de los demás.

Realmente, cuando SUÁREZ se refiere al Derecho natural no lo hace como los juristas del Jus Commune, que solían aludir a la «restitutio in integrum» o a los «tria praecepta juris» que expuso ULPIANO como ejemplos de este derecho. SUÁREZ, salvo muy raras excepciones, siempre identifica el Derecho natural con la libertad *natural* del hombre, y esto cuando trata de la noción del derecho, de qué es el Derecho natural, o incidentalmente, sin venir a cuento. Así, al tratar del derecho del cuerpo político a su propia determinación, explica que «Atque eadem proportione sicut libertas data est cuiusque homini ab auctore naturae...»⁴⁸¹. Esta libertad natural la configura reiteradamente sobre el patrón del *dominium*, entendido éste como el derecho real de propiedad: «Haec proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu jura...»⁴⁸². Pero al hacer esta mixtura de tesis romanas con categorías escolásticas, a SUÁREZ se le plantea un problema singular: Los juristas romanos habían expuesto en los primeros títulos del Digesto y de la Instituta que el poder político, con sus relaciones de jerarquización y subordinación, destruía la libertad individual que es propia del Derecho natural, por lo que añadían que en este punto el Derecho natural estaba derogado por el Derecho de gentes, que era la instancia que había «introducido» el poder político, entre otras cosas. Pero un escolástico aún dependiente del siglo XVI había de ser aristotélico, y esta mentalidad romanista vulgar, muy divulgada por las Escuelas, no podía servirle de inicio de su argumentación. Había servido a FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, muy lleno de cultura humanista pero ayuno de filosofía aristotélica.

Ante este problema, inicia un largo alegato. El origen del tema es si las leyes creadas por los hombres pueden obligar en conciencia a su cumplimiento: Parece que sí, porque la sociedad es connatural al hombre, y el que está obligado al fin lo está también a los medios. Pero JUAN DE GERSON, haciéndose eco de las ideas romanistas, mantuvo que no obligan así. Existe motivo para dudar, porque el hombre —explica SUÁREZ— es libre por naturaleza, y no está sujeto a nadie, sino solamente a su Creador, de lo que hay que concluir que el *principatum humanum* es contra el orden natural e incluye tiranía⁴⁸³. Pero el poder político es necesario para la vida humana, y por ello es honesto. Conviene observar que la multitud de los hombres no está regida por ángeles, ni tam-

ratio non solum dictat, quid necessarium sit, sed etiam quid liceat». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 18, § 2.

⁴⁸¹ *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 3, § 6.

⁴⁸² *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 3, § 6.

⁴⁸³ *Vid. Tractatus...*, cit., L. III, cap. 1, § 1.

poco inmediatamente por Dios mismo, sino que la «ley ordinaria» opera a través de causas segundas proporcionadas⁴⁸⁴. Luego, contra GERSON, que proporciona una doctrina que se acomoda muy bien a las herejías de los tiempos que corren⁴⁸⁵, es preciso mantener que las leyes humanas obligan en conciencia a su cumplimiento. Pero parece que esta explicación de corte tan tradicional no es adecuada a los tiempos nuevos, por lo que SUÁREZ añade inmediatamente que «aunque el hombre no ha sido creado ni ha nacido sometido a la potestad de un príncipe humano, ha nacido con capacidad para el sometimiento (por así decir). Por lo que el acto de sometimiento, aunque no procede inmediatamente de la naturaleza, tampoco va contra lo que ordena el Derecho natural⁴⁸⁶. Una *via media* entre el aristotelismo y las ideas romanistas, y que no hace sino reproducir en cierto modo la solución de GERSON para explicar la obediencia del hombre a Dios: El género humano dispone de una *potentia obedientialis* que, paradójicamente, genera derechos de libertad para cada persona.

4. La «pura natura hominis»

Estas explicaciones sincréticas de SUÁREZ, en las que anuda tesis de la escolástica aristotélica con otros postulados que parecen más propios de las explicaciones del escotismo sobre las leyes, a los que une novedades propias de la edad moderna, plantean problemas; no problemas derivados de las exigencias del rigor o la coherencia, porque SUÁREZ no es coherente consigo mismo, y la única forma de explicar su doctrina sobre el derecho consiste en partir simultáneamente de varias nociones distintas del *jus*. Los problemas consisten ante todo en que en la base de este irenismo está sin duda su visión del ser humano como acabado y completo en sí mismo; un ser que, en un segundo momento distinto del anterior, ha de tender hacia dios. porque cuando el jesuita habla de la doble naturaleza del hombre no se refiere tanto a la natural y a la sensitiva, como a la natural y a la sobrenatural⁴⁸⁷. «La teología enseña sobre la ley natural que el hombre tiene una doble naturaleza, y una doble luz de la razón. En primer lugar

⁴⁸⁴ Cfr. loc. cit., § 5.

⁴⁸⁵ Así trata a Juan de Gerson. *Vid. Tractatus...*, cit., L. III, cap. 12, § 12, en donde escribe que «dico explicationem hanc in illo sensu esse erroneam, et conformem doctrinam haereticorum hujus temporis: evertet enim veram potestatem civilem legislativam». El autor de esta doctrina, la que mantiene que las leyes humanas no obligan en conciencia, es GERSON.

⁴⁸⁶ «Quia licet homo non sit creatus, vel natus subjectus potestati principis humani, natus est subijcibilis ei (ut sic dicam). Unde actu illi subijci, licet non sit immediate a natura, non est etiam contra jus naturale praeciipiens». *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 1, § 11.

⁴⁸⁷ Este tema fue tratado ampliamente por F. Todescan en *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella Scolastica Espagnola del secolo XVI*. Padova, 1973.

tenemos la pura naturaleza o la substancia del alma racional, y consecuentemente una luz connatural según la razón. En segundo término está la naturaleza de la gracia infundida al hombre, de la que se sigue la luz divina y sobrenatural de la fe»⁴⁸⁸. Luego la ley natural es doble: una, la puramente natural, otra la *simpliciter* sobrenatural⁴⁸⁹.

Más adelante explica que la Revelación de Dios al hombre es doble, la natural y la sobrenatural, por lo que el ser humano tiene un fin igualmente doble, uno que conoce por la luz natural de la razón, y otro según el Decálogo⁴⁹⁰. Frente a FORTÚN GARCÍA, quien en el primer volumen del «Tractatus Universi Juris» reiteró la unidad del ser humano, hay que decir que esta opinión de FORTÚN es nueva, y singular, confusa en sus palabras y sin sentido⁴⁹¹. «Porque si tú dices que la naturaleza del hombre se ordena a la felicidad sobrenatural como a su fin último, de forma que todas las potencias naturales de esta naturaleza se ordenan al mismo fin, yo respondo que una cosa se puede ordenar de dos modos a ese fin último. Uno, «per intrinsecam habitudinem», y el otro «por la sola relación», o por un poder extrínseco»⁴⁹². Esta terminología es nueva: Expresiones como «por hábito intrínseco», «por la sola relación», y otras, no las encontramos en la escolástica anterior. Y es nueva también la forma de argumentar si atendemos a sus contenidos materiales porque TOMÁS DE AQUINO, y tras él sus discípulos como VITORIA y SOTO, a veces se refieren a la naturaleza del hombre, pero rara vez. Normalmente tiene en cuenta la naturaleza de cada acción concreta según sus circunstancias, por lo que en lugar de una única y monótona *natura hominis*, resalta más en sus obras la variedad, diversidad (y a veces irreductibilidad) de los actos del hombre. SUÁREZ, tal vez porque quiere considerar las cosas «in se», «formaliter»; reduce la diversidad de leyes a una única noción imperativista de ley, y a ésta la fundamenta sin más en la «naturaleza del hombre». De modo consecuente con estas

⁴⁸⁸ «Circa legem ergo naturalem docet Theologia, hominem secundum duplicem naturam, et duplex rationis lumen considerari possit. Primum secundum puram naturam, seu substantiam animae rationalis, et consequenter secundum rationis lumen illi connaturale; secundum iuxta naturam gratiae desuper homini infusae, et secundum divinum, ac supernaturalem lumen fidei». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 3, § 10.

⁴⁸⁹ *Vid. loc. cit.*, § 11.

⁴⁹⁰ *Vid. Tractatus...*, cit., L. II, Praefatio.

⁴⁹¹ «Non: Nihilominus hace opinio Fortunii nova est, et singularis, orta que est ex quaedam verborum confusa, et indistincta significatione, seu aequivocatione». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 11, § 4.

⁴⁹² «Sed contra: Dices, ipsa hominis natura ordinatur ad supernaturalem foelicitatem, ut ad finem ultimum; ergo etiam potentiae omnes naturales hujus naturae ordinantur ad eundem finem. Respondeo dicendum dupliciter possi aliquid ordinari in ullum finem ultimum; uno modo per intrinsecam habitudinem; alio modo per solam relationem, vel imperium extrinsecum». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 11, § 4.

declaraciones, SUÁREZ entiende que el hombre tiende hacia dos «felicidades» distintas, una natural y otra sobrenatural. Para fundamentar esta escisión se remite a la «Suma teológica» de TOMÁS DE AQUINO, I-II, q. 99, art. 3⁴⁹³.

Si el hombre dispone de una *pura natura* perfecta al margen de Dios, la Filosofía moral y la Teología moral han de ser distinguidas cuidadosamente. Porque SANTO TOMÁS (argumenta SUÁREZ) enseña que si un acto es moral y por ello humano *eo ipso*, es porque es malo al desviarse de la recta razón, y por esto mismo es pecado⁴⁹⁴. Pero en realidad, contesta Suárez, aquí TOMÁS distingue el pecado cuando es contra la recta razón, y el pecado en cuanto es ofensa a Dios, y del primero se ocupa el filósofo moral, y del segundo el teólogo⁴⁹⁵. Una de las intuiciones básicas tomistas, que es la síntesis entre lo humano y lo sobrenatural, (porque el hombre es un ser que tanto ha salido de Dios, *exitus a Deo*, como vuelve a Dios, *reditus ad Deum*, la refuta expresamente, citando a TOMÁS. Lógicamente, sobre el hombre recaen dos tipos de leyes, las humanas y las divinas, y la noción de unos bienes que por el hecho de serlo son fines normativos de las actuaciones humanas, se le escapa completamente⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Vid. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 11, § 6.

⁴⁹⁴ «Unde si actus sit moralis, et humanus eo ipso, quod est malus propter deviationem a recta ratione, est etiam peccatum, ut docet D. Thomas I-II, q. 21, art. 2». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 6, § 13.

⁴⁹⁵ «D. Thomas I-II, q. 71, a. 6 ad 5 distinguere peccatum ut est contra rationem, et ut est offensivum Dei, et priore modo considerari a Philosopho morali; posteriori autem modo a Theologo». Cfr. loc. cit., § 8.

⁴⁹⁶ Una contraposición entre TOMÁS DE AQUINO y la filosofía escotista, en este punto, en M. BASTIT, *Les principes des choses en ontologie médiévale...*, cit., págs. 217-252.

V TIEMPOS DE TRANSICIÓN

Los últimos decenios del siglo XVI, y todo el siglo XVII, constituyen el momento en el que se rompe la imagen, hasta entonces unitaria, que el hombre occidental poseía de sí mismo y nuestra cultura se fragmentó en sectores que fundamentalmente dependieron del dominio religioso. Aparece una cultura específicamente protestante⁴⁹⁷, que no se limita a los modos de vestir sino que exige, entre otras cosas, una ciencia jurídica que sea distinta de la tradicional. En general, todo el pasado cristiano, dado que ha sido católico, debía ser superado. El siglo XVII ha sido el momento escogido por la Providencia divina para arrojar sobre el mundo la luz de la razón⁴⁹⁸.

Veamos algunos jalones de la crisis de la ciencia jurídica tradicional y de su sustitución por la nueva forma de argumentar.

§ 27. La crisis del «Jus Commune» y la historificación del Derecho romano

Los juristas de los siglos XI-XV, glosadores o comentadores, tropezaron, a la hora de escribir, con la carestía del pergamino o del papel sobre el que escribían. Desde los primeros tiempos de la jurisprudencia medieval los juristas desarrollaron un estilo literario propio, que consistió en un latín sencillo y no siempre correcto, expuesto en abreviaturas taquigráficas. Esto hace que si el lector actual no dispone de un diccionario de estas abreviaturas, lo escrito por estos juristas le resulte ininteligible. En cualquier caso, resulta muy chocante para un latinista. Los Humanistas de los siglos XV y XVI hicieron del idioma la ocupación científica fundamental. No sólo aprendieron griego –desconocido por lo general por los juristas– y hebreo, sino que estudiaron a fondo la literatura romana a fin de dominar el latín, cosa que, desde luego, lograron.

⁴⁹⁷ Vid. el estudio de J. A. ALVAREZ Caperochipi, *Reforma protestante y Estado moderno*. Madrid, 1986, págs. 19-69.

⁴⁹⁸ Vid. mi estudio *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., págs. 397 y ss.

Lógicamente, los juristas de los siglos XI-XV aparecieron ante ellos como unos bárbaros cuyo éxito sólo fue explicable (según estos Humanistas) por el entorno pretendidamente semi-salvaje en el que habían vivido y trabajado. El idioma fue, quizá, el factor fundamental de cisura entre la Baja Edad Media y la Edad Moderna, al menos, en su primer momento⁴⁹⁹. Era preciso volver la mirada hacia la Antigüedad romana.

Si estos *grammatici* estudiaron a fondo la Antigüedad clásica fue porque entendieron que la Antigüedad había representado una etapa de absoluta superioridad cultural y, en consecuencia, moral. Lógicamente, en lo que se refiere al Derecho, su empeño estuvo dirigido a rehabilitar y conocer mejor el Derecho romano. Esto requiere de una breve explicación. El jurista medieval había visto en el Corpus Iuris un *donum Dei* –por usar una expresión de aquella época– que, en muy buena medida, encarnaba la *ratio scripta*; solía ser consciente de que él no era capaz de superar lo contenido en el Digesto y en la Instituta y, dirigió su esfuerzo a aplicar lo contenido en estos libros a la realidad en la que él vivía. En la aplicación del texto romano, cada jurista aportaba algo nuevo que acrecentaba lo contenido en el Corpus Iuris. Con el transcurso del tiempo, los *commentaria* de los juristas medievales adquirieron un volumen mayor que el del propio Derecho romano y, como es natural, en las Universidades se estudiaban los *dicta* de ACCURSIUS, AZO, ODOFREDO o BARTOLO que se fundamentaban, más o menos próximamente, en el texto estrictamente romano. La Baja Edad Media creó su propio Derecho sobre la base del Derecho romano, y este Derecho específicamente medieval, resultado de haber aplicado el Derecho de Roma a unas circunstancias distintas a las de los jurisprudentes que lo crearon, era aplicado por muchos tribunales, y era también el único estudiado en las Escuelas.

Los Humanistas, en su acentuado desprecio por lo medieval, se escandalizaron no sólo del *stile pedestre* de los juristas, como denunciaba PETRARCA, sino del hecho de que el Derecho romano había sido sustituido por una ciencia jurídica bárbara. «Non possum sine dolore magno –escribía MAFFEO VEGGIO– dicere eo deventum esse ut plus fidei adhibeatur Cynus vel Bartholo quam Scaevola aut Papiniani aut Iuris consultorum». LORENZA VALLA siempre en insultos contra los medievales, recomendó un mejor conocimiento de las lenguas clásicas a fin de conocer en su pureza el Derecho de Roma, y él mismo comenzó la investigación filológica e histórica del Derecho romano⁵⁰⁰. De este modo, desapareció del hori-

⁴⁹⁹ Vid. mi estudio «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y *el Humanismo racionalista*, en «*Ius Commune*», (1977), págs. 121 y ss. Una obra clásica sobre este tema sigue siendo la de L. Chiappelli, *La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI*, en «*Archivio Giuridico*», XXVI (1881), págs. 295-322.

⁵⁰⁰ Sobre estos extremos, *vid.* mi estudio «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., *cit.*, pág. 121.

zonte universitario de los *culti* humanistas la Jurisprudencia anterior, y todo el esfuerzo se volcó en conocer directamente los textos romanos.

Muchos juristas en los que prevalece más la faceta de historiadores o filólogos, comenzaron a depurar el Corpus Iuris sobre la base normalmente del manuscrito de Florencia. Los primeros juristas que demostraron conocer a fondo la lengua y la historia de Roma fueron ALCIATUS y ZAZIUS⁵⁰¹ y, una vez iniciado, el estudio filológico-histórico del Derecho romano, ganó adeptos rápidamente. Entre 1520 y 1550 aparecen las obras de LUIS CHARONDAS, FRANCISCO DUARENUS, EGUINUS BARUS, BERNABÉ BRISSONIUS, JUAN CORASIUS, ANTONIO GOVEA, CRISTÓBAL HEGENDORF, ANTONIO AGUSTÍN y, fundamentalmente, JACOBO CUYAS⁵⁰². Todos estos autores, y otros que disfrutaron de menos relevancia, se propusieron redescubrir y restaurar el Derecho romano, al que suponían corrompido, no sólo por los medievales, sino también por la obra de los compiladores justinianos bajo las órdenes de TRIBONIANO.

Estos juristas, que integran el movimiento conocido como *mos gallicus* en razón de que fue la Escuela francesa de BOURGES donde ALCIATO comenzó sus clases, desarrollaron una actividad que, fundamentalmente, era teórica. Esto es, quisieron conocer a fondo el Derecho de Roma, comunidad política que había desaparecido, al menos en Occidente, hacía entonces mil años, y no pretendieron, a diferencia de los juristas medievales, aplicarlo a la realidad de su momento. Aunque maticemos distinguiendo varias corrientes entre estos autores, unos preferentemente teóricos, y otros más prácticos⁵⁰³, lo cierto es que el espíritu general y dominante entre los seguidores del *mos gallicus* estuvo dirigido a conocer el Derecho privado y público de Roma. El problema que se planteó, estando así las cosas, lo podemos resumir preguntándonos si el conocimiento del Derecho romano fue suficiente para renovar la Jurisprudencia.

A los medievales no se les había planteado este problema: Ellos habían identificado el Derecho con los textos, y la validez jurídica de éstos no ofrecía dudas porque todos ellos quedaban bajo el principio de autoridad: Autoridad del jurista romano o medieval, autoridad de JUSTINIANO o, lo que quizá era más decisivo, la autoridad del texto en sí mismo⁵⁰⁴. Pero el principio de autoridad, así entendido, perdió su validez en los ámbitos humanistas y el Corpus Iuris romano pasó a ser considerado como el producto de una cultura ya desaparecida, sin especial autoridad o vigencia para ellos. Los humanistas, sin proponérselo, habían historicado el Derecho romano. Si se trataba de renovar la Jurisprudencia medieval, reputada bárbara, y si el estudio de los humanis-

⁵⁰¹ Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., págs. 124 y ss.

⁵⁰² Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., pág. 125.

⁵⁰³ Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., pág. 131.

⁵⁰⁴ Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., pág. 132.

tas sólo logró conocer mejor el Derecho de Roma, ¿con qué renovar la Jurisprudencia, qué había de enseñarse en las Escuelas de Derecho?. Toda la época, ante este problema, anduvo desorientada y dividida.

§ 28. Una nueva razón práctica: El Derecho obtenido desde la Filosofía

El rechazo al Derecho existente que operaron los Humanistas fue acompañado, por el deseo vehemente de sustituir los resultados de la ciencia del derecho tradicional por un nuevo ordenamiento jurídico, una nueva Idea del Derecho, como la llaman los estudiosos alemanes. Lo que podríamos llamar imprecisamente el mito de la simplicidad del Derecho jugó una función importante en este proceso innovador. Efectivamente, cualquier profesional del Derecho sabe que, junto al Código civil, y para poder entenderlo, existe una masa ingente de comentarios; de esta forma, junto a un libro corto, breve, y que, para un inexperto en el trabajo jurídico puede parecer claro y suficiente, existen metros cúbicos de papel que intentan *aplicar* los artículos del Código a la realidad. Exactamente lo mismo sucedía en el siglo XV. Cualquier profesional del derecho necesitaba disponer de las obras de una veintena de juristas importantes que habían glosado o comentado el Derecho romano, de modo que la búsqueda de la norma o del principio aplicable exigía conocer muchos miles de páginas. El problema era algo más agudo entonces porque al ser el *Jus Commune* un Derecho casuístico y jurisprudencial, sobre un mismo caso podían alegarse las opiniones discrepantes de varios doctores, y se producía –más o menos como hoy– falta de seguridad jurídica. Naturalmente, el estudio del Derecho en las Escuelas requería dominar el contenido de muchos libros, por lo que los estudios jurídicos eran difíciles, fatigosos, y llevaban tiempo⁵⁰⁵.

Los Humanistas entendieron que esta prolijidad jurídica existente entonces, que se mostraba a través de la maraña casuística de los libros de Derecho, era el resultado de una falta de calidad moral. Sus ataques no fueron dirigidos únicamente contra el mal latín o al insuficiente conocimiento del estricto

⁵⁰⁵ Antonio Gómez escribía sobre este extremo, a mediados del siglo XVI: «Tanta est enim librorum, qui in ea scripta sunt moles et vastitas, ut vix triplex hominum aetas eos percurrere (ne dicam legendo, atque cogitando) possit sufficere». Cfr. el *Proemium* de las *Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, cit... Petrus Ramus, el personaje que más se distinguió en la primera mitad del siglo XVI en el afán de «ordenar» el Derecho, escribía: «qui sudores, qui labores interpretum, et quaestiones istas in dialectica (ut Porphyrius ipse sentit) inutiles, et alienas exponent? et Aristotelis interpretes secundarii interpretes nova interpretatione sic interpretantes, ut ipsi tertiarios interpretes nova interpretatione sic interpretantes, ut ipsi tertiarios interpretes requirant? o vanitate interpretum: siccine bonae inventuti illiditur?». Cfr. *Aristotelicae Animadversiones*. París, 1543, págs. 12-13.

Derecho romano por parte de los juristas, sino que, además, entendieron que las complicaciones propias de cualquier proceso o razonamiento jurídico se debían a que el Derecho estaba mal elaborado de raíz. Algunos humanistas que conocían el Derecho, porque eran juristas, como fue el caso de JOHANN OLDENDORP, atribuyeron el caos jurisprudencial al hecho de que los juristas no habían seguido un método en la creación o descubrimiento del Derecho⁵⁰⁶. En general, los ideales pedagógicos humanistas exigían un método de estudio atractivo y sencillo, que proporcionara un conocimiento claro, armónico, bien organizado en su totalidad⁵⁰⁷. Por este motivo, bastantes juristas elaboraron una serie de escritos programáticos en los que propugnaron como programa científico la reelaboración metodológica de toda la Jurisprudencia, a fin de obtener unos compendios panorámicos del Derecho. ELEN, DUARENUS, CATIÚNCULA, WESEMBECK, CORASIUS, entre otros, se distinguieron en esta tarea⁵⁰⁸. Años antes, PEDRO ANDRÉS GAMMARUS había publicado, en 1514, su «De modo disputandi ac ratiocinandi in iure libri III», que es un programa de lógica para juristas. Poco después, los «Loca argumentorum legales» de NICOLÁS EVERARDUS y la muy difundida «Topica tractata per exempla legum» (conocida por lo general como *Topica legalia*) de CLAUDIO CATIÚNCULA, ordenaron los tópicos (loci) a fin de ayudar al jurista a proceder ordenadamente. El «Quod sit unica doctrina instituendi methodus»⁵⁰⁹ del polémico PETRUS RAMUS, ya nos muestra por su solo título la confianza que los *culti* del siglo XVI habían depositado en el método en tanto que instancia decisiva cuyo seguimiento correcto conduciría infaliblemente a las soluciones correctas. En mi opinión, las dos obras que muestran mejor el afán de crear el Derecho según un «ars», de modo que el *ius civile* aparece en ellas del mismo modo que en un código civil contemporáneo, fueron la «Jurisprudentiae liber unus» de SEBASTIÁN DERRER y las «Partitiones iuris civilis elementariae» de FRANÇOIS HOTMANN, cuyo tono sentencioso y lacónico, siguiendo el esquema de personas-cosas-acciones, es igual al de un código actual. Podríamos decir, más o menos convencionalmente, que el «De vera Jurisprudentia, ad Regem, libri XII», de

⁵⁰⁶ «Audis? quaeenam sit tanta causa tantarum tenebrarum, quas non leges ipsae, sed homines offundunt nobis. Primum quia non recte docuerunt ab aliquot annis, partim vana ambitione gloriae, partim ignorantia seducti. Tum id, quod in una, ac simplici cognitione erat, in infinita torserunt, ut nulla homini aetas sufficiat nunc lectioni, vel solius Baldi, aut Jasonis... quod non adhiberunt methodum, sed omnia confuse tractarunt». Cfr. *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis*, edición de Vindebonae 1758 (la primera edición es de 1539), Titulus I, § III.

⁵⁰⁷ Vid. sobre este tema, mi estudio «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., págs. 150 y ss.

⁵⁰⁸ Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., pág. 152.

⁵⁰⁹ *Quod sit unica doctrina instituendo methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue Galeno. Animadversiones P. Rami ad Carolum Lotharigen, Cardinalem*. París, 1557.

JOAQUÍN HOPPER, publicado a finales de siglo, alcanza la máxima perfección razonable en la tarea de ordenar los «loci» o tópicos a fin de que el jurista procediera ordenadamente.

Todas éstas fueron obras hechas bien por juristas profesionales, bien por concedores del Jus Commune, y estas personas, por conocer la vida jurídica, forzosamente hubieron de proponer estudios excesivamente complicados y prolijos para los *grammatici* que guiaban la cultura a comienzos de la Edad Moderna. Además, estos autores no innovaron gran cosa: Se limitaron a ordenar el Derecho ya existente, bien el Derecho romano solamente, o bien este Derecho con los añadidos propios del Jus Commune⁵¹⁰.

Pero los Humanistas no querían solamente una simple ordenación externa del derecho ya existente; pretendían un nuevo ordenamiento jurídico que, como exigía, por ejemplo, LUIS VIVES, tuviera como fuente a la Filosofía⁵¹¹. Según atestigua CHRISTIAN THOMASIIUS casi dos siglos más tarde, VIVES proponía la creación de un derecho nuevo que debía surgir desde la sola equidad⁵¹². FRANÇOIS HOTMANN, después de indicar que el Derecho romano no posee especial equidad ni justicia⁵¹³, propone la creación de un derecho en el que no debemos atender a quién es griego o romano, Pretor o Cónsul esto es, prescindiendo completamente de las autoridades y atendiendo únicamente a la justicia y a la equidad, de modo que construyamos un derecho que valga igual para todos los pueblos del Universo⁵¹⁴. El remedio de los remedios, según HOTMANN, es ejercitarse en la Filosofía moral⁵¹⁵. JACOBO LERNSEHER, en 1542, ya proponía, con toda naturalidad, que la Jurisprudencia fuera derivada o creada desde la Filosofía⁵¹⁶,

⁵¹⁰ El tema de la «ordenación» de los institutos jurídicos en el siglo XVI es complejo. Una primera aproximación a él se puede encontrar en «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., págs. 152-168.

⁵¹¹ Cfr. *Aedes legum*. Madrid, 1947, págs. 685-686.

⁵¹² Vid. *De Jurisprudentiae corpore, anima, cadavere, sceleto, spectro*. Halae, 1733, págs. 141-145.

⁵¹³ «Nam cum varietatem, et confusionem tot Legum Romanorum videret, cumque imprimis animadverteret, his civile (uti supra monuimus) nihil aliud esse, quam ius particulare, ad tuendam Civitatis Romanae praerogativam, non habita naturalis aequitatis ratione...». Cfr. *Antitribonianus*, edición de Pisa, 1771, capitulus XVI.

⁵¹⁴ «Quorum primo accurate demonstrat, ad condendum Ius Civile requiri, ut neque Graecus quis sit, ceu Romanus, neque Praetorem, neque Consulem respiciamus, sed iustitiam, et aequitatem tanquam finem nobis proponamus, utque bonis rationibus usi, Leges cunctis toto mundo nationibus accommodatas, et aptas effingamus». Cfr. *ibidem*.

⁵¹⁵ «Compositis igitur duobus tribusve his voluminis, oporteret iuvenes, cum in bonis litteris, scientiisque, atque inprimis in Philosophia morali, ad annum usque vicesimum primum, aut secundum sese exercuissent, in scholam aliquam ad unum, aut duos annos mitti, ubi eximius aliquis Iurisconsultus de Legum aequitate disputaret, ac dissereret». Cfr. *ibidem*.

⁵¹⁶ «Porro produit Jureconsulto, si philosophiam (quae in ethicam, politicam, et oeco-

lo que nos muestra, entre otras cosas, lo extendidas que ya estaban estas ideas. Por lo general, estos autores siguen una mentalidad que expuso con nitidez ejemplar GUILLERMO BUDAEUS en sus «Annotationes in XXIV libros Pandectarum»⁵¹⁷. La lectura de las *Annotationes* produce la impresión de que el derecho debe ser creado por los filósofos, o por personas que posean una formación «filosófica» y enciclopédica. Efectivamente, al examinar la definición del *ius* de CELSO, BUDAEUS afirma que «*ius est ars boni et aequi, et qua sequuntur*». Entre estas «cosas que se siguen», este autor incluye todos los saberes de su tiempo⁵¹⁸. El encargado de aglutinar esa *coniunctionem rerum et communicationem* que se encuentra entre todas las disciplinas, es el filósofo⁵¹⁹. El Derecho es, pues, una labor filosófica que es preciso realizar teniendo a la vista el conjunto de la Realidad. La formación enciclopédica que ha de poseer el filósofo-jurista asegurará que él elabore una ciencia del Derecho que, por contemplar toda la Realidad, sirva lo mismo para un europeo que para un turco. Comienza ahora, de este modo, la doctrina del Derecho Racional o Universal, que, por deducirse desde la Naturaleza misma y no desde los prejuicios de los pretores o de los juristas, será derecho «natural» que obligará a cualquier hombre. Notemos que si en la primera etapa del movimiento humanista se rechazó al Jus Commune en nombre del Derecho romano, pocos años más tarde ya rechazaban también al Derecho romano en nombre de un derecho filosófico o racional.

Podemos observar que entre los *desiderata* humanistas del siglo XVI, unos pasan, ya que quedaron agotados en el estudio histórico y filológico del Derecho romano. Otros, en cambio, como ha sido la pretensión de la simplicidad en el derecho, ha permanecido hasta hace poco. Así, SIMÓN NICOLÁS HENRI LINGUET, seguía escribiendo, aun en 1768, que «Je songeais à faire voir qu'en tout genre la perfection consiste dans la simplicité. Je me proposais de prouver que toute administration compliquée est absurde et malheureuse»⁵²⁰, y Hufeland, ya casi en la Edad Contemporánea, nos explica que KANT entendía que «es un viejo deseo aunque quién sabe cuándo se hará realidad que en lugar de la multipli-

nomice dividitur) per aetatem attigerit: quum nostra Jurisprudentia ex illis philosophiae fontibus sit derivata». Cfr. *Oratio de dignitate utilitateque iuris civilis, verum eius usum, contra misonomos, ostendens*. Coloniae, 1542, pág. 17.

⁵¹⁷ Cito por la edición de París de 1543. La primera edición es de 1508.

⁵¹⁸ «Hanc illa est encyclopaedia, de qua Fabius libro primo, ut efficiatur, inquit, orbis illa doctrinae, quam Graeci encyclopediam vocant. Inde illud Vitruvii libro primo, cum autem animadverterit omnes disciplinas inter se coniunctionem rerum et communicationem habere, fieri posse facile credent». Cfr. *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*. París, 1543, págs. 5-6.

⁵¹⁹ Cfr. *Annotationes...*, cit., págs. 5-6.

⁵²⁰ *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société*. Londres, 1768, Tome Premier, pág. 2.

ciudad infinita de las leyes civiles, busquemos sus principios, y éste es el secreto para simplificar la legislación»⁵²¹.

§ 29. La nueva «Idea del Derecho»: El Racionalismo humanista y el nacimiento de la *Juris Naturalis* Disciplina

La confluencia de estos factores determinó una situación crítica en las Universidades europeas a lo largo del siglo XVI. Efectivamente, el hombre renacentista tiene la conciencia de que el *Corpus Iuris* es el Derecho propio de Roma, y no encuentra razones convincentes para que deba seguir siendo considerado Derecho vigente. Para él, por lo general, el interés fundamental que despierta el Derecho romano es el histórico-anticuario. El problema se agravaba porque las glosas y comentarios medievales estaban hechos sobre el *Corpus Iuris* y, en consecuencia, fundamentaban su valor jurídico en el de aquél, por lo quedaron, del mismo modo, sin vigencia jurídica. En esta circunstancia, ¿qué se había de enseñar en las cátedras de Derecho, y qué Derecho se podía alegar ante los tribunales?

ANDRÉS ALCIATO, que por varias razones se le puede considerar el iniciador de la corriente humanista renovadora de la ciencia jurídica⁵²², no pretendió simplemente hacer Historia del Derecho romano, a diferencia de los integrantes del *mos gallicus*, sino que más bien se propuso remozar la Jurisprudencia con un espíritu renacentista. Por esto, sigue considerando al Derecho romano como un Derecho vigente, y en modo alguno aceptó las recomendaciones de los *grammatici* italianos que, como LORENZO VALLA, propugnaban un estudio de él puramente histórico⁵²³. Empezó, ciertamente, investigaciones filológicas e históricas, pero no se propuso crear un saber puramente teórico; al contrario, consideró a la Historia como un medio eficaz de obtener experiencias que debían servir al jurista como reglas orientadoras de su labor: «Bene bea-

⁵²¹ Kant escribía que «Es ist ein alter Wunsch, der, wer, weiss wie spät, vielleicht einmal in Erfüllung gehen wird dass man doch einmal, statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze, ihre Principien aufsuchen möge; dann darin kann allein das Geheimnis bestehen, die Gesetzgebung, wie man sagt, zu simplifiziren». Cit. por Gottlieb Hufeland, en *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*. Leipzig, 1785, pág. 8. El texto está tomado de la *Crítica de la razón pura* de KANT, A. 301.

⁵²² FORSTER, a mediados del siglo XVI, escribía de Alciato: «Hic omnium primus iurisprudentiam nimis disputationibus et barbaro discendique involutam, pristino nitore restituere, et ad veros fontes conatus est». Cfr. *De Historia Iuris Civilis Romani libri tres*, en el «Tractatus Universi Juris», cit., vol. I, pág. 58. Vid., sobre este tema, a P. Mesnard, *Alciato y el nacimiento del Humanismo jurídico*, en «Revista de Estudios Políticos», 53 (1950), págs. 123-129.

⁵²³ Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., pág. 136.

teque vivendi exemplis, historiae lectione admoneamur»⁵²⁴. De esta forma, los estudios históricos, filosóficos e históricos, eran solamente instrumentos de los que debía servirse el jurista para alcanzar los fines propios de la Jurisprudencia. Por esto, ALCIATO, igual que ZAZIUS, tuvo siempre presente la distinción entre elaboración propiamente jurisprudencial y conocimiento histórico en la ciencia jurídica. Como jurista que es, y no simplemente un historiador, apreciaba las aportaciones de la Jurisprudencia medieval, y mantuvo que es preferible tener en cuenta a ACURSIO al que llama «columna del Derecho» o a BARTOLO («maestro del arte jurídico») que no a LORENZO VALLA. ALCIATO consideraba imprescindibles las obras de los medievales para entender el Derecho romano porque, faltando éstas, muchos textos romanos eran un misterio, incluso para un experto⁵²⁵.

Por estos mismo años, JERÓNIMO CAGNOLUS procedió de forma similar a la de los iniciadores de la corriente humanista. Las obras de CAGNOLUS presentan externamente la estructura tradicional: Un comentario al texto romano constituido por un conjunto de casos prácticos. Pero, en CAGNOLO, los contenidos materiales del razonamiento jurídico se han enriquecido: Además de las *leges* y de las *auctoritates* tradicionales incluye, también como autoridades, a los clásicos griegos y latinos, tanto literatos como filósofos, cuyas opiniones tienen la misma autoridad en el momento de resolver un problema como un texto del Derecho romano o un juicio de un jurista importante. Ésta era una forma nueva de proceder en el Derecho que tuvo, en este momento de crisis, y para la posteridad, una importancia insospechada. Al incluir las Humanidades en el Derecho, renovando con aquéllas el contenido de éste, CAGNOLO y otros juristas hicieron posible una nueva dirección metódica, distinta de la Jurisprudencia tradicional y del *mos gallicus* que fue seguida por algunos autores⁵²⁶. Su rasgo fundamental, frente a las actitudes metódicas ya existentes, fue el de proporcionar al cultivador de la *Jurisprudencia* una libertad mayor en la elección de los elementos que componen el razonamiento jurídico y, consecuentemente, una ampliación de la frontera de los problemas que le incumbe resolver. A partir de ahora será frecuente la indagación acerca de los últimos fundamentos de los diversos institutos jurídicos, para lo que será preciso aludir al Derecho natural, y los juristas reclamarán progresivamente como propia la ocupación con temas filosófico-jurídicos. La etapa en la que el *ius* era identificado exclu-

⁵²⁴ *Encomium Historiae*, en «Le lettere di A. A. giureconsulto», de Barni, Firenze 1953, pág. 222. Cit. por Piano Mortari, *Pensiero di Alciato sulla giurisprudenza*, «Studia et Documenta Historiae et Iuris», 33 (1967), pág. 213. La primera teorización expresa que he encontrado que trata acerca del valor del uso de la Historia en las disciplinas prácticas es la de Christian Samuel Martini, *De vi seu efficacia exemplorum*. Lipsiae, 1686.

⁵²⁵ Vid. P. MESNARD, *Alciato y el nacimiento del Humanismo jurídico*, cit., per totum.

⁵²⁶ Dufour llama a este método «tacitismo». Vid. *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*. Paris, 1991, pág. 52.

sivamente con el Derecho romano y las glosas y comentarios que se habían hecho sobre él, ha quedado definitivamente superada por un sector de los juristas. Esta nueva orientación del pensamiento jurídico que no rompe bruscamente con la tradición se deslizará paulatinamente hacia una nueva forma de razonar, en la que lo fundamental será el despliegue más o menos libres de las ideas de cada autor.

Si nos preguntamos la razón por la que la Historia y la Literatura clásicas fueron consideradas fuentes del Derecho, podemos considerar que el ataque de los seguidores del *mos gallicus* contra la vigencia del Derecho romano encontró cierto eco entre los juristas del Derecho común del siglo XVI. Esto explica que FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, por ejemplo, se remita continuamente al *Corpus Iuris* para fundamentar sus opiniones y que, al mismo tiempo, niegue expresamente la validez del Derecho romano⁵²⁷. Por una parte influyeron las nuevas tendencias que consideraban el Derecho romano como el producto de una cultura ya desaparecida, y de otro lado, el peso de la tradición y la necesidad de un apoyo racional para la argumentación eran demasiado fuertes como para desprenderse definitivamente del *Corpus Iuris*. Así pues, la autoridad de los textos romanos se había debilitado extraordinariamente en tanto que fuente fundamental del Derecho, y algunos juristas del siglo XVI, que fueron especialmente conscientes del vacío que se había producido, echaron mano de otros elementos que fundamentaran la argumentación jurídica. En este sentido, apunta PIANO MORTARI que los Humanistas antiguos no proporcionaban tanto modelos literarios dignos de ser imitado como ejemplos de sabiduría moral. Por ello, está continuamente presente la idea fundamental de una conexión indisoluble entre la formación cultural y la formación moral del jurista mediante los *studia humanitatis*. Pero lo más que se puede afirmar declara este mismo autor es que los nuevos ideales éticos y culturales se alimentaban de las obras jurídicas, filosóficas y literarias de la antigüedad griega y romana de una forma que aún nos resulta desconocida⁵²⁸. Ignoramos, en

⁵²⁷ En las *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 45, § 3, afirma que «exulavit enim caequa sententia, qui existimabant ius Romanorum omnium gentium commune esse debere, quasi Romanorum Imperator dominus esset totius mundi; res sane risu et ludibrio quam longa contentione dignior».

⁵²⁸ Cfr. *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, en «*Studia Humanitatis Historiae et Juris*» XXI (1955) págs. 285-287. Orestano, en *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, pág. 170, confiesa que nada cierto se sabe acerca de los motivos por los que los humanistas volvieron los ojos hacia la Filosofía. RANDALL sintetiza el proceso con su claridad habitual: «¿Qué hallaron estos afanosos eruditos en la literatura de Grecia y Roma que expresara tan asimilablemente los sentimientos que sentían nacer a su alrededor? Hallaron el árido campo de la crítica textual, las herramientas de la gramática, la débil luz de la pasión erudita; hallaron los períodos de CICERÓN y las reglas de QUINTILIANO... Y, sin embargo, no era esto lo que buscaban ni oro puro lo que encontraron. Descubrieron una gran autoridad para romper con el espíritu

efecto, los motivos por los que la Jurisprudencia del siglo XVI volvió los ojos hacia la Antigüedad. Pero ya hemos observado la forma concreta cómo la cultura clásica se incorporó al pensamiento jurídico europeo; en esta época inmediatamente post-renacentista, ante la coyuntura de tener que crear un nuevo Derecho que sustituyera al Derecho romano y a sus glosas y comentarios, lo más lógico y fácil fue recurrir a la cultura clásica romana y griega. Aquellos juristas estaban, pues, en una situación en la que la Razón, aplicada al Derecho, se desplegó apoyándose en la Historia, la Literatura, la Filosofía y en diversas teorías sobre el Derecho natural y el Derecho de gentes, a fin de construir un nuevo ordenamiento jurídico que sustituyera al *Corpus juris*, ya sin tanta autoridad. El enriquecimiento, por tanto, de los elementos que constituyen la nueva argumentación fue debido, fundamentalmente, a la falta de fe en la vigencia y validez jurídicas del Derecho romano.

JERÓNIMO CAGNOLUS no fue el único que procedió de esta forma. Un grupo de juristas que no se interesaron por las investigaciones históricas o filológicas comenzaron a aplicar la sabiduría antigua y las filosofías antigua y escolástica al Derecho convirtiéndolas en fuentes directas de él. ANDRÉS DE EXEA es uno de los primeros en seguir este nuevo camino; además de fundamentar sus opiniones en las de los juristas medievales más conocidos, cita abundantemente a PLATÓN, ARISTÓTELES, CICERÓN, TOMÁS DE AQUINO, etc. Tiene en cuenta diversas obras de ALCIATO y ZAZIUS, y recurre al griego cuando le parece conveniente. Pero EXEA se distingue de CAGNOLO y de los demás que le han precedido porque al inicio de su «*Liber pactorum*» hace unas largas digresiones acerca del Derecho natural y del Derecho de gentes: De esta forma desprendió la teoría sobre el Derecho natural de los textos romanos en donde los juristas lo tenían recluido hasta entonces y le dio una vida propia⁵²⁹. A partir de ahora, la ocupación con el Derecho natural por parte de los juristas será un hecho cada vez más frecuente.

Este modo de proceder encontró seguidores en Francia desde los primeros tiempos en que irrumpe la corriente humanista. FRANCISCO CONAN aúna la erudición sobre el Derecho romano con la Historia, la Filosofía y la Literatura griega y latinas, utilizándolas de la forma antes indicada. En su obra principal, los «*Commentariorum Iuris Civilis libri X*» se puede observar este modo de proceder, aunque la erudición sobre los clásicos se le agota en los primeros capítulos. DUARENUS, sucesor de ALCIATO en la cátedra de Bourges, también emplea las Humanidades en la «*In primam partem Pandectarum, sive Digestorum, methodica enarratio*». Sus argumentos, además del Derecho romano, están tomados de la Filosofía e Historia griegas y latinas. FRANÇOIS

medieval, y del conflicto de autoridades resultó eventualmente la libertad». Cfr. *La formación del pensamiento moderno*, cit., pág. 126.

⁵²⁹ Vid. *Liber pactorum unus*, cit., al comienzo.

HOTMANN, siguiendo fielmente el programa que él expuso en el «Antitribonianus», rara vez fundamenta sus opiniones en el Derecho romano, pero recurre continuamente en el «*Quaestionum illustrium liber*» a todas las fuentes de la sabiduría antigua. ANDRÉS TIRAQUELLUS tampoco duda en recurrir a los clásicos griegos y latinos⁵³⁰.

Fuera de Francia, esta dirección metódica alcanzó también un fuerte éxito. JUAN PEDRO DE ANCHARANO, desligado aparentemente del principio de autoridad, ni siquiera cita el Derecho romano; se deja guiar de vez en cuando por los clásicos griegos y latinos. En los Países Bajos, dos juristas de gran importancia, GABRIEL MUDAEUS y MATEO WESEMBECK, también proceden así⁵³¹.

En España arraigó fuertemente esta dirección del Humanismo jurídico. El portugués ARIAS PINELLUS conoce bien las obras de los seguidores de la Escuela de Bourges, y se ayuda de los clásicos latinos y griegos para resolver problemas concretos; además, este jurista manifiesta una cierta tendencia a tratar cuestiones muy teóricas, y la teorización sobre las instituciones jurídicas fundamentales es un rasgo más de estos autores humanistas del siglo XVI⁵³². MARTÍN DE AZPILCUETA recurre igualmente a la literatura clásica a fin de mostrar la *naturalidad* de sus opiniones⁵³³. Un interés peculiar para nuestro propósito manifiestan FORTÚN GARCÍA y MIGUEL DE ULZURRUM. Las obras de estos dos autores presentan una doble peculiaridad. En primer lugar, versan sobre temas que son tratados según un criterio exclusivamente filosófico, por lo que las remisiones al Derecho natural son frecuentes; en segundo lugar, apoyan frecuentemente sus argumentaciones en la Filosofía de SANTO TOMÁS, del mismo modo que estaban haciendo los teólogos integrantes de la Segunda Escolástica, y esto era algo completamente nuevo entre los juristas laicos.

La obra de FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA ha despertado un interés especial, porque ha sido considerada, con razón, como el iniciador de la Escuela del Derecho natural moderno⁵³⁴. Este jurista vallisoletano sigue el método que he llamado «Racionalismo humanista». Jurista del Derecho común, VÁZQUEZ examina frecuentemente temas puramente teóricos, y a este fin recurre con frecuencia a diversas teorías iusnaturalistas que toma de la jurisprudencia medieval. Las contradicciones a que aludía anteriormente al tratar de las nociones medievales del Derecho natural, incompatibles pero presentes en la obra de un

⁵³⁰ Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., págs. 144 y ss.

⁵³¹ Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., 144-145.

⁵³² Vid. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., págs. 145-146.

⁵³³ Vid. las numerosas obras recogidas en la *Opera omnia* de Lyon de 1595.

⁵³⁴ Vid. Ernst Reibstein, *Die Anfänge des neuen Natur- und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae illustres» des Fernandus Vasquius (1559)*. Bern, 1949. F. CARPINTERO, *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Salamanca, 1977.

mismo jurista, se reproducen en VÁZQUEZ, pero esto no parece importarle. Él parte normalmente desde la figura del individuo aislado, independiente y autónomo en el «estado de naturaleza», y —esto es lo realmente importante— hace del individuo así entendido el elemento sistemático de todo posible razonamiento jurídico. Sin embargo, se mostró poco sensible ante las exigencias de sistema y orden, y su obra es todavía casuística. Este último dato debió resultar de una importancia decisiva en el éxito incompleto que obtuvo su obra.

Este modo nuevo de razonar penetró ampliamente toda la jurisprudencia europea hasta el siglo XVIII⁵³⁵. Se trata de una forma de argumentar que constituyó, de hecho, la forma externa bajo la que echó a andar la *Juris Naturalis Disciplina*. Pues lo que comienza a llamarse Derecho natural, ya en el siglo XVI, no es sino el conjunto de estas obras cuyas argumentaciones se fundamentaban en la Antigüedad griega y, especialmente, latina. El Derecho natural moderno consistió, especialmente en sus inicios con VÁZQUEZ y GROCIO, en una forma de escribir, en un género literario jurídico, que arrancaba sus digresiones desde el individuo aislado en el *status naturae*. El lector no debe esperar, al menos hasta la segunda mitad del siglo XVII, obras que argumenten recurriendo expresa y sistemáticamente a la idea del Derecho natural. A partir de las «Controversias ilustres» de FERNANDO VÁZQUEZ, se vinculó de facto al *ius naturale* nuevo con un fuerte individualismo ético-jurídico que fue hecho posible mediante el empleo sistemático de las figuras del estado de naturaleza y del contrato social, en el marco de un pensamiento que por partir desde el individuo aislado e independiente no reconoce más obligaciones justas que aquellas que surjan del propio consentimiento. El «estado de naturaleza» hizo posible concebir imaginativamente a unos hombres aislados, en consecuencia independientes unos de otros que, a causa precisamente de este aislamiento mutuo, son entendidos como «autónomos»; por este motivo, no pueden existir más obligaciones jurídicas que aquellas que cada sujeto se dicte a sí mismo, o aquellas en las que cada individuo convenga con otros mediante un contrato o pacto. VÁZQUEZ no innovaba gran cosa, porque toda la Baja Edad Media, siguiendo las ideas romanas que derivaban desde la «*omnium una libertas*», tuvo presente la doctrina de la *naturalis obligatio*, que sólo podía surgir desde el propio consentimiento. Era tan fuerte esta vivencia (unida a la doctrina romana que entendía a las leyes como una *communis reipublicae sponsio*), que PEDRO DE BELLAPERTICA ya había mantenido en el siglo XIII que las leyes positivas, civiles y pontificias, únicamente obligaban porque se suponían surgidas del consentimiento de todos⁵³⁶. Pero la novedad de FERNANDO

⁵³⁵ Vid., por ejemplo, a SAMUEL RACHEL, *Institutiones iurisprudentiae libri quattuor*. Francofurti, 1681, y Johann Nicolaeus Hertius, *Elementa prudentiae civilis*. Francofurti, 1703.

⁵³⁶ PEDRO DE BELLAPERTICA entendía que tanto el status jurídico del Papado como de

VÁZQUEZ residió en que prescindió de las limitaciones que el Derecho de gentes imponía a la libertad *natural* de los hombres y proclamó como dato normativo y omnipresente la doctrina jurídica de la «*naturalis obligatio*». De esta forma el Derecho romano se revolvió contra sí mismo, y una de sus vertientes fundamentales acabó acaparando cualquier explicación de la génesis de todas las obligaciones jurídicas.

Era lógico que para renovar la teoría política y los contenidos de la ciencia jurídica, los hombres de los siglos XVI y XVII eligieran el cauce del *ius naturale*. Su mismo rótulo *ius naturale*, frente a la *Jurisprudencia* tradicional de los «Jurisprudentes» era revolucionario, como revolucionario era también el uso sistemático de la figura del *status naturae*. Por esto, a partir de 1564, momento en que aparecen publicadas las «Controversias ilustres» de VÁZQUEZ, el *ius naturale* finalmente triunfante irá unido indisolublemente al tópico del estado de naturaleza, en el marco de esta nueva forma de argumentar que es el Racionalismo jurídico humanista. GROCIO y PUFENDORF usaron este estilo literario que les facilitaba las cosas, y solamente desaparece con los tratados del *Jus naturale et gentium* de la Ilustración. Entonces estos cañamazos del razonamiento nuevo se vieron sustituidos por el discurso clásico, impersonal, propio del que expone verdades que son evidentes y cuya sola presencia fuerza el asentimiento

Diversos autores habían lanzado incitaciones para que, en el lugar de la vieja *Jurisprudencia*, compuesta por «opiniones probables» dictadas por hombres especialmente cualificados, los *Jurisconsulti*, pero hombres al fin y al cabo, apareciera un saber sobre el Derecho que, prescindiendo de las opiniones, fuera exacto, preciso como la Geometría o las Matemáticas. El primer autor que conozco que hizo una propuesta así fue RAIMUNDO DE SABUNDE, «Hispanus Barcinonensis», que mantuvo en 1425 que «en esta ciencia se puede argüir con argumentos infalibles, a los que nadie puede contradecir porque se fundamentan y prueban por la naturaleza del hombre y de todas las criaturas»⁵³⁷. Pero después se sucede una época, larga y turbulenta en lo que hace a este tema, en la que según algunos autores del siglo XVIII, algunos juristas iniciaron la *Juris Naturalis Disciplina*. Según HOLLMANN, HEMMING y WINCKLER fueron sus iniciadores⁵³⁸, y JOHANN OLDENDORP, en 1539, ya se atrevió a lla-

los gobernantes seculares tenía su fundamento en el *ius civile*. Vid., por ejemplo, *Petri de Bellapertica...*, cit., pág. 85. En consecuencia, es necesario suponer el consenso popular en ambos tipos de legislaciones. Vid. op. cit., págs. 87-98.

⁵³⁷ Vid. nota 206 de este estudio donde expongo el texto de SABUNDE.

⁵³⁸ El ya mencionado MARTINI escribe que «Posteriorem inveni nullam, quin potius adeo exoluisse videtur libelli istius non usus modo, sed etiam cognitio, ut paucis abhinc annis Cel. Hollmanus in praelectionibus Jurisprudentiae naturalis dixisse seratur auditoribus suis» «Ignorare a maxima eruditorum parte eum qui systema Juris naturalis primus scribendum susceperit, adesse etenim aeliquem Hemmingio atque Winklero priorem»...

mar al *Titulus secundus* de su «Eisagoge» como *De Jure naturali*. Pero el primer autor que he encontrado que utiliza el tópic, o el pretexto, del Derecho natural para resolver una cuestión jurídica concreta fue ANDRÉS DE EXEA, en su «Liber pactorum», como ya indiqué. Estos antecedentes hicieron posible las «Controversias ilustres» de FERNANDO VÁZQUEZ. El interés de este jurista por el Derecho natural, hizo que escribiera un tratado titulado «De vero jure naturali» –el primer libro monográfico que ha existido sobre el Derecho natural – según consta por su testamento. Pero le sorprendió la muerte y el manuscrito no fue impreso.

Entre los católicos, el «De vera Jurisprudencia» de JOAQUÍN HOPPER, publicada en 1590, y más conocida como el *Seduardus* (se trata de un diálogo en el que el protagonista es un personaje con este nombre) pretende ser una obra de Derecho natural. Aunque HERMANN CONRING –uno de los juristas más importantes del siglo XVII– mantuvo cuarenta años más tarde que HOPPER fue el primer «filósofo del Derecho» que había existido, las obras de las del tipo de HOPPER, aún demasiado influidas por la jurisprudencia romanista-prudencial, no estaban destinadas al éxito. Su época demandaba, tras el ropaje humanístico, una visión individualista –basada en los «estados de naturaleza»– del Derecho y de la Política. La primera de estas obras, que apareció en el siglo XVII muy titubeantemente, tras el precedente de VÁZQUEZ DE MENCHACA, fue el «De iure belli ac pacis», de HUGO GROCIO. De las obras de HEMMING, WINCKLER, etc., nadie se volvió a acordar hasta que no fueron rescatadas por la historiografía del pensamiento jurídico, en el siglo XVIII de forma algo vergonzante, y más completamente tras el «Johannes Althusius» de OTTO VON GIERKE, en la segunda mitad del siglo XIX, cuando comenzó por vez primera a explorarse la historia del pensamiento jurídico con rigor universitario.

§ 30. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA

FERNANDO VÁZQUEZ constituye una figura singular en la historia del pensamiento jurídico, porque él fue el primero que aunó la nueva forma de razonar que he llamado racionalismo humanista con el tratamiento autónomo y substantivo del Derecho natural. Hasta que publica sus «Controversias ilustres» en 1564, el único jurista que había extraído la idea del Derecho natural

Quandoquidem Cel. Hollmanus in primis Lineis Jurisprudencie naturalis paullo post, nimirum anno MDCCL Gottingae publici Juris factis, hunc ipsum tradit etsi ab omnibus Juris naturalis eiusque Historie scriptoribus hactenus neglectum, non systema quidem, sed «prima huius scientie fundamenta posuisse». A HEMMING y WINCKLER hay que añadir, naturalmente, a OLDENDORP, cuya obra prologa MARTINI. Cfr. J. OLDENDORP, *Eisagoge...*, cit., *Lectori benevolo* de C. A. MARTINI.

del conjunto de comentarios al *Corpus Juris Romanorum* y le había otorgado una función propia, había sido ANDRÉS DE EXEA. El simple hecho de que el nombre de EXEA no figure todavía hoy en ninguna historia del Derecho natural nos muestra hasta qué punto es desconocido este proceso histórico.

VÁZQUEZ se inscribe en la línea de aquellos juristas españoles que, como DIEGO DE COVARRUBIAS o ANTONIO GÓMEZ, o FRANCISCO DE VITORIA y DOMINGO DE SOTO, hubieron de ocuparse de cuestiones básicas de la convivencia nacional e internacional, porque así lo requerían las necesidades morales de la Corona de Castilla. Mientras los juristas europeos siguieron estudiando el Derecho romano y sus comentarios según el modo tradicional (*mos italicus*) o según las nuevas tendencias de la época (*mos gallicus*), la política nacional e internacional de España estaba situando cuestiones éticas para las que era insuficiente la doctrina existente. Para responder a estas cuestiones VÁZQUEZ redactó las «Controversias ilustres», un libro en el que él mismo indica al comienzo quiere abordar «los asuntos más importantes del género humano».

La vida y obra de VÁZQUEZ DE MENCHACA tiene bastante de paradójico. Ocupó cargos importantes en el Consejo de Castilla, pero no logró ser catedrático en la Universidad de Salamanca. Fue designado por Felipe II para acudir al Concilio de Trento, pues se había planteado una cuestión que hería el orgullo nacional: Los padres conciliares habían determinado que los doctores españoles hablarían después de los franceses e italianos. Según narra él mismo en el prefacio de las «Controversias ilustres» hizo un discurso extremadamente brioso en el que amenazó a los padres conciliares y con el que logró que cada doctor interviniera según la antigüedad en la colación de su grado. Sin embargo, cayó en desgracia por motivo desconocido, y fue cesado en el Consejo de Castilla, aunque el Rey Prudente le mantuvo el sueldo. Nombrado canónigo doctoral de la Catedral de Sevilla, redactó un libro que trataba del Derecho natural, el «*De vero jure naturali*». No llegó a la imprenta porque murió el 12 de agosto de 1569, y su hermano Rodrigo (a quien encomienda el manuscrito según consta por su testamento) no hizo las gestiones necesarias.

FERNANDO VÁZQUEZ hizo en las «Controversias ilustres» un alarde de cultura clásica realmente notable. Conoce bien a los juristas del *Jus Commune*, y a los Canonistas más importantes, a los que cita continuamente. No parece que tuviera aficiones filosóficas, pues no muestra conocer la filosofía de la época, y solamente cita de vez en cuando a DOMINGO DE SOTO, a quien siempre añade algún adjetivo (el docto SOTO) y a sobre quien ironiza por tratar cuestiones jurídicas siendo teólogo. Los materiales de construcción de su doctrina jusnaturalista fueron el Derecho romano y las glosas y comentarios hechas por el *Jus Commune*, y su aportación reside en que mientras que los demás juristas tocaron los problemas del Derecho natural solamente en la medida en que lo requerían los comentarios al *Corpus Juris* y sin concederle especial relevan-

cia práctica, VÁZQUEZ extrajo las diversas nociones del *jus naturale* desde estos comentarios y les dio vida propia. Con ellas construyó una teoría simultáneamente jurídica y política.

1. *Libertas est de jure naturali*

Del mismo modo que los juristas anteriores, tampoco FERNANDO VÁZQUEZ maneja una noción unívoca del Derecho natural. Pero concede gran importancia a la que lo entiende como consistente en la libertad natural que todos los hombres poseían en el «status naturae». De acuerdo con ella, parte desde el individuo aislado en tal estado, y mantiene que el poder político ha sido una invención humana más, aunque especialmente importante: «De este modo, cuando por primera vez hubieran empezado a corromperse los hombres en alguna región, es de creer que entonces en ella se establecería la dignidad de príncipe y la administración de justicia»⁵³⁹. Esto parece ser evidente porque «Atendido el Derecho natural, todos los hombres nacían libres y no estaban sometidos al dominio y jurisdicción de otro»⁵⁴⁰. En esta Edad de Oro (así la presenta VÁZQUEZ) «para reprimir a los hombres perversos, por otra parte muy escasos, no era necesaria ni se había instituido aún esta defensa artificial que se practica por modo de jurisdicción»⁵⁴¹.

Hoy tenemos ya instituida tal «jurisdicción», pero VÁZQUEZ la presenta en tono profundamente negativo: «Cuando en el día de hoy, en uso de la defensa artificial que se ejerce por vía de autoridad y jurisdicción, después de dilaciones y pleitos tan trabajosos, molestos, interminables y costosos, sucede que hubiera sido casi siempre más acertado no haber reclamado tal auxilio o defensa artificial que el haberla recibido o conseguido, pues con razón parece haberla comprado "el hombre" por un precio más que excesivo»⁵⁴². Quizá el motivo último que le mueve a opinar así es el que expresa en el cap. 5, parágrafo 28: El estar bajo el dominio de un señor no es un bien, sino la más desagradable de todas las cosas⁵⁴³. El poder político resulta ser una realidad opuesta al Derecho natural: «Atendidos aquellos derechos que los hombres usaban, eran dueños y señores y gozaban de absoluta libertad, y no cabe duda que la supremacía y la jurisdicción se opongan algún tanto a esta completa libertad, que es evidente ser contraria al Derecho natura». Luego así como las guerras y las

⁵³⁹ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 82, § 3.

⁵⁴⁰ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 82, § 1.

⁵⁴¹ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. cap. 41, § 33.

⁵⁴² *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 36.

⁵⁴³ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 5, § 28.

diversas especies de esclavitud tuvieron su origen en el Derecho de gentes secundario, así también de la misma fuente proceden los reinos y los restantes principados y jurisdicciones, que no son menos opuestos y contrarios al Derecho natural y de gentes primitivo que las mismas guerras y esclavitudes»⁵⁴⁴.

La tesis aristotélica que mantiene la «naturalidad» del poder político no encaja en sus explicaciones. En aquel momento quizá tenía más importancia la del origen divino de los reyes, porque los ingleses la estaban usando en sus guerras civiles. Él despacha estas teorías escribiendo que «podemos defender que los reyes proceden del mismo Dios y Señor Supremo, en cuanto que en todas las cosas y actos humanos concurre y aún precede el mismo Dios impulsando y dirigiendo a las criaturas, como si todas las cosas creadas sólo se movieran en todos sus actos por el influjo divino»⁵⁴⁵. Esto le lleva a concluir que la existencia de la «suprema potestad» es de derecho divino en la medida en que aquel derecho concurre como causa universal con todas las cosas⁵⁴⁶. Así, la autoridad política, «del mismo modo que las guerras, las esclavitudes y todas las demás restantes cosas introducidas por el Derecho de gentes secundario, se considera que procede del mismo Dios como causa universal»⁵⁴⁷. El derecho divino queda así reducido a la voluntad permisiva de Dios⁵⁴⁸, porque esta voluntad se extiende a todas las cosas que la naturaleza ofrece espontáneamente: «Porque aquel dicho «por mí reinan los reyes» no tiene otra significación que si dijera que por disposición de Dios los ríos se deslizan, brotan las fuentes, crecen los trigos, echan hojas los árboles, el sol ilumina, etc.»⁵⁴⁹.

2. La naturaleza del poder

El poder político se legitima por un hecho humano, y el principio que rige la doctrina de VÁZQUEZ es el que indica que «Principatus politicus ex solo populi consensu». Una tesis que también la estaban usando los aristotélicos como VITORIA y SOTO, pero con significado y alcance distinto. VÁZQUEZ sigue la mentalidad más corriente en las Universidades bajomedievales, en las que se explicaba que «ab initio» todos los hombres eran igualmente libres, pero que posteriormente decidieron constituirse en sociedad o *cōetus* mediante un «pactum societatis». En un momento más tardío los hombres ya congregados

⁵⁴⁴ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 37.

⁵⁴⁵ *Controversiarum illustrium...*, cit., prefacio, §§ 113-114.

⁵⁴⁶ *Controversiarum illustrium...*, cit., prefacio, § 125. cap. 47, § 5.

⁵⁴⁷ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 39.

⁵⁴⁸ *Vid. mi estudio Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, cit., pág. 131.

⁵⁴⁹ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 29, § 4.

decidieron traspasar su poder a un jefe político mediante el «pactum subjectionis». Pero estas doctrinas medievales no extrajeron desde el *prius* temporal de la libertad individual consecuencias política sistemáticas. VÁZQUEZ sí lo hizo.

«En todo el texto del libro primero y comienzos el segundo seguiré el siguiente orden: propondré en primer lugar, como base, un principio fundamental del que extraeremos más de doscientas conclusiones, todas ellas de extraordinaria utilidad e importancia. Este principio o ley fundamental es el siguiente: Todo poder legítimo de príncipes, reyes, emperadores o de cualquier otro régimen ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido única y exclusivamente para utilidad de los ciudadanos y no de los que gobiernan, según es doctrina común y generalmente admitida por filósofos, legisladores, santos y doctores»⁵⁵⁰. Hasta aquí no ha sentado ningún principio político nuevo: Ya ARISTÓTELES había establecido que la tiranía se produce cuando el gobernante trabaja en su propio provecho, no en el de la comunidad, y así había sido repetido desde el siglo XIII. La novedad de VÁZQUEZ está en que este poder creado mediante un pacto no puede tener por finalidad sino la utilidad de los ciudadanos, y «es útil todo aquello que nos agrada» (*utile, id quod libet*)⁵⁵¹.

Los hombres designan a uno de ellos para que les gobierne, y el gobernante dispone de un contrato de mandato concluido con los demás ciudadanos. Desde este postulado, VÁZQUEZ extrae tres consecuencias: a) el príncipe no puede exceder los límites del mandato, ni aun en sentido favorable; b) el mandato está ordenado exclusivamente a la utilidad de los súbditos; c) el mandato es revocable «ad nutum»⁵⁵². Que el príncipe carece de poder para traspasar el mandato «es evidente por nuestra proposición principal y por los fundamentos en que se apoya». Hemos, pues, de decir que así como el árbitro se halla revestido de jurisdicción nacida de la concesión y encargo de los litigantes, si los mismos contendientes no quieren someterse a sus disposiciones no puede castigarlos sino dentro de los límites y medida que los mismos litigantes le otorgaron y, hasta donde se extienda la pena a que ellos voluntariamente se sometieron. Del mismo modo, tampoco el príncipe, a quien el pueblo se confió y que de ninguna otra fuente ha recibido la menor potestad o jurisdicción, puede castigar o imponer penas más allá de los límites y medida del poder de jurisdicción que el pueblo le ha confiado»⁵⁵³.

⁵⁵⁰ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 1, § 10.

⁵⁵¹ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 17, § 3. *vid. Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, cit., págs. 182 y ss.

⁵⁵² *Vid. mi estudio Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno...*, cit., pág. 170.

⁵⁵³ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 29, § 2.

Esta tesis no aparece en su obra con entera claridad. Por lo general, él deja reducido el poder político a un poder jurisdiccional, de forma que su función es la de hacer justicia entre los ciudadanos⁵⁵⁴. Pero la gran novedad de VÁZQUEZ reside en que él fue el primero que tomó en serio el parágrafo «Sed naturalia» de la Instituta, en el que se indica que los «*iura naturalia* siempre permanecen firmes e inmutables». El motivo que le movió a redactar las *Controversias illustres* fue (según expresa él) defender estos derechos naturales del hombre, que él considera que están exterminados en toda la tierra⁵⁵⁵. El parágrafo «Sed naturalia» (Instituta, 1,2,11) fue entendido ahora de una forma ante todo individualista.

Esta sujeción no debe entenderse al modo escolástico, en el que se distinguía entre la «vis coactiva» y la «vis directiva» de las leyes, de modo que el gobernante quedaba obligado a esta última pero no a aquella. VÁZQUEZ declara que la sujeción del príncipe a las leyes «la has de entender, en primer término, en cuanto a las palabras». En segundo lugar, has de entender que el príncipe está sujeto también en cuanto al efecto y substancia de la obligación legal, ya que esta substancia o fundamento de la obligación legal es el consentimiento verdadero o presunto que el príncipe ha otorgado a la ley. «En tercer lugar, has de entender que está sujeto también a la pena» y por lo que hace a la ejecución se efectuaría por él mismo o por sus oficiales»⁵⁵⁶.

En el ejercicio de este poder jurisdiccional, el titular del poder está sometido a las leyes nacionales como un ciudadano más. Ésta era una común opinión del siglo XVI español, porque la mantenían todos los juristas relevantes con excepción de ANTONIO GÓMEZ⁵⁵⁷. Proporciona muchos argumentos a favor de esta vinculación del príncipe a sus propias leyes, y hay dos especialmente relevantes. «Existe una razón no menos nueva que insigne, porque del mismo modo nos obligan las leyes que los mismos contratos, ya que la ley no es otra cosa que un cierto contrato y mutua promesa de los ciudadanos entre sí» y éste es el verdadero sentido de la ley primera del Digesto, donde se dice: «Común convención de la república», esto es, común y mutua promesa de los ciudadanos entre sí. «Luego así como el príncipe no sólo queda obligado por sus contratos, sino también sometido a ellos» así también queda obligado por este con-

⁵⁵⁴ Vid. mi estudio *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno...*, cit., págs. 136 y ss.

⁵⁵⁵ «Non possumus non dolore vehementer quod naturalia iura quae a veridicis ac prudentissimis iure consultis quasi immutabilia tradita fuerant, quaeque foelicitatem mortalibus prae se ferebant, exulare cogantur ab orbe fere universo exterminata». Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., prefacio, § 3.

⁵⁵⁶ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 45, §§ 7-8.

⁵⁵⁷ Vid. mi estudio *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno...*, cit., pág. 160.

trato público, es decir, por la ley o por la legislación»⁵⁵⁸. El otro reza: «La violación de las leyes dadas por el príncipe debe considerarse como un acto perjudicial contra la república, a lo que no tiene derecho por ser contra la comisión y cargo conferido por el pueblo»⁵⁵⁹.

Si el gobernante traspasa los límites de su mandato, se convierte en un ciudadano más, decae el deber de obediencia hacia él, y es lícito resistirle con la fuerza. «Si el príncipe de la república a que pertenezco se lanza a matarme o herirme, siendo yo inocente por el mismo hecho y por el propio derecho deja de ser príncipe. Por tanto, si para mi propia defensa le hubiera dado muerte, no tanto parecerá que he matado al príncipe cuanto a un hombre ya particular»⁵⁶⁰.

A diferencia de los escolásticos, FERNANDO VÁZQUEZ carece de precisión conceptual: No distingue entre facultad y *qualitas personalis*. Tampoco trata de fundamentar la libertad personal según argumentos tomados de la filosofía de entonces. La terminología escolástica está ausente de su obra, como en general toda esta filosofía. Pero la figura del «status naturae» como realidad hoy viva y operante saltó al escenario jurídico por primera vez, de forma que la «libertad personal» dejó de ser una figura esporádicamente operativa en el Derecho privado para ocupar el primer plano de la nueva teoría político-jurídica.

⁵⁵⁸ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 15, § 4.

⁵⁵⁹ *ibidem*.

⁵⁶⁰ *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 18, § 10.

VI LA ÉPOCA DE LOS IUSNATURALISMOS

GOTTLIEB HUFELAND, cuando publica el *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, su estudio filosófico-jurídico prekantiano (a partir de 1792 HUFELAND se convertiría en un kantiano fervoroso, siguiendo a THEODOR SCHMALZ), explicaba que GROCIO fue el primero que hizo Derecho natural en sentido estricto, de modo que la Ciencia del Derecho natural comenzó con él: Lo que hicieron los autores anteriores, explica HUFELAND, fue sólo una especie de filosofía sobre el Derecho romano existente, pero una filosofía tan inconsistente, tan inconcreta y, por ello, tan inadmisibles, que al referirnos a estos hombres únicamente podemos hablar de la prehistoria de la Ciencia del Derecho natural⁵⁶¹. Aunque K. CHRISTIAN HEYDENREICH escribía pocos años después que HUGO GROCIO había tenido la intención de hacer Derecho natural, HEYDENREICH sólo veía en GROCIO un ejemplo de valor singular para la época posterior⁵⁶². Y es que GROCIO es un autor que, en cierto modo, podemos considerar de transición, o bien un *iusnaturalista* moderado que no llevó hasta sus últimas consecuencias los distintos principios que él postula y desde los que parte.

⁵⁶¹ «Grotius-Ich glaube keine Entschuldigung deswegen nöthig zu haben, daß ich erst von diesem Mann hier die Geschichte der Wissenschaft anfangen, und auch bey den künftigen Untersuchungen anfangen wurde; was Oldendorp, Hemming und Winkler in besondern Schriften, Besold aber, Stephani und andere beyläufig in Abhandlungen über andre Materien hieher gehöriges gesagt haben, ist zum Theil nur eine Art von Philosophie über das einmal existirende und eigentlich römischen Recht, zum Theil aber so unzulänglich, unbestimmt und unausgeführt, daß man von dieser Männer beständig gleichsam nur in einer Vorgeschichte der Wissenschaft handelt». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 16.

⁵⁶² «Pufendorf macht in der Geschichte des Naturrechts in der That Epoche, und wird nicht ohne zureichenden Grund mit dem ehrenvollen Nahmen eines Vaters dieser Wissenschaft bezeichnet. Er vermied auf das glücklichste mehrere Abwege, auf denen sich seiner Vorgänger verirrt hatten, entfernte allem Einfluss des theologischen Systems auf seine philosophischen Grundsätze, erhob sich über mehrere falsche Prinzipien, als z.B. die Ueberstimmung der Völker, den Vortheil u.a. und gründete das Naturrecht auf den Zustand und die Verhältnisse des Menschen». Cfr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*. Leipzig, 1794, Einleitung, pág. 66.

§ 31. Las líneas generales de la Modernidad

Los impulsos del siglo XVI para la renovación de la ciencia siguieron caminos distintos. La recomposición de la Ciencia del Derecho comenzó oficialmente con HUGO GROCIO (*De iure belli ac pacis* libri III, 1625). Veinte años más tarde estalla inconteniblemente el método moderno, materialista, sensista y fenomenista, aplicado a las ciencias del hombre, en las manos de THOMAS HOBBS. El estricto materialismo con el consiguiente ateísmo, el haber convertido la sociedad política en una cárcel, hizo que HOBBS fuera expresamente repudiado por el siglo XVII, pero su método fue, tácitamente, el gran triunfador en la Ilustración.

HUGO VAN GROOT, latinizado Grotius, fue holandés, de confesión arminiana, que hubo de exiliarse de su patria por las persecuciones religiosas. Vivió en París, actuando de embajador del Rey de Suecia ante la corte francesa. Su formación era eminentemente humanista: Se fugó de la cárcel holandesa metido en un cesto de los que usaban sus criados para traerle libros. Sus intereses fueron ante todo teológicos, como muestra la ingente obra teológica que legó, pero siempre se interesó por el Derecho: En su juventud compuso una pequeña obra (*De mare libero*) en la que defendía con argumentos jurídicos la navegación libre por el mar, tal como convenía los intereses holandeses, opuestos a los ingleses. Por parte inglesa le contestó SELDEN con el «*De mare clauso*». Portugueses y españoles defendían igualmente que el mar era «cerrado», pero el jurista español que más se ocupó de este tema (FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA) mantuvo sorprendentemente la tesis del mar abierto. GROCIO no pretendió escribir ningún tratado de Derecho natural: Dada su profesión de diplomático, publicó un estudio sobre las relaciones internacionales, titulado «*De iure belli ac pacis*», que fue saludado por toda Europa como el primer libro del nuevo derecho tan esperado tras la crisis del *Jus Commune* en el siglo XVI. GROCIO quedó sinceramente sorprendido por el éxito de su libro, sobre todo porque fue considerado el inicio de la literatura sobre el Derecho natural. Esta obra fue saludada como la primera muestra de la inteligencia en la historia, que marcaba los límites entre el hombre viejo caduco y corrupto y el nuevo género humano que se ya se había desprendido de los lazos del oscurantismo papista.

En realidad, el «*De iure belli ac pacis*» era una obra de corte tradicional: Seguía externamente el método que he llamado Racionalismo humanista, porque se apoya indistintamente en textos del *Corpus Juris*, de los juristas del *JUS COMMUNE*, en clásicos latinos y algún griego, en los escolásticos españoles del siglo anterior⁵⁶³. La estructura interna de sus razonamientos no tiene un punto de arranque unitario: Parte a veces desde la Ley Eterna de Dios, o desde el

⁵⁶³ Un juicio más amplio en ALFRED DUFOUR, *Le mariage...*, cit., págs. 86-87.

individuo aislado en independiente en el «estado de naturaleza», o desde el análisis de las relaciones humanas según el método romanista: Compone una obra francamente sincrética, que es una amalgama de tradiciones jurídicas ya existentes y, desde luego, no erige universalmente al individuo independiente, libre y autónomo en el punto de referencia sistemático de todas las relaciones jurídicas⁵⁶⁴: Desde este punto de vista supuso un retroceso cierto en la carrera por la Modernidad frente a las «Controversias ilustres» de VÁZQUEZ DE MENCHACA, a las que tanto elogia él. Tuvo a su favor que el «De jure belli ac pacis» es una obra que no es extensa ni corta; estuvo bien presentada, en parte por el Humanismo racionalista de que hace gala, en parte por el orden en el que expone los temas, acabando con el casuismo. Sin duda alguna, fue un libro elegante, progresista (aunque siempre moderado en los momentos decisivos) y escrito por un no-católico. Tengamos en cuenta que los libros existentes de reflexión sobre las cuestiones fundamentales del Derecho y de la Ética, entonces procedían bien de los teólogos católicos escolásticos, bien de juristas que, como CONAN, HOPPER, THOLOSANUS, eran de hecho católicos.

Apenas se aprecia en esta obra la condición de «heterodoxo» de GROCIO: El «De jure belli ac pacis» fue incluido en el «Índice de libros prohibidos» católico por una breve referencia teológica, propia de un protestante arminiano. Lo que nos indica cómo se habían enconado las actitudes⁵⁶⁵: En el siglo anterior la Iglesia católica no prohibía la lectura de los libros de los autores protestantes que, como JOHANN OLDENDORP, presentaban ocasionalmente alguna opinión teológica inaceptable para un católico: La censura católica del siglo XVI se limitaba a tachar las líneas desaconsejables y, en casos más raros, cuando el texto a eliminar era más extenso, el censor señalaba con tinta la zona de la página que debía ser cubierta con un papel engomado. De todas formas, el simple hecho de que esta obra de GROCIO esté llena de citas de teólogos españoles, ya indica que unos y otros se nutrían de una cultura común.

Sin embargo, los textos nos muestran que esta convivencia cultural más o menos pacífica se rompe en la segunda mitad del siglo XVII. Si nos guiamos por razonamientos teológicos preferentemente abstractos, podríamos pensar

⁵⁶⁴ Hace notar Gough que «A more authoritarian note is sounded in Grotius than in Althusius, yet for GROTIUS, too, the ultimate political reality is the individual». Cfr. *The Social Contract*, cit., pág. 80. Sería una hipótesis de trabajo sugerente considerar que GROCIO reserva la exclusividad de las voluntades individuales sólo para la explicación de las relaciones políticas.

⁵⁶⁵ RANDALL explica que «El concilio de Trento formuló y afirmó autoritariamente todo el sistema de doctrina medieval, estrechando y haciendo más inflexible la vida intelectual de la Iglesia, y poniéndola a la par de los rígidos credos protestantes... En la Edad Media había habido un ancho margen de libertad de opinión... En segundo lugar, tanto en el catolicismo como en el protestantismo había un marcado crecimiento de puritanismo en la actitud moral». Cfr. *La formación del pensamiento moderno*, cit., pág. 160.

que los evangélicos no podían aceptar una cultura que había nacido desde una *ratio corrupta*: Tal era toda la cultura escrita existente, desde los sofistas griegos hasta el siglo XVII. Pero esta explicación no es enteramente correcta, porque observamos que lo que realmente anduvo en juego no fue la admisión o no de la cultura griega, romana y bajomedieval, sino la sustitución de cualquier cultura que no estuviera secularizada por un esquema de pensamiento que partiera exclusivamente desde el individuo autónomo y libre según patrones de autoendimiento que no tuvieran que pedir prestados sus fundamentos a la Teología. Los juristas romanos dependieron aún de Dios, porque si bien el Corpus Juris se muestra secularizado, no era sin embargo secularizador: Todos explicaron que los *tria praecepta juris* reciben su fuerza desde la sanción divina, y basta leer a los clásicos romanos para comprobar este hecho. El «De jure belli ac pacis» de GROCIO admitía la Ley Eterna, a pesar de que el complejo y no siempre coherente discurso del holandés parte ocasionalmente desde el individuo aislado en el *status naturae* y no reconoce a veces más categoría jurídica básica que el pacto entre los hombres autónomos. Era precisa una obra más radical que marcara la frontera entre la jurisprudencia que reconocía la realidad y la analizaba concediéndole fuerza normativa (una consecuencia del carácter creado), y una teoría nueva sobre el Derecho que situara al individuo humano exclusivamente sobre sí mismo, al margen del dato teológico: Esta obra fue el «De jure naturae et gentium» de SAMUEL PUFENDORF, que apareció en 1659.

§ 32. El marco general: Una campaña contra la cultura anterior

Los juristas del Jus Commune hicieron un esfuerzo más o menos colectivo pero insuficiente, entre 1550 y 1650, para adecuar lo que ya entonces comenzaba a llamarse *Juris Naturae* a las demandas intelectuales y humanas de la época. Por una parte, los juristas seculares que no fueron teólogos, tales como JOAQUÍN HOPPER, JUAN y ALBERTO BOLOGNETTUS, GREGORIO THOLOSANUS O HUGO DE ROY, crearon tratados de lo que hoy llamamos Filosofía del Derecho. Por otra parte, hay que tener en cuenta las aportaciones de algunos de los teólogos españoles que integran la llamada Segunda Escolástica; las obras de FRANCISCO DE VITORIA, DOMINGO DE SOTO siguen teniendo interés hoy para cualquier lector del mundo del Derecho.

Estos juristas y teólogos adoptaron una actitud que podríamos llamar, imprecisamente, aristotélica; esto es, no postulan, no practican la filosofía del *als ob*, no son constructivistas, por usar una expresión contemporánea. Parten del hombre y de las relaciones humanas tal como están en la realidad social, de acuerdo con las interpretaciones de cada uno. Sobre todo, y muy especialmente, no están dominados por el afán de originalidad que reclamaba la mentalidad renacen-

tista. Aunque los últimos escolásticos sí propusieron tesis sobre la noción misma del Derecho bastante nuevas, y más acordes con los tiempos que corrían. Hay una fisura fuerte entre la primera generación de escolásticos españoles, normalmente dominicos, y la última generación, integrada por jesuitas.

La literatura de la época, muestra que más o menos hasta mediados del siglo XVII, la pugna entre católicos y protestantes se desarrolló en el terreno teológico. MAX WUNDT mantiene, incluso, que la filosofía que sostuvo los argumentos teológicos de los protestantes fue la de los escolásticos católicos. Esto implica, entre otras cosas, que ambos bandos, fuera de las diferencias estrictamente religiosas, tuvieron durante más de un siglo una cultura básica común. Por este motivo, un católico podía leer a OLDENDORP o CONRING, por ejemplo, una vez que el censor local hubiera hecho ilegibles las líneas de sus libros jurídicos que contuvieran alguna heterodoxia teológica. Y consta, como contrapartida, que los protestantes leían a los juristas católicos, como se muestra en las obras de muchos juristas y, por citar un ejemplo especialmente conocido, en las notas y citas del «De iure belli ac pacis» de GROCIO.

El tono de PUFENDORF abrió la caja de los truenos, y desde finales del siglo XVII el nuevo *ius naturale* fue unido de hecho a las confesiones protestantes, y a insultos y calumnias contra la cultura existente. El único católico relevante que colaboró en el movimiento iusnaturalista fue el algo bobalicón BARÓN VON ICKSTATT, entre medio centenar de autores iusnaturalistas importantes que podríamos contabilizar entre 1670 y 1770. La campaña de desprestigio fue llevada eficazmente a cabo por dos «Historias del Derecho natural», una de THOMASIU y la otra de BUDE. CHRISTIAN THOMASIU, el discípulo más inmediato de PUFENDORF, explicaba que el Papado católico, a partir de la muerte de Cristo, había hecho todo lo posible para aniquilar la *recta ratio* entre los cristianos, a fin de hacer posible el predominio del clero⁵⁶⁶. Los Padres de la Iglesia, explicaba FREDERSDORFF aún en 1790, entendieron que era preciso rechazar la filosofía pagana, y tomaron como guía de la doctrina ética solamente a la Revelación, con la que se acumuló error tras error, ya que cada Padre, continúa FREDERSDOFF, entendió la Revelación a su manera; el final sólo quedó «ein Chaos»⁵⁶⁷. En realidad, explica BARBEYRAC, los Padres fueron unos completos ignorantes⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Vid. *La modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 386.

⁵⁶⁷ «Endlich hat die Erscheinung der Lehre Christi eine merkwürdige Epoche gemacht. Jene philosophischen Sekten (se refiere a los filósofos griegos) hatten die Lehren von Recht und Unrecht auf die Vernunft gebaut. Die ersten Kirchenlehrer aber hatten den unseligen Gedanken, daß sie die Vernunft gar nicht wollten gelten lassen, sondern die Offenbarung sollte allein die Richtschnur des menschlichen Thuns und Lassens seyn. Hieraus entstand Verirrung über Verirrung. Denn ein jeder deutete die Lehren der Offenbarung nach seinem Wahn; jeder setzte Lehren fest, und alles was auch noch so vernünftig war, aber mit jener angenommenen Menschenlehren und Erklärungen nicht paßte, würde verworfen.

Según THOMASIIUS, el Papado puso un empeño especial en corromper el Derecho natural a fin de que los laicos, privados de criterios propios a causa de la ignorancia que fomentaba el clero, tuvieran que seguir ciegamente a los clérigos⁵⁶⁹. VAN DER MUELEN, en el tratado más extenso y prolijo que produjo la *Juris Naturalis Disciplina*, abundaba en esta idea: El clero se reservó, en su propio provecho, la llave de la cultura⁵⁷⁰. Tanto THOMASIIUS como HOLLMANN explican que el Papa de Roma fomentó el estudio de la filosofía de ARISTÓTELES, porque la filosofía aristotélica, explicaba THOMASIIUS, era especialmente útil para fomentar la autoridad del clero⁵⁷¹. HOLLMANN entendía que los cristianos, hasta el siglo XVII, habían pasado por el filtro de la filosofía de ARISTÓTELES a los Padres de la Iglesia y a las Sagradas Escrituras, de la que había resultado, finalmente, una filosofía y una teología confusísimas. Era más aberrante el hecho de que hubieran concedido más autoridad a ARISTÓTELES que a la Revelación; en consecuencia, los Protestantes estaban contra la filosofía aristotélica⁵⁷².

El clero se sirvió de los libros, esto es, de la imposición de determinados libros de texto, para mantener la ignorancia de los laicos⁵⁷³. SHARROCK, desde

Man mischte Recht der Natur Moral, Religion unter einander und so entstand ein Chaos. Der einer widersprach dem andern und der Streite war kein Ende». Cfr. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gesellschaften, Gesetzgebung und des Völkerrechts angewandt*. Braunschweig, 1790, Vorbericht, pág. IV.

⁵⁶⁸ Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 387.

⁵⁶⁹ Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 388.

⁵⁷⁰ «Scholastici dicebantur, qui Grammaticae et Rethoricae dabant opera et studebant, ita nominati, quia in schola privatim semper docebant, non publice, ne plebs unquam de ea scire, et hac ratione Theologiae incapax redderatur. Volebant enim clavem scientiae penes se solos servari». Cfr. *Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libri tres cum Commentariis Guglielmi van der Muelen*. Ultrajecti, 1703, último volumen, pág. 69.

⁵⁷¹ Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 389.

⁵⁷² «Tanta enim iisdem doctrinae moralis Aristotelicae, postquam in manus ipsorum inciderat, fieri placita coeperunt, ut dictis assertisque patrum primitivae ecclesiae, decretisque conciliorum, Pontificum Romanorum, non solum, sed ipsis etiam Scripturae S. ORACULIS, eadem aequipararent, indaque tandem confusissimum illud theologiae, et philosophiae, scholasticae corpus emergeret.

Tanta apud hos homines Aristotelis auctoritatem fuisse, ut, ablegato evangelio, eiusdem ethica pro concione enarrarent, testem auritum so profiteretur Philippus Melanchton, in Apologia A.C.

Confusiones istius specimina videre iam licet in Thomae Aquinatis Summa theolog. inprimis parte I et II secundae». Cfr. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*. Gottingae, 1751, pág. 23.

⁵⁷³ Así, THOMASIIUS mantenía que «Neque tamen illa observatio de statu primaevo Professorum in studiis universalibus (unde Universitatum postea nomen ortum fuit), à scopo nostro aliena erit. Monachi qui juventutem informari in studiis debebant, ut modo dictum, maxima ignorantia laborabant ipsi, atque adeo non erant capaces, ut lumine naturali intellectus humani ipsimet ratio debito modo uti possent. Igitur opus erat, ut illis, qui

Oxford, entendía que, por estas causas, es preciso rechazar toda la filosofía anterior⁵⁷⁴ que, según MÜLDENER, sólo había producido en el marco de una ignorancia y de un barbarismo afectados, sutilidades inanes semejantes a telas de araña⁵⁷⁵. Por ello, si leemos a ALBERTO MAGNO, TOMÁS DE AQUINO, ESCOTO, VITORIA, SOTO, etc., no encontraremos en ellos nada útil, que proceda de una razón sana: Estos hombres sólo se guiaron por autoridades, sutilidades, inanidades⁵⁷⁶. La Segunda Escolástica española del siglo XVI fue algo radicalmente nocivo, y, en este sentido, THOMASIVS cita la obra de ADAM TRIBECHOVIUS, «De Doctoribus Scholasticibus et corrupta per eos divinarum humanarumque rerum scientia», publicada en Giessen en 1665.

BUDDE, en su influyente tratado sobre la historia del Derecho natural, abunda en esta tesis: Los escolásticos convirtieron a la Filosofía en un arte de alterar, incluso sobre temas de ninguna importancia; fueron como alquimistas, pero al revés: En lugar de convertir en oro la ciencia, la convirtieron en basura; leyendo aquellos volúmenes tan increíblemente extensos⁵⁷⁷, llenos de estupideces, es preciso concluir que aquellos hombre estaban locos⁵⁷⁸. Pura sutili-

aliorum intellectum dirigere atque in activitatem transferre deberent, certi quidam libri, instar sustentaculorum in manus darentur, ut ipsorum intellectus pedententim ope illorum progressi paulatim asuefieret. Luberat etiam arcanum politicum clericale: Metuebat enim, si primis professoribus libertatem reliquissent, tum in disciplinis, quas profitebantur intellectu suo pro lubito uti potuissent, en ipsimet mysteria clericalis et papalis potestatis et auctoritate pseudo divina introspecerent, atque arcana illa laicis propalarent». Cfr. *Paulo plenior historiae Juris Naturalis*. Hallae Magdeburgicae, 1719, pág. 45.

⁵⁷⁴ «Utile igitur Studium videbatur, dogmata, sententias, praecepta, et quaecumque naufragae ab antiquo naturae fragmenta quantocumque operis impendio colligere. Ea autem a communi caeterae materiae chao decerpere, operae pretium non duxi, quae propter vocum generalitatem, aut abstrusorem quomodocumque sensum, clara in se et distincta non erat, aut facilitatem, et certitudinem sensus non continebat. Exempli causa, cum prima huius praecepta haec vulgo audiant, et apud Imperatorem in institutis insigniantur, honeste scilicet vivere: Alterum non laedere, suum cuique tribuendi... quod quid sit honeste vivere, et quid apud quemque suum sit, difficilimum, imo ante Hypothesin de iure naturae confectam, impossibile censueram cuiquam explicare». Cfr. *De Officiis secundum Naturae Ius*. Oxoniae, 1660, Praefatio ad Lectorem.

⁵⁷⁵ «Magno insuper conatu magnas nugae agebant Doctorum Scholasticorum plurimi, spisaque sua Volumina, pauco vel nullo sale referta orbi, tunc quidem parum eruditio, obstrudebant, in quibus frivolanne quaestionum artifices aranearum, telas, subtiles quidem, sed inanes ac inutiles, operose contexebant, ac ita rudimentum seculi barbaro sermone et ignorantia affectata non leviter augebant». Cfr. *Positiones inaugurales, in quibus Iuris Naturae definitio et fundamentum*. HALAE MAGDEBURGICAE, 1698, Positio I, § 1.

⁵⁷⁶ Esto lo explicaba, entre otros, THOMASIVS. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 394.

⁵⁷⁷ CHRISTIAN THOMASIVS llega a llamar, en su completa ignorancia o en su mala fe «volumen extenso» a la *Gran Ética* de ARISTÓTELES. Es evidente que no quisieron conocer nada fuera de las obras de su escuela. Vid. *Paulo plenior historiae...*, cit., pág. 46.

⁵⁷⁸ JUAN FRANCISCO BUDDE escribía que «Tanta autem severitate in hisce naeviis vanis

dad como telas de araña, repite GUNDLING⁵⁷⁹. ROESLER concluye que los Doctores escolásticos sólo proporcionan cosas falsas, turbulentas y perniciosas⁵⁸⁰. Es comprensible, en este contexto, el juicio de conjunto que lanza THOMASIIUS: Hasta ahora no se ha hecho nada sobre prudencia legislativa, ya que estos filósofos y teólogos —él alude a todos los autores desde el siglo V antes de Cristo al siglo XVI— no han propuesto ningún criterio para discernir lo justo de lo injusto⁵⁸¹. Dado que la luz de la inteligencia se ha manifestado por primera vez en la Historia con HUGO GROCIUS⁵⁸², LUDOVICI concluye que sería ridículo leer a los autores anteriores a la obra del holandés⁵⁸³.

Éste fue el marco en el que se desarrolló la doctrina moderna del *ius naturale et gentium*. Desde un entramado de mentiras que hoy pueden parecer pueriles, pero que resultaron eficaces en su momento, los doctores del «Derecho natural» no consultaron un libro anterior a GROCIUS. Su ignorancia de la cultura europea fue, en consecuencia, muy fuerte. Se conocen y se citan entre sí, unas veces amistosamente, otras no tanto. En cualquier caso, cuando se refieren a un autor católico, sea un Padre de la Iglesia del siglo II o un jurista del siglo XIV o XVI, se sienten en la obligación de descalificarlo mediante insultos⁵⁸⁴.

simisque commentis versantur, ut iurares, homines tum maxime insanire, cum se ratione quam pulcherrime uti sibi utentur». Cfr. *Selectas iuris naturae et gentium*. Halae Saxonum, 1704, pág. 325.

⁵⁷⁹ «Ihre Schriften sind subtil, aber man kann sie nicht recht brauchen. Sie sind gleich einer Spinnenwebe, und allzuspitzigen Holze, welches abbricht, wenn man es wo einschlagen will». Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De Officio hominis et civis*. Hamburg, 1744, Discurso Preliminar, pág. 9.

⁵⁸⁰ «Doctores Scholastici et Academici falsa, pernicioosa, turbulenta, inutilia dogmata ne proponant». Cfr. *Institutiones iurisprudentiae naturalis*. Tubingae, 1756, Liber II, cap. XVIII, § 9.

⁵⁸¹ Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 391.

⁵⁸² Vid., entre otros muchos, a Pufendorf, *Eris scandica. Qua adversus libros de iure naturali et gentium obiecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686, pág. 200, y a Ulricus Obrecht, *Dissertatio de iuris prudentia*, incluida en «Academica in usum Volumen collecta», Argentorati 1704, cap. II, § 2. Michael Heinrich Reinhard, *Dissertatio philosophica de iure positivo universali*. Vitembergae, 1729, § 2. Christian Thomasius, *Philosophiam iuris ostensam in doctrina de obligationibus et actionibus*. Lipsiae, 1734. Thomasius parte, en cualquier lugar de esta obra, desde Grocio, en tanto que padre o creador de la Jurisprudencia. B.G. Struve, *Bibliotheca iuris selecta*. Jenae, 1743, cap. VII, § 12. Johann Gottlieb Heineccius, *Praelectiones Academiae in Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libros tres*. Roboreti, 1746, pág. 32.

⁵⁸³ Cfr. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 399.

⁵⁸⁴ HERMANN CONRING jurista protestante conocido que siguió la tradición romanista, en el siglo XVII escribía que Joaquín HOPPER había sido el primer filósofo del Derecho que había existido, y no sólo le alabó largamente, sino que él mismo reeditó el *Seduardus* de HOPPER. Vid. la obra de CONRING *Dissertatio epistolica de varia et vera maxime*

Los católicos no supieron reaccionar ante este coro. «Ex hoc Catholicorum silentio», escribía JUAN FRANCISCO FINETTI en 1777⁵⁸⁵, ellos escucharon, sin la respuesta adecuada, la campaña de desprestigio. Hasta mediados del siglo XVIII, cuando aparecen las obras de FINETTI, CROMAZIANO, SCHWARZ y DESING, no denunciaron la naturaleza y propósito de la *Juris Naturalis Disciplina*. El tema es, sin embargo, complejo, y, mejor que generalizar, será examinar las dos tendencias fundamentales que existieron dentro del *ius naturale et gentium*, la de PUFENDORF y sus discípulos, y la de GROCIO y los *grotiani*.

§ 33. SAMUEL PUFENDORF

EL BARON DE PUFENDORF publicó el «*De jure naturae et gentium libri octo*» en 1759. Esta obra no fue simplemente un hito doctrinal más, como si se limitara a depurar intelectualmente la doctrina de HUGO GROCIO. Supuso una ruptura total con la cultura anterior comenzando por su tono insultante: Designa a la Iglesia Católica bajo la expresión de «*Regnum tenebrarum*», siguiendo la expresión hobbesiana de «*Kingdom of Darkness*». Bajo la Iglesia Católica se refiere además a toda la Filosofía y Ciencia del Derecho realizada bajo las épocas de prevalencia católica: Los Padres de la Iglesia, ISIDORO DE SEVILLA, la Escolástica bajomedieval, el *Jus Commune*. PUFENDORF sólo cita, de entre estos siglos, a FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA y FRANÇOIS CONAN entre los juristas (al resto los ignora o los insulta). Insulta concienzudamente a los teólogos escolásticos. Si este alemán no hubiera pretendido tan reiterada y públicamente que el Derecho natural posee una finalidad estrictamente intramundana⁵⁸⁶, y si no hubiera negado la posibilidad de cualquier Ley natural, él hubiera quedado incluido en el coro de los humanistas que reaccionaron violentamente contra la cultura escolástica y el Derecho romanista, y pudiera haber sido considerado como RAMUS o HOTMANN, por ejemplo.

Jurisprudentia. Helmstadii, 1663, pág. 146. Como era inadmisibles que un escritor católico hubiera podido escribir algo sensato, THOMASIIUS escribió que «no se podía leer este libro de HOPPER, recomendado por CONRING, sino con la máxima aversión y náusea». Vid. el *Appendix II ad cap. ult.* § 14, *Mentio ibi facta est epistolarum Pufendorfii, Conringii et Boecleri, in Paulo plenior historiae...*, cit., 194. La *Opera* de Conring ha sido reeditada recientemente por la editorial Scientia, de Aalen

⁵⁸⁵ *De principiis iuris naturae et gentium adversus Hobbesium, Pufendorfium, Thomasium, Wolfium et alios libri XII*, cit., Praefatio, pág. V. Quizá el estudio de Johann Andrea GRAMLICH, *De lege divinarum et positivarum... contra THOMASIIUS et Buddeum*. Lipsiae et Frankfurt, 1716, constituyó una primera réplica al iusnaturalismo; pero no he tenido acceso a este libro.

⁵⁸⁶ Tesis que la expresa, por ejemplo, ya en el *Praefatio* de su *De Officio*, su obra más divulgada.

No mostró sin más sus novedades: Es un autor que muestra y oculta⁵⁸⁷, porque desarrolló paralelamente dos líneas argumentativas en sus obras más importantes, el «De jure naturae et gentium libri VIII» y el «De Officio hominis et civis». De un lado siguió la doctrina más tradicional que parte de una ley divina que muestra mandatos de Dios a los hombres. A estos mandatos los llamó «entes morales» (entia moralia) porque cabalmente no tienen estatuto real o metafísico definido: Adoptó desde el primer momento una postura nominalista decidida, y explicó que tales mandatos son solamente «modos» (modi) que Dios impone a los hombres. Pero simultáneamente y en las mismas páginas, explicó que la «persona» es únicamente aquel ser que no reconoce superior (tampoco una Ley natural por encima de ella) y que goza de un «Derecho natural» que consiste en libertad: *ius seu libertas*. El *ius naturale* sólo puede ser «libertad natural» inmotivada, esto es, que no requiere de alguna ley anterior o superior que la otorgue o reconozca. El Derecho es libertad, y como la categoría de la ley implica necesariamente restringir la libertad (*ius seu libertas*, *lex constringit*) la misma noción de una Ley natural sería una contradicción en sí misma. Trasladó al Derecho los postulados de los Reformadores, porque así como éstos eliminaron toda instancia intermedia entre los hombres y Dios (negaron para ello la Iglesia y buena parte de los sacramentos), PUFENDORF enfrentó directamente a cada individuo libre con el Poder político, negando para ello la existencia o validez de «las cosas» o *relationes* que estudia la Ciencia jurídica: De este modo cada ser humano se relacionaba directamente con los demás, prescindiendo de la mediación normativa que acarrea ser esposa, hijo, funcionario, comprador de bien inmueble, etc. Su nominalismo hizo que las leyes, que ya solamente podían ser órdenes del único poder existente, fundamentaran su validez únicamente en las voluntades que las soportaban, y las relaciones propiamente jurídicas (siempre filtradas, hechas posibles y condicionadas por «las cosas») quedaron sustituidas por la potencia de las voluntades reunidas. No en vano sus discípulos más inmediatos, como CHRISTIAN THOMASIIUS, a comienzos del siglo XVIII, destacaron la voluntad como prácticamente la única potencia humana⁵⁸⁸.

Ciertamente, PUFENDORF tuvo difíciles las cosas, pero él contribuyó eficazmente a ponerlas aún más enconadas. Crearon para él la primera Cátedra de Derecho natural que ha existido, pero la radicalidad de su talante secularizador y el consecuente talante personal de que dio muestras, hizo que su vida académica fuera una continua polémica. Fue un autor grosero, y es rara la

⁵⁸⁷ Este hecho ha llevado a que diversos autores lo consideren un ecléctico. Vid. A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, cit., pág. 73.

⁵⁸⁸ THOMASIIUS emprendió una campaña contra el *intellectus*, al que privó de casi cualquier virtualidad. En el capítulo de I trata ampliamente este tema, y en el cap. II, «De passionibus animi», acaba de remachar el clavo. Vid. *Fundamenta Juris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta*. Halae et Lipsiae, 1718.

página de alguna de sus obras que no contiene algún insulto, *stupidus* el más frecuente. Fue desinhibido, como observamos por los ejemplos que ocasionalmente proporciona, en los que recurre a la figura del marido cornudo para explicar, por ejemplo, las limitaciones de la representación personal. En su línea paradójica, hizo alarde de una fuerte formación humanista clásica, del tipo de la de VÁZQUEZ DE MENCHACA, HUGO GROCIO, o de los juristas humanistas del siglo anterior. Sus grandes autoridades fueron THOMAS HOBBS (buena parte de su obra es un continuo diálogo con el inglés) y los «Ensayos» de MICHEL DE MONTAIGNE. De acuerdo con su personalidad, trató de dominar los ámbitos universitarios en los que trabajaba, y sus enemigos (siempre protestantes: ALBERTI, VELTHEIM, ZENTGRAV, MEVIUS y otros⁵⁸⁹) le achacaron comportarse con sus disidentes como la Inquisición española actuaba con sus enemigos.

1. Nominalismo y Derecho

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»⁵⁹⁰. El problema comienza, indica este autor, porque se la entiende equivocadamente como la ley, o como el complejo de las leyes que es sistemático y homogéneo, o por la sentencia dictada por el juez⁵⁹¹. Ninguna de estas significaciones se adecua al Derecho porque él pretende considerar al hombre y a su vida «naturalmente». Este adverbio (el de «naturalmente») nos introduce en la médula de la nueva ciencia del derecho, en su postulado metódico más básico y determinante: *Per natura, id est, remota omni lege*⁵⁹², como indica al comentar a HOBBS, el 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

⁵⁸⁹ Tuvo pocos roces con los católicos, al menos comparativamente con sus hermanos en religión. Solamente se queja de cómo los jesuitas retiraron de las librerías de Viena sus ejemplares del «De iure naturae et gentium» sin dar más explicaciones. *Vid. Eris Scandica. Qua adversus libros de iure naturali et gentium objecta diluuntur*, cit., «Controversiarum circa Jus naturale ipsi nuper motarum», pág. 208.

⁵⁹⁰ «Iuris vocabulum valde est ambiguum» Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*. Edición de Frankfurt y Leipzig de 1759. Reprint de la editorial Minerva (Frankfurt/M) de 1967, L. I, cap. XX, § 20, pág. 20 de esta edición.

⁵⁹¹ «Praeter illas significationes, quibus usurpatur pro lege, et complexu seu Systemata legum homogenearum, ut pro sententia a iudice pronunciata» Cfr. *ibidem*.

⁵⁹² *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. 6, § 19, pág. 95

y él es una mónada de voluntad o arbitrio, hay que prescindir de todas las leyes, si es que se pretende hacer «Derecho natural».

Es preciso no dejarse dominar por la capacidad persuasiva de este alemán, que oculta tanto como enseña. Porque una vez que ha establecido que la sociabilidad es el principio supremo del Derecho natural, y que esta sociabilidad nos la ha infundido contingentemente Dios a los hombres, mantiene una noción de ley o Derecho natural que poco se diferencia del 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 corazón de los hombres»⁵⁹³. 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 mediación⁵⁹⁴. Más adelante remacha el clavo de 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»⁵⁹⁵. Expresándose así parece que estamos otra vez ante los *prima principia communia et indemonstrabilia* de la ciencia jurídica medieval, esos «principia» que se conocían «sin necesidad de raciocinio». Anteriormente ha establecido la doctrina más o menos oficial acerca de los *entia moralia*, con la que WELZEL entiende que PUFENDORF intenta oponerse al mecanicismo social de HOBBS. 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 animales⁵⁹⁶.

⁵⁹³ «In eo plerique conveniunt, ius naturale ex ipsa hominis ratione eruendum, idemque adeo ex istius recte habendi dictamine profluere... quo nomine etiam sacra Literae eandem cordibus hominum inscriptam pronuntiant» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. II, cap. III, § 13, pág. 196.

⁵⁹⁴ «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*.

⁵⁹⁵ «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*, pág. 199.

⁵⁹⁶ «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 qui-

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 substancias de las cosas, según su terminología; que son realidades ya existentes que se «sobreañaden» al arbitrio de los seres inteligentes por obra de una voluntad superior⁵⁹⁷. Está algo preocupado porque es consciente, o así lo parece, de que corta definitivamente con la jurisprudencia tradicional hasta entonces. Esta jurisprudencia partía desde la consideración de la justicia como un *medium rei*. A PUFENDORF le sobra la palabra *rei*, que indica que la justicia o la ciencia jurídica es también cuestión de las cosas, no solamente personal; y precisamente él quiere establecer claramente, por primera vez en la historia, que la justicia es cuestión estrictamente de las personas, que estamos ante cualidades morales de las personas y no ante la consideración y medición de lo que reclaman «las cosas». Por esta razón escribe que el Derecho no se ocupa de las cosas: *Res, quatenus sub obiectum iuris, in censum entium moralium proprie referemus, opus non videtur*⁵⁹⁸. 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 y «libre». Hace años yo entendí encontrar el origen de la expresión persona o «persona jurídica», en el sentido específicamente moderno, en la obra kantiana⁵⁹⁹, pero lo cierto es que también en este tema, PUFENDORF se adelanta en más de un siglo a IMMANUEL KANT.

dem decor atque ordo vitam hominum exorneret. 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 naturae...*, cit., L. I, cap. I, § 2, pág. 5

⁵⁹⁷ «Exinde commodissime videtur entia moralia posse definire, quod sint modi quidem; rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum... Porro uti modus originarius producendi entia physica est creatis; ita modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possis exprimere, quam per vocabulum impositionis. Scilicet quia illa non ex principiis intrinsicis substantiae rerum proveniunt, sed rebus iam existentibus et physice perfectis, eorundem effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, absque unice per eorundem determinationum existentiam nanciscuntur» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. I, §§ 3 y 4, en las págs. 5 y 6 de esta edición.

⁵⁹⁸ *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. I, § 16, pág. 16

⁵⁹⁹ Vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la «persona jurídica»*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» (1987) págs. 477-522.

Los comienzos de su explicación son ambiguos: «Los entes morales, que los concebimos al modo de substancias, se dicen que constituyen personas morales»⁶⁰⁰. 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 —explica en un primer momento— es un hombre singular en tanto que está vinculado en un sistema por un vínculo moral, de forma que se le considere en su *status* o *munus*»⁶⁰¹. Pero en el parágrafo 15 de este capítulo rompe con cierta brusquedad con esta consideración y explica que «Pero, en realidad, las verdaderas personas morales que produce cualquier imposición son libres»⁶⁰². Efectivamente, la «persona» será de ahora en adelante aquel ser dotado de arbitrio indeterminable sobre sus acciones, que no reconoce superior⁶⁰³. La Ciencia del derecho anterior había considerado que «Persona hic nobis est homo juris communicationem habens»⁶⁰⁴.

Esta persona así concebida goza de una libertad, de una especie de cerco o coto de libertad en torno suyo que ha de ser entendida *ad analogiam spatii*, como una facultad de hacer al modo de una «cualidad activa»⁶⁰⁵. Es lógico que los últimos iusnaturalistas, kantianos, hablaran de «esferas de libertad» (Freiheitssphären) para referirse a la cualidad práctica fundamental que es propia del ser humano⁶⁰⁶. El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica. El autor más radical que explicó coherentemente esta tesis ya en el siglo XIX fue BRÜCKNER, que entendía que la realidad humana estaba cons-

⁶⁰⁰ «Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur personae morales» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. I, § 12, pág. 12

⁶⁰¹ «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*.

⁶⁰² «Ast veras personas morales quae produit impositio haudquicquam ita est libera»

⁶⁰³ «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 naturae...*, cit., L., cap. I, § 19, pág. 20

⁶⁰⁴ Así, Althusius. *Vid. Dicaeologia libri tres...*, cit., L. I, cap. V, § 1. Anteriormente, en el cap. II, § 9, había tratado este tema: «Ideoque res et personae atque circumstantiae illarum, per universam dicaeologiam sunt diffusae. De rebus vero et personis in dicaeologia tractatur, quatenus ob illarum qualitatem, affectionem et conditionem variam, jus varium et diversum constituitur». De este modo, aparte de la «persona jurídica» pueden existir otros tipos de personas: «Naturam et affectionem rerum, vel personarum physicam, politicam, ethicam, theologicam, historicam, logicam, aliis artibus relinquimus».

⁶⁰⁵ «Sic v. gr. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. I, § 11, pág. 11

⁶⁰⁶ *Vid. mi estudio La Cabeza de Jano*, págs. Notax.

tituida ante todo por una *lex permissiva originaria*⁶⁰⁷. Cada sujeto tiene bien asegurada esta esfera de libertad, porque esta cualidad originaria es *maxime velut diffusiva sui*⁶⁰⁸, y está de tal modo unida a la persona que a nadie le es lícito determinar los actos de otro⁶⁰⁹. La Ciencia jurídica romanista distinguía, en cambio, entre la voluntad, la facultad, y el acto mismo⁶¹⁰.

3. El Derecho como cualidad moral de arbitrio

El hombre posee unas «cualidades morales operativas» que, caso de ser activas, pueden ser llamadas *ius, potestas et obligatio*⁶¹¹. La *potestas* es aquel «modo» por el que alguien «legítimamente y con efecto moral» puede actuar⁶¹². PUFENDORF introduce la palabra «legítimo», en la base de la explicación del derecho. 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 para usar este término (el de libertad) por las ambigüedades a que se presta⁶¹³. 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»⁶¹⁴.

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*

⁶⁰⁷ Vid. *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*. Leipsic, 1810, § 145. Se apoya ampliamente (aunque no los cite) en los estudios de Wilhelm Traugott Krug.

⁶⁰⁸ «Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. I, § 19, pág. 19

⁶⁰⁹ «Quaedam enim potestates ita arcte cum persona sunt coniunctae, ut earum actus per alium recte exerceri omnino nequeant» Cfr. *ibidem*.

⁶¹⁰ ALTHUSIUS escribía «Factum hoc, quod diximus, tria requisita essentialia conjunctim habet: nimirum 1. Facientis voluntatem. 2. Facultatem facientis ... 3. Habet ipsum actum facientis». Cfr. *Dicaeologiae libri tres...*, cit., L. I, cap. IX, § 5.

⁶¹¹ «Operativae qualitates morales sunt activae vel pasivae. Illarum nobilissimae species sunt potestas, ius et obligatio» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. I, § 19, pág. 19

⁶¹² «Potestas est, quae quis legitime, et cum effectu morali agere potest» Cfr. *ibidem*.

⁶¹³ «Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum)» Cfr. *ibidem*.

⁶¹⁴ «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*, pág. 20

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 adquirido⁶¹⁵. El Derecho o *ius* es, pues, en su sentido más exacto, una cualidad activa que permite exigir algo de otro⁶¹⁸. Postula que sólo recibe el nombre de Derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada (¿desde qué instancia, tratándose del Derecho natural?) de coercibilidad⁶¹⁷. No es extraño que más adelante mantenga que el Derecho natural no posee carácter jurídico.

Planteadas así las cosas, la noción de ley también cambia su significado usual. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad, como ya dejó establecido HOBBS. 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»⁶¹⁸. 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 libertad⁶¹⁹. «En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural»⁶²⁰. Es lógico que explique más adelante, ya en el libro segundo de esta obra, que la expresión ley natural es inadecuada⁶²¹ cuando nos queremos referir a un *modus agendi*; por-

⁶¹⁵ «Ius autem proprie et perspicue indicat, recte eum fuisse acquisitum, et recte iam obtineri...» Cfr. *ibidem*.

⁶¹⁶ «Referimus autem ius ad qualitates activas eo respectu, quod propter illud aliquid ab altero possit exigi» Cfr. *ibidem*.

⁶¹⁷ «Tertia secundum quam nos alterum vel invitum ad quid exhibendum possumus adigere, et ipse idem plene est obligatus ex lege aliqua poenam definitam dictitante» Cfr. *ibidem*.

⁶¹⁸ «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 naturae...*, cit., L. I, cap. VI, § 3, pág. 89.

⁶¹⁹ «inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interdicitur, ex illa lege eadem agendi ius esse dicatur, igitur in hoc quidem significato ius ad libertatem pertinet» Cfr. *ibidem*.

⁶²⁰ «lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur» Cfr. *ibidem*.

⁶²¹ «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. *De iure naturae...*, cit., L. II, cap. II, § 2, pág. 156.

que en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran «con derecho»⁶²².

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 de la naturaleza: La naturaleza está *determinada* por estas leyes y desde ella no puede surgir ninguna potestad o *ius*. Un pensamiento en la línea de VIÈTE o GALILEO, que introduce 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.

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 siempre una «condición de la persona», sin que puedan ser tenidas en cuenta las vertientes que presenta 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 cosas⁶²³.

PUFENDORF, consciente del cambio que está introduciendo, también aborda este tema. En un primer momento, en el capítulo I del libro I, ya explica a sus

⁶²² «Sic et impropria potentia et modus agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspicitur, iuris nomine vocatur. Nam proprie illum duntaxat ius ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit» Cfr. *ibidem*.

⁶²³ JOHN AUSTIN, que personificaba esta actitud en KANT, escribía que «But, if the parties were lead by their ears, and not by the principle of utility; if they appealed to unmeaning abstractions or the senseless fiction; if they mouthed of the “rights of man”, or the “sacred rights of sovereigns”, or “unalienable liberties”, or “eternal and immutable justice”... A sacred or unalienable right is truly and indeed “invaluable”: For, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be mesured». Cfr. *Lectures on Jurisprudence...*, cit., pág. 119.

lectores que la «cantidad moral», por seguir su modo de expresarse, no se calcula matemáticamente⁶²⁴. 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 racional⁶²⁵. Realmente, no ha explicado gran cosa, pero al menos posee el mérito de la honradez: No ha soslayado el tema de la medición según el *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 perpetua⁶²⁶. «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 similar⁶²⁷, sino que retienen esa como libertad y laxitud que poseían en su origen»⁶²⁸. Es preciso subrayar el arbitrio (*placitum*) de cada cual en la determinación de la cantidad de derecho, porque «esta determinación tan precisa no proviene tanto de las mismas cosas o de las circunstancias del momento como de la imposición y del arbitrio de los hombres»⁶²⁹.

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 del «De iure naturae et gentium» a tratar este

⁶²⁴ «Iam pauca quoque subnectenda de modis aestimativis seu quantitibus moralibus. Adparet enim, in vita communi personas et res aestimari non tantumásecundum extensionemásubstantiae physicae, aut quantitate motus, et quantitate physicarum, prout considerantur tanquam aliquid ex principiis naturalibus resultans» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. I, § 22, pág. 21.

⁶²⁵ «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*.

⁶²⁶ «Cuius ratio dependet a diversa natura quantitatis physicae, et moralis... Ac sunt praeterea quantitates istae aliquid naturale, eoque inmotum et perpetuum» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. II, § 10, pág. 35.

⁶²⁷ 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.

⁶²⁸ «Ast quantitates morales proveniunt ex impositione et aestimatione entium intelligentium et liberorum; quorum iudicium atque placitum uti sub mensuram physicam non cadit; ita quod ista tanquam quantitatem sua impositione concipiunt atque determinant, ad similem mensuram revocare nequit, sed velut libertatem ac laxitatem suae originis retinent» Cfr. *ibidem*.

⁶²⁹ «ista tamen tan praecisa determinatio non tam ex ipsis rebus, aut tempora momentis, quam ex impositione et placito hominum provenit» Cfr. loc. cit., pág. 36.

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 suprallegal⁶³⁰.

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 preguntarse por la adecuación de nuestra conducta a esas normas. El peso de la argumentación jurídica (si es que ahora es posible seguir usando esta terminología) se desplaza simplemente al conocimiento de las leyes. «Es necesaria aquella acción que es obligatoria según la ley o el mandato del justo superior. En esto consiste la necesidad de las acciones morales»⁶³¹. 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»⁶³².

Puede mantener esta actitud tan voluntarista y legalista porque su nominalismo es radical. 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 morales⁶³³. 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. Para mostrar su rotundi-

⁶³⁰ «cum ipsa bonitas in coincidentia seu congruentia cum lege consistat, cuius nulla esse mensura intelligitur» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. VIII, § 1.

⁶³¹ «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 naturae...*, cit., L. I, cap. VII, § 2, pág. 112

⁶³² «Actionem bonam moraliter... dicimus, quae cum lege congruit; malam, quae ab eadem discrepat. Scilicet formalis ratio bonitatis et malitiae actionum consistit in habitudine, seu relatione determinativam ad normam directivam, quam dicimus legem» Cfr. loc. cit., § 3.

⁶³³ «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 naturae...*, cit., L. I, cap. II, § 4, pág. 145

dad en el nominalismo sostiene que, si Dios quisiera, se le daría culto mediante las blasfemias y el desprecio, tal como mantuvo –según él cita– FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA en las «Controversias ilustres», L. I, cap. 27, §§ 9 y siguientes⁶³⁴.

5. ¿Ley natural o pactos libremente convenidos?

El derecho o ley natural desaparece en PUFENDORF para quedar sustituido por una cascada de pactos entre individuos libres, y el «Derecho natural» tal como lo concibe este autor viene a ser más bien la exigencia antropológico-jurídica de considerar que todos los sujetos son igualmente libres porque nadie posee el privilegio para normar la conducta de otro⁶³⁵. 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, a menos que las postule gratuita e incoherentemente. Además, él ya ha establecido que el único criterio de justicia son los pactos⁶³⁶. Incluso la justicia «distributiva» la reduce o la hace depender de los pactos sociales⁶³⁷. Contra HOBBS, que redujo según él toda justicia posible al pacto, explica que el Derecho penal no se rige por pactos, que hay por

⁶³⁴ «Deum, si voluisset, potuisset constituere, ut blasphemiiis aut contemtu coleretur. Quod facit Vasquius Controv. illustr. L. I, cap. 27, n. 9 seqq.» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. II, cap. III, § 4, pág. 180.

⁶³⁵ Vid. mi estudio *Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la escuela del Derecho natural*, en «Persona y Derecho» 13 (1985) págs. 82 y ss.

⁶³⁶ Vid. mi estudio, *Voluntarismo y contractualismo...*, cit., *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 Officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali, libri duo*. Ed. de Giessen, 1731, L. I, cap. IX, § 1, pág. 156 de esta edición.

⁶³⁷ «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,

tanto una justicia anterior a las convenciones entre los hombres⁶³⁸. Podemos suponer lícitamente, *a sensu contrario*, que estamos ante una declaración más, explícita, en la que se reduce todo el derecho (excepto los casos penales) a pactos.

A la vista de este panorama podemos acercarnos a la complejidad contradictoria de las diversas teorías de PUFENDORF: Ha declarado reiteradamente que la bondad o maldad consiste únicamente en la congruencia de los actos de los hombres con las leyes divinas, y esto sería el Derecho natural. Pero como en su pensamiento domina la tesis de la cualidad moral de la persona, que se concreta en esa libertad *difusiva ad analogiam spatii*, las leyes divinas brillan por su ausencia y todo queda reducido a la exigencia moral-jurídica de una situación de igualdad o simetría en la conclusión de los pactos. Éste es el más genuino «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, etc. sólo cumplen la función de un decorado que facilita la introducción del espíritu propio del iusnaturalismo moderno.

Es comprensible el problema que él mismo plantea en el L.I, cap. VII, parágrafo 15 del *De iure naturae et gentium*: El derecho natural no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, por lo que es preciso recurrir a los pactos entre voluntades libres⁶³⁹.

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» o «facultas». 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 sus leyes; 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,

aut membri cum societate ob finem iam dictum inito debentur, vocatur iustitia distributiva» Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. VII, § 9, pág. 118

⁶³⁸ Vid. *De iure naturae...*, cit., L. I, cap. VII, § 13, págs. 122-123. La misma idea la reitera en el § 15.

⁶³⁹ «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 naturae...*, cit., L. I., cap. VII, § 15, pág. 125.

sólo tiene el camino de pactar libremente con las otras personas iguales a ella buscando su utilidad o comodidad. El eudemonismo juega un papel importante en la doctrina política de SAMUEL PUFENDORF.

§ 34. Después de PUFENDORF

El movimiento del Derecho natural cobró vida propia en la conjunción de algunas tesis de GROCIO con el método de HOBBS, con SAMUEL PUFENDORF, que hizo suyo el individualismo que a veces muestra GROCIO, y que también asumió el juego del *ius seu libertas-lex quae constringit* propio de HOBBS. PUFENDORF fue una figura que llenó la segunda mitad del siglo XVII, de forma que podríamos decir que a partir de 1680 se es amigo o enemigo de él. Sus enemigos se ampararon en el *De iure belli ac pacis* de GROCIO y constituyeron la línea doctrinal que podríamos llamar escolástica grociana. Eran personas que aún creían en Dios, y por tanto en la Ley Eterna y en una Ley natural.

Las líneas doctrinales que arrancan del magisterio de PUFENDORF se bifurcaron desde finales del siglo. JOHN LOCKE se le mostró extraordinariamente afín, pues también afirmó las *qualitates morales* del individuo, y a la *qualitas moralis libertatis* añadió la de la propiedad privada sin límites bien que LOCKE no usó la terminología escolástica de *qualitas moralis* sino la de derechos innatos o, simplemente la de los derechos. La filosofía de LOCKE fue brillante y convincente para la época. Los historiadores actuales, desde SOLARI, entienden que está puesta al servicio de la conservación y aumento de las propiedades⁶⁴⁰. Su fama como teórico de la Economía Política capitalista va creciendo de día en día, y tiende a eclipsar a la de ADAM SMITH. LOCKE suavizó y domesticó la filosofía de HOBBS, y su filosofía teórica y práctica, expuesta en los inicios mismos de la Ilustración, fue la gran triunfadora del materialismo y fenomenismo del siglo XVIII: HOBBS triunfó a través de LOCKE. PUFENDORF había puesto de moda la «cualidad moral o personal de libertad», y LOCKE le añadió por primera vez en la historia, la también cualidad moral de ser propietario.

Los otros discípulos de PUFENDORF se mostraron seriamente influidos por el sensismo de LOCKE: Tal fue el caso de CHRISTIAN THOMASIIUS, NICOLÁS JERÓNIMO GUNDLING, HENRICUS KOEHLER y muchos más, que llevaron durante el siglo XVIII el individualismo del maestro a su más alta expresión, aunque en claves filosóficas más materialistas. Entre ellos no hubo unidad de propósitos: GUNDLING y KOEHLER (hacia 1730) pugnarón el individualismo político

⁶⁴⁰ Desde bastantes puntos de vista, las obras de GIOELE SOLARI siguen sin estar superadas, a pesar de los años. Por lo que se refiere a este punto de LOCKE, *vid. L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*. Milano-Torino-Roma, 1911, pág. 24.

republicano y THOMASIIUS proclamó la dictadura de los *sapientes* sobre los *stulti*, según demandaba la teoría política de la Monarquía del momento, porque THOMASIIUS se puso al servicio del Despotismo ilustrado, a diferencia de su maestro y sus compañeros de escuela, que prepararon eficazmente las ideas revolucionarias que estallaron en 1789. La línea de GUNDLING y KOEHLER continúa con altibajos por todo el siglo XVIII y fue la recogida, de forma bastante singular, por la «Metafísica del derecho» de KANT, quien la proyectó al siglo XIX alemán a través de sus numerosos e influyentes discípulos. Ésta es la dirección revolucionaria del Derecho natural moderno, la que hizo posible la revolución norteamericana y la de 1789. En nombre de la «persona» libre reaccionaron contra los vínculos jurídicos y cualquier sujeción política que no surgiera del propio consentimiento.

Los deseos de una nueva idea del derecho que mostró el siglo XVI llevaron momentáneamente a la dirección histórica que llamamos *mos gallicus*, presente a lo largo del siglo XVI. Esta tendencia siguió presente durante el siglo XVII formando el «*Usus Modernus Pandectarum*» o Jurisprudencia Elegante. Aludía a como FRANÇOIS HOTMANN y SEBASTIÁN DERRER redactaron códigos de derecho civil que entonces no lograron reconocimiento público. HOTMANN y DERRER se habían adelantado a su época: El espíritu racionalista no estaba suficientemente formado en el siglo XVI. Sí lo fue estando a lo largo del siglo siguiente, y el Káiser prusiano encargó a SAMUEL COCCEIUS la redacción de un Código civil para el Estado prusiano: Esto sucedía hacia el 1700. Los compendios romanistas del «*Usus Modernus Pandectarum*» se prestaban a ser usados como materiales de construcción de los nuevos códigos nacionales, y COCCEIUS compuso una primera parte del código según un Derecho romano suavizado y algo edulcorado⁶⁴¹, porque el Derecho de Roma era demasiado montaraz para la exigencia de simetría y orden que reclamaba la nueva mentalidad.

Éste fue el momento doctrinal por excelencia de la jurisprudencia romanista idealizada, porque los juristas veían la posibilidad real de que sus tratados se convirtieran en el Derecho privado de toda una nación. DANIEL NETTELBLADT, JOACHIM DARJES y HEINECKE (latinizado Heineccius), trabajaron en este sentido, y sus libros se presentaron ante el siglo XVIII como el Derecho privado que exigía la Razón. Estos autores no estaban movidos por el ímpetu revolucionario que aleteaba en las páginas de PUFENDORF y sus discípulos: Como juristas que eran, eran conservadores. Más próximos a los amigos de GROCIUS que no a los seguidores de PUFENDORF.

El materialismo de HOBBS y LOCKE estalló en la Ilustración en varias len-

⁶⁴¹ Vid. G. SOLARI *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, cit., págs. 49-58.

guas. Los alemanes no podían mantenerlo abiertamente porque la censura del Káiser estaba atenta. El materialismo de THOMASIVS y GUNDLING fue tácito, y tácitamente aceptado. Las obras jurídicas de CHRISTIAN WOLFF influyeron de forma desigual según los ambientes⁶⁴², porque no fueron ni originales ni radicales. WOLFF también prescindió de Dios, aunque al final de cada capítulo o párrafo suele hacer una declaración de estilo en la que indica que lo que él expone es obligatorio porque, además, lo ordena Dios. Este materialismo sí fue profesado abierta y beligerantemente por HELVETIUS D'HOLBACH, quienes, influidos por LOCKE, influyeron sobre los ingleses. VOLTAIRE era considerado el embajador de la mentalidad científica y observacionista inglesa en París. La situación no dejó de tener ribetes confusos, porque el nuevo espíritu científico se movía según la Mecánica de DESCARTES y los *Principia* de NEWTON⁶⁴³ (una mixtura por sí confusa), y aunque Isaac NEWTON publicó un extenso apéndice a la segunda edición de sus *Principia*, que consistía en un tratado de Teología natural en el que explicaba que el método de los físicos no prejuzgaba nada sobre temas teológicos, el «método científico» fue deificado como el único cauce epistemológico posible para captar la única ley de causa-efecto que movía el Todo universal. Esta fe en la única Máquina movida por una sola fuerza que operaba siempre en la misma dirección con una energía de una sola

⁶⁴² Alfred Dufour mantiene que la teoría del Derecho natural de WOLFF suplantó completamente, de 1720 a 1750, a la de PUFENDORF y THOMASIVS. *Vid. Le mariage...*, cit., pág. 168. Es posible que fuera así, pero el talante triunfador en última instancia no fue el de CHRISTIAN WOLFF.

⁶⁴³ La ciencia experimental tardó paso en abrirse camino, y no triunfó sino hasta el siglo XIX, bajo las presiones de DAVID HUME. Hasta entonces, RANDALL nos dice que «Todavía la nueva ciencia se refiere al siglo XVIII no había inducido a los hombres a abandonar el ideal aristotélico de un cuerpo de conocimientos que pudiera ser deductivo, universal e infalible: Un gran sistema lógico... Es característico del ideal científico del siglo XVIII el hecho de que, por mucho que se atendiese a la experiencia, al sugerir estos axiomas y formular las leyes específicas que gobiernan los fenómenos, no se consideraba que una ley se había establecido de modo concluyente hasta haberla podido introducir en el gran sistema deductivo y universal. Encantados por la física matemática triunfante, los hombres se volvieron optimistas y creyeron que una ciencia tan completa e infalible pronto agotaría toda experimentación y podría progresar sin recurrir para nada a la experiencia... El racionalismo de tipo geométrico fue el método intelectual que halló eco popular en la Edad de la razón». Cfr. *La formación del pensamiento moderno*, cit., pág. 267. Fueron espíritus «experimentadores», sin tanta confianza en las virtualidades de la razón que deducía desde las verdades innatas o experimentadas, VOLTAIRE, LAMARCK, SAINT-HILAIRE, BUFFON, LINNEO, CAVENDISCH, LAVOISIER, por citar algunos conocidos. La pugna entre el método experimental y el método *more cartesiano* axiomático-deductivo llegó ampliamente hasta el siglo XIX que, bajo la influencia de la crítica de David Hume fundamentalmente, no se convenció de que todo fenómeno puede tener su contrario, y que solamente por la experiencia aprendemos que el agua moja y que el fuego quema. En opinión de RANDALL, fue NEWTON el que anticipadamente estableció la concordancia de ambos métodos, reconociendo la relativa parte de corrección de cada uno. *Vid. La formación del pensamiento moderno*, cit., págs. 269-271.

naturaleza debió contribuir notablemente a aceptar el postulado del *principium unicum* y *evidens* en que se asentó la mentalidad iusnaturalista del momento. La aplicación de los patrones mecánico-geométricos (no en vano el Derecho natural moderno fue llamado «*mos geometricus*») al diseño de la sociedad racional se nos muestra en la tendencia constante de proceder desde el punto a la línea, de la línea a la extensión, desde ésta a la figura.

Europa no estuvo siempre a la altura de las exigencias filosóficas que planteaba el nuevo materialismo. Los discípulos de DESCARTES, ridiculizados por el prestigio de las mentalidades que rodeaban a NEWTON, siguieron con sus síntesis deductivas, y frente al espíritu inductivista y sensista que ascendía imparablemente, ellos opusieron métodos axiomático-deductivos que partían desde las primeras ideas conocidas directamente «en» la esencia divina: Tal fue el caso de MALEBRANCHE, SHAFTESBURY o BERKELEY. MARIN MERSENNE requeriría de un estudio especial. El atomismo sensista y asociacionista atacó todo el método cartesiano negando las «ideas innatas»⁶⁴⁴, entre las que incluía no solamente esas «primeras ideas» evidentes de DESCARTES, sino cualquier referencia a la conciencia moral del ser humano. Por ironías de la historia, los excesos cartesianos llevaron al desprestigio de cualquier conciencia moral, que ahora necesitaba ser sustituida por construcciones racionalistas que partían normalmente desde los individuos aislados. LORD SHAFTESBURY alegó, frente a este atomismo asociacionista, la existencia de un *moral sense* que no funcionaba asentado físicamente en algún sentido; pero el *moral sense* de SHAFTESBURY era demasiado dependiente de DESCARTES y sobre todo de MALEBRANCHE como para ser aceptado por una persona de *common sense*.

Sin embargo, el espíritu que representó DESCARTES también influyó en buena medida en las visiones sintéticas y uniformadoras que muestran los sistemas de Derecho natural de la época. Porque la anticipación del Todo unitario y uniforme en el que todo elemento que carezca de dirección a priori es arbitrario o injusto, fue también criatura cartesiana. Sin la síntesis a priori que DESCARTES propuso, no hubieran sido concebibles ni los tratados de Derecho natural ni la visión del mundo propia de HELVETIUS, D'HOLBACH o CONDORCET.

Algunos ingleses se sumaron al movimiento revolucionario, y tal fue el caso de PAINE, TYNDAL o PRIESTLEY. Frente a ellos reaccionaron los ideólogos conservadores, como fue el caso de EDMUND BURKE, a quien siempre se le puede reprochar que no supo apreciar lo que había de positivo en los movimientos revolucionarios, y este mismo juicio merecen los empeños de DE BONALD, DE MAISTRE, ADAM MÜLLER o LUDWIG VON HALLER: Basta leer los comentarios desdeñosos de HEGEL en sus *Grundlinien* contra este último legitimista alemán. Estos teóricos quisieron volver al pasado por el pasado mismo,

⁶⁴⁴ Casi toda la pugna secularizadora se hizo en torno a la negación o afirmación de las «ideas innatas». Vid. A. DUFOUR, *Le mariage...*, cit., págs. 148-150.

pretendiendo una especie de justicia o necesidad inmanente en lo que ya había sido, y no realizaron reflexiones propiamente jurídicas, pues en aquellos momentos todo el Derecho parecía diluido en consideraciones políticas a favor o en contra de los cambios recientes.

Lo realmente interesante en la literatura de lengua inglesa del siglo XVIII no fueron las obras revolucionarias ni las contrarrevolucionarias, sino las reflexiones sobre la Ética y el Derecho. Porque rara vez ha habido en la historia una secuencia de teóricos del Derecho y de la Ética con más sentido de la realidad, formación jurídica y buen escribir. LORD SHAFTESBURY, LORD KAMES, DAVID FORDYCE, JAMES BEATTIE, ADAM FERGUSON, FRANCIS HUTCHENSON, compusieron la mejor reflexión ético-jurídica que podemos encontrar en Europa durante la Edad Moderna. En un plano más propiamente jurídico, su talante fue continuado en el siglo XIX por JAMES LORIMER y JOHN M. LIGHTWOOD, a los que hay que añadir muchas páginas del siempre complejo JOHN AUSTIN.

No estamos siempre ante corrientes que podamos señalar distintamente, porque unas y otras tienen elementos propios pero también comunes, y si se diferencian desde unos puntos de vista, se asemejan desde otros respectos. Desde luego, el gran triunfador, de hecho, del Derecho natural moderno fue la categoría del «estado de naturaleza», que hizo posible concebir imaginativamente un hombre aislado y autónomo proporcionando así la palanca para remover la sociedad política existente hasta entonces. Esta figura fue rechazada por los materialistas franceses y los conservadores ingleses, aquéllos en nombre del Todo universal en el que no existe nada suelto, y éstos en nombre de la Ciencia del Derecho. Pero la Edad Moderna está asociada a este recurso hermenéutico, e incluso los autores que, como J.J. ROUSSEAU, se situaron en las antípodas de la Ilustración, la hubieron de adoptar para ser leídos.

Se produjo un chantaje histórico más: O individualismo ético-político apoyado en los derechos naturales del Hombre, o una actitud monárquica y anti-republicana que hablaba de una ley natural eterna e inmutable. No hubo vía media, y quienes quisieron hacer comprender la relativa razón de unos y otros acabaron incomprendidos, como fue el caso de JAIME BALMES en España. Desde la primera actitud se hicieron las revoluciones, en nombre del Derecho natural, esto es, de los «derechos del hombre», y como la dinámica revolucionaria prescindió de sus padres, porque al hacer realidad las exigencias iusnaturalistas de la generación anterior se situó ella en el lugar de toda la historia, el Derecho natural revolucionario se consumió a sí mismo, de modo que acabó en la letra de las leyes dictadas por la Revolución y el Code Napoleon. Estas nuevas leyes (que ya no eran llamadas Ordenanzas ni Pragmáticas, sino que se arrogaron sin discriminación de contenidos el nombre de *leges civiles*) se impusieron por la «fuerza» del Estado, y el movimiento de los derechos del hombre fue sustituido tendencialmente a lo largo del siglo XIX por el Estado totalitario de ROUSSEAU.

Frente a un Estado que ordenaba de arriba a bajo, como si toda la vida humana fuera cuestión de orden militar, los que no lo aceptaban opusieron la Ley natural inmutable. Así, aquella variante nueva que apareció en su día en las manos de los últimos escolásticos españoles que hablaban de las naturalezas inmutables de las cosas, se prolongó a través de HUGO GROCIO y de la polémica contra el nominalismo de SAMUEL PUFENDORF, en las manos de MEVIUS, ALBERTI, ZIEGLER, VELTHEIM y otros. Esta interpretación del Derecho natural fue la recogida por los católicos del siglo XVIII que trataron el Derecho natural, y éste fue el caso de IGNATIUS SCHWARZ, ANSELM DESING o JUAN FRANCISCO FINETTI, para los que el origen *directamente* divino de la Ley natural era un dato incuestionable. Ésta es la doctrina del Derecho natural que ha llegado al siglo XX.

§ 35. GROCIO y sus seguidores: Juristas entre dos culturas

La Escuela del Derecho natural moderno no constituyó un movimiento unitario, aunque sí podamos identificar rasgos comunes a todos sus integrantes. Pensemos a este respecto, por ejemplo, que ULRICUS HUBER o PUFENDORF, desde bases filosóficas enormemente distintas, entienden que la democracia es la única forma de gobierno adecuada a la naturaleza del hombre; por el contrario, THOMASIIUS discípulo de PUFENDORF por muchas razones, y sus numerosos seguidores, fueron los apologetas más destacados del Despotismo Ilustrado. Quizá la figura culminante, IMMANUEL KANT, que en su artículo sobre el *Gemeinspruch* defendió que la única forma legítima de gobierno era la republicana, esto es, la democrática, en la *Rechtslehre* del 96 mantiene que la Razón ordena obedecer a todo gobernante, actúe como actúe y sean cuales fueren los medios a través de los que accedió al poder. Muchas veces —éste podría ser el caso de KANT— las contradicciones en un mismo autor no son sino reflejo de las tensiones que existían en el movimiento en el que él escribía.

Las divergencias, sin embargo, no se limitaron al tema de la forma política. Llegaron a afectar a la noción misma del Derecho natural. Efectivamente, las ideas distintas, y contradictorias, que hemos encontrado en la Baja Edad Media acerca del *ius naturale*, prosiguen a lo largo de los siglos XVII y XVIII, con la diferencia de que, mientras en los medievales no pasaron de ser discusiones ante todo doctrinales, ahora, en plena crisis moderna, estas ideas fueron usadas para componer el subsuelo filosófico y moral sobre el que construir la nueva teoría ético-jurídica.

Como recordamos, las ideas romano-medievales acerca del Derecho natural siguen dos direcciones: Una primera que entiende que el *ius naturale* no es más que un orden general de libertad que, aunque derogado ocasionalmente

por el Derecho de gentes, sigue vigente a veces en la actualidad. Esta noción del Derecho natural será la que triunfe en la Edad Moderna, y ella es el fundamento del Estado liberal de la Edad Contemporánea. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA recogió el tópico romano-medieval del estado de naturaleza y diseñó imaginativamente un individuo aislado que, por su aislamiento es independiente, y esta independencia de facto o «natural» lo convierte en autónomo. Como no pueden existir más obligaciones legítimas que las que provengan y se fundamenten en el propio consentimiento, el poder político y las instituciones jurídicas se crean mediante una sucesión de pactos o contratos, esto es, son creación voluntaria de los individuos.

¿Qué sucede, entonces, con la noción del Derecho natural según la cual este Derecho sería un ordenamiento jurídico eterno e inmutable? JUAN FRANCISCO BUDDE, en sus «*Selectas iuris naturae et gentium*», ya indicaba, después de aludir a GROCIO, «que longe aliam viam ingressus est SAMUEL PUFENDORFIUS»⁶⁴⁵, y FELIPE REINHARD VITRIARIUS reconoce que PUFENDORF se dedicó también al Derecho natural, como GROCIO: «aunque de forma muy distinta» (*quamvis alia methodo*)⁶⁴⁶. Efectivamente, los seguidores de PUFENDORF y de GROCIO siguieron caminos muy distintos. PUFENDORF y sus discípulos parten desde el individuo aislado, independiente, y «por tanto», autónomo que, mediante su consentimiento, esto es, mediante pactos, crea el orden jurídico, y también —así lo suelen mantener los discípulos de PUFENDORF— en cierta medida el orden moral; en esta corriente iusnaturalista, Derecho y Moral son el resultado de los acuerdos de las voluntades humanas. El Derecho natural moderno fue de hecho el conjunto de autores, de explicaciones y de libros que afirmaron la autonomía del individuo y el contractualismo como fuente última de toda obligación.

Frente a este entendimiento del Derecho natural —ya no tiene sentido seguir llamando así a esta doctrina, por más que estos filósofos hagan largas declaraciones puramente de estilo, en tono declamatorio, acerca de la Voluntad de Dios y del orden eterno de las cosas⁶⁴⁷— están, en el 600 y en el 700, aquellos universitarios que entendieron que por encima del arbitrio del gobernante, sea éste una persona individual, sea la voluntad conjunta del pueblo⁶⁴⁸, existe un orden de justicia objetivo e inmutable que no es creación arbitraria de los hombres. Este segundo tipo de autores, que huyen de los libros y de la escuela de

⁶⁴⁵ Op cit., § 3.

⁶⁴⁶ *Institutiones Iuris Naturae et Gentium ad methodum Hugonis Grotii conscriptae*. LUGDUNI BATAVORUM, 1734, Praefatio ad Lectorem.

⁶⁴⁷ Pufendorf, sorprendentemente, llega a escribir que todo lo que él propone no se deriva de la autoridad de un simple derecho positivo, sino que fluye desde la misma razón natural. Cfr. *De iure naturae*.. cit., Liber IV, cap. VII, § 9.

⁶⁴⁸ ULRICUS HUBER, el gran defensor de la democracia, en solitario, en el siglo XVII, ya explicaba que por encima del arbitrio del gobernante democrático existe un *ius Naturae*, un *dictamen rectae rationis*. Vid. su *De iure civitatis libri III*, cit., Liber II, cap. III, § 2.

PUFENDORF, se acogen al «De iure belli ac pacis» de GROCIO. Superficialmente se podría pensar, en un primer momento, que lo que separa a los seguidores de uno y otro es una cuestión filosófico-teológica, a saber, el objetivismo ético pretendidamente basado en una constitución «natural» de las cosas, o el voluntarismo divino como fundamento último del Bien y del Mal⁶⁴⁹. Grocio representaría la actitud objetivista y PUFENDORF la voluntarista. Es preciso reconocer que, dada la afición de aquella época por las discusiones teóricas y conceptuales, este tema hizo correr mucha tinta. Por este motivo, los elencos de seguidores de GROCIO y PUFENDORF que nos presentan BUDDE, IMMANUEL PROELEUS, ADAM HOCHSTER o SAMUEL HOLLMANN⁶⁵⁰, tienen como criterio explícito para catalogar a los iusnaturalistas, su respectivo objetivismo o voluntarismo; pero el problema era más de fondo.

Efectivamente, MÜLDENER nos pone sobre una pista seria cuando escribe que GROCIO es un «escolástico»⁶⁵¹, lo que en aquel momento suponía, entre los *iusnaturalistas*, un grave insulto. Parece que MÜLDENER escribía esto con cierta razón, porque LUIS MALQUYTIUS, autor conocido en todas las obras como discípulo de GROCIO, no tiene empacho en dedicar todo un capítulo al tratamiento de la Ley Eterna⁶⁵², siendo así que ANDRÉS ADAM HOCHSTER nos indica en 1710 que la fraseología de los grocianos, tal como Ley Eterna o «dictamen de la recta razón», se tenía por anticuada y ridícula⁶⁵³. HOLLMANN indicaba que MARTIN LUTERO había condenado toda doctrina aristotélica, como enemiga de la Fe cristiana⁶⁵⁴ y, al mismo tiempo, reconoce que los aristotélicos (esto es, los escolásticos) habían aceptado de buen grado la obra de GROCIO⁶⁵⁵. Todos

⁶⁴⁹ JOHANN CHRISTIAN MÜLDENER contraponía el pretendido objetivismo moral de GROCIO, según el cual las conductas serían buenas o malas aunque Dios no existiera o no se cuidara de los asuntos humanos, con el voluntarismo teológico de PUFENDORF a tenor del cual lo bueno es únicamente bueno porque ha sido ordenado por Dios. Lo bueno o lo malo son, en consecuencia, un producto del arbitrio divino. Cfr. *Positiones inaugurales...*, cit., Positio I, § 4. SAMUEL COCCEIUS escribía, sobre este tema, que «Rectissime autem idem Grotius iura naturae in intrinseca bonitate ac turpitudine constituit, quicquid contradicit Pufendorfius sententiae». Cfr. *Tractatus iuris gentium de Principio iuris naturalis unico, vero et adaequato*, cit., pág. 35. Fue mucha la literatura que hubo sobre este tema.

⁶⁵⁰ Vid. sus *Selectas...*, cit., §§ 28 y ss. Proeleus, en sus *Grund-Sätze des Rechts der Natur*. Leipzig, 1709, incluye una *Kurze Histoire des Rechts der Natur*, que ocupa las páginas 26-96. Aquí se encuentran muchos datos sobre este tema, del mismo modo que en la página 112 de los *Grund-Sätze*. Hochster, *Collegium Pufendorfianum super libros duobus de Officio hominis et civis*. Tubingae, 1710, págs. 30-31. Hollmann, *Iurisprudentiae naturalis primae lineae*, cit., Prolegomena.

⁶⁵¹ «Prius quidem faciunt Scholastici, et qui illos hic secutus est, Grotius». Cfr. *Positiones inaugurales...*, cit., Positio I, § 10.

⁶⁵² Vid. su *Vera non simulata Jurisconsultorum Philosophia*. Halae Magdeburgicae, 1727, Liber I, cap. XX.

⁶⁵³ Vid. *Collegium Pufendorfianum...*, cit., Exercitatio IV, § XXIII.

⁶⁵⁴ «Atque ab his, haereditatis quasi iure, philosophiae moralis Aristotelicae Studium

éstos son indicios que llevan a pensar que GROCIO y su escolástica estuvieron más cerca de los católicos que de PUFENDORF. De hecho, las muchas citas de autores católicos que hay en GROCIO, así como su temperamento conciliador, nos hacen suscribir la idea de HERVADA: «GROCIO no tuvo vocación ni talante «rupturistas», y son muchos los lazos que le unen con la tradición anterior»⁶⁵⁶.

Desde luego, llama la atención lo que podríamos llamar la Escolástica grociana, que atrae el interés tanto por su extensión como por su mucha fidelidad al maestro. El barón de HOLBERG ya indicaba, en 1748, que era excesivo el escolasticismo en torno a GROCIO, puesto que con el «De iuris belli ac pacis» había sucedido lo mismo que con el Corpus Juris romano, sobre el que no solamente se habían producido en su opinión demasiados comentarios, sino también comentarios de comentarios⁶⁵⁷. ERNST REIBSTEIN indica en «Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts» que sobre la obra de GROCIO se abalanzó un ejército de espíritus mediocres y pedantes –esto decía REIBSTEIN– que la comentaron, palabra por palabra, como si se tratase de un nuevo Corpus Juris. Esto, prescindiendo, de juicios personales fue una realidad. Las *Annotationes* sobre el «De iure belli ac pacis» se sucedieron durante un siglo largo, y si el lector quiere conocer uno de estos espíritus mediocres a los que aludía REIBSTEIN, sólo tiene que ojear las «Annotationes in H. Grotium de Iure belli ac pacis specimen», de JOHANN MICHAEL LANGGUT⁶⁵⁸, quien dedicó esta obra a comentar cada palabra o cada frase oscura de GROCIO, como si el descubrimiento de lo que verdaderamente pensó el holandés tuviera una importancia trascendental.

La razón última de este apego a GROCIO está en que los juristas y filósofos que creían en una justicia superior a las convenciones se agarraron al libro

ad alios, qui ex illorum scholis egressi sunt, transiit, numquam fere Europam tandem invasit. Quamquam 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. *Jurisprudentiae naturalis...*, cit., § 24.

⁶⁵⁵ «Neque multum mutata ista rerum facies est, postquam HUGO GROTIUS novae disciplinae moralis fundamenta prima superiori saeculo feliciter iecit. Etsi necessitates enim atque utilitatem istius doctrinae summam Aristotelici ipsis satis intelligerent». Cfr. *Jurisprudentiae naturalis...*, cit., Prolegomena generalia.

⁶⁵⁶ *Lo viejo y lo nuevo en la hipótesis «etiamsi daremus» de Grocio*, en «Escritos de Derecho Natural», cit., pág. 401.

⁶⁵⁷ «EINE GROBE ANZAHL gelehrte Männer, unter denen Gaspar Ziegler, und Heinrich Boecler, die vornehmsten sind, haben sich bemüht, das Falsche in diesem Werke zu verbessern, und das Mangelhafte zu ersetzen, und es sind bereits so viele Commentarii über den Grotius vorhanden, daß es demselben mit der Zeit, wie dem römischen Rechte ergehen wird, worüber nicht allein Commentarii, sondern Commentariorum Commentarii, geschrieben worden». Cfr. *Einleitung in das Natur- und Völkerrecht*. Copenhagen und Leipzig, 1748, Vorrede des Verfassers.

⁶⁵⁸ Editado en 1741 en Jena.

citado de HUGO GROCIO como a la única tabla de salvación. Efectivamente, el espíritu de la época, ese conjunto de ideas y sentimientos que forman el ambiente, que están en el aire, sobre el que reposa la moral positiva de cada momento, y que orienta la investigación creadora, no creía en la justicia, como tampoco aquellos deístas creían en Dios, al menos en el Dios cristiano. Era ridículo, a la altura de 1650, hablar en una cátedra universitaria de la Ley de Dios, del Derecho natural o de la Justicia. Ese espíritu de la época, al que la lengua alemana designa magistralmente como *die Stimmung* y que nosotros traducimos como «ambiente» o «tono», sólo creía en individuos aislados, independientes y autónomos, todos igualmente libres, que, mediante pactos, habían de crear todas las instituciones propiamente humanas; pero hablar de una justicia objetiva, anterior a la actuación de las voluntades libres, sonaba a sotana de dominico o de jesuita. Por este hecho, los que creían en la Justicia, ante la imposibilidad de citar a un escolástico durante la Ilustración, (citar a VITORIA, SOTO o SUÁREZ hubiera supuesto una descalificación instantánea) encontraron en los escritos de GROCIO una obra moderada que les permitía seguir hablando de la justicia y que, al mismo tiempo, era progresista ya que, al seguir el método humanista, al partir del «estado de naturaleza» y de los «contratos sociales», y al ser su autor protestante, esta corriente moderada encontró en GROCIO un puerto de refugio para pensadores que no pretendían secularizar.

En apoyo de esta tesis está la evidencia de que, durante siglo y medio, casi la totalidad de los escritores posteriores a GROCIO que creían en la objetividad de la justicia, integran la escolástica grociana a través, normalmente, de remisiones o de comentarios a la obra de GROCIO, en cierta oposición a PUFENDORF y sus discípulos. Efectivamente, JOHANN LUDWIG PRASCH, en 1664, hablaba todavía de una justicia que está inscrita por Dios en el corazón y en la mente de los hombres⁶⁵⁹, y lo mismo mantenían GEORG ADAM STRUVE y, muy a su modo y en polémica expresa con HOBBS, RICHARD CUMBERLAND⁶⁶⁰. VALENTÍN VELTHEIM insistía en la objetividad de la justicia e injusticia⁶⁶¹, según había

⁶⁵⁹ «Ego vero haud ignoro, non tam codicibus, quam cordibus hominum et ratione ipsa, ius hoc Dei digitus primitus esse prescriptum». Cfr. *Jurisconsultus verus et personatus. In qua dissertatione quaedam maxime circa ipsa iurisprudencia fundamenta, vulgo vel ignota, vel neglecta, vel errata proponuntur et expeditur*. Norimbergae, 1664, pág. 78.

⁶⁶⁰ Struve escribía que «Ius naturale est, quod Deus cuilibet homini indidit, ut iuxta dictamen rationis sciat, quid honestum et faciendum sit, quidve turpe et omittendum». Cfr. *Jurisprudencia Romano-Germanica forensis*. Jenae, 1670, Liber I, Titulus II, § III. Según Cumberland, «Lex naturae est propositio a natura rerum ex Voluntate primae Causae mentis aperte oblata vel impressa, qua Actionem agentis rationalis possibilem communi bono maxime deservientem indicat, et integram singulorum foelicitatem exinde solum obtineri posse». Cfr. *De legibus naturae disquisitio philosophica et Elementorum Philosophiae Hobbesianae Refutatio*, pág. 185.

⁶⁶¹ «Ergo actus necessario et per se honestum aut turpis est solidum ac genuinum fundamentum proprie sic dicti iuris naturalis». Cfr. Veltheim, *Introductio ad Hugonis Grotii*

expuesto HUGO GROCIO en los *Prolegomena* del «Derecho de la guerra y de la paz», y siguen este mismo camino JOHANN A. FROMMANN, NICOLAEUS BECKMANN, DAVID MEVIUS, GUILLERMO GROTIUS (hermano de HUGO), FELIPE REINHARD VITRIARIUS, AGUSTÍN LEYSER y, aún en 1755, JOHANN HENRICUS BEYER⁶⁶², entre otros muchos autores menos conocidos que se podrían citar.

Es lógico que IGNATIUS SCHWARZ el primer católico conocido que se rebela contra la «tiranía» protestante del *ius naturale* explicara que GROCIO era aceptable para un católico⁶⁶³. De todas formas, la obra de GROCIO a la que todos se remiten, el «De iure belli ac pacis», es algo equívoca. Por una parte, GROCIO mantiene en sus *Prolegomena* que la ley natural se desprende de la misma naturaleza de las cosas y que, por este motivo, el Derecho natural puede conocerse con la misma precisión que las Matemáticas. Hasta aquí parece que repite a teólogos bajomedievales y a algunos escolásticos españoles. Pero GROCIO cede también ante la moda intelectual dominante y, tal como ERIC WOLFF señalaba hace ya algunos años, todo el Derecho, a partir de un determinado momento del «De iure belli ac pacis», se convierte en «voluntario». Mucho antes que WOLFF, ya JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS había escrito: «Unde vero leges civiles originem habent? Ex pactis, respondet Grotius»⁶⁶⁴. En este sentido, un autor tan poco sospechoso de simpatías grocianas –fue uno de los grandes divulgadores de PUFENDORF– Nicolás JERÓNIMO GUNDLING, explicaba que «Ius libertatem, seu facultatem et potentiam activam significat, Grotius adtributum personae dixit»⁶⁶⁵.

de Iure Belli ac Pacis eiusque omnes libros ac singula capita ubi simul Elementa scientiae de iuris naturae et gentium prudentia. Jenae, 1676, pág. 227.

⁶⁶² Vid. FROMMANN, *De obligatione naturali*. Tubingae, 1676, XV. Beckmann, *Doctrina iuris ex Jure Naturae, Iure Gentium, Canonico, Divino Iure Civili Romano, Jure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*. Jenae, 1678, voz 318. Esta obra de Beckmann es un diccionario filosófico-jurídico. Mevius, *Nucleus iuris naturalis et gentium*, cit., Praefatio altera e Inspectio II, § 14. Gulielmus Grotius (hermano de Hugo), *De principiis iuris naturalis Enchiridium*. Lugduni Batavorum, 1719, Editio nova, pág. 120. Vitriarius, *Institutiones...*, cit., Liber I, cap. I § 34. Leyser, *Meditationes ad Pandectas*. Lipsiae et Guelpherbyti, 1741, pág. 25. Berger, *Oeconomia iuris*. Lipsiae, 1755, pág. 15.

⁶⁶³ «HUGO GROTIUS, sicut erat ingenio acutus, ita de disciplina iuris naturae et Gentium in multis est bene meritus, nec Protestantium elogiis indignus». Cfr. *Institutiones iuris naturae et Gentium*. Augustae, 1743, pág. 227. En la página 237 alude a los «Perpetuos errores Grotii theologicos», que no anulan su juicio anterior.

⁶⁶⁴ «Unde vero leges civiles originem habent? Ex pactis, respondet Grotius. Homines enim in statu et libertati viventes non potuere aliter in resp. coalescere, quam per pacta. Pacta enim primo sunt, se reipubl. constituturos: pacti sunt, se haec vel illa imperandi forma uti velle: pacti denique, se huic vel monarques vel concilio se et voluntates suas submituros. Ex eo ergo pacto nascitur obligatio, et iure civili parendi. Et eatenus recte veteres definire legem esse communem sponsonem civitatis». Cfr. *Praelectiones...*, cit., pág. 22.

⁶⁶⁵ Cfr. *Ius naturae et Gentium*, Halae Magdeburgiae, 1728, cap. I, § LVIII.

Caben, en consecuencia, dos interpretaciones de GROCIO. Según una, el holandés habría mantenido y éste sería el significado histórico fundamental de su aportación que el Derecho natural es un dictamen de la voluntad divina, tan inmutable y eterno como tal voluntad. Así lo entendieron sus discípulos, y KARL CHRISTIAN HEYDENREICH, autor representativo de la mentalidad más extendida a finales del siglo XVIII, mantenía consecuentemente que PUFENDORF fue el «padre del Derecho natural»⁶⁶⁶, no el escolástico GROCIO. Según la otra interpretación, GROCIO, por partir desde el individuo aislado, independiente y autónomo en el *status naturae*, y al no reconocer más vinculación legítima que la que procede del consentimiento que cada cual presta libremente, no fue en lo substancial sino un continuador de FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, con la diferencia de que, dada la enorme difusión de su «De iure belli ac pacis», puede considerársele como el primer gran divulgador del nuevo Derecho natural. En tal caso haríamos nuestras las palabras de SCHWARZ: «Quia Pufendorffius, teste Vitriarius, nil nisi perpetuus Grotii Commentator»⁶⁶⁷.

Lo cierto, tan cierto como contradictorio, es que GROCIO desempeñó simultáneamente ambas funciones. Su escolástica le tuvo como el máximo defensor de la objetividad de la justicia frente al voluntarismo creciente y por otra parte, la *Juris Naturalis Disciplina*, normalmente voluntarista y contractualista, recibió con su obra el impulso decisivo. De ahí el carácter equívoco, no sólo de GROCIO, sino de buena parte de la Escuela del Derecho natural de la Edad Moderna.

§ 36. El relativismo ético-jurídico

Si mantienen que no existe una Ley natural previa a las actuaciones humanas, hay que concluir desde el sentido común que entonces las personas quedan abandonadas a su propio criterio en un plano personal⁶⁶⁸. En el plano propiamente jurídico, al no existir criterios de justicia para normar las relaciones, los comportamientos han de ser dictados por los más fuertes desde algún punto de vista. Pero no era ésta la conclusión que pretendían alcanzar PUFENDORF y LOCKE, porque ellos partieron desde un individuo que porta un Derecho natural al ejercicio libre de su arbitrio, que se reúne con los demás en una sociedad creada mediante un pacto *para* defender más adecuadamente este Derecho natural que peligra en el «estado de naturaleza». Esto es, exigían el pacto o convenio de voluntades para crear una relación jurídica que mereciera el nom-

⁶⁶⁶ Vid. *System des Naturrechts...*, cit., pág. 66.

⁶⁶⁷ *Institutiones Iuris Naturae et Gentium...*, cit., pág. 231.

⁶⁶⁸ G. ZART expone los fundamentos filosóficos de esta actitud, a propósito de THOMASIIUS, en *Der Einfluss der englischen Philosophen seit Bacon auf die deutsche Philosophie des 18. Jahrhunderts*. Berlin, 1881, págs. 34 y ss.

bre de *legítima*, y postulaban que la relación creada libremente había de servir para fomentar y proteger la libertad del arbitrio.

Pero la mayor parte del derecho no se deduce desde pactos, ni puede ser explicado desde ellos: ¿Qué sucede en estos casos? PUFENDORF no respondió a esta pregunta, como tampoco su escuela. En ellos parece estar diluida la idea que entendía que si se cumplían aquellos presupuestos antropológicos primeros (el respeto al arbitrio libre de cada *persona*), toda la legislación que se hiciera sería «racional». Esta corriente tendió, con el tiempo, a eliminar la palabra justicia y el adjetivo justo de su vocabulario: Hablaron en su lugar de una legislación única, cierta y universal. Les atemorizaba la palabra justicia, cargada de contenidos morales. Y ellos deseaban eliminar la vieja moral.

El recurso que encontró la Edad Moderna revolucionaria para evitar la posible objetividad de la Ética, tesis que ya se demostró (para ellos) excesivamente complicada en el tratado de GROCIO, fue la de evitar el tratamiento de este problema mediante la afirmación de un voluntarismo divino a ultranza. El voluntarismo es aquella actitud que entiende que determinadas conductas están ordenadas en el Decálogo porque Dios quiere inexplicablemente que nosotros las cumplamos. Por sí mismos, estos actos no serían ni buenos ni malos: Antes de la intervención de la voluntad divina, todo comportamiento es *adiáforo*, esto es, moralmente indiferente. El único motivo por el que debemos obrar, o de abstenernos de obrar, es porque Dios ha ordenado o prohibido una conducta. Por este camino, el Decálogo aparece, si no como irracional, sí en cierto modo al margen de la Razón: Los hombres nos debemos limitar a cumplir la Voluntad de Dios y no debemos inquirir las razones –*non licere mortalibus scrutare arcana Dei*– de por qué hay que dar culto a Dios, o de por qué Dios ha prohibido los robos o los homicidios.

Desde una actitud voluntarista, no se descubren razones objetivas para ordenar o prohibir las conductas. PUFENDORF repitió muy reiteradamente que, antes de que el superior prescriba algo, las acciones humanas son indiferentes moralmente⁶⁶⁹, de modo que, una vez que el superior se ha pronunciado, lo ordenado por él es bueno, y lo prohibido malo⁶⁷⁰. Toda obligación está, pues, introducida por un superior, que es la «causa eficiente» es extraño que PUFENDORF use esta terminología escolástica. Dios es la causa eficiente de nuestras obligaciones porque El es nuestro creador y conservador explica PUFENDORF y en la sociedad «civil» o política, el Gobernante es la causa eficiente de nuestras

⁶⁶⁹ «An quaedam per se citra omnem impositionem sunt honesta et turpia? Non. Quia ante omnem legem actiones hominis sunt indifferentes». Cfr. *Compendium iurisprudentiae universalis*. Frankfurt, 1694, Liber I, cap. II, § 2.

⁶⁷⁰ «Actio per legem licita, bona, mala. Quae porro actiones cum lege congruunt, Bonae; quae discrepant, Malaе vocantur». Cfr. *De Officio...*, cit. Liber I, cap. II, § XI.

obligaciones a causa de nuestra sujeción voluntaria por medio del «contrato social» a él⁶⁷¹.

El alemán habla extensamente de los «entes morales» (*entia moralia*) como el ámbito específicamente humano del fundamento de la obligatoriedad y del deber. Si prescindimos de la oscuridad y contradicciones que hay en la primera parte del «De iure naturae et gentium», y tomamos el compendio de su pensamiento que compuso el PUFENDORF anciano, tales «entes morales» (algo misteriosos en sus obras anteriores) resultan ser únicamente el contenido de los mandatos que cada superior dirige, según su arbitrio, a las personas sometidas a él⁶⁷². Así pues, sólo existe, como fundamento último del Bien y del Mal, el arbitrio (*arbitrium*, y, más tarde, KANT y sus discípulos hablarán expresamente del *Willkühr*, equiparándolo a libertad o *Freiheit*) de un superior. En el caso del superior no-divino, la razón última del Bien y del Mal está en el arbitrio inmotivado del Gobernante. No hay más que averiguar sobre la justicia, según PUFENDORF. Observemos, de paso, el trasvase casi inadvertido de categorías teológicas (la Voluntad de Dios y la relativa incapacidad de los hombres para explicar la actuación divina que se muestra en las Sagradas Escrituras) a categorías político-humanas: La voluntad del Gobernante es siempre justa. En cualquier caso, la Bondad consiste únicamente en la adecuación de nuestra conducta a la prescripción del superior, sea éste Dios o un hombre.

El único criterio para que una conducta pueda ser calificada moralmente es su consideración como «ente moral» al quedar contemplada en el contenido de un mandato del superior. En consecuencia, nada es justo o injusto en la comunidad política hasta que el Gobernante califique las conductas. PUFENDORF no defiende expresamente —a diferencia de HOBBS o de THOMASIVS— un relativismo ético tan radical, pero éste está implícito en su planteamiento. Quien sí propone, en cambio, expresamente tal relativismo es su discípulo más conocido, CHRISTIAN THOMASIVS, que explicaba que «en la vida cotidiana es recta aquella conciencia que concuerda con el juicio de la mayoría o de aquellas o de aquel que posee el poder. Por lo cual puede suceder fácilmente que lo que se tiene por conciencia recta en una sociedad, se considere conciencia errónea en otra»⁶⁷³. Hay que tener presente que THOMASIVS, en estas líneas, no se

⁶⁷¹ «Obligatio omnis introducitur a superiore. Titius: Causa efficiens obligationis est superior, qui in alterum habet imperium... Imperium Deo competit, quia noster est creator et conservator... Princeps vero imperio gaudet, ex voluntaria subiectione subditorum». Cfr. *De Officio*..., cit. Liber I, cap. I, § V.

⁶⁷² «Quomodo entia moralia producta fuere? Resp. Per impositionem, qua personis, eorundemque motibus naturalibus et rebus ultra physicam perfectionem sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, per quorum determinationem existentiam nanciscuntur». Cfr. *Compendium iurisprudentiae universalis*, cit., Liber I, cap. I, § 5.

⁶⁷³ «In praxi cotidiana illa conscientia recta est, quae convenit cum iudicio plurimum in societate vel eorum, qui alios emanent potentia. Unde facile contingit, quod conscien-

limita a describir lo que sucede de hecho. Él describe el «bien» mismo porque, como resulta del conjunto de su obra, la condición de justo o injusto es una cuestión de hecho. Es lógico que THOMASIVS pensara así porque, según él, es malo, incondicionalmente, todo aquello que turba la paz, bien supremo del hombre; por este hecho, el criterio decisivo y último de la creación de las normas jurídicas es la consecución de la paz externa o social⁶⁷⁴.

Este modo de pensar estaba extendido a finales del siglo XVII, y GEORGES BEYER, tras alabar muy admirativamente a PUFENDORF y a THOMASIVS, explicaba en 1692, como doctrina corriente o evidente, que *juste agere est observare voluntatem imperantis*⁶⁷⁵, y la justicia surge, o es creada, por la ley del Gobernante⁶⁷⁶, y esta ley, explica finalmente, no es más que una orden o mandato (iussum) del que gobierna⁶⁷⁷. El autor que, en mi opinión, expuso con más nitidez y coherencia esta vertiente de la doctrina iusnaturalista, HENRICUS KOEHLER, hace suyo, igualmente, el punto de partida de la Ética de PUFENDORF, a saber, que, en principio, todos los comportamientos son moralmente indiferentes; la primera consecuencia de esta tesis es que lo que es justo varía de una sociedad a otra⁶⁷⁸. Se trata de una cuestión de hecho, como ya habían mantenido los dos discípulos más inmediatos de PUFENDORF, THOMASIVS y GUNDLING. KOEHLER retoma la argumentación iusnaturalista y, siendo coherente, reduce el Bien y el Mal, del mismo modo que HOBBS⁶⁷⁹, a lo contenido en un pacto; quizá se muestre aquí la tesis de GRIBNER, según la cual PUFENDORF no es más que un discípulo de HOBBS⁶⁸⁰. Efectivamente, KOEHLER mantiene que si no

tia recta in hac societate, habeatur pro erronea in altera». Cfr. *Fundamenta iuris naturae et gentium*, cit., Liber I, cap. IV, § 20.

⁶⁷⁴ «Extrema bona sunt, quae tendunt ad acquirendum pacem internam, extremae malae sunt, quae turbant pacem externam». Cfr. *Fundamenta...*, loc. cit., § 87.

⁶⁷⁵ *Delineatio iuris civilis ad fundamenta sua revocati et usui saeculo accomodati*. Lipsiae, 1692, Liber I, Titulus I, cap. I, § 5.

⁶⁷⁶ Cfr. *loc. cit.* § 17.

⁶⁷⁷ Cfr. *loc. cit.*, § 32.

⁶⁷⁸ «Modi eiusmodi si varii et diversi sint, id, quod iustum est in una societate, ab eo, quod iustum est alia societate congenere differre potest... Hinc quod est iustum in una societate, potest esse injustum in alia societate, alias simili. Unde inferius concludamus, illud, quod est justum e. gr. in republica monarchica, injustum esse posse in aristocratica». Cfr. *Juris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*. Francofurti ad Moenum, 1738, § 63.

⁶⁷⁹ HOBBS negó cualquier relación objetiva que pudiera servir para fundamentar un criterio moral. 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». Cfr. *Leviatán*. Trad. de A. ESCOHOTADO. Madrid, 1980, cap. XV, págs. 253-254 de esta edición.

⁶⁸⁰ *Vid. Principiorum iuris prudentiae naturalibus libri IV*. Vitembergae, 1724, Prolegomena, cap. IV, § 6.

existe un pacto, no pueden existir normas jurídicas⁶⁸¹, ya que todas las obligaciones perfectas⁶⁸² sólo pueden tener un origen pacticio⁶⁸³. Como no podemos distinguir entre la justicia y el Derecho natural, prosigue KOEHLER, todo aquello que se haya convenido en un pacto, por ser necesariamente justo, constituye Derecho natural⁶⁸⁴. No existe más criterio de justicia que el pacto: *In societate iustum est, de quo inter socios conventum est*⁶⁸⁵, de forma que el fundamento último del derecho sólo existe desde las intenciones de los que pactan⁶⁸⁶. Y es que HENRICUS KOEHLER, adelantándose a lo que se considera filosofía propia del siglo XX, establece que toda la realidad humana consiste en un entendimiento intersubjetivo que reviste forma de pacto: *A fine societatum humanarum omnium essentia pendet*⁶⁸⁷. Pero no deben despistarnos las referencias que KOEHLER hacía a los pactos: Él usaba esta categoría como instrumento hermenéutico universal en el derecho, de modo que había que suponer necesariamente que todo mandato del gobernante ha tomado su origen necesariamente de un pacto social, según la fórmula romana que consideraba la ley como una *communis reipublicae sponsio*.

§ 37. El constructivismo en la filosofía práctica

GUNDLING y otros autores expusieron, siguiendo el ambiente que había creado Locke, que no existen «ideas innatas» en la Moral, sino que lo único natural, a este respecto, es la capacidad del hombre para razonar⁶⁸⁸. Este razo-

⁶⁸¹ «Si dantur societates, quae nullo pacto nituntur, illa non sunt obligatoriae in foro externo... sed omnia dependere debet a cuiuslibet membri arbitrio». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., § 46.

⁶⁸² Nicolás JERÓNIMO GUNDLING introdujo la terminología de obligaciones «perfectas» para referirse a aquellas que poseen coercibilidad. Él redujo el derecho a capacidad de ejercer la coacción. Gottlieb HUFELAND explicaba que «In früher Zeiten verstand man die Lehre von allen Rechten und Pflichten unter dem Naturrecht; erst allmählich, besonders mit Gundling und Gerhard, ist der Begriff dieser Wissenschaft bloss auf Rechten und Pflichten mit denen Zwang verbunden ist, eingeschränkt worden». Cfr. *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften*. Jena, 1795, Vorbegriffe, § 33.

⁶⁸³ «Obligaciones igitur perfectae, est iura sociorum, qua talium, non nisi pactitia sunt». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., § 46.

⁶⁸⁴ «Omnia ea, quae pacto iusto conformia sunt, etiam iure naturali congruunt, et consequenter iusta sunt... Actiones pasciscentium, quae pacto repugnant, violant *to suum cuique*, et consequenter iure naturali externo repugnant». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., §§ 56 y 58.

⁶⁸⁵ Cfr. *Iuris socialis...*, cit., § 61.

⁶⁸⁶ «Ex fine sociorum pasciscentium communi et consequenter ex intentione eorum conspiranti obligationum et iurium termini intelliguntur». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., § 66.

⁶⁸⁷ «Sunt verba Gundlingii», concluye Koehler. Cfr. *Iuris socialis...*, loc. cit.

⁶⁸⁸ GUNDLING escribía que «Non dantur ideae innatae in Moralibus. Daher ist die Redens-Art quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen,

namiento iusnaturalista se desarrolló a modo de una teoría constructivista que tenía como punto de partida una situación ideal o *natural* desde la que se debía argumentar. Tal situación ideal se conseguía, según SHARROCK, prescindiendo de las nociones «comunes» que hemos recibido de nuestros padres, a través de la educación, o de los usos de la vida social, o que constituyen juicios extendidos en tiempos y lugares determinados; de este modo, desaparecidos estos prejuicios, sólo nos quedamos con los «juicios naturales»⁶⁸⁹.

Es difícil caracterizar estos *naturalia iudicia* desde los que pretende partir cada iusnaturalista en la construcción de su respectiva teoría. Todos inician sus razonamientos, sin ninguna explicación, desde la libertad e igualdad iniciales de los hombres en el «estado de naturaleza». La forma de razonar que hay que seguir para hacer avanzar el razonamiento práctico desde esta libertad inicial es la forma matemática: «Cuando un hombre razona, no hace sino concebir una suma total por adición de parcelas, o concebir un resto por sustracción de una suma en relación con otra. Pues la razón no es sino cálculo», escribía HOBBS programáticamente⁶⁹⁰. En este razonamiento práctico-matemático la regla fundamental es el principio de no-contradicción. Así, GUNDLING entendía que todas las personas saben que han de cumplir sus promesas y pactos, si no quieren llevar una vida infeliz y vivir incómodamente. Y es un loco quien hace un pacto y no lo cumple, pues no existe nada más demencial que contradecirse; la contradicción según GUNDLING pertenece ad *dementiam et furorem*⁶⁹¹.

als ob wir ideas innatas de lege naturali hätten, sondern daß wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen». Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii...*, cit., Liber I, cap. IV, § 12. Hollmann consideraba ridícula la doctrina según la cual «quasi leges naturales cordibus hominum insitae, connataeque, sint». Cfr. *Iurisprudentiae naturalis...*, cit., Pars I, cap. I, § 62.

⁶⁸⁹ «Duplici autem Methodo (si hanc morali historiam placeat) istam moliebar indaginem: Primo deestebam meipsum a notionibus quibuscumque receptis, et aliunde quam a natura ipsa haustis: Quicquid a parentum et praeceptorum institutione, quicquid a vitae communis usu, aut loci, temporisque (quibus utebar) moribus iudicio accrevit, studiose exueve, atque amovere conabat: quae autem, his semotis, supererat, humana censui, soliusque naturae restare atque esse iudicia». Cfr. *De Officio...*, cit., Praefatio ad Lectorem.

⁶⁹⁰ *Leviatán*, cit., págs. 148-149. Esta tesis se mantiene firme a lo largo de la Modernidad, y Daniel NETTELBLADT escribía que «Insignem hic praestat usu matheseos cognitio, cum ea contineat maxime perspicuam ideas exemplares de genuina problematum resolutione». Cfr. *De optima iurisprudentiam practicam docendi methodo instructa*. HALAE MAGDEBURGICAE, 1747, pág. X. El primer estudio del que tengo noticia en el que se pretende aplicar este nuevo método es el de GEORG MARS-MANN, *Tractatus mathematicus-juridicus*. Jенаe, 1674. El estudio de JOHANN BALTHASAR WERNHER, *De methodo genuina leges Naturae et Gentium investigandi*. Lipsiae, 1698, es otro escrito programático más.

⁶⁹¹ «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,

Diseñaron, pues, una razón que ya no es medida por las cosas, sino que es ella misma la constructora de la vida práctica del hombre⁶⁹² según las leyes de la mecánica, el principio de acción-reacción, y el principio de no-contradicción. Hemos visto que esta razón, en su aspecto dinámico, es solamente cálculo aritmético, y está regida, como única norma, por la imposibilidad de contradicción. Desde el «estado natural» del hombre, esto es, desde las diversas representaciones imaginativas que cada cual hizo acerca de los individuos en el *status naturae*, cada autor acentuó un rasgo determinado y fundamental al hombre, que pasó a ser considerado como la tendencia fundamental cuando no única de la «naturaleza humana». Desde esta supuesta tendencia fundamental, cada iusnaturalista desarrolló, más o menos arbitrariamente, su respectiva doctrina. GROCIO y PUFENDORF, tan distintos a veces, coincidieron en entender que el rasgo esencial de la naturaleza humana, aquello que prescribe la Ley natural, es la sociabilidad y, en consecuencia, escribieron y afirmaron todo lo que les pareció oportuno bajo el pretexto del fomento de la sociabilidad; más tarde a estos autores se les conocerá como los «socialistas», en virtud de este principio adoptado⁶⁹³. THOMASIIUS hablará de la felicidad como el principio supremo del Derecho natural⁶⁹⁴, y lo mismo vino a decir HEINECCIUS, insistiendo en la «utilidad» que nos lleva hacia la felicidad⁶⁹⁵.

Se trataba, pues, de establecer un principio supremo y único (cada autor propuso el que quiso: La sociabilidad, la felicidad, la paz, la libertad⁶⁹⁶) para

der pacta macht, und hält sie nicht. Denn es ist nicht nährischer, als wenn sich einer contradicirt; ja sich contradiciren gehört ad dementia et furorem». Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorfii...*, cit., Liber I, cap. 9, § 3.

⁶⁹² Una muestra de la fe en las posibilidades y en la imposibilidad de la «razón» la tenemos en la obra de JOHANN CHRISTIAN EDELMANN, *Die Göttlichkeit der Vernunft*, 1742, que, por su solo título, es expresiva. Existe reprint de FROMMANN-HOLZBOOG, de 1977.

⁶⁹³ Vid. J. F. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*. 5 unveränderte Auflage, Tübingen 1878, vol. I, pág. 212.

⁶⁹⁴ Vid. mi estudio *Voluntarismo y contractualismo...*, cit., págs. 89-91.

⁶⁹⁵ Vid. las *Praelectiones Academicæ...*, cit., pág. 51.

⁶⁹⁶ Las polémicas acerca del único principio fundamental del Derecho natural comenzaron muy pronto. Vid., por ejemplo, a CHRISTIAN RÖHRENSSEE, *Dissertatio de Fundamento iuris naturae*. Witerbergae, 1687. Gottlieb Alert, *Fundamenti legis naturalis brevis evolutio*. Lubeck, 1701. En 1702 aparece, en Frankfurt el *Tractatum Iuris Gentium de Principiis iuris naturalis unico, vero et adaequato*, de SAMUEL COCCEIUS, que ataca agudamente este método pretendidamente deductivista. Jacobo LUDOVICI publica al año siguiente, en Marburg, sus *Dubia circa hypothesim de principio iuris naturae eiusque vindicias*, en donde muestra la falta de precisión y la arbitrariedad de la «exactitud» de los que dicen seguir este método; su ataque se dirige fundamentalmente a PUFENDORF. Estas obras provocaron un alud de escritos, normalmente *Dissertationes*. Vid. Immanuel PROELEUS, *De origine diversorum Iuris naturae principiorum, quatenus nec unica, nec adaequata vera sunt*. Lipsiae, 1703. Joachim Henricus SIBRAND, *An datur principium iuris naturae verum, primum, unicum, adaequatum et evidens, nec ne*. Rostock, 1703. Más tarde, aparecen los

construir desde él, de una forma pretendidamente deductiva, un sistema del Derecho natural⁶⁹⁷. Un escrito didáctico acerca de este método en el Derecho, fue el de JOHANN ULRICUS ROEDER, *De principiis iuris naturalis*⁶⁹⁸ que, aunque tuvo escasa difusión en su tiempo, resume bien los ideales metódicos del nuevo iusnaturalismo. Por su parte, GRIBNER, siempre entusiasta de la nueva filosofía práctica, expuso la confianza que depositaron los iusnaturalistas en el método axiomático-deductivo, y él entiende que sería el siglo XVIII el que lo haría realidad, felizmente, en el derecho⁶⁹⁹. Pero, aparte de la confianza en este método, mostrada en muchos escritos programáticos, normalmente redactados en tonos ditirámicos, es poco lo que encontramos acerca del pretendido método axiomático-deductivo aplicado a la ciencia práctica humana. RÜBEL se contentó con indicar que era necesario⁷⁰⁰, y el barón de ICKSTATT (el único católico conocido que en el siglo XVIII participó en el movimiento iusnaturalista⁷⁰¹) recordaba la necesidad de establecer unas *Definitiones y Postulata* ciertos e indubitables desde los que obtendremos *axiomata et propositiones*; los *axiomata* participarían del carácter indemostrable de las definiciones⁷⁰². Y

dos estudios de Friedrich Alexander KÜNHOLD, *Origines dissensuum in doctrina iurisprudentiae naturalis*. Lipsiae, 1722, y *Oratio de logomachiis circa principium iuris naturalis*. Lipsiae, 1723.

⁶⁹⁷ Esta forma de proceder ya estaba presente en los innovadores del siglo XVI. *Vid.*, acerca de este tema, H. SCHÜLING, *Geschichte der axiomatische Methode im 16. Jahrhundert*. Reprint de Georg Olms, 1969. El escrito programático quizá más divulgado en su momento fue el de JOHANN CHRISTIAN CLAPROTH, *Verteidigung der mathematischen Lehrart in der Jurisprudenz*, en «Sammlung juristisch-philosophisch und kritischen Abhandlungen», Zweyte Stück, Göttingen 1743.

⁶⁹⁸ Hildburghusea, 1783.

⁶⁹⁹ «Cum proximo saeculo Iurisprudentiam Naturalem in ordinem redigere, atque ab incertitudine et confusione liberare certatim...». Cfr. *Principiorum juris prudentiae...*, cit., cap. IV, § 1.

⁷⁰⁰ «Wenn wir das Recht der Natur durch eigenes Nachsinnen heraus bringen wollen, so ist vor allem Dingen nöthig, daß wir unsere Natur auf das sorgfältige untersuchen, damit wir die Principia nach und nach bekommen, an welche wir uns in dem Fortgange dieses Werkes halten werden... Principium nennen wir alles dasjenige, welches den Grund von einem andern in sich hält... Man siehet schon hieraus, da wenn ein Principium und principiatum richtig seyn soll, so müssen sie mit einander connex seyn, und muß sich das principiatum aus dem Principia begreifen lassen». Cfr. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*. Wittenberg, 1735, cap. I, § 1.

⁷⁰¹ *Vid.* noticias sobre él en Dufour, *Le mariage...*, cit., pág. 204, nota 528.

⁷⁰² «Caput IV: De methodo docendi atque discendi Jurisprudentiam... In numerum principiorum demonstrandi non assumuntur, nisi definitiones exasciatae, experientiae indubitatae, axiomata, et propositiones iam demonstratae (Wolf. Log. lat. 562) quapropter, cum methodus demonstrandi in omnibus disciplinis eadem sit...». XII. Axiomata Iuris sunt propositiones theoreticae, quas in Systemate Iuris absque demonstratione sumere licet... XVI. Axiomata Iuris sunt principia demonstrandi tum Iura, tum Leges. ENIMVERO principia demonstrandi debent esse certa, ergo et axiomatis sua constare debet certitudo

no añadió más. Fue ya muy tarde, en el período crepuscular del *ius naturale et gentium*, cuando estos autores siguen masivamente la filosofía crítica kantiana, cuando proporcionaron explicaciones más prolijas acerca del método sistemático-deductivo⁷⁰³. SCHMALZ pretendió haber procedido, según declara él expresamente, de forma axiomática-deductiva⁷⁰⁴. Pero, aparte de que sería discutible apreciar en esta obra de SCHMALZ un método deductivo-matemático, todo quedó en declaraciones programáticas. En las obras jurídico-iusnaturalistas que efectivamente se publicaron, todo el método se redujo a proceder desde lo general, que se suponía más evidente, a lo particular, siguiendo los consejos que ya diera en su día PETRUS RAMUS. Por lo demás, tanto COCCEIUS como LUDOVICI ya mostraron, a comienzos del siglo XVIII, las insuficiencias y absurdos en el Derecho del *principium unicum, evidens et adaequatum*, y en general, del pretendido método deductivo-matemático.

La Edad Moderna dijo poner su confianza en el método, y éste había de ser matemático-deductivo. Tal tipo de método resultó inviable en la ciencia práctica, según demostró ya el mismo siglo XVIII con las disputas de base entre los iusnaturalistas que decían seguir el mismo método, y el problema que se presenta al investigador de hoy es, ante todo, el de la sinceridad de aquellos teóricos del Derecho. Nadie duda de que HOBBS, a su modo, sí procedió de forma rigurosa. Pero, GROCIO, PUFENDORF, THOMASIIUS, etc., ¿hicieron lo mismo? El primer inconveniente que encuentra el lector de estas obras, son las contradicciones internas de cada cual: GROCIO explica en los «Prolegomena» de su «De iure belli ac pacis» que en las verdades prácticas existe la misma necesidad que en los desarrollos matemáticos. Pero después, en esta misma obra, se suele remitir al pacto que dio origen a cada relación jurídica que él considera, y desaparece de la vista tal necesidad moral: En su lugar entra la voluntad de los que han pactado. PUFENDORF tiene varias lecturas para un mismo lector: De un lado, habla de unos *entia moralia*, que sólo son los mandatos contingentes de Dios al hombre. De otra parte hace suyo el juego de *iuslex* que ya expusiera HOBBS. Y, finalmente, en el «De Officio» especialmente,

XX. Postulatum dicitur propositio practica indemonstrabilia; est ergo postulatum Iuris propositio practica, qua aliquid in Iure absque demonstratione fieri posse sumitur». Cfr. *Meditationes praeliminaries de studio iuris ordine atque methodo scientifica instituendo*. Wirceburgi, 1731, caput IV, § 5.

⁷⁰³ Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 30-32.

⁷⁰⁴ SCHMALZ escribía que «Ich glaubte die Methode der Mathematik hier nachahmen zu müssen, so weit namlich analytische Form der Syntetische nachahmen kann. Schon in der zweyete Auflage meiner Encyclopädie des gemeinen Rechts (1804) habe ich darum das Recht der Natur in Aphorismen, in dieser Strengen mathematischen Form dargestellt. Wie aber der Mathematiker von Axiomen ausgeht; so musste ich von Definitionen ausgehen, von den Begriff der Freiheit sicher zu bestimmen, dessen Entwicklung dann das Geschäft der Wissenschaft ist». Cfr. *Handbuch der Rechtsphilosophie*. Halle, 1807, Vorrede, pág. VI.

propone todo un recetario de «verdades naturales». Es decir, si queremos enterarnos de lo que realmente propusieron, más vale dejar de lado las declaraciones sobre sus propios métodos y atenerse a los puntos de anclaje reales de sus argumentaciones, que son diversos aún en un mismo autor.

§ 38. La libertad como arbitrio

Todos los iusnaturalistas modernos partieron, sin excepción, desde una visión imaginativa del hombre a la que llamaron *status naturae*, y esto fue así hasta tal punto que, cuando esta corriente entró en crisis, bastaba examinar el comienzo de la obra de cada cual, para saber si es iusnaturalista o no según comenzara defendiendo o atacando la figura del estado de naturaleza⁷⁰⁵.

Todos los individuos son, en este «estado», autónomos y libres. VÁZQUEZ DE MENCHACA, al que aún HEINECCIUS, casi dos siglos más tarde, reconoce una gran importancia en la formación de la *Juris Naturalis Disciplina*⁷⁰⁶ ya había indicado que la categoría suprema que ha de guiar la creación del Derecho, la *utilitas*, se reduce a hacer lo que a cada uno le agrada: *Utile, id quod libet*. Podemos observar en VÁZQUEZ cómo el prestigio y la fuerza normativa del Derecho natural entendido *ut ratio* (que se concretaba en los primeros principios de la razón práctica) se extendía al Derecho natural entendido *ut libertas*, de modo que ahora la libertad individual viene a ser el dictado fundamental que ha conseguido para sí el estatuto de Derecho natural y, en consecuencia, el punto de partida de cualquier consideración que se entendiera que era propia del *ius naturale*.

La indeterminabilidad de la voluntad individual llegó a ser el fundamento único de la ciencia jurídica moderna, hasta el punto de acuñarse un término para designar al individuo indeterminable, el de «persona jurídica». En efecto, los modernos consideraron (y esta tesis fue perfilada por KANT y sus epígonos) que el Universo se divide en dos grandes vertientes: La Naturaleza, *Natur*, en la que domina la necesidad que se expresa mediante la ley de la causalidad, y la de la *Ratio* o *Vernunft*, que, por contraposición dialéctica con la necesidad propia de la Naturaleza, había de consistir necesariamente en «libertad». El elemento específicamente humano, la *ratio* que según la mentalidad moderna está llamada a dominar a la *natura*, consiste en es, ante todo, libertad o *arbi-*

⁷⁰⁵ Vid. en la parte histórica de mi estudio *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, 1988, págs. 99-103.

⁷⁰⁶ «Excipit tamen auctor duos Hispanos et duos Gallos. Ex Hispanis Covarrubiam et Vasquium, ille scripsit *varia*, hic *controversias illustres*. Ille modeste: hic, ut ait auctor, liberrime, adeo ut et principes delinquentes deponi statuatur». Cfr. *Praelectiones Academicæ*..., cit., pág. 51.

trium, Freiheit o Willkühr. Quedaron contrapuestas las categorías de Necesidad-Causalidad en el mundo irracional, y ausencia de necesidad, esto es, «libertad», en el mundo humano, en la Razón. *Tertium non deditur*, ya que la Edad Moderna hizo de este enfrentamiento una contraposición excluyente. En consecuencia, lo específico del hombre, la *ratio*, no es sino libertad, *arbitrium*⁷⁰⁷.

Cuando se desarrolla la máxima actividad teórica sobre el *ius naturale*, en la segunda mitad del siglo XVIII, GEORG SAMUEL MADIHN explicaba que lo que diferencia al hombre de todas las demás substancias es la libertad, que no es otra cosa que la capacidad de determinar por sí mismo sus propios comportamientos⁷⁰⁸, y añade que «la naturaleza humana es la esencia del hombre obrando libremente»⁷⁰⁹. En realidad, según MADIHN (en quien me limito a ejemplificar buena parte del pensamiento de la época) la última esencia constituyente de la naturaleza del hombre es la libertad, aunque MADIHN advierte que este pensamiento no puede ser expresado así porque el ser humano, al mismo tiempo que libre, depende de Dios⁷¹⁰. La figura de la Divinidad resultó muy útil a estos ilustrados, porque ellos eran conscientes de que la libertad que «naturalmente» posee el hombre sería un dato más de la Naturaleza y, en consecuencia, no poseería ninguna fuerza normativa si no fuera porque Dios, autor de la Naturaleza, dota de sanción a las realidades «naturales»⁷¹¹. Lo precedente, según MADIHN, es defender la existencia de Dios, a fin de poseer una base teonómica⁷¹² desde la que aseguremos la vigencia normativa de la libertad. De este modo, Dios existe, o debe su existencia, gracias a la libertad y,

⁷⁰⁷ Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*, cit., capítulo I, titulado «Una nueva razón».

⁷⁰⁸ «Nun kommt es noch darauf an, die Natur des Menschen, insbesondere in Ansehung derjenigen wesentlichen Kraft, wodurch sich selbige von dem Wesen der übrigen endlichen Substanzen unterscheidet, etwas genauer zu betrachten. Es ist nemlich die Freiheit, welche dem Menschen vor andern zusteht. Diese Freiheit faßt in sich ein Vermögen, sich selbst zu Handlungen zu determiniren, dergestalt, daß man von keiner physischen Nothwendigkeit dazu determiniret werde». Cfr. *Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur*. Halle, 1767, § 18.

⁷⁰⁹ «Die menschliche Natur ist nemlich das Wesen eines Menschen mit seiner Freiheit zu handeln». Cfr. loc. cit. de los *Gedanken*.

⁷¹⁰ Cfr. loc. cit. y § 19 de esta misma obra.

⁷¹¹ «Ich läugne zwar keineswegs, daß in der physischen Natur des Menschen nicht andere Regeln sollten gegründet werden, allein dieses weiß ich gewiß, daß niemals Jemand überzeugend darthun werde, das solches wahrhaftige und eigentliche Gesetze wären». Cfr. *Gedanken...*, § 22. Vid. mi estudio *La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal*, en «Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor JOSÉ MARÍA ROJO SANZ». Valencia, 1995, vol. I, págs. 49 y ss

⁷¹² «So sind die Gesetze der Natur nichts anders als Regeln, welche die Einrichtung unserer freyen Handlungen in Absicht auf den Endzweck unseres natürlichen Oberherrn bestimmen, in wie fern selbige ihren Grund in den moralischen Natur der Menschen haben». Cfr. *Gedanken...*, cit., § 23.

en el marco de esta mentalidad, EMIL WELLER dirá unos años más tarde que Cristo merece nuestro respeto porque fomentó la libertad⁷¹³.

El hombre es, ante todo, «libertad». «La libertad natural –explica DANIEL NETTELBLADT– es un derecho común para determinar nuestras acciones de acuerdo con nuestro arbitrio»⁷¹⁴. De este modo, todo hombre nace con un derecho: El derecho a actuar de acuerdo con su arbitrio. En Gran Bretaña, LOCKE ya había establecido un segundo derecho fundamental, el de la apropiación privada de las cosas⁷¹⁵, y cuando los iusnaturalistas continentales tardíos recojan esta mentalidad que representa LOCKE, hablarán entonces de los tres *Urrechte* de la Humanidad: Libertad, igualdad, propiedad⁷¹⁷.

Los iusnaturalistas, sobre el trasfondo de su mentalidad mecanicista⁷¹⁷, concibieron toda relación humana bajo el esquema de un *do ut des*; en consecuencia, la libertad de arbitrio que yo me afirmo, debo reconocerla igualmente en los demás⁷¹⁸. En caso contrario, la libertad se destruiría a sí misma. Esta libertad o arbitrio consiste en obrar *nach Gefallen*, esto es, según las ganas, como explica HÖPFNER, de modo que el primer derecho del hombre es el de disponer arbitrariamente sobre sí mismo⁷¹⁹. Es quizá más consecuente ULRICH

⁷¹³ «Moral, natürliche Religion sind auch hier die Stichwörter eines sich unbewußten Strebens nach menschlicher Freiheit. Christus hat für sich diese Moral, diese natürliche Religion, dieselbe wie die der heutigen Lichtfreunde, eigens erfunden, darum verdient, daß man sich nach seiner Namen nennt». Cfr. *Die Freiheitsbestrebungen der Deutschen im 18. und 19. Jahrhundert dargestellt in Zeugnissen ihrer Literatur*. Leipzig, 1847, pág. 48.

⁷¹⁴ «Libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio». Cfr. *Systema elementare universae jurisprudentia naturalis*. Halae Magdeburgicae, 1767, § 295.

⁷¹⁵ LOCKE, en el § 109 de su *Segundo Ensayo*, sienta el principio fundamental de todas sus explicaciones: «Todos los hombres nacen con un doble derecho. El primero de ellos es de libertad sobre su propia persona, y ningún otro hombre tiene autoridad sobre ella, porque en cada hombre reside la libre disposición de la misma. El segundo es el derecho de heredar con sus hermanos los bienes de su padre, antes que ninguna otra persona».

⁷¹⁶ Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano...*, cit., págs. 53-68.

⁷¹⁷ DUFOUR matiza indicando que «Les libertés fondamentales», qualifiés de «droits naturels», se présentent quant a leur «nature» de manière quasi métaphysique comme des «attributs des individus isolés», inhérents à leur nature même d'êtres humaines». Cfr. *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, cit., pág. 20.

⁷¹⁸ «In statu naturali quod unius ius est in alios, est omnium in ipsum, et quicquid externa debes uni, externo debeo omnibus, externe mihi debent omnes». Cfr. Alexander Gottlieb Baumgarten, *Ius Naturae*, Halae Magdeburgicae 1763, Pars Prima, § 14.

⁷¹⁹ «Von Seinem. Womit ein Mensch nach Gefallen, mit Ausschliessung anderer, zu verfahren befugt ist, heist das Seine. Es ist entweder ein angebohrnes, oder ein erworbenes Seine... Das erste Recht des Menschen im absoluten Zustande; das Recht des Menschen über sich selbst: Nach dem natürlichen Zwangsrecht ist jede Handlung erlaubt, wodurch andere nicht beleidigt werden. Jeder Mensch ist also befugt, über seine Seelenkräfte, sei-

cuando parte siempre del Yo⁷²⁰, con lo que destaca mejor el carácter personal-arbitrario de esta libertad en que consistiría la naturaleza humana. Los discípulos de KANT, a finales de siglo, y a comienzos del siglo XIX, partirán usualmente desde el Yo para explicar la «Metafísica del Derecho», la «Filosofía del Derecho» o, como era llamada más usualmente, el *Naturrecht*. A finales de siglo sonaba ya algo anticuado el rótulo de *Naturrecht*, y progresivamente fue siendo sustituido por estas otras expresiones.

Planteadas las cosas de este modo, quedaba pendiente una asignatura, la de explicar cómo puede ser el arbitrio el fundamento y el contenido de la vida práctica humana y, al mismo tiempo, cómo era posible el forzamiento heterónomo de este arbitrio. Porque si el arbitrio quedaba abandonado a sí mismo, tal como planteó HOBBS, entonces jamás saldríamos de la miseria propia del «estado de naturaleza». Podría añadirse que mediante el contrato social nos limitamos mutuamente... Pero entonces todo el derecho quedaría reducido a una cuestión de hecho, a saber: Lo efectivamente convenido en ese contrato. Y procediendo mediante cuestiones de hecho se legitimaba cualquier opresión. Era, pues, preciso hacer del arbitrio el elemento normativo y sistemático que determinara toda posible argumentación práctica. Si la Razón es Arbitrio, y éste constituye a la Razón misma, ¿cómo se da a sí misma la Razón o el Arbitrio sus propias leyes? Los siglos XVII y XVIII no supieron contestar a esta pregunta: A ellos les bastó con argumentar que si un conjunto de hombres libres deciden reunirse bajo un poder común, este cuerpo creado mediante un contrato no puede tener (racionalmente) otra finalidad que la de asegurar la libertad inicial, único patrimonio del hombre. Me parece que fue KANT, tras el intento fallido de la teoría de la *volonté générale* de ROUSSEAU, el primero que intentó contestar seriamente esta pregunta. El «sistema» *construido* al que estos autores tendían poseía, como regla básica y suprema, el principio de no-contradicción. En consecuencia, la pretensión sistemática postulaba que se sometiera cualquier conducta a la exigencia de no-contradicción para comprobar si era lógicamente «consistente». KANT se preguntó: La conducta contraria a ésta que yo pretendo, ¿es posible? Para saber esto era preciso generalizar universalmente las consecuencias que previsiblemente se seguirían de la

nen Leib dessen Glieder und Kräfte nach Gefallen zuschalten, und jeden andern von jeder Disposition darüber Gefallen zuschalten, und jeden andern von jeder Disposition darüber auszuschliessen. Diese Dinge gehören also zum Seinen eines Menschen, und zwar zum angebohrnen». Cfr. *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*. Gießen (2ª edición), 1783, § 37.

⁷²⁰ «Ex quavis turbatione ius cogendi. Ex quaecumque laesione ac turbatione in Meo, sive facta, sive imminente, etiamsi levissima videatur, mihi quidem, in foro externo mere naturali, ius existit cogendi, ius expletione... ad conservandum et recuperandum meum, usque ad plenariam satisfactionem et securitatem». Cfr. *Initia Philosophiae iusti seu iuris Naturae*. Jenae, 1783, § 51.

realización de la máxima subjetiva o *Triebfeder*. Si esta generalización de las consecuencias destruía la máxima misma, tal pretensión no era lícita. Por eso es inmoral la mentira, explica KANT: Porque el mentiroso, si supone que todos los demás pueden (*dürfen*) mentir igualmente, destruye por anticipado la confianza que hace posible que su mentira alcance su finalidad⁷²¹. Esta extraña Ontología basada en la coherencia lógica (que es quizá la lectura más plausible de la obra moral kantiana) se encuentra guiada en todo momento por el único principio de no-contradicción: Mi fin, explicaba KANT, ha de encajar en un Sistema universal de fines⁷²². A su vez, todo aquello cuyo contrario fuera imposible, existía necesariamente, y por existir era normativo⁷²³. Si alguien no admitía este postulado, recaía sobre él la carga de la prueba en contrario: *Beati possidentes!*, repite KANT usando la terminología de las lecturas de las tesis doctorales.

En este contexto, la voluntad deja de ser considerada una simple potencia humana más o menos al servicio de la razón, y pasa a ser entendida como la totalidad de la Razón práctica. De esta forma, *arbitrium, voluntas y ratio* que-

⁷²¹ La actitud de KANT en este punto es deliberadamente ambigua. Él luchó contra los eudemonismos al uso en el siglo XVIII, que se basaban en consecuencialismos éticos, y lógicamente no podía mantener una actitud consecuencialista, al menos no al modo normal. De ahí su empeño de encontrar la totalidad de las condiciones del uso del entendimiento (*Verstand*), que constituiría la razón o *Vernunft*, y que constituiría el prólogo necesario a toda Ética, evitando la recaída en la contingencia. Pero a pesar de todas sus protestas, su Ética no opera de forma positiva, esto es, proponiendo normas o bienes, sino de forma «negativa», postulando que si lo opuesto a una cosa es intrínsecamente imposible desde todas las perspectivas, esa cosa es «necesaria». *Vid.*, por ejemplo, *Crítica de la razón pura*. Trad. de PEDRO RIBÓ. Madrid, 1988, A 325. Pero este método negativo se basa necesariamente en las consecuencias que se siguen de las conductas concretas, si es que con él quiere superar las simples implicaciones del principio de no-contradicción. Porque a pesar de que él califica de apagógicas a este tipo de demostraciones (*vid. op. cit.*, A 790), lo cierto es que la maldad de la mentira o de las trampas en el juego (dos ejemplos que él suministra generosamente) no se descubre «en sí y por sí», sino por las inconsecuencias que se siguen de su universalización.

⁷²² Ya en la «Crítica de la razón pura», A 326, declara que «Consiguientemente, la razón sólo se refiere al uso del entendimiento... para imponerle una proyección hacia cierta unidad de la que el entendimiento no posee ningún concepto».

⁷²³ En su «Crítica de la razón pura», A 325, entre otros muchos lugares, escribe que «Es más, en lo que sigue mostraré que la necesidad absoluta no depende siempre de la necesidad intrínseca, y que, por tanto, no debe ser considerado equivalente a esta última. Si lo opuesto de una cosa es intrínsecamente imposible, lo es, claro está, desde cualquier perspectiva y esa cosa es, por tanto, absolutamente necesaria». En A 334 de esta obra proclama los fundamentos de la unidad sistemática: «Consiguientemente, todas las ideas trascendentales podrán reducirse a tres clases: la primera de ellas incluirá la unidad absoluta (incondicionada) del sujeto pensante; la segunda, la unidad absoluta de la serie de las condiciones del fenómeno; y la tercera, la unidad absoluta de la condición de todos los objetos del pensamiento en general».

daron equiparadas⁷²⁴, de forma que la Ciencia del Derecho no es más que la reflexión que la libertad hace sobre sí misma a fin de darse unas leyes que aseguren las «esferas de libertad» (*Freiheitssphären*) mayores posibles para todo individuo⁷²⁵. Esta libertad es un derecho universal que abarca todos los comportamientos, de modo que la antigua distinción entre *fas* y *ius* desaparece⁷²⁶.

La inteligencia vulgar y usual de esta mentalidad, ya a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, entendió que se hará justicia con cada cual en la medida en que nadie interfiera en la «esfera de libertad» ajena, y yo seré justo con los demás en la medida en que me «abstenga» (el término técnico era el de *Enthaltung*) de irrumpir en sus vidas. Esto era un entendimiento un tanto unilateral de la propuesta de KANT, pero se adecuaba también al espíritu de una vertiente de la obra crítica kantiana. Al partir estrictamente desde las personalidades, faltaban «cosas», esto es, realidades extraindividuales, que vincularan a los hombres y que hicieran posibles las relaciones propiamente jurídicas, al margen del Derecho de contratos o del Derecho penal. Fue HÖPFNER el primero que explicó que todas las omisiones son justas⁷²⁷ y, si hemos de creer a GOTTLIEB HUFELAND, ya PUFENDORF había explicado que la justicia sólo consiste en omisiones⁷²⁸. GUNDLING, que junto a HENRICUS KOEHLER acentuaba más la igual libertad de todos, entendió que la injusticia consiste en tratar a otro hombre como desigual⁷²⁹.

⁷²⁴ GUNDLING mantenía que «Hier handelt der Auctor «se refiere a Pufendorf» de Intellectu et Voluntate. Meus est una, nec dividitur in duas partes separatas; sed distinguuntur intellectus et voluntas, ceu diversae facultates et potentiae, gleichwie facultas saltandi et cantandi nicht zwey separata entia sind... Meus itaque intelligi et vult». Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii...*, cit., Liber I, cap. I, § 3.

⁷²⁵ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 32 y ss., 46 y ss., 103 y ss.

⁷²⁶ Gundling indicaba que «Sunt enim homines liberi homines ratione praediti: quam, quia etiam hac parte aequales sunt, sequi omnes fas est». Cfr. *Ius Naturae et Gentium*, cit., cap. III, § XVIII.

⁷²⁷ «Aus dem bisher gesagten erhellet, daß im urprünglichen Zustande nur gewisse Begehrungshandlungen ungerecht und verboten, alle Unterlassungshandlungen aber gerecht sind. Nehmlich nur die Handlungen sind ungerecht, wodurch jemand in der Disposition, über seinen Leib, Seele, Kräfte, gestöhrt wird; man sich einer Oberherrschaft über ihn, oder eines andern Vorrechts anmaßt; ihm durch Betrug oder Lügen Schaden thut; oder ihm die Güter der Schöpfung zu gebrauchen wehret». Cfr. *Naturrecht...*, cit., § 44.

⁷²⁸ «Indessen behaupten doch schon viele von den frühern Lehrern desselben, daß sein Gegenstand nur eigentlich negative Pflichten seyn sollten. Dies gilt schon Pufendorf zu verstehen (De Off. praef. 13); und Treuer sagt sehr deutlich, daß im strengen Naturrecht nur negative Pflichten wäre... Jetzt ist man fast allgemein überzeugt, daß, wie Garve sich ausdrückt, «die Gerechtigkeit nur in Unterlassungen bestehe». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 213.

⁷²⁹ Gundling afirmaba que «Contemnere significat aliquem *inequalem* declarare: cum tamen homines, qua homines, inter se aequales». Cfr. *Ius Naturae et Gentium*, cit., cap. V, § VII.

§ 39. El pacto como única categoría jurídica

CASPAR ZIEGLER denunciaba en 1706 que el Derecho natural propuesto por GROCIO se reducía a diseñar un esquema en la creación del derecho que constaba de cuatro escalones: *Humana natura, ius naturale, obligatio ex consensu, ius civile*⁷³⁰. Esto es, todo lo que pudiéramos llamar derecho substantivo debe surgir desde los pactos, sobre cuyo contenido nada dice el Derecho natural, excepto que todo el derecho debe ser creado contractualmente. ZIEGLER también expone el esquema que siguen HOBBS y PUFENDORF: *Indigentia communis, Metus, Societas, Ius naturale*. De esta forma, lo que entienden por Derecho natural no es otra cosa que el Derecho humano positivo, que es creado en cada sociedad política (y ésta es propiamente la exigencia del Derecho natural) mediante pactos⁷³¹. ZIEGLER se rebela ante esta desaparición -auténtico escamoteo en la práctica, denuncia él- de lo que siempre se ha entendido por Derecho natural, que sería una Justicia anterior a cualquier acuerdo de los ciudadanos; él propone que desde la *natura humana* surja el *ius naturale*, de modo que este último cumpla realmente una función normativa sobre el derecho positivo, o de origen humano. Se trataba de una tesis que, obviamente, no fue tenida en cuenta.

Si leemos sin prejuicios a PUFENDORF, comprobaremos que el tratamiento que él dio en sus dos obras fundamentales y de madurez, el «De Iure naturae» y el «De Officio», de los pactos. Efectivamente, una vez que él ha descrito la *imbecillitas* del hombre en el estado de naturaleza y ha mostrado la necesidad de hacer vida social y política para superar estas insuficiencias, aparece entonces, y sólo entonces, la Ley natural que ordena pactar para constituir las ciudades y el derecho. De esta forma, el Derecho natural según PUFENDORF, únicamente sería una especie de invitación o recomendación (que cualquiera descubre con su sentido común: De ahí el carácter de «natural») para pactar con el fin de evitar las incomodidades de la vida solitaria. «Desde las obligaciones absolutas hasta las hipotéticas, es preciso un tránsito por medio de pactos intermedios», escribe PUFENDORF. Tenemos que hacer notar que estas «obligaciones absolutas» a que él alude, que aparentemente comprenderían el núcleo y la base del Derecho natural, no existen como normas de comportamiento concretas o substantivas. Hasta ahora (él escribía estas líneas en el Libro I, capítulo IX del «De Officio») sólo ha hablado del *status naturae*, de las insuficiencias e incomodidades del hombre cuando lleva vida solitaria, y de la conveniencia de asociarse para vivir más cómodamente. En modo alguno ha expuesto preceptos substantivos que integren lo que normalmente se conoce

⁷³⁰ Vid. In Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis. Argentorati, 4ª ed., 1706, págs. 10-11.

⁷³¹ Vid. In Hugone Grotii..., cit., In Prolegomena, págs. 10-11.

como el contenido *concreto* del Derecho natural. Una vez que ha expuesto la doctrina de las «Obligaciones absolutas» (que se reduce a lo descrito: El *status naturae* y sus incomodidades) aparece el Derecho natural, que ordena pactar: «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»⁷³².

Todo ordenamiento jurídico, según PUFENDORF, ha de constituirse mediante acuerdos de voluntades. «Es suficientemente manifiesto (prosigue este autor) 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 ésta sola fuente 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 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, como aquello que otro puede exigir de él, debe ser hecho por promesas y pactos»⁷³³.

El discípulo más agudo de PUFENDORF, NICOLÁS JERÓNIMO GUNDLING, explicitó esta tesis de forma lapidaria: *Negamus vero, ante pacta neminem ad pacem servandam obligari*⁷³⁴. El pacto no solamente concreta la exigencia genérica de un deber, sino que los mismos pactos son los que dan origen a la causa última del deber. Una precisión como ésta era necesaria, porque en PUFENDORF no quedaba claro si la tendencia fundamental del hombre, la sociabilidad, posee un carácter verdaderamente prescriptivo o si se trata de una mera recomendación, una *Klugheitsregel*, como indicaba MADIHN⁷³⁵, a fin de

⁷³² «Ab officiis absolutis ad hypotheticos sit velut transitus per pacta intermedia, quippe cum omnia officia, praeter iam enumerata, pactum expressum aut tacitum videntur praesupponere. Igitur hoc loco agendum erit de natura pactorum, et quid illa ineuntibus observandum sit». Cfr. *De Officio...*, cit., Liber I, cap. IX, § 1.

⁷³³ «Fuisse autem necessarium pacta inter homines ininive, satis manifestum est. Quanquam enim officia humanitatis late sese per vitam humanam diffundant, haud quidem tamen ex eo solo fonte deduci omnia possunt, quae hominibus ad se invicem utiliter percipere licebat. Nam neque quibus ea est ingenii bonitas, ut omnia quibus alli prodesse possunt, ex sola humanitate velint praestare citra exploratam spem paria recipiendi... Igitur, ut mutua inter homines officia, qui fructus est socialitatem, eo crebrius et ad certas velut regulas exercentur, 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 exspectare, suoque iure exigere deberat. Id ipsum autem sit per promissa et pacta». Cfr. *De Officio...*, cit., Liber I, cap. IX, § 1.

⁷³⁴ *Vid. Ius Naturae et Gentium*, cit., cap. II, § XXXVII.

⁷³⁵ *Vid. sus Gedanken von dem wahren Grenzen des Rechts der Natur*, cit., § 22.

llevar una vida más segura y cómoda. GUNDLING interpreta lo que sus maestros habían dejado indeterminado, y nos explica que nadie está obligado a buscar la sociabilidad, o a fomentarla, si previamente no se ha comprometido voluntariamente a ello. En consecuencia, el Derecho natural sólo constituye la igual libertad de todos los hombres, y nada más. Las normas jurídicas concretas que hayan de ser creadas no vienen determinadas por ningún ordenamiento jurídico «natural»: Tal como indicaba PUFENDORF, los hombres pactan sobre lo que ellos consideran conveniente y, por lo que respecta a la Justicia, «esta sola fuente es suficiente». Podríamos decir que el Derecho natural sólo recomienda la conveniencia de abandonar la vida solitaria propia del *status naturae* y de entrar en una sociedad civil a través de pactos; y que lo convalidado por los contratos sí es vinculante (genera un «deber»), porque así lo expresa el Derecho natural.

Ésta fue la línea triunfadora dentro de la Escuela del Derecho natural moderno. Gráficamente, GUNDLING explicaba que *Ingenii praestantia, nobilitas, virtutis, aut divitiarum abundantia nihil ad rem pertinet: pactum, seu conventio utramque his paginam conficit*⁷³⁶. El máximo representante de esta mentalidad contractualista en la primera mitad del siglo XVIII fue HENRICUS KOEHLER, que la expresa en su «*Juris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*», ya citado. En el marco de esta mentalidad, GRIBNER, siempre fiel a THOMASIIUS y PUFENDORF, redujo la noción de injusticia y tiranía al incumplimiento de lo pactado⁷³⁷, e incluso JOHAN STEPHAN PÜTTER explicó muy claramente que cualquier derecho u obligación ha de tener su origen en un contrato⁷³⁸. Se extendió de esta forma esta nueva exigencia iusnaturalista que también JAKOB FRIES, ya a comienzos del siglo XIX, explicaba que «no es posible ninguna aplicación de la ley jurídica, entre los hombres, sin contrato; de modo que podemos expresar la ley jurídica en su forma más general, indicando que es aquella que se realiza en la sociedad activa "esta terminología pertenece al primer Idealismo" bajo la condición del contrato. La ley jurídica ordena, pues: Que los hombres deben determinar en su sociedad activa las leyes de su tráfico, es decir, sus relaciones mutuas, mediante contratos. Todo hom-

⁷³⁶ *Via ad veritatem cuius pars tertia iurisprudentiam naturalem nova methodo elaboratam praesuntis opinionibus aliisque ineptis vacuam sistit.* Halae Magdeburgicae, 1715, cap. XXXIII, § 35.

⁷³⁷ «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 iurisprudentiae*..., Liber II, cap. VIII, § 4.

⁷³⁸ «... so ist übrigens kein Mensch berechtigt dem andern Gesetze vorzuschreiben; sondern alle Verbindlichkeiten, die vom menschlichen Willen abhängen, müssen eigentlich in Verträge ihre letzten Grund haben». Cfr. *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie nebst ethlichen Zugaben.* Göttingen, 1767, § 23.

bre está obligado, mediante la Ley, en el mismo momento en que él entra en intercambio con otros hombres, a delimitar los límites de su actuación mutua, si es que no existe un acuerdo legal entre ellos, y nadie puede considerarse obligado a algo respecto a otro antes del contrato... Solamente bajo la condición del contrato es posible aplicar la ley de la igualdad en el intercambio recíproco entre los hombres»⁷³⁹.

Es lógico que HUFELAND, cuando aún seguía las teorías contractualistas explicara, a final de siglo, que «La grandísima ventaja que ésta ciencia "se refiere al Derecho natural" ha aportado desde su origen, ha sido la de mostrar que es imposible fundar un Estado válidamente (gültig) si los diversos derechos y obligaciones no han sido determinados mediante contratos»⁷⁴⁰. Estos derechos y obligaciones que han de ser determinados contractualmente, a que se refiere HUFELAND, alcanzan incluso al Derecho penal. En este sentido J. P. ANSELM FEUERBACH, cuando aún seguía a KANT, recondujo la fundamentación de la pena a un esquema contractualista que él dice encontrar en GROCIO: «GROCIO, tanto tiempo olvidado entre el polvo de las bibliotecas, pero que es tan moderno, me parece que ha encontrado el verdadero fundamento del Derecho penal mucho más correcta y claramente... que muchos de nuestros nuevos y filosóficos 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 que en el caso del que quiere directamente pecar, que merece la pena porque él quiere»⁷⁴¹. Igualmente lógico fue que LEOPOLD

⁷³⁹ «... keine Anwendung des Rechtsgesetzes ohne Verträge unter Menschen möglich ist: so können wir überhaupt das Rechtsgesetz so ausdrücken, daß dadurch ihre thätige Gemeinschaft unter die Bedingung des Vertrages gebracht wird. Das Rechtsgesetz gebietet also: daß die Menschen in ihren thätigen Gemeinschaft die Gesetz ihres Verkehrs d.h. ihre Wechselwirkung durch Verträge bestimmen sollen. Jeder Mensch ist durch das Gesetz verpflichtet, so bald er mit einem andern in Wechselwirkung kommt, mit ihm über die Beschränkung ihren gegenseitigen Thätigkeiten so kontrahiren, wenn noch keine gesetzliche Uebereinkunft zwischen ihnen statt finden, und niemand kann ihn vor dem Verträge zu irgend etwas anderem als zu kontrahiren verpflichtet halte, indem sie nur durch aus der bloß physischen Wechselwirkung in eine vernünftigen treten. Erst unter den Bedingung des Vertrages wird sich das Gesetz der Gleichheit in ihrer Wechselwirkung weiter anwenden lassen». Cfr. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena, 1803, pág. 48.

⁷⁴⁰ «Der allergrößte Vortheil, der dieser Wissenschaft sich ihrer Entstehung geschäft ist, ist die Voraussetzung, daß es unmöglich sey, einen Staat gültig zu gründen, wenn die verschiedenen Rechte und Verbindlichkeiten darinn nicht auch und durch Verträge gebaut und bestimmt würden». Cfr. *Versuch...*, cit., pág. 282.

⁷⁴¹ «Grotius der längst vergessene und unter dem Staub der Bibliotheken moderne Grotius scheint mir daher den wahren Grund des Strafrechts weit richtiger und klärer ein-

FRIEDRICH FREDERSDORF, que se opuso al Derecho natural desde una todavía confusa «Filosofía del Derecho», denunciara que el movimiento iusnaturalista había reducido todas las instituciones jurídicas a una relación contractual, cosa ridícula según él⁷⁴².

ANSELMO DESING, en su debelo contra el Derecho natural, ya denuncia que en PUFENDORF no existe nada que se parezca a la idea usual sobre el Derecho natural; que, en este autor, sólo existe un Derecho positivo (particularis iuris civilis) adornado con algunos expolios tomados de la Ética y de la Teología moral⁷⁴³. Y el HOFFBAUER anciano que, a la altura de 1816 había cedido ante los ataques contra el excesivo individualismo de la Escuela del Derecho natural moderno, explica que GROCIO y PUFENDORF han hecho del contrato un cajón de sastre que todo lo explica y todo lo arregla⁷⁴⁴.

§ 40. El «ius» como un mandato y la función de la doctrina democrática

La doctrina iusnaturalista moderna propugnó ante todo prescindir de la tradición jurídica y política existente y sustituirla por una doctrina político-jurídica nueva, que los iusnaturalistas llamaron republicana, y que nosotros llamaríamos hoy parlamentaria o democrática. Porque una vez que han postulado que todos los hombres somos seres aislados, independientes, el único cauce a

gesehen zu haben, wenigstens der Wahrheit um ein Grosses näher gekommen zu seyn, als gar vielen unserer neuer und sonst gründlich philosophierende Rechtsgelehrten. «In hanc re, sagt er, est aliquid quo ad contractum naturam accedit: quia, sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se videtur ad ea omnia que venditionis sunt naturalia, ita qui deliquit sua voluntate se obligasse videtur poenae, quia crimen non potest non esse punibile; ita ut qui directe vult peccare, per consequentiam et poenam mereri voluerit. D.J. ac P.L. II, c. XX, 2, §. 1». *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen das Oberherrn*. Erfurt, 1798, pág. 224.

⁷⁴² Vid. *System des Rechts der Natur...*, cit., Vorbericht, pág. VIII.

⁷⁴³ «Ius Naturae e Pufendorfio et Heineccio descriptum, non esse Ius Naturae promissum, sed particulare Iuris civilis, ornatum aliquot spoliis Ethicae ac Theologiae naturalis». Éste es el título del capítulo XIV de su *Iuris naturae larva detracta*, cit.,. Más exactamente, sobre este tema, vid. el «Thema» IV, § 8. La doctora Dña. Leticia Cabrera ha realizado su tesis doctoral, ahora en prensa, sobre la reacción de los católicos que, como Finetti, Desing o Schwarz, se opusieron al carácter secularizador del derecho natural moderno.

⁷⁴⁴ «Grotius und Pufendorf nehmen, wenn auch nur in einem oder zwey Fällen, wo sie sich in ihren Systemen in Schwierigkeiten verwickelt, oder in Verlegenheit wegen eines Beweise sehen, zu einer besondern Hypothese ihre Zuflucht. Sie ließen nämlich das ganze Menschengeschlecht etwas durch eine, ausdrückliche oder stillschweigende, Uebereinkunft bestimmen». Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit dargestellt*. Hallae, 1816, pág. 150.

través del cual podemos entrar en contacto recíproco es el acuerdo de voluntades. Esta exigencia implicaba, teóricamente, que el poder político sólo podía ser constituido mediante un pacto entre los futuros ciudadanos, y si se pretende que estos ciudadanos conserven su libertad en la sociedad política, las leyes o decretos a través de los cuales determinan y constituyen los fines de tal sociedad, sólo pueden proceder de un consenso o acuerdo de voluntades entre los ciudadanos. Una ley «legítima» únicamente puede consistir en una *communis reipublicae sponsio*, indicaba FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, ya que este iniciador de la corriente iusnaturalista mantenía que «así como un contrato es el acuerdo de dos o más individuos sobre un mismo asunto, la ley es el consentimiento de muchos ciudadanos en una misma voluntad»⁷⁴⁵. Pero quizá lo que no podía prever FERNANDO VÁZQUEZ, que aún hablaba de los *jura naturalia* a que alude la Instituta, es que con el tiempo, la ley acabaría siendo considerada la manifestación única del Derecho.

Por lo general, este tipo de explicaciones pretendían indicar que, puesto que los hombres habían decidido asociarse libremente, era necesario que ellos siguieran gozando de su libertad una vez creada la sociedad política. VÁZQUEZ DE MENCHACA expresaba esta tesis muy gráficamente: «Estos ciudadanos, antes de someterse voluntariamente al gobernante, ¿acaso no eran libres, sin estar sujetos ni ligados a mando o dominio alguno?»⁷⁴⁶. Planteadas así las cosas, y teniendo presente el relativismo ético que domina esta época, resultaba evidente que todos los criterios que habían de regir la vida de los ciudadanos en la comunidad política, debían ser creados mediante un acuerdo de voluntades. Todos los criterios, no solamente los políticos, es decir, las reglas que determinan la constitución y el ejercicio del poder, sino también los jurídicos. De este modo, el Derecho y la Justicia dejaron de consistir una actividad prudencial y pasaron a ser considerados, desde los inicios mismos de la Escuela, el resultado de la actividad política *republicana*. Veamos esto más detenidamente.

⁷⁴⁵ «Nec dubium est quin lex sit contractus et contractus sit lex. Quod contractus sit lex probat legum, C. de pact. ubi per Jaso, Decium et Alcia. C. contractus de reg. iuris libr. VI, lex contractus, D. eo tit. Quod autem lex sit contractus probat lex 1 ibi communis reipublicae sponsio D. de legibus... Nam ut contractus est duorum plurium in idem placitum et consensum... ita et lex est plurimorum civium in idem placitum et consensum D. lex 1 de legibus». Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 2, § 23. La misma idea la encontramos en el *De Successionibus et ultimis voluntatibus...*, cit., Praefatio, § 86 y 2, 3, 30, § 86.

⁷⁴⁶ «Ad haec ne hi cives antequam sese huic principi commisissent liberi erant nullius imperio aut ditioni obnoxii aut ligari (ut fuese supra ostendimus) ergo quo pacto modo inviti fient subiecti. Id quod etiam praetextu aut ratione beneficii sibi ipsis collecti intolerabile incivile et iniurium esse. Cum invitis beneficium non detur». Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 4, § 3.

Sabemos que el Derecho natural que exponen estos autores, no ordena o prescribe nada concreto. Este Derecho natural es solamente aquella forma de pensar en el Derecho y en la Moral que parte desde unos individuos aislados, independientes, etc., en el *status naturae*. Desde la mutua independencia, que viene dada por el aislamiento, surge, imaginativamente, la ausencia de vínculos entre estos seres; esta ausencia de relaciones y, en consecuencia, de vínculos, será llamada «libertad», que no es otra cosa que la ausencia de implicaciones vitales mutuas, por lo que la libertad que imaginan los iusnaturalistas consiste únicamente en un vacío de realidad. Tal como explicaron los kantianos, al final del ciclo vital de la Escuela, se trataba de una libertad puramente formal, vacía y negativa⁷⁴⁷. Por tanto, el Derecho, esto es, las normas que regulan la conducta externa de los hombres en la sociedad, debe ser construido desde el postulado de un vacío humano que sólo puede tomar como punto de partida –llevado por su propia lógica– una libertad que consiste, ante todo, en excluir: Excluir relaciones u obligaciones anteriores a la decisión del arbitrio de cada cual. Era la «libertad del vacío», a cuya impugnación dedicó HEGEL buena parte de su vida.

Nadie dispone de un *privilegium* o *Vorrecht* para disponer sobre la conducta de los otros. Consecuentemente, la sociedad política (que es la única sociedad a la que ellos aluden) ha de ser creada mediante un pacto. NICOLÁS JERÓNIMO GUNDLING lo expresó casi con un grito de guerra: «*Voluntas tertii ist nicht voluntas nostra*»⁷⁴⁸. Sobre este tema escribieron bastante porque, frente a los que afirmaban sin más el origen contractual de la sociedad, la época –exquisitamente cuidadosa de la lógica y de sus conceptos– explicó que antes del pacto que constituye el poder político, es preciso suponer otro acuerdo previo, por el que los futuros ciudadanos deciden crear la sociedad en general. Así, algunos autores distinguieron dos contratos distintos en la creación de la sociedad: En primer lugar, el *pactum unionis*, por el que los individuos acuerdan formar una sociedad, y, en un segundo momento, el *pactum subiectionis*, por el que los sujetos que ya son ciudadanos pero no súbditos, se ponen de acuerdo para traspasar a un sujeto determinado el poder para dirigir tal sociedad. A partir del primer tercio del siglo XVIII, cuando la lengua académica es preferentemente la alemana, a estos pactos se les llamarán respectivamente, el *Vereinigungsvertrag* y el *Unterwerfungsvertrag*.

De esta forma, los individuos, reunidos ya bajo una sociedad política, han de pretender conservar en tal sociedad la libertad formal y negativa que ya poseían en el *status naturae*. Por esta pretensión, la sociedad política será caracterizada como una *societas assecutoria* de la forma de ser o naturaleza (los ius-

⁷⁴⁷ Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 36-42.

⁷⁴⁸ Vid. *ErLäuterung....cit.*, L. I, cap. 1, § 18. Tesis que completa el § 24 de este mismo capítulo indicando que «*Factum tertii nobis non imputatur*».

naturalistas decían «los derechos») que se postulaba que era la propia del hombre⁷⁴⁹. Porque la nota constitutiva de la naturaleza humana era la indeterminabilidad del arbitrio. Como tal indeterminabilidad de la voluntad debe seguir presente en la sociedad política, el principio fundamental que rige sociedad es que nadie puede decidir por otro. El gobernante «no puede» (sería antijurídico, *widerrechtlich*, según la terminología de los últimos iusnaturalistas) decidir por los ciudadanos imponiendo a éstos su visión de la vida⁷⁵⁰. Por tanto, las leyes no pueden ser –según demanda la Razón– sino un acuerdo de voluntades, acuerdo que, tras la penetración masiva de la cultura francesa en Centroeuropa, en el siglo XVIII, será conocido con el nombre de *volonté générale*.

Esto implica que la única forma de gobierno teóricamente *legítima*⁷⁵¹ es aquella en la que los ciudadanos deciden por sí mismos. Ya PUFENDORF explicó en su «De Officio» que la única forma de gobierno en la que se conserva la libertad natural es aquella que implica que los hombres se reúnan en un Congreso (in Concilium⁷⁵²). La voluntad de la mayor parte de los que componen tal congreso se tiene, normalmente, por la voluntad de la ciudad⁷⁵³. El prestigio de la democracia era muy fuerte, doctrinalmente, en el siglo XVII, a pesar de que este tiempo atacaba eficazmente las doctrinas de los escolásticos españoles anteriores, a los que acusaban de inducir a sediciones, turbaciones, traiciones. Aparte de la obra de ULRICUS HUBER –el autor que con más ahínco defendió la forma política democrática en este siglo– diversos iusnaturalistas hicieron referencias expresas a la democracia en tanto que la forma de gobierno que mejor se adecua a las exigencias de la Razón. Así, por ejemplo, VITRIARIUS no dudaba en afirmar (siguiendo expresamente el pensamiento de los teólogos españoles de la Segunda Escolástica) que la democracia era la forma «perfectísima» de la sociedad⁷⁵⁴ y JOHANN AUGUST EBERHARD nos explica, ya a finales de la Edad Moderna, que «Existe un prejuicio muy extendido, que a mi me parece sin fundamento, según el cual la libertad de los ciudadanos sólo existe en las Repúblicas, de modo que habrá más libertad conforme la socie-

⁷⁴⁹ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 179 y ss.

⁷⁵⁰ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 27 y ss.

⁷⁵¹ Este adjetivo, en el sentido que hoy tiene, fue usado por primera vez por Luis de Molina. En Pufendorf, *vid. De iure naturae et gentium...*, cit., L. I, cap. 1, § 21.

⁷⁵² En este mismo sentido, Gough, *The Social Contract*, cit., pág. 123.

⁷⁵³ «Verum ubi regimen civitatis collatum est in Concilium, ex plurimis hominibus constants, quorum quisque suam retinet voluntatem naturalem; regulariter, illud habetur pro voluntate civitatis, in quod consenserit maior pars hominum, ex quibus Concilium componitur... Inter plures sententias discrepantes illa praevalabit, quae singulis dissentientibus maior est». Cfr. *De Officio...*, cit., Liber II, cap. VI, § XII.

⁷⁵⁴ «Quando plures patresfam. in unum populum ac civitatem coeunt, et libertatem civilem retinere cupiunt, seu cum eligunt formam regiminis democraticam, Deus, quia haec est perfectissima societas». Cfr. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium ad methodum Hugonis Grotii conscriptae*, cit., Liber II, cap. V, § 34.

dad se aproxime a la forma de gobierno democrática, y la libertad será menor según se acerque a la monarquía»⁷⁵⁵.

Si las doctrinas de los iusnaturalistas se hubieran limitado a teorizar sobre las formas de gobierno, destacando a la democracia como la más adecuada a lo que demanda la Razón, no me hubiera ocupado de ellas en este estudio. El problema comienza cuando estos autores pasan a mantener teóricamente que el *ius* o el derecho, esto es, la justicia, viene creada o constituida sin más por las leyes que dicta la mayoría. Efectivamente, los *iusnaturalistas* redujeron inicialmente el *ius* a la voluntad (*jus seu libertas*), de modo que la única manifestación primaria y esencial del «derecho» será aquella voluntad o libertad que cada individuo posee sobre sí mismo y sus propios actos. Una vez creada la sociedad política, el *ius* es la voluntad que se supone que estos mismos individuos expresan sobre sí mismos mediante las leyes: «Lex, quae constringit». Ha sido tan fuerte la vinculación entre voluntad y derecho (*suponiendo* que toda norma jurídica ha de nacer de una voluntad) que aun RUDOLF STAMMLER –que seguía ideas kantianas– impuso en el siglo XX la tesis que expresa que el Derecho consiste, ante todo, en una voluntad o «querer», en un *Wollen*⁷⁵⁶. En el siglo XVII ya estaba consagrada la visión normativista (si entendemos al mandato como una orden, *iussum* o *Befehl* del superior al inferior) en la reflexión sobre el Derecho. Por esta razón, los iusnaturalistas afirmaron masivamente que el Derecho consiste en las leyes generales e instructivas que dicta el poder político. Según unos, estas leyes son Derecho y obligan porque los ciudadanos han decidido sobre sí mismos; otros, en cambio, no indican nada a este respecto. Entre los muchos testimonios que se podrían traer a colación, quizá el más ingenuo, por su sencillez y radicalidad, sea el del barón von ICKSTATT, que mantiene –cosa que era evidente en su tiempo que– *Iura ex legibus nascuntur*, de modo que «Pendet adeo Cognitio Iuris a Cognitione Legum, hancque praesupponit "ya que" Leges sunt determinantia, Iura determinatum»⁷⁵⁷. De esta forma, en primer lugar existe la ley, que es la regla de las acciones morales y civiles del hombre (*Regula actionum moralium vel civilium directrices*), y tras las leyes, sólo existen derechos subjetivos, *iura*, que son facultades morales *ex Legibus* resultantes⁷⁵⁸. Así, la Ciencia del Derecho se disolvería en el conocimiento de lo contenido en las leyes.

⁷⁵⁵ «Es ist ein sehr gewöhnliches, aber, wie mich dünkt, ganz grundloses Vorurtheil, daß die Freiheit der Bürger nur in den Republiken statt finde, und zwar ein desto größerer Grad derselben, ja mehr eine Regierungsform der Demokratie und desto geringerer, je mehr sie sich der Monarchie nähert». Cfr. *Ueber die Freiheit der Bürger und die Principien der Regierungsform*, en «Vermischte Schriften», 1. Theil, Halle 1784, pág. 6.

⁷⁵⁶ Vid. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Trad. de la 2ª edición alemana por W. ROCES, Madrid 1930, §§ 25 y ss.

⁷⁵⁷ *Meditationes praeliminares...*, cit., cap. I, § XXIX.

⁷⁵⁸ *Meditationes praeliminares...*, cit., cap. I, § XLIII.

Naturalmente, nadie pensaba en las leyes como acuerdos nacionales de voluntades, porque esto es imposible. Pero supusieron, afirmaron o postularon, a veces expresamente, a veces de forma implícita, que toda ley dictada en un Estado republicano debía ser entendida necesariamente como un contrato de todos con todos. Lo que más destacaba no era la justicia concreta de la ley, sino la ley misma dictada por un poder cualificado. Como el siglo XVIII estuvo integrado por republicanos y monárquicos, lo que realmente permaneció de esta doctrina fue la consideración del derecho y la justicia como las órdenes generales provenientes del poder político. En el marco de este legalismo, la naturaleza y legitimación última de la ley consiste en ser un mandato u orden, un *iussum* del Gobernante⁷⁵⁹, y estos mandatos, explica GRIBNER, agotan todo lo que puede decirse sobre la justicia, de modo que la doctrina vulgar acerca de la justicia, que la divide en universal y particular, distributiva y conmutativa, etc., carece de sentido⁷⁶⁰. Consecuentemente, la *iurisprudentia* queda reducida a la habilidad inteligente que posea una persona para aplicar las leyes a los hechos de la vida cotidiana⁷⁶¹, y esta aplicación se realiza mediante un silogismo que se compone de una indagación sobre la ley aplicable (*quaestio iuris*), y otra averiguación sobre lo que ha sucedido (*quaestio facti*)⁷⁶². RÜBEL propone, incluso, un ejemplo práctico de cómo opera este

⁷⁵⁹ GRIBNER, por ejemplo, escribe que «lex civilis est decretum seu iussum summi imperantis». Cfr. *Erläuterung...*, cit., Liber II, cap. 12, § 1. Weidler escribía, casi en tono lapidario, que «Ius, sive lex designat iussum eius, qui imperium pollet, secundum quod, postquam promulgata est, subiecti actiones suas debent componere». Cfr. *Institutiones Iuris Naturalis et Gentium methodo geometrica digestae collataeque sparsim iure positivo illustratae*. Vitembergae. 1731, cap. I, Definitio II. Johannes Eberhard Roesler, como tantos otros, reduce el fundamento último del *ius* a una cuestión de fuerza y mantiene que es preciso obedecer la ley divina porque Dios es nuestro Creador y Conservador. Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae naturalis*, cit., Liber I, cap. II, § 2. La reducción de la capacidad de dictar leyes a una simple cuestión de mayor fuerza se observa nítidamente en Burlamachi, dentro del tono bondadoso y paternalista que le es usual: «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, il faut en contraire supposer dans la personne des sujets la foiblesse et les besoins, d'on résulte la dépendence». Cfr. *Eléments du droit naturel*. Lausanne, 1783, Première Partie, cap. III, pág. 15.

⁷⁶⁰ «Qui legibus obsequitur iustus, obsequium legum iustitia, et actio legibus conveniens iusta dicitur... Definitiones vulgares iustitiae eiusque divisiones in universalem, et particularem, commutativam et distributivam non satis accuratae sunt». Cfr. *Principiorum...*, cit., I, Prolegomena, cap. I, § 3.

⁷⁶¹ «Die Geschichtlichkeit, welche einer besitzt, die Gesetze scharfsinnig zu erkennen, und aus dem Grunde solcher Erkenntnis klüglich anzuwenden auf die Thaten, welche in dem menschlichen Leben vorkommen, wird die Rechts-Klugheit (iurisprudentia) genannt». Cfr. JOHANN FRIEDRICH RÜBEL, *Die Gründlichbeweisene Recht der Natur*, cit., cap. II, § 154.

⁷⁶² «Indagatio circa maiorem syllogismi imputatorii propositionem cognoscendorum quaestiones iuris: indagatio circa minorem propositionem eiusdem cognoscendorum quaestiones facti complectitur». Cfr. A.G. BAUMGARTEN, *Ius Naturae*, cit., § 46.

silogismo⁷⁶³, lo que indica, antes que nada, lo discutida que era todavía esta visión de la Ciencia jurídica. El arte de medir en el derecho queda, pues, dependiente del arbitrio o voluntad (sería inadecuado usar la palabra «libertad» en este contexto) y pierde su contacto con la realidad que pueda estar más allá de las voluntades. La voluntad es una *qualitas personalis*, sin medida posible: En adelante, será preciso postular, como hizo ROUSSEAU, que toda decisión colectiva es incondicionalmente buena y justa⁷⁶⁴.

Si hablamos con propiedad, es necesario concluir que la Ciencia del Derecho desaparece y sólo queda, en su lugar, la Ciencia de la Legislación, una Ciencia, por lo demás, que nunca llegó a tener un contenido determinado, quizá por la separación que operaron los ilustrados entre voluntad y realidad. El rechazo del casuismo, esto es, del examen y estudio de los problemas concretos que presenta la vida, que era la base necesaria de la Ciencia jurídica, lo expresó HOLLMAN claramente⁷⁶⁵. Los iusnaturalistas sustituyeron a la Ciencia jurídica, al Derecho o la Justicia, por la habilidad para legislar, y por este motivo SCHLOSSER mantenía, en 1776, que «el Derecho natural de estos autores (escribe en tono crítico) no es más que una filosofía de la legislación positiva»⁷⁶⁶. HOFFBAUER, en su última obra, cuando está desengañado del iusnaturalismo, dirá que «el Derecho natural de estos filósofos no es más que una teoría de la legislación civil»⁷⁶⁷.

⁷⁶³ «Mevius hat eine Mordthat begangen. Derjenige, welcher als ein Mörder erfunden wird, der soll gerädert werden. Nun aber hat Mevius eine Mordthat begangen; deswegen soll Mevius gerädert werden». Cfr. *Die Gründlichbeweisene Recht der Natur*, cit., cap. II, § 148.

⁷⁶⁴ Aunque ROUSSEAU distingue, en principio, entre la voluntad simplemente mayoritaria, a la que llama *volonté de tous*, y una misteriosa «voluntad general», *volonté générale*, que siempre sería justa (cfr. *Du contract social*, Libro II, caps. III y IV), más tarde, a lo largo de este mismo libro, abandona esta distinción y acaba afirmando que implícitamente que la voluntad del Estado siempre constituye la justa, por definición, «voluntad general», que siempre ha de ser obedecida. Como indica gráficamente HAROLD J. LASKI, «his solution was, in fact, an evasion of it». Cfr. *A Grammar of Politics*. London and New York, 1941, pág. 15.

⁷⁶⁵ «Inanem vero, et plane superfluum, nos suscepturos operam esse existimamus, si de singulis hisce contractuum generibus exponere, sigillatimque, quidnam iuris naturalis circa singulos sit, quid minus, fusius hic vellamus tradere... Inane ergo, et superfluum, etiam esse existimamus, infinitos casus effingere, in quibus, quidnam agendum, quid omitendum, sit, anxie disquiratur». Cfr. *Iurisprudentiae naturalis primae lineae*, cit., § 228.

⁷⁶⁶ «... so sagt es auch Schlosser in seiner mehrmals angeführte Skizze einer Moral: Der Unterschied zwischen Moral und Recht der Natur ist willkürlich. Es ist eigentlich keiner; Recht der Natur ist nichts als Philosophie der positiven Gesetzgebung». Cfr. Hufeland, *Versuch...*, cit., pág. 131.

⁷⁶⁷ «Das Naturrecht dieser Philosophen ist nichts anders als eine Theorie der bürgerlichen Gesetzgebung». Cfr. *Das Allgemeine...*, cit., pág. 6.

Este problema denunciado por SCHLOSSER y HOFFBAUER lo heredó el siglo XIX en toda su crudeza. Una vez que han erigido al arbitrio en fuente de toda justicia, ¿de dónde se han de extraer los criterios para discriminar lo justo de lo injusto? Sólo quedó la salida de recurrir a las ficciones y suponer o postular que la «autonomía de la voluntad» es la fuente de toda ley o derecho. Pero esto no responde a la pregunta, aunque ésta fuera de hecho la respuesta omnipresente en aquella época. El entusiasmo colectivo por constituir por primera vez un Estado republicano, hizo que se llegara a la situación denunciada por ROSMINI-SERBATI: La fe en las virtualidades de una legislación única, cierta y universal hacía superflua la fundamentación de la justicia. Parece que al ser la voluntad la única facultad humana radical que ellos admiten⁷⁶⁸, entendieron que el hombre no puede hacerse daño a sí mismo. En el Derecho privado, fue SAVIGNY quien diseñó y presentó a esta rama del Derecho como una cascada de libertades que surgirían desde un derecho originario a la indeterminabilidad de la voluntad⁷⁶⁹.

§ 41. ¿Genera el Derecho algún deber?

La consecuencia inmediata de esta mentalidad que concibe al Derecho como el contenido de un precepto o mandato, es que deja reducida la norma jurídica a una simple imposición. De este modo, el problema genuinamente

⁷⁶⁸ Vid. THOMASIIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique discernuntur principia honesti, justi ac decori*. Halae et Lipsiae, 1718, Caput Proemiale, pág. 5, en donde ya hace una declaración programática: «Hinc etsi multa jam a Grotio et Puffendorffio etiam emendata, confirmaverim, retentus tamen adhuc fuit et per totum librum disseminatus fundamentalis iste et ad omnes disciplinas pertinent error, de habitudine intellectus et voluntatis ad se invicem, id est, de imperio intellectus in voluntatem, et inde necessario profluente opinione falsa...». Dedicó buena parte del *Liber Primus* de esta obra a mostrar, en realidad, la inoperancia práctica del *intellectus*.

⁷⁶⁹ Vid. el estudio de HANS KIEFNER, *Der Einfluß Kant auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, en «Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert», editado por Blühdorn-Ritter, Frankfurt am Main 1969, págs. 3-26. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, WILLIAM MARKBY hacía notar que «Referring, I suppose, to Savigny's definition of a jural relation (Rechtsverhältniss) as «a province of the independ mastery of the individual will» (System des heutigen Römischen Rechts, § 52). Lassalle says (Preface, p. viii) «So ist well know that in Germany, Savigny, as the head of the historical school, is considered to be the most representative of the reactionary party, hereas his notion upon the subject of acquired rights are in reality revolutionaty and subversive, as compared with the follies and inconsistencies in the position taken up in regard to this subject by those who are supposes to representant liberalism in philosophy». Cfr. *Elements of Law considered with reference to principles of General Jurisprudence*. Oxford, 6ª edición, 1905, pág. 33, nota a pie. Más recientemente, ALEJANDRO GUZMÁN ha mostrado como la relación jurídica que propone SAVIGNY consiste en una relación entre dos sujetos dotados de derechos subjetivos. Vid. *La influencia de la filosofía en el derecho*, ya citado.

jurídico, que es el de mostrar las razones que crean el deber de obedecer una norma, desaparece del horizonte moderno. Aunque explicar esto requiere de algunas precisiones.

1. Reglas técnicas y normas éticas

Las ciencias que regulan la conducta práctica del hombre, es decir, aquel sector de la conducta humana a través del cual el hombre se realiza como hombre y no simplemente como buen negociante, ha sido considerada como la ciencia del *agere* humano, de la *praxis*. Este tipo de actuación humana, *praxis o agere* es, por así decir, intransitiva, porque el hombre no pretende con ella alcanzar un bien externo a él mismo. Por esta razón, la Moral o el Derecho no enseñan los modos de ganar más dinero, por ejemplo, sino sólo aquellos cauces a través de los cuales un hombre puede llevar una vida específicamente humana, inteligente, la propia de un buen hombre, o de un hombre bueno mientras gana dinero. En cambio, las técnicas que regulan las mejores formas de utilizar los medios disponibles para que el hombre alcance un fin externo a él mismo constituyen lo que los griegos llamaron la *poiesis*, que equivale al *facere* latino. Algunos alemanes pre-kantianos las llamaron *Klugheitsregeln*, esto es, reglas de la habilidad o de la sagacidad, que hacen a un hombre listo o perspicaz, aunque no sea inteligente. KANT llamó a estas reglas «imperativos hipotéticos», es decir, reglas técnicas que no imponen ningún deber, si hablamos con precisión, pero que han de ser observadas si queremos alcanzar un fin. El conjunto de estas reglas agrupadas en torno a una misma actividad, forman el contenido de un oficio. Parece obvio que ambos tipos de reglas no tienen nada en común, a pesar de que en el lenguaje usual se las llame a todas ellas «reglas» y, con más imprecisión aún, «normas». No tienen nada en común porque las reglas de la *poiesis* o *facere*, las *Klugheitsregeln*, son las reglas de la Técnica, de las técnicas de ser un buen albañil, un buen estafador o buen asesino⁷⁷⁰. Es decir, son reglas técnicas de por sí amoraes; están ahí, al servicio de todos, y pueden servir indistintamente para hacer cosas justas o injustas.

⁷⁷⁰ «Es regla, para un ser en el cual la razón no es el único fundamento de determinación de la voluntad, es un *imperativo*, es decir, una regla que es designada por un deber ser (*ein Sollen*) que expresa la compulsión (*Nötigung*) objetiva de la acción y significa que si la razón determinase la voluntad totalmente, la acción ocurriría indefectiblemente según esa regla. Así pues, los imperativos valen y son totalmente distintos de las máximas, puesto que éstas son principios subjetivos. Pero aquellos determinan, o bien las condiciones de causalidad del ser racional como causa eficiente, sólo en consideración del efecto y suficiencia para él mismo, o bien determinan sólo la voluntad, sea ella o no suficiente para el efecto. Los primeros serían imperativos hipotéticos, y encerrarían meros preceptos de la habilidad; los segundos, en cambio, serían categóricos y sólo ellos serían leyes prácticas. Así pues, las *máximas* son, en verdad, principios, pero no *imperativos*. Pero los imperativos mismos, cuando son condicionados, es decir, cuando no determinan la voluntad exclu-

2. El «*ius naturale*» como un conjunto de reglas técnicas

Los ilustrados, y en general los modernos, no entendieron este tipo de consideraciones. Ellos rechazaron la escolástica aristotélica, que les hubiera permitido entender la diferencia entre el *facere* técnico y el *agere* moral y acabaron diseñando un *homo faber* también en el campo práctico. Efectivamente, el hombre de los iusnaturalistas de la Edad Moderna tienen unos contornos antropológicos limitados: Se trata de un individuo aislado y solitario en el *status naturae*, que es razonablemente egoísta y que, consecuentemente, cuando actúa lo hace para conseguir algún fin concreto que él reputa un bien para él de acuerdo con su «naturaleza».

La finalidad general de la actuación humana (los iusnaturalistas siempre hablaron en tono general) fue entendida de modo distinto por cada autor. GROCIO y PUFENDORF la situaron en la seguridad y comodidad de la convivencia, que resumieron bajo el término de *socialitas*. THOMASIIUS, y con él buena parte de los ilustrados, entendieron que el hombre actúa, en definitiva, para vivir «mucho tiempo y lo mejor posible» (*diuturne et sine dolore*), y concibieron la conducta humana como necesariamente orientada hacia el hedonismo individual. Por lo general cabe decir que el hombre deja de ser hombre, en el sentido completo (práctico o moral) del término, para convertirse esencialmente en un buscador de seguridad, de comodidad, de independencia, o de placer. Frente a estos planteamientos, KANT hizo un esfuerzo titánico para moralizar la Filosofía práctica proponiendo que la libertad es siempre y necesariamente el campo de la Moralidad. Pero la libertad postula la previa corrección de las normas que seguiremos, pues sin esta justicia primera no tiene sentido la posterior libertad de elección: De ahí los esfuerzos kantianos por fundamentar el método de la Ética.

Los ilustrados mantuvieron, o vinieron a mantener implícitamente, que las reglas que pueden regular la conducta humana, son reglas que cada individuo ha de seguir «si él quiere» vivir con seguridad o cómodamente. Pero no queda claro que cada sujeto tenga el deber —esto es, la obligación incondicionada— de perseguir la seguridad, la comodidad o el placer. Por este motivo, la Ética de la Modernidad no se nos aparece tanto como ciencia moral que exprese deberes —siempre incondicionados—, como las técnicas para alcanzar los fines indicados. Por este camino, en el pensamiento moderno fue desapareciendo la noción misma de Moral y sus propuestas éticas quedaron confundidas con las técnicas poiéticas útiles para alcanzar fines arbitrarios determinados. En

sivamente como voluntad, sino solamente en consideración de un efecto apetecido, o sea cuando son imperativos hipotéticos, son desde luego, *preceptos* prácticos, pero no *leyes*». Cfr. *Crítica de la razón práctica*. Trad. de E. MIÑANA y M. GARCÍA MORENTE, Madrid, 1984, págs. 34-35.

consecuencia, la idea misma de Moral, así como la de pecado, fue apareciendo en la Modernidad como un residuo de un pasado sin luces.

3. El problema del deber jurídico

Existe un punto en el que, desde el siglo XVIII, se viene manteniendo más o menos conscientemente una actitud equívoca tolerada o exigida socialmente: Se trata del tema del deber jurídico. Es decir, aun concediendo que el «Derecho» se reduce a las leyes dictadas por el Gobernante (como mantiene esta mentalidad), el problema es el de justificar o razonar por qué existe el deber de obedecer tales leyes. Hablo de actitud equívoca porque, desde estos planteamientos de la Ética, no tiene ningún sentido seguir hablando de «deber»; en lugar de imponer deberes, las reglas del Derecho natural propondrían «reglas de la prudencia o de la sagacidad».

Ha sucedido que los autores modernos e ilustrados, desde el siglo XVII al XX, no creen en la posibilidad del derecho —sea éste entendido como un conjunto de normas «justas», sea entendido como la Ciencia del derecho— en el sentido jurisprudencial, esto es, de lo que *realmente* es justo, aunque a veces los fundamentos de esta justicia sean contingentes y variables por históricos. La corriente iusnaturalista dominante (pensemos en PUFENDORF, LOCKE, GUNDLING, ACHENWALL) prescindió académicamente de cualquier manifestación de la realidad que fuera ajena al arbitrio de los individuos. Pero desde el arbitrio individual de la «persona» emana ante todo, como muestra la experiencia, fuerza o prepotencia al servicio de los fines usuales: Dinero, placer o poder. Y desde el arbitrio colectivo, aunque se sumen millones, proviene lo mismo: Todos intuimos que la mayor parte nunca se equivoca, sino que persigue invariablemente su propio interés ¿Cómo coordinar el simple interés mayoritario con las exigencias de la justicia? Cabría la posibilidad de volver a las doctrinas de algunos sofistas, como GORGIAS, CALICLÉS o TRASÍMACO, y explicar que el derecho es solamente la fuerza social organizada. Pero esta explicación hubiera privado de su carácter ético a la propuesta del Derecho natural moderno, y precisamente lo que perseguían los iusnaturalistas de esta época era mostrar la superioridad moral de su modo de ver las cosas sobre la realidad jurídica y política existente hasta entonces.

Estos autores no podían explicar, porque hubiera sido inhumano, que los ciudadanos no tienen el deber de cumplir la legislación efectivamente existente, sino que únicamente están forzados a cumplirla porque el Gobernante es el más fuerte. Esta tesis sólo fue explicada con esta radicalidad por los integrantes de la Escuela de Uppsala, en el siglo XX, y por HARRISON en el Reino Unido, tras los precedentes sentados por el siempre coherente LUDWIG KNAPP⁷⁷¹,

⁷⁷¹ Vid. FREDERIC HARRISON, *On Jurisprudence and conflicts in Law*. Oxford, 1919,

cuya obra, por otra parte, no parece haber sido conocida fuera de Alemania. Entretanto, los filósofos y teóricos del Derecho han seguido hablando de obligación y deber, porque de no haber procedido así hubieran privado a las teorías sobre las leyes de la areola de bondad y prestigio que necesitan para ser socialmente aceptadas. Por esta razón, todos los que no han creído en la Justicia, desde el siglo XVII hasta el XX, han hablado del deber jurídico o del deber de obediencia a las leyes pero, dado que su discurso no se ajusta a la realidad, han dado a la palabra «deber» un sentido distinto al usual.

El recurso más adecuado para producir la idea o el sentimiento del deber, fue recurrir a Dios. Los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII eran generalmente deístas y, conforme avanzaba la Ilustración, más que deístas eran frecuentemente ateos. Un deísta habla de una vaporosa Trascendencia, en la que dice creer, que no se interfiere en los asuntos humanos. Si los deístas de la Modernidad hubieran sido aceptablemente consecuentes consigo mismos, hubieran debido excluir a Dios de sus explicaciones filosófico-jurídicas. Pero, históricamente, ha sucedido todo lo contrario: PUFENDORF, MÜLDENER, VAN DER MUELEN, LUDOVICI, OBRECHT, BUDDÉ, MUSAEUS, HOCHSTER, GUNDLING, HOMBERG, GLAFÉY, GRIBNER, ACHENWALL y otros muchos más que se adentran en el siglo XVIII, recurren continuamente a Dios y a «la voluntad divina», para explicar el fundamento de la obligatoriedad de su explicación del derecho. Mantuvieron que se debe obedecer lo pactado, porque Dios ordena que se observen los pactos; que se debe obedecer al Gobernante porque Dios ordena obedecer a los príncipes, que hacen posible la paz y la felicidad colectivas⁷⁷². Incluso en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando la reflexión había avanzado más, de modo que algunos autores, como HÖPFNER, ponen en tela de juicio el carácter vinculante del derecho desde estos presupuestos, los ZOPFENS, RÜBEL, KOEHLER, HEINECCIUS, NETTELBALDT, HOMMEL, PÜTTER, BAUMGARTEN, MADIHN, MOSER o SCHLETTWEIN —con estos últimos se inicia tímidamente, torpemente aún, la escuela jurídica kantiana— el recurso a Dios es más insistente y continuo. Para estos autores, posiblemente Dios no existe (al menos en el sentido en que afirmarí­a esto un cristiano) pero necesitan de la «idea de Dios» para hacer viable sus propuestas teóricas.

pág. 37. Anteriormente, en la pág. 31, ha indicado que «Political socially speaking, law rest on something than force. Juristically speaking, it rest on force, and force alone». LUDWIG KNAPP hizo profusas declaraciones a lo largo de su *System der Rechtsphilosophie*. Erlangen, 1857. Una declaración que podría servir como su programa es la contenida en la pág. 242: «Die Rechtswissenschaft, da sie nur auf die präzisierende Formvollendung geht, hat weder den Inhalt, noch über das Wesen des Rechts eine erkennende Macht». Bajo la expresión «Rechtswissenschaft» entiende cualquier idea de la justicia.

⁷⁷² De este tema trata mi estudio *La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otomano*, ya citado.

4. La reducción del deber a la fuerza

El recurso a una delicuescente idea de la Divinidad tenía, sin embargo, sus límites. No se podía decir –sonaba ya a ridículo en el siglo XVIII– que existe el deber de obedecer una ley concreta porque «Dios lo quiere». Pero los ilustrados hubieron de hacer muchos equilibrios para proporcionar una explicación asequible a todos de por qué han de ser obedecidas las leyes y por qué poseían fuerza normativa las teorías que ellos estaban proponiendo.

PUFENDORF marcó, una vez más, el camino. Según este pensador, existe esta obligación «quia homo a potestate superioris non est immune»⁷⁷³, esto es, existe el deber de acatar la ley porque existen gobernantes. Pero esta explicación no era convincente, porque cualquier hombre puede recibir muchas órdenes de otros hombres, y del simple carácter de origen de estos mandatos no surge ninguna necesidad de cumplirlos. Además, el gobernante humano puede dictar órdenes injustas. Ante estos reparos, presentes más o menos expresamente en todos, la mentalidad moderna buscó colectivamente un camino más simple: Existe el deber de obedecer una orden cuando está previsto un castigo en caso de incumplimiento⁷⁷⁴. SAMUEL COCCEIUS se opuso inmediatamente, ya a comienzos del siglo XVIII, a esta adulteración de la noción de obligación o deber; él explicó que el miedo al castigo o a la sanción no es el motivo por el que el Derecho existe, sino que el castigo es únicamente una consecuencia de haber incumplido un deber ya existente⁷⁷⁵. Ésta era la explicación de la sanción que estaba implícita en la jurisprudencia romanista: Que todo precepto jurídico origina un «deber», y precisamente porque se ha incumplido ese deber (es decir, las razones que en última instancia motivan la vigencia de esa norma), procede indemnizar o castigar. Va de suyo que si prescindimos de la noción de deber previa a la sanción, sería muy difícil entender del Derecho.

Pero esta explicación de COCCEIUS (en quien ejemplifico ahora la actitud de la corriente conservadora) no fue tenida en cuenta por la corriente mayoritaria en la Edad Moderna. Este momento histórico pretendió elaborar una filosofía «del sentido común», clara y sencilla, que fuera asequible a cualquier persona, aun sin estudios. CHRISTIAN THOMASIIUS fue el apóstol de este tipo de Filosofía. Ellos entendían que la verdad exigía simplicidad y sencillez, y si las

⁷⁷³ *De Officio...*, cit., Liber I, cap. II, IV.

⁷⁷⁴ Vid. mi estudio *Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico*, en «Obligatoriedad y Derecho». Universidad de Oviedo, 1991, págs. 151-181.

⁷⁷⁵ «Ut eo minus ferendum sit, quod porro ait: Solo coactionis metu obligationem iuris mihi constare: Iterum atque iterum hoc nego, metus enim ille est tantum aliquis iuris effectus, ast rationem eius non constituit. Quin etsi nullus sit coactionis metus, adhuc tamen manet obligatio: uti si praedo aliquis tam potens sit ut cogia nemini queat... cum obligatio sit vinculum iuris non facti, nec, si iudex non exequitur, rerumque non compe-llit, ideo minus obligatio eius manet». Cfr. *Tractatus Iuris Gentium...*, cit., pág. 25.

filosofías anteriores habían sido tan complicadas, accesibles sólo a los especialistas, este carácter se debía a que no habían estado guiadas por la verdad. En realidad, buena parte del problema residía en que la noción de deber ha sido siempre francamente difícil de expresar, y desde luego, no es posible definir qué quiere decir la expresión «tener un deber» o estar obligado⁷⁷⁶. Más aún, desde la pretendida filosofía sencilla y simple que los modernos propugnaban, esta noción no era explicable.

Los discípulos de PUFENDORF, que llenan todo el siglo XVIII, redujeron la naturaleza del Derecho al hecho del castigo previsto para el caso de incumplimiento. Así, por ejemplo, THOMASIVS redujo el Derecho a la fuerza, en un tono francamente radical⁷⁷⁷, que recuerda al de un empirista del siglo XX. HENRICUS KOEHLER fue todo lo claro que se puede ser en este tema; según él, la obligación de la ley consiste en una conexión causal entre el miedo al castigo y los actos de los ciudadanos que, a causa de este miedo, adecuan sus conductas a los dispuesto en la ley: «Obligatio civilis est nexus poenarum ... cum actionibus civium copulatarum». La obligación, explica KOEHLER, se agota y no es más que coacción o, mejor dicho, el miedo al uso de la coacción: «Obligatio civilis non est nisi connexio metu cum actionibus civium, et consequenter sola coactione civium renitentium absolvitur»⁷⁷⁸. El *imperium* del Gobernante en definitiva, –KOEHLER pretendía ser un autor muy riguroso– consiste «in sola obligatione per mala connexa cum actionibus»⁷⁷⁹. ACHENWALL, el maestro más

⁷⁷⁶ Los autores ingleses del siglo XVIII fueron los primeros que, colectivamente, al mismo tiempo que reivindicaron la categoría básica del deber para poder explicar la realidad jurídica, subrayaron la indefinibilidad de este término. Vid. FRANCIS HUTCHENSON, *Philosophia moralis institutio compendiaria, libris III*. Glasgow, 1745, págs. 18-26. DAVID FORDYCE, *The Elements of Moral Philosophy*. London, 1754, págs. 45-46. HENRY HOME (Lord Kames), *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*. London, 1758, págs. 38-41. JAMES HARRINGTON, *The Oceana and other Works*. London, 1771, pág. 214. ADAM FERGUSON, *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*. Trad. J. RINCÓN. Madrid, 1974, págs. 40 y ss. JAMES BEATTIE, *Elements of Moral Philosophy*. Edimburgh, 1790, vol. II, § 1005.

⁷⁷⁷ Vid. *Contractualismo y voluntarismo...*, cit., pág. 94. Abundando más en este tema, SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*. Berlín, 1966, págs. 9-52.

⁷⁷⁸ «Obligatio civilis est nexus poenarum, ab arbitrio summi imperantis pendentium, et cum actionibus civium copulatarum... Praemia non sunt poenae. Hinc nexus praemiorum cum actionibus civium, obligatio civilis non est... Obligatio civilis est non nisi connexio metus cum actionibus civium, et consequenter sola coactione civium renitentium absolvitur... Leges civiles sunt normae, quibus cives actiones suas attemperare obligantur. Sed obligatio civilis sola coactione civium renitentium absolvitur; leges ergo civiles non nisi leges cogentes». Cfr. *Iuris socialis...*, cit., §§ 781-785.

⁷⁷⁹ Cfr. *Iuris socialis...*, cit., § 743. En el § 746 escribe que «Imperium civile summum ad solam obligationem per mala connexa cum actionibus civium, et consequenter ad solum metum, civibus refractarii incertiendum, contendit».

directo de KANT en materias jurídicas, ya que KANT explicó el *Naturrecht* cuando era *Privatdocent* con el «Jus Naturae in usum auditorium» de este autor, redujo igualmente el deber jurídico a la posibilidad de aplicar la fuerza o los castigos. Él explicaba que las leyes propias del Derecho natural deben ser cumplidas porque Dios nos impone, a la fuerza, su observancia⁷⁸⁰, de modo que –prosigue ACHENWALL– una ley es ley en sentido jurídico, *sensu iuridico*, porque está impuesta por un superior bajo la amenaza de una pena para el que la incumpla⁷⁸¹.

A finales del siglo XVIII se produjo una reacción doctrinal contra esta reducción de la juridicidad a la fuerza. Ya SCHOTT había explicado en octubre de 1759, que la obligación sólo puede ser una necesidad moral de hacer u omitir⁷⁸², de forma que si se explica que la coacción consiste en coacción física, no se limita la libertad del hombre, sino que se la destruye⁷⁸³. Pero SCHOTT tampoco fue muy tenido en cuenta en su momento. Hizo falta que se creara el ambiente que propició la aparición de la filosofía crítica kantiana, para que la reflexión colectiva comprendiera que la coacción fuerza o doblega, pero no impone o crea ningún deber. Siguiendo esta última idea, HÖPFNER explicó que «se llaman moralmente necesarias a aquellas acciones que debemos realizar para conseguir un verdadero bien»⁷⁸⁴. ADOLF DIETRICH WEBER se opuso, igualmente, a considerar que *Obligatio est inclinatio voluntatis per metum*⁷⁸⁵, aunque no quedó muy claro lo que él proponía. En cualquier caso, a finales de la Modernidad, observamos (incluso en los territorios alemanes) una tendencia a entender la noción de obligación de una forma más realista que anterior-

⁷⁸⁰ «Lex est obligatio naturalis et species legum et obligationum moralium. Dicitur autem obligatio hominis ad agendum conformiter voluntati divinae *obligatio moralis* (conscientiae)... Hinc lex moralis (divina) est ea, secundum quam dirigere actiones nostras vi voluntatis divinae obligamur, ideoque est ea norma actionum liberarum, ad quam servandum Deus nos obligat, seu ad cuius observantiam Deo obligamur». Cfr. *Ius Naturae in usum auditorium*. Gottingae, 1774, 4ª edición, Pars Prima, §§ 20-21.

⁷⁸¹ «... consequitur ut leges naturales omnes, immo generalius morales, specialius vero etiam perfectae sint *leges sensu iuridico* tales (iuridicae, superioris), hoc est a superiore latae et sub comminatione poenae ab ipso constitutae subditos obligantes». Cfr. *Ius Naturae...*, cit., Pars Prima, § 44.

⁷⁸² «Recentiores vero, qui a terminis hisce metaphoricis et paulo obscurioribus abhorrent, per necessitatem moralem aliquid agendi vel omittendi eandem expone maluerunt». Cfr. *Dissertationes iuris naturalis*. Erlangae, 1784 (1759), Dissertatio III, titulada «De notione obligationis», pág. 91.

⁷⁸³ «Ponamus enim obligationem consistere in coactione physica, tum certe libertas non limitabitur, sed tolletur et prorsus evertetur». Cfr. *op cit.*, pág. 94.

⁷⁸⁴ «Moralisch nothwendig sind die Handlungen, die wir thun müssen, um ein wahres Gut zu erlangen. Man nennt dieses Gut den Beweggrund der Handlung. Die moralische Nothwendigkeit etwas zu thun heisst Verbindlichkeit». Cfr. *Naturrecht...*, cit., § 7.

⁷⁸⁵ Cfr. *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeiten*. Schwerin, Wismar und Bützow, 1784, § 5.

mente, haciendo de la noción del deber una realidad más proveniente de la estructura racional del hombre, que no de un forzamiento físico o de una amenaza.

Es bien conocido que KANT intentó explicar el deber en términos estrictamente racionales, al margen de cualquier motivación proveniente del mundo empírico o físico⁷⁸⁶. Es de temer, sin embargo, que tampoco KANT logró conseguir una noción del deber jurídico que no se confundiera con el miedo a las sanciones. En efecto, en el plano *metafísico* propio de la Filosofía crítica, aparece un razonamiento que pretende ser racional-puro-a priori, y que nada tiene que ver con la realidad empírica cotidiana. Por ello, esta realidad cotidiana (entre la que incluye todo el Derecho positivo), es arrojada fuera del mundo inteligible-metafísico (el propio del *reines Naturrecht*) y aparece, en tanto que Derecho «positivo», como una parte más del mundo físico o empírico, de la *Natur*, que es el dominio no-racional, de la causalidad y de la necesidad. En este sentido, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ nos indica, sintetizando este problema, que «En la metafísica del Derecho kantiana el concepto de libertad, como postura o situación interna, se contrapone a la libertad legal como resultado de una imposición normativa del poder político. El hombre se encuentra ante el Derecho como ante la Naturaleza, la ley jurídica no es esencialmente distinta de la ley física»⁷⁸⁷. Esto es así porque KANT reservó la noción de «deber» para la Moral, en donde el sujeto debe actuar según la sola idea del deber (en lo que se distingue la Moral de los otros sistemas normativos), sin estar movido por ninguna afección física, proveniente del mundo de los sentidos. Y el derecho es ante todo (como destacó GERHARD DULCKEIT hace ya algunos años⁷⁸⁸) «afección física o sensible» según KANT, pues lo específico de la juridicidad es la coercibilidad, esto es, obrar compulsivamente por miedo a la sanción. En consecuencia, los motivos por los que se cumple con el Derecho, el *Befolgungsmodus* propio del derecho, no puede ser otro que el miedo ante la posible penalidad. Por mi parte, he intentado mostrar en otro lugar como KANT

⁷⁸⁶ Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 21-45.

⁷⁸⁷ *Reforma protestante y Estado moderno*, cit., pág. 98. Ya G.E.A. MEHMEL había reparado en este hecho, en 1815, y había escrito que «Dieser Unterschied geht auf das Recht über, so daß das Recht aus reiner Vernunft das reine, das Recht aus empirischer Vernunft, das empirische und insofern das letzte wirklich gesetzliche Kraft hat, das positive genannt wird... Positives Recht in engsten und strengsten Sinn aber ist dasjenige, welches auf keinem aus der Sache entspringenden Grunde der Vernunft beruht, sondern lediglich von dem zufälligen Ermessen des Gesetzgebers abhängt... Ein rein positives Recht wäre die realisirte Unvernunft selbst». Cfr. *Die reine Rechtslehre*, Erlangen 1815, § 191. Lo mismo mantuvo, algo después, Leopold August WARNKÖNIG cuando escribía que para los kantianos «das historische Recht gilt in den Augen dieses rechtphilosophischen Rationalismus als etwas Zufälliges». Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*. Freiburg im Bressgau, 1839, pág. 145.

⁷⁸⁸ Vid. *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Leipzig, 1932.

no logra dar explicación de lo que ya está, del Derecho positivo, que es el que «ya existe», que queda reducido, en su doctrina, a coacción no explicable racionalmente⁷⁸⁹.

Este problema se presta a discusiones porque algunos entendieron que KANT propuso ante todo un *método*: La generalización de la máxima (Triebfeder) hasta convertirla en ley (Gesetz), a fin de encontrar un derecho justo. Su propuesta sería, por tanto, una teoría simplemente procedimental de la justicia. Este tema, sin embargo, queda muy oscuro en el prusiano. La teoría del imperativo categórico que él propone parece que es un método (no siempre muy claro) pensado para la Moral, que es el campo en el que actúa la idea del deber. Querer hacer de esta generalización propia de la Moral un método para crear o encontrar el Derecho «justo» parece una empresa arriesgada⁷⁹⁰. Porque KANT separa tajantemente la actuación «respetuosa» (aus Achtung) que es propia de la Moral, de la actuación motivada por elementos ajenos al «Respeto», como es el caso del derecho. Me parece que si extendemos al derecho esta propuesta moral kantiana, desnaturalizamos la Moral en KANT, porque entonces le estamos privando de su fundamento específico. En tal caso, Derecho y moral quedarían equiparados, y esto era muy ajeno al propósito kantiano.

El otro gran intento moralizador del derecho fue el que expuso ROUSSEAU en su «Du contract social». Podemos retener que Juan Jacobo distinguió la voluntad empíricamente manifestada (que llamó *volonté de tous*) de la voluntad que es siempre justa, a la que dio el nombre de *volonté générale*. Pero, una vez distinguidas y separadas adecuadamente ambas realidades, en ningún momento caracteriza convincentemente a la «voluntad general». Ésta parece, según lo que él expone, un *desideratum* de naturaleza mística, inalcanzable por los hombres históricos, porque cuando los ciudadanos votan no crean la *volonté générale* sino que sólo la desvelan⁷⁹¹. Esta voluntad inalcanzable ocupa en el sistema de ROUSSEAU el mismo lugar que la Ley Eterna de Dios para un cristiano, sólo que en el ginebrino tal *volonté* desciende a todo tipo de concreciones históricas. Realmente, ¿es posible separar la voluntad manifestada de hecho de una voluntad –por así decir– ideal? ROUSSEAU inaugura la tendencia, que parece más propia del siglo XX, de oponer una voluntad o acuerdo ideal o contrafáctico a la voluntad manifestada empíricamente. Aquella «volun-

⁷⁸⁹ Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., capítulo V, titulado «El problema del Derecho positivo».

⁷⁹⁰ WOLFGANG KERSTING pretende esto en *Wohlgeordnetes Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Berlin-New York, 1984, págs. 29 y ss. Él reconoce que la Ley Jurídica tiene un origen distinto a la Ley Moral en Kant. Pero quiere buscar (de la mano del prusiano) las condiciones que hacen posible éticamente el ejercicio de la coacción.

⁷⁹¹ Vid. *Du contract social ou principes du droit politique*. GALLIMARD. París, 1964, L. I, cap. 3, pág. 371.

tad» infalible se conseguiría privando a las voluntades realmente existentes de todo lo que poseen de «parcial», esto es, no orientado al bien de la totalidad, por lo que su Ética procedimental consistiría en una substracción continua hasta dar con la verdad delgada que es común a todos. Aparentemente estamos ante una versión renovada de la vieja teoría escolástica del Bien Común, pero no es así en este caso, porque ROUSSEAU parece empeñado en exigir la inexistencia práctica o moral de los individuos: Para él la Inteligencia moral únicamente aparece en la sociedad, una vez concluido el contrato social, y «antes» no existe el *intellectus*: Éste sería solamente un correlato del bien social. Y si es duro postular la inexistencia de las personas en cuanto tales, más difícil le resultó caracterizar adecuadamente a la mística «volonté générale». De hecho, su «Du contract social» acaba con un canto apasionado por la obediencia al Estado. Las personas han desaparecido en este totalitarismo: Ya sólo existe una única realidad a la vez social y política, y las distinciones entre los ciudadanos quedan condenadas por constituir «sociedades parciales», siempre malvadas. En definitiva, solamente existen los mandatos del poder único del Estado, que postulan por sí su bondad incondicionada. Pero ROUSSEAU representa la tendencia totalitaria de la Ilustración, que en cierto modo comparte con otros francoparlantes como HELVETIUS, D'HOLBACH o CONDORCET, opuesta al «Estado de Derecho» de VÁZQUEZ DE MENCHACA, PUFENDORF, LOCKE y KANT⁷⁹², y su estudio nos llevaría ahora por un derrotero que rompería la línea argumental.

Y es que la Modernidad, desde su punto de partida personalista, que rechazaba las cosas aparentemente externas a los hombres en la consideración del derecho, no fue capaz de proponer las razones por las que el derecho, o las leyes, generan un deber. Desde la teoría estrictamente imperativista que propusieron, en virtud de la cual las normas jurídicas estaban legitimadas por una peculiaridad de origen, siempre que haya posibilidad de coaccionar o de castigar institucionalmente, habrá Derecho. Pero se trata de un derecho «sin deber», es decir, de unas órdenes sin motivo en sí. Ésta fue una de las grandes aporías de la Edad Moderna.

⁷⁹² El siglo XVIII alemán llamó «Estado de Derecho» o *Rechtsstaat* a la formación política constituida expresamente para defender los dos derechos naturales del hombre: La libertad y las propiedades individuales. Como por una sentencia del *Reichammergericht* estaba prohibido usar la expresión «Menschenrechte» o Derechos del hombre, los universitarios alemanes usaron la de *Urrechte*, que significa derechos originarios o primitivos del hombre. La rígida capacidad de análisis alemana pronto descubrió que estos derechos eran tres, la libertad, igualdad y propiedad, porque la libertad había de ser igual para todos. Al final del período kantiano, los alemanes discutían si el derecho originario era la libertad o la igualdad, y J.A.P. Feuerbach explicaba en su *Anti-Hobbes* que en realidad era la igualdad. Anteriormente, JOHANNES ALTHUSIUS, por ejemplo, explicaba que «Haec hominum coniunctio consistit in ordine, consensione animorum, communicatione consilii et auxilii mutui, et commodi participatione». Cfr. *Dicaeologia libri tres...*, cit., L. I, cap. VII, § 2.

§ 42. La línea iusnaturalista triunfante

Advertía páginas antes que GROCIO y sus seguidores son aún juristas o filósofos entre dos culturas. Efectivamente, la cultura jurídica tradicional, perdió su prestigio ya en el siglo XVII. Este hecho nos lo confirma expresamente ROBERT SHARROCK al indicarnos que él sigue la «nueva jurisprudencia», y que la jurisprudencia «vulgar» ha quedado —aunque él no lo diga con esta palabra— *démodée*⁷⁹³.

Desde luego, a comienzos del siglo XVIII, el estudio de la disciplina llamada *Jus Naturale et Gentium* había superado en prestigio al cultivo de la jurisprudencia romanista, y el estudio del Derecho propio, nacional, no comenzó, y aun así de forma muy incipiente, hasta finales del siglo XVIII⁷⁹⁴. IMMANUEL PROELEUS, en este sentido, rogaba al lector que, al enfrentarse éste a un problema jurídico, prescindiera de los prejuicios (*Vorurtheilen*) que provenían del Derecho romano; indicaba, además, que él compartía la «poca» estima, usual, contra los filósofos romanos y contra el Derecho que éstos habían creado⁷⁹⁵. Los ilustrados creían que el Derecho romano había sido obra de filósofos. Desechada la *jurisprudencia* del Derecho común, y con el estudio de los ordenamientos jurídicos nacionales todavía fuera de la Universidad, las Facultades de Derecho anduvieron casi durante un siglo navegando titubeantemente entre el estudio del Derecho romano y el del Derecho natural. Finalmente, a mediados del siglo XIX, el espíritu del Derecho natural invadió el Derecho romano explicado en las Universidades y se produjo entonces el mulato que muestran las obras de los pandectistas alemanes más conocidos, como BEKKER o WINSCHIED.

Indicaba que los seguidores de GROCIO tienden a mantener la inteligencia del Derecho natural como un orden eterno e inmutable de Justicia objetiva, de modo que aún utilizan expresiones tales como Ley eterna o recta razón, y que por este motivo, fueron rechazados por la escolástica de PUFENDORF. LOS «grocianos» representaron, en el conjunto de la Modernidad, un residuo de una cultura ya desaparecida, que se enfrentaba testimonialmente a la subida impar-

⁷⁹³ «... quoniam Civilia iam apud nos desueverunt fora, et de Vulgari Jurisprudencia actum est, verae Jurisprudenciae animum addicerem». Cfr. *De Officio...*, cit., Epistola Dedicatoria.

⁷⁹⁴ Proeleus indica que «daß zu unsern Zeiten diese 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 der Gewohnheit oder der Herkommen sich gründen, gehalten». Cfr. *Grund-Sätze...*, cit., Vorbericht, § 1.

⁷⁹⁵ «Hier bitte ich aus, daß man die folgenden Lehr-Sätze ohne Vorurtheil des Römischen Rechts, wie es insgemein dociret wird, betrachte. Ich habe inde die gehörige Existimation gegen die Römischen Philosophos, und gegen das von ihnen herrstammende Recht». Cfr. *Grund-Sätze...*, cit., cap. XII, § 5.

ble del pensamiento jurídico individualista. El *ius naturale* de PUFENDORF no fue otra cosa que la afirmación incondicionada de las voluntades individuales, que determinan arbitrariamente –pues ya no existen puntos de referencia ajenos a ellas– los criterios de lo justo y de lo injusto, y en esta pugna, que se estaba decidiendo a comienzos del siglo XVIII, THOMASIIUS podía escribir que «se es amigo del Derecho natural o PUFENDORF, o se es enemigo»⁷⁹⁶. El Freiherr von HOLBERG ya indicaba, en 1748, que PUFENDORF había sido el iusnaturalista cuyo sistema era reputado como el más completo y el mejor⁷⁹⁷. Con estas pretensiones, los modernos querían entrar por un camino más adecuado para el hombre, más personalista, porque en el Derecho y en la Política sólo debían de existir –así pensaban ellos– «personas», de modo que la vara de medir los comportamientos humanos no podía ser otra que la misma persona, o su naturaleza. Acudir para esto a una instancia extraña, hubiera supuesto infravalorar al hombre, según ellos.

A partir del primer tercio del siglo XVIII, el *ius naturale* fue sinónimo del juego intelectual-académico que partía desde los individuos aislados en el *status naturae* y que, mediante los pactos de unión y sujeción, creaban el poder político. Este poder político supremo, así creado, es el único legítimo, y las leyes que él dicta –dado que el mismo poder ha sido creado por los ciudadanos– deben ser consideradas como normas que cada ciudadano se dicta a sí mismo. ROUSSEAU fue el autor más conocido en el empeño de compatibilizar la autonomía del individuo con la heteronomía que implica toda legislación jurídica y política. Lógicamente, esta doctrina iusnaturalista es, fundamentalmente, una teoría política, porque ante todo diseñó un modo de convivencia política⁷⁹⁸, el Estado, cuyas órdenes serían justas por provenir de la instancia legitimada, aunque no todos los jusnaturalistas –ni mucho menos– matizaron tanto. De esta forma, en primer lugar aparece la entidad política, y

⁷⁹⁶ «Vel inimici iuris naturae aut Pufendorffii, vel amici». Cfr. *Paulo plenior Historia Iuris Naturalis*, cit., pág. 18.

⁷⁹⁷ «Pufendorf aber hat sehr gründlich und umständig widerlegt, und sein System wird noch heutiges Tages für das vollkommenste und beste gehalten». Cfr. *Einleitung in das Natur- und Völkerrechts*, cit., Vorrede des Verfassers. Anton Bauer escribía, algunos años más tarde, que «Der erste, welche das ganze Naturrecht vollständig abhandelte und den Grundsatz der Geselligkeit durchführte, war Samuel von Pufendorf». Cfr. *Elementar System der Rechtswissenschaft oder Lehrbuch eines propädeutischen Cursus für Rechtsgelehrte*. Marburg, 1808, § 24.

⁷⁹⁸ Karl Bergbohm, al hacer balance de lo que había sido la Modernidad para la teoría jurídica, escribía que «Die Systeme des Vernunftrechts enthielten stets mehr Rechtskritik und Rechtspolitik, als wirkliche Rechtsphilosophie. Unter seinem Deckmantel wurde eine gewaltige kritische Arbeit geleistet; unter seinem Namen wurden die Idee jener Zeit über die Grundlegung einer umfassenden Neordnung dem allgemeinen Verständnis nahegebracht. Es war ein wirksames Mittel im Kampf um die Gestaltung des Rechts, noch nicht selbst ein Recht». Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892, págs. 209-210.

el Derecho resulta íntegramente desde ella. Por este hecho, el *Jus Naturale et Gentium* moderno no constituye, hablando con propiedad, ninguna propuesta acerca de la *jurisprudencia*, sino una visión completamente nueva del Derecho en la que la *auctoritas* ya no tendrá relevancia jurídica; la *potestas* será la que encarne en todo momento las funciones que son propias de la *auctoritas*. El pensamiento jurídico anterior había girado en torno al binomio *potestas-auctoritas*; a partir de ahora el nuevo poder hará superflua la «autoridad», o bien habrá que descubrir procedimientos racionales que *limiten* adecuadamente la potestad: Desde que crearon el Estado, la gran preocupación doctrinal ha sido la de descubrir o instaurar teorías de la justicia que limiten el poder «en general» (ad omnia) que ellas mismas han creado. Porque ahora ya no se consideran los poderes de las *jurisdictiones* concretas, de modo que el poder del padre de familia sobre su casa sea substancialmente distinto al del acreedor sobre el deudor, o al que el gobernante político dispone en temas de su competencia. La doctrina del Estado reclamó desde su origen un poder único y, además, uniforme, que sirviera para explicar cualquier relación humana: Una consecuencia necesaria de la cualidad personal en que consiste la voluntad, personal o colectiva, que obligó a orillar las consideraciones *reales* en el Derecho.

En los dos últimos tercios del siglo XVIII, apareció una variante iusnaturalista interesante, apenas estudiada hasta hoy. Varios de estos matemáticos y filósofos no entraron a tratar temas propiamente jurídicos, sino que compusieron tratados de filosofía moral. JUAN FRANCISCO BUDDE escribía que «esta parte de la Filosofía, que conforma la actuación del hombre, que llamamos Derecho natural...»⁷⁹⁹. El *ius naturale* estuvo compuesto, en la Ilustración, por las obras de filósofos y también, en medida notable, de profesores de Matemáticas. El sueño de tantos intelectuales del siglo XVI, a saber, que el *ius* fuera creado por los filósofos y extraído *ex intima philosophia*, se hizo realidad. Pero al precio de dejar de ser ciencia jurídica y convertirse los libros de estos filósofos en tratados abstractos acerca del acto moral.

⁷⁹⁹ «Qui eam Philosophiam partem, quae mores hominum fingit formatque, quam plurius recentiore ius Naturae, appellant...». Cfr. *Historia Iuris Naturalis*. Lugduni Batavorum 1711, pág. 3.

VII

LA IDEA DEL DERECHO NATURAL INMUTABLE

Tras la reelaboración que experimentó la *iuris naturalis disciplina* en manos de KANT y sus discípulos, que depuraron y afilaron las nociones iusnaturalistas, la ciencia del *ius naturale* cayó en un profundo desprestigio en el primer tercio del siglo XIX⁸⁰⁰. Entonces los universitarios dejaron de creer en los «estados de naturaleza» y en los «contratos sociales» y, dado que éste era el único Derecho natural que conocían, rechazaron la idea misma de cualquier Derecho o Justicia objetiva. Pero lo realmente importante en la historia de la doctrina del Derecho natural es que ya entonces, a comienzos del siglo XIX, se había afianzado (contradictoriamente con esta cultura dominante) la tesis iusnaturalista que dominará la Edad Contemporánea, a saber, que la Justicia ha de expresarse en un ordenamiento eterno e inmutable, igual para todo el Universo ¿Cómo surgió esta idea?

§ 43. Los escolásticos apreciaron más las cosas en sí que sus manifestaciones

Los orígenes históricos de la doctrina del Derecho natural inmutable son confusos. En ese enorme «historical gulf» (como lo llamaba FIGGIS) que va del siglo XIV al XVII, emergen tanto las tesis individualistas como sus opuestas, las que mantienen la existencia de una *natura hominis* desde la que resultan las normas del Derecho natural, tan inmutables como aquella naturaleza racional. Los protagonistas de ambos movimientos fueron los mismos autores: DUNS ESCOTO, JUAN DE GERSON, CONRADO de SUMMERHART, fundamentalmente. Porque si ESCOTO concedió tanto valor a las personas individuales no es menos cierto que él redujo el contenido del Derecho natural a aquello

⁸⁰⁰ Vid. mi estudio «*Naturrecht*» y «*Rechtsphilosophie*» en «Anuario de Filosofía del Derecho» Nueva Época III (1986) págs. 360-393. O bien *Una introducción a la ciencia jurídica*, cit., págs. 115-150. Hace años publiqué una monografía sobre este tema titulada *Los inicios del Positivismo jurídico en Centroeuropa*. Actas. Madrid, 1993.

que es «*nota ex terminis*», esto es, evidente por sí mismo. Los españoles que integraron la Segunda Escolástica conocían bien a estos autores, especialmente a GERSON y CONRADO, a tenor de la frecuencia de sus citas. FRANCISCO DE VITORIA y DOMINGO DE SOTO se mantuvieron relativamente fieles al espíritu jurisprudencial, pero los teólogos de la tercera generación, ya en el cambio de siglos, *aliter se habent*. Es bien conocido que GABRIEL VÁZQUEZ DE BELMONTE mantuvo la objetividad inmutable de la naturaleza humana racional, desde la que brotaba el *praeceptum*. Como los escolásticos distinguían entre «*principium cognoscendi*» y «*principium obligandi*» de la Ley natural (que identificaba VÁZQUEZ) FRANCISCO SUÁREZ hubo de adoptar una actitud menos radical y más sincrética para hacer operativos ambos principios, argumentando que el principio cognoscitivo de la Ley natural es la objetividad de la bondad o maldad de las conductas, pero que lo que es conocido a través de él sólo tiene capacidad para *obligar* (generar un deber) por el mandato divino que ordena observarlo.

Pero SUÁREZ es otro autor que oculta tanto como muestra, y la gran extensión de incluso sus obras propiamente legales, colabora en este propósito. Las simpatías de SUÁREZ van por las naturalezas inmutables de las cosas, y como desde ellas emergen para los hombres posibilidades de actuar de acuerdo con tales naturalezas, el jesuita alude a veces al conjunto de los derechos subjetivos naturales, al que llama *ius utile naturale*. La voluntad de Dios está vinculada por estas Ideas o esencias. La Filosofía dominante en el siglo XVII fue sin duda la de SUÁREZ, y observamos como los *heterodoxi* (protestantes) más conspicuos en la Teología de esta época siguen los carriles suarecianos. De hecho, cuando estalla el escándalo con la obra de PUFENDORF, las disputas teológicas que ALBERTI, ZIEGLER, MEVIUS, ZENTGRAV, etc. mueven a propósito de algunas tesis de PUFENDORF, se encarrilan según los patrones de las naturalezas inmutables de las cosas, normalmente de la mano de SUÁREZ. PUFENDORF fue combatido, por protestantes, con las armas que proporcionaba la escolástica del jesuita.

¿Es que la Escolástica bajomedieval y los juristas del Jus Commune no se habían sentido atraídos por la tesis de estas naturalezas inamovibles? Es de suponer que sí, pero el hombre medieval no podía aceptar como criterio de la conducta humana unas reglas eternas. Ante todo porque desconfiaba de la *natura*, ya que ésta «*pronior ad malum*», como denunciaba BELLAPERTICA⁸⁰¹. Los juristas medievales solían usar la frase «*natura, idest Deus*» y explicaban cuidadosamente que la naturaleza debía ser entendida como *natura naturata*, no como *natura naturans*, que hubiera sido lo propio de un panteísta como AVERROES. Pero el espíritu medieval fue marcadamente reacio a entender la

⁸⁰¹ «*Aequae per naturam moventur ad commiscendum illicite animalia sicut licite. Cum natura pronior sit ad malum quam ad bonum*». Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., pág. 70.

naturaleza como un arsenal de verdades prácticas listas para ser expuestas: «Existe ciertamente una Ley Eterna, pero no existe un derecho eterno», explicaba DOMINGO DE SOTO. Les era evidente la operatividad del hombre en la historia, y por ello hablaron pacíficamente de las «derogaciones» del Derecho natural. El postulado de una Ley natural tan inmutable como la propia naturaleza racional les fue extraño, porque nadie pensaba en una naturaleza así.

Además, otro gran factor que introducía la complejidad en el seno del razonamiento práctico era la admisión de lo que los filósofos llamaban el «ser modal». ARISTÓTELES había distinguido varias formas de ser, y al espíritu medieval le resultaba evidente que una misma cosa considerada desde su cantidad podía ser mucho, pero considerada desde su belleza podía ser poco; había, pues, que dar razón de esta diversidad de la aparentemente misma realidad. La *jurisprudencia* del Jus Commune, hecha por juristas que habían estudiado Dialéctica en sus estudios escolares, fue poco proclive a hablar expresamente de los «modos de ser» y demás categorías propias de los dialécticos y de los retóricos; pero las tuvo en cuenta. Como ya en el siglo XV comenzó una fuerte reacción contra la complicación y complejidad de los estudios jurídicos propugnada por los Humanistas, el criterio de «las cosas en sí mismas», *seclusis aliis circumstantiis*, cobró una actualidad fuerte de la mano de GERSON y especialmente de CONRADO, ambos muy conocidos y citados por los escolásticos españoles del siglo XVI. Los teólogos que seguían la tradición jurisprudencial se enfrentaron a las pretensiones de la nueva doctrina que prescindía de los *respectos* o modos, y tal fue el caso de VITORIA, DOMINGO DE SOTO, TOMÁS DE MERCADO o JUAN DE SANTO TOMÁS, a lo largo del siglo XVI. Estas resistencias no tuvieron éxito, y el siglo XVII se inauguró, de la mano de GABRIEL VÁZQUEZ Y FRANCISCO SUÁREZ, con «la consideración de las cosas en sí mismas» bajo el lema de «*proprie loquendo*», formaliter, o «*in se et per se*», otras formas de designar el «ser formal» que había propuesto Duns ESCOTO dos siglos antes. SUÁREZ dio ejemplo de una abundante retórica de este tipo. Al prescindir de los modos de ser, los hechos encajaban académicamente en las normas como una pieza metálica encaja en otra que es su *Gegenstück*.

§ 44. La polémica contra SAMUEL PUFENDORF se hizo de la mano de SUÁREZ

La simplicidad propia del estilo de reflexionar que se expresaba «formaliter», «*proprie loquendo*», «*in se et per se*», etc., fue el resultado de la confluencia de la negación de los distintos modos de ser y de la afirmación de un orden nouménico más o menos platonizante. Esta explicación de la realidad práctica humana que postulaba la consideración de las cosas *in seipsis*, al margen de cualquier modo, respecto o razón, experimentó un fuerte espaldarazo

en el siglo XVII, porque las pretensiones nominalistas de PUFENDORF llevaron a la doctrina opuesta a afirmar inmatizadamente la existencia de una naturaleza racional inmutable, según las propuestas de GABRIEL VÁZQUEZ, LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ.

Los enemigos de SAMUEL PUFENDORF destacaron beligerantemente la base teonómica de la Ley natural, pero afirmando normalmente la inmutabilidad de la esencia del hombre y de todo aquello que es concorde con ella⁸⁰². CHRISTIAN WOLFF, bien que podamos dudar de su Fe cristiana, afirmó también esta «essentia bonitatis»⁸⁰³. No se remitieron a la voluntad de Dios (porque esto era lo que hacía PUFENDORF con su nominalismo y consiguiente voluntarismo divino), sino a la bondad misma existente eternamente en la razón divina. La divisa para mantener el nuevo Derecho natural, o para atacarlo, estuvo de hecho en el «voluntarismo» divino o en su negación. Pensemos que en el siglo XVII estaba aún muy activa la cultura (al menos oficialmente) cristiana, y el terreno aparentemente inocuo (desde el punto de vista de las Inquisiciones católica y protestante) en el que podían desarrollarse las discusiones más de fondo, era el del voluntarismo *versus* el objetivismo ético. Pero nadie se engañaba: Todos sabían que tras las respectivas actitudes se ocultaba un talante más de fondo, secularizador o no. La única excepción a esta regla general la constituyó CHRISTIAN WOLFF, quien no dudó en afirmar un orden racional objetivo e inmutable, cognoscible «metafísicamente», al mismo tiempo que la figura de Dios no tenía cabida o totalmente era superflua en él.

Entre los católicos, IGNATIUS SCHWARZ, tras los pasos de SCHMIER, fue el primer autor conocido que denunció el nervio secularizador del nuevo Derecho

⁸⁰² A partir de la extensión de la obra de Samuel PUFENDORF, la Universidad europea se dividió. PUFENDORF entró por un camino marcadamente nominalista y voluntarista, que insistía en la voluntad como prácticamente única potencia originaria del hombre. La Escolástica a que dio lugar su obra fue extensa: NICOLÁS HERTIUS, TITIUS, RECHENBERG, el influyente historiador SAMUEL BUDE, WEBER, BARBEYRAC, que tradujo algunos de sus libros a la lengua francesa, CHRISTIAN THOMASIIUS, LAURENTINO FLEISCHER, HENRICUS KOEHLER, etc. El lector puede encontrar una lista de esta escuela en Ignatius Schwarz, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*. Augustae, 1743, pág. 54. Las personas opuestas al camino secularizador y, ya en el siglo XVIII, anticristiano de los discípulos del PUFENDORF, se acogieron por lo general a las banderas de HUGO GROCIUS. Los *grotiani*, como los llamaron algunos iusnaturalistas del siglo XVIII, encontraron una única salida para defender la existencia de la objetividad de la Ley natural, y fue mantener colectivamente la existencia de una Ley natural eterna e inmutable, al modo de GABRIEL VÁZQUEZ o FRANCISCO SUÁREZ, cuyas obras solían conocer.

⁸⁰³ WOLFF, en sus diversas obras (he tenido en cuenta especialmente su tratado sobre el *Menschliches Thun und Lassen*), alude a la voluntad omnisciente y omnipotente de Dios. Pero al final de cada párrafo, de forma reiterativa, subraya la autonomía de la Ley racional, de modo que *etiamsi Deus non daretur*, el Derecho natural sería igualmente obligatorio para los hombres.

natural, y volvió a reafirmar la tesis de sabor agustiniano de las naturalezas inmutables de las cosas en la razón divina. En este punto le siguió ANSELM DESING, quien en su muy extensa obra sobre el *jus naturale* destacó la inmutabilidad de las esencias como la voluntad de Dios. Y el influyente JUAN FRANCISCO FINETTI, de tan amplia difusión en Italia y España, volvió a insistir en estas tesis de la mano de FRANCISCO SUÁREZ⁸⁰⁴, que fue de hecho el teólogo más conocido en los ambientes católicos de los siglos XVIII y XIX. Fue lógico el rumbo que tomó la reacción católica del siglo XIX, encabeza por LUIGI TAPARELLI D'AZEGLIO, más o menos seguido por PRISCO, LIBERATORE, ORTÍ y LARA, VADILLO, etc., quienes afirmaron la inmutabilidad de la Ley y del Derecho natural y buscaron una Filosofía Primera que otorgara refugio seguro a la Teología moral. Hasta hoy, ésta pasa por ser la posición doctrinal genuinamente católica. Todos ellos enlazaron directamente con lo que entonces parecía la tradición cristiana indiscutida: Que la Creación se asienta en un orden de esencias que provienen de la Santidad de Dios. Que la Ley natural obliga por estar dictada por Dios.

§ 45. La Ilustración postuló la Unidad

No eran tiempos para recordar la naturaleza múltiple, algo fragmentaria del discurso práctico: Toda la Ilustración se movió detrás del dogma de la Unidad, y si los materialistas francófonos como HELVETIUS, D'HOLBACH o CONDORCET consideraban un único Todo regido en definitiva por una única ley, sus oponentes alegaron otras doctrinas materialmente distintas pero formalmente idénticas. El BARON D'HOLBACH buscó un nombre nuevo para el todo universal recién descubierto: El *Nisus*⁸⁰⁵, que los románticos alemanes llamaron pocos años después *Trabant* y *Weltall*. Solamente consideraron una única realidad, siempre homogénea consigo misma, regida por una sola ley. Era el triunfo de la Mecánica cartesiana sobre la filosofía anterior, más poblada y fragmentada por la diversidad de formas.

Fue lógico que cuando se produjo la reacción contra el iusnaturalismo moderno, a comienzos del siglo XIX, aquellos que creían en principios obje-

⁸⁰⁴ Vid. sus *De principiis iuris naturae et gentium adversus Hobbesium, Pufendorfium, Thomasium, Wolfium et aliis, libri XII*. Editio altera, Venetiis, 1777. De acuerdo con lo que ha expuesto recientemente Michel Bastit en *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, cit., SUÁREZ sólo retiene de la doctrina práctica tomista la ley del hombre como *participatio* de la una ley superior. Vid., por ejemplo, *op. cit.*, págs. 313 y ss.

⁸⁰⁵ El Baron D'HOLBACH, en los capítulos VI y XI expone de formas diversas la naturaleza unitaria de este Todo único. Vid. *Système de la nature ou des lois du monde physique et du monde moral*. Londres, 1770.

tivos de justicia echaran mano de este último modo de entender la realidad (también el Derecho natural), porque no conocían otra forma de pensar. El triunfo de la mentalidad moderna ha sido la emergencia triunfante de una forma del pensamiento que únicamente considera la «materia» siempre igual (pues los átomos son iguales), moldeada por formas que vienen a ser, de hecho, accidentales en la única ley del movimiento de la materia. Esta mentalidad estaba subyacente en DESCARTES, GALILEO y NEWTON, bien como postulado metafísicamente necesario, bien como hipótesis de trabajo en la Física, y acabó moldeando toda la cultura moderna-contemporánea. KARL CHRISTIAN FRIEDRICH KRAUSE nos proporciona uno de los primeros testimonios de esta mentalidad subliminarmente presente en el Derecho natural de la Edad Contemporánea cuando escribe que, del mismo modo que sólo hay una Naturaleza, en el conjunto del Universo sólo puede existir un único Estado racional, fundamentado y regulado por las leyes de la Naturaleza única. Debe quedar claro, prosigue KRAUSE, que el Derecho natural, por cuanto está fundamentado en una sola y única Razón, es único para todo el Universo, para los Cielos y la Tierra, para toda la Eternidad, y sólo puede existir un código jurídico para este único Estado Universal⁸⁰⁶. De este modo, nuestra época hereda un rótulo que se asocia al fundamento de cualquier justicia. A partir del siglo XIX, ya no se discutirá tanto sobre la Justicia –que se había perdido de vista doctrinalmente⁸⁰⁷– como sobre el Derecho natural. Es obvio que se trata de una noción del *ius naturale* que poco tiene que ver con la de la Edad Moderna o con la vigente anteriormente. Estamos, pues, ante un tercer tipo de iusnaturalismo, nuevo en la historia, que vio la luz entre las manos de los jesuitas españoles de finales del siglo XVI.

⁸⁰⁶ «Was kann aber in den Namen Naturrecht Natur bedeuten? Ohne Zweifel, dass mein Recht mir vermöge meiner vernünftigen Natur zusteht, so wahr ich Mensch bin, weil ich nur in einer organischen Rechtssphäre meine Bestimmung als Mensch erfüllen kann... Es scheint auch der Beisatz «Natur» auf die absolute Nothwendigkeit, Gesetzmässigkeit und Einheit der Staatseinrichtung allegorisch hinzudeuten. So wie nur eine Natur, so soll auf Erden und im ganzen Weltall nur ein Vernunftstaat sein, der überall nach gleiche Gesetzen gegründet und verwaltet ist... Es soll daher, diess ist schon hier klar, das Naturrecht weil es auf die vernünftige Natur der Vernunftwesen gegründet und gestützt ist, für die ganze Welt, für Erde und Himmel, für alle Sonnenwelten und für ewigen Zeiten gelten, es soll das eine Gesetzbuch für den einen Staat der ganzen Welt sein». Cfr. *Grundlage des Naturrechts oder der philosophische Grundriss des Ideals des Rechts*. Jena und Leipzig, 1803, págs. 11-12.

⁸⁰⁷ ANTONIO ROSMINI-SERBATI se quejaba de que sus coetáneos iban tras una «legislazione certa, unica, universale», que llegaría indefectiblemente, y que expresamente no aludían a la justicia: «... sia certa, unica ed universale, perchè non dicono poi nulla se ella debba essere giusta ovvero ingiusta? - Ben sento che si schernisce sopra modo la mia semplicità; e un gran frastuono di voci, miste fors'anco di risa e ghiguate, così mi riprende: Credi tu che noi vogliamo le leggi ingiuste?». *Filosofia del diritto*. Milano, 1841, vol. I, pág. 3.

Irrumpe así la tendencia a remontarse a un fundamento antropológico-filológico único y último, trascendente a los hombres históricos concretos, para hacer una ciencia abstracta, que se llamó también Derecho natural, y que poco tuvo que ver con el trabajo diario del jurista. Este tercer modelo iusnaturalista comparte con el anterior su falta de sentido de la diversidad y de la complejidad. Porque KRAUSE, TRENDELENBURG, AHRENS (siempre influidos por el modelo kantiano, como fue usual en el área de lengua alemana), o TAPARELLI, LIBERATORE, PRISCO, MENDIZÁBAL, ORTÍ y LARA, CATHREIN, etc., entendían que ha de existir un principio único y universal en las relaciones humanas que garantizará el sentido de justicia de las concreciones jurídicas históricas. Los escolásticos trivializaron o simplificaron este estilo de pensamiento, pues en realidad traspasaron inadvertidamente el esquema legal propio del Estado a la explicación de la justicia, y así como el Estado solamente contempla una única Ley fundamental desde la que han derivar todas las demás, los neoescolásticos afirmaron una sola Ley natural desde la que han de derivar deductivamente las leyes de origen humano, con lo que perdieron de vista el juego simultáneamente deductivo e inductivo que la jurisprudencia anterior había atribuido a la Ciencia jurídica y a cualquier saber práctico. La prudencia fue sustituida por consideraciones abstractas, y el dato singular y contingente sobre el que se apoya ordinariamente el jurista para razonar, fue reemplazado por la fundamentación en un pretendido orden del ser, eterno, que expresa RENÉ MARCIC con la expresión *Natura=Ordo=Mundus=Universitas*⁸⁰⁸.

Esta disciplina nueva que se desarrolla a lo largo del siglo pasado, primero bajo el título de *Naturrecht* y, más tarde, indistintamente como *Philosophie des Rechts*, *Filosofia del Diritto* o *Derecho Natural* (la *Jurisprudence* inglesa fue cosa distinta⁸⁰⁹), hizo síntesis y análisis «filosóficos», en los que buscaban, para partir desde este dato, algo así como el puesto del hombre en el Cosmos.

⁸⁰⁸ RENÉ MARCIC escribe, a este propósito, muy gráficamente, que «Wenn die Rechtsontologie von Natur spricht, dann meint sich nicht jenen berechnbaren Wirkungszusammenhang von Kräften, die miteinander kausal-mechanisch verbunden sind; sie meint nicht bloß jenen objektiv feststellbaren Tatsachebereich, den die Naturwissenschaftler der Neuzeit als Natur ausgegeben haben, die Natur in Sinne des kraftbegabten Stoffes; vielmehr versteht sie darunter dasjenige, was Aristoteles in seines Physik und Metaphysik und was Thomas in seinen Kommentaren zu Aristoteles und in den übrigen Werken im weiteren Sin darunter verstehen: *natura=mundus=ordo=universitas*». Cfr. *Um eine Grundlegung des Rechts. Existenziale und fundamentalontologische Elemente im Rechtsdenken der Gegenwart*, en «Die ontologische Begründung des Rechts», ed. por A. KAUFMANN, Darmstadt 1965, págs. 549-550.

⁸⁰⁹ La *Jurisprudence* buscaba esclarecer el estudio del derecho existente mostrando las nociones formales que necesariamente habrían de encontrarse en su base. A este fin, los ingleses entendieron que era indiferente el ordenamiento jurídico que se estudiara. Vid. James Bryce, *The Methods of Legal Science*, en «Studies in History and Jurisprudence». Oxford, 1901, vol. II, pág. 178.

Fueran los teóricos alemanes que vivían en el aire kantiano, como AHRENS, o los católicos que querían un «Deber-ser» que se fundamentara en la Filosofía primera, en el «Ser», como proponían CATHREIN o ROMMEN, todos heredaron la misma orientación desde este punto de vista. Seguramente, FLORENTINO o BARTOLO se hubieran quedado muy extrañados si alguien les hubiera planteado estas cuestiones, más propias de los *poëtae* que no de juristas.

Cada autor, mediante síntesis a priori posibles gracias al uso de definiciones genéticas, anticipaba una totalidad desde la que posteriormente deducía reglas de comportamiento. Fue propio de estos tratados de «Filosofías del derecho» o «Derecho natural» prescindir de lo singular e irrepetible (los *agibilia*) y —en busca de certeza demostrativa— introducir esquemas universales en los que las personas quedan unificadas en una multitud de rostros iguales, en donde ya no hay situaciones específicamente humanas, sino únicamente seres iguales, *esencias racionales*, como las designaban los kantianos. Por este motivo, a partir del siglo XVIII, los «filósofos del derecho» no considerarán tampoco las situaciones concretas, las de padre-hijo, arrendador-arrendatario, ser comerciante, sacerdote o militar, huérfano o propietario de un bien inmueble. En su lugar, entrarán las *personas*, y la atención del investigador no recaerá sobre los problemas *reales*, casi siempre cotidianos y diversos, sino que su esfuerzo no dirigirá al esbozo de proyectos que tratan, normalmente, de la orientación fundamental de la legislación del Estado, llamada «Ciencia de la legislación», *Gesetzgebungswissenschaft*. La tardía Filosofía del Derecho de STAMMLER supuso un ejemplo acabado de esta forma de pensar. De este modo, la Jurisprudencia quedó sustituida por una Ciencia de la legislación o Ciencia de la Política que adoptó, de hecho, direcciones y enfoques diversos: Ya sólo interesaba cómo orientar globalmente toda la legislación que produce el Estado contemporáneo de acuerdo con una sola realidad.

§ 46. El Estado y el Derecho natural

El mantenimiento de la doctrina del Derecho natural ha sido, durante la Edad Contemporánea, empresa de los ámbitos culturales católicos. Los evangélicos no han participado en este tipo de proyectos sino hasta acabada la Segunda Guerra Mundial, y los no-cristianos han mantenido normalmente actitudes «positivistas», frecuentemente en tono beligerante frente a los anteriores.

Ha sucedido que hemos creado el Estado, la forma de convivencia y dominación propia de la Edad Contemporánea, y el Estado reclama el monopolio de cualquier poder y *jurisdictio* que pueda existir en su territorio. Las construcciones académicas o intelectuales a través de las cuales ha buscado el Estado enseñar su naturaleza han sido llamadas «positivismos jurídicos». El

autor que más desafiantemente representó el positivismo de leyes en un primer momento fue sin duda P. J. ANSELM FEUERBACH: El juez que no aplica las leyes es un falsario que muerde la mano que le da de comer⁸¹⁰. JOHN AUSTIN quiso, por los mismos años, explicar positivamente esta actitud, aunque no lo consiguió, dada su complejidad. Le ganó en el empeño THOMAS ERSKINE HOLLAND⁸¹¹. En cualquier caso, con independencia de unos nombres u otros, lo realmente cierto es que la tendencia universal a la unidad había de prevalecer, por su fuerza irresistible: Pues al hombre del 1800 el ambiente ampliamente dominante le presentaba irracional la pluralidad de ordenamientos jurídicos: Así como hay una sola razón, ha de haber un único poder, una sola legislación. Durante las Edades Moderna y Contemporánea la Unidad ha sido signo de progreso y de racionalidad.

Me ajusto a la sentencia de LASKI: «ideas must wait upon the events which give them birth»⁸¹². Sabemos que el Estado nació para hacer posible la independencia religiosa, pero no siempre lo que se quiere está en consonancia con lo que se obtiene: Porque LUTERO, al demonizar la Iglesia Católica, divinizó el poder político, y años más tarde, para que los príncipes protestantes no fueran molestados por los príncipes católicos, o éstos por aquellos, el poder estrictamente político recibió una consideración superior a la que había tenido en la de la *polis* griega. De ahí la exigencia de igual autonomía y autarquía, y de ahí el prestigio creciente de la Monarquía a lo largo de la Edad Moderna. Ya en el siglo XVII, los puntos terminales de las gestiones diplomáticas eran las cortes nacionales, no las entidades más amplias, como el Emperador o el Papa.

La cuestión es si nuestras circunstancias pueden encontrar solución de la forma cómo la encontraron aquellas otras⁸¹³. El hombre de la Antigüedad con-

⁸¹⁰ Feuerbach declaraba estrepitosamente que «... ist der positive Rechtsgelehrte als solcher ein Diener der Gesetze im Staat ... Also er ist Diener des Positivgesetzes, und er schändet seinen Beruf, wenn er gegen die Heiligkeit dieses Gesetzes auch im mindestens sich vergißt. Ein Untertan, der gegen ein Gesetz sich auflehnt, heißt Rebell; im Richter ... ist ein Falsarius, und der philosophische Rechtsgelehrte, nach dem Bild, das ich oben von ihm entwarf, weiter nichts als der Gehilfe für sein verbrechern». *Über Philosophie und Empirie in ihren Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*. Frakfurt am Main, 1968 (Landshut, 1804), pág. 73.

⁸¹¹ BRYCE declaraba a comienzos de siglo que él ya no recomendaba la lectura de las obras de John Austin. *Vid. Methods of Legal Science*, cit., pág. 182.

⁸¹² *A Grammar of Politics*, cit., pág. xxiii.

⁸¹³ Sin duda alguna, el estudio que mejor ha reproducido la mentalidad dominante sobre el Estado y sus leyes a lo largo de la Edad Contemporánea, ha sido la «Reine Rechtslehre» de HANS KELSEN. Pero ya no estamos en los tiempos que hicieron necesaria la Segunda Guerra Mundial, y procede preguntarse si la norma hipotética o fundamental sobre la que reposa la Teoría Pura del Derecho sigue realmente vigente: Si el hombre de finales del siglo XX sigue considerando sin residuos como «obligatorio» o normativo todo lo creado por el Estado formalmente de acuerdo con la Constitución. Entre los jueces,

sideró que el derecho que usaba en parte era Derecho natural, en parte Derecho supranacional, en parte Derecho propio. El hombre de hoy podría mantener que el derecho que usa cotidianamente en parte se compone de Derechos humanos y principios del Derecho, en parte de Derecho internacional público y privado, y en parte de Derecho nacional. El único óbice para hablar hoy así reside en la tendencia monopolizadora del Estado, a la que le resulta duro admitir que el Derecho vigente en parte no es Derecho creado o reconocido por él mismo. Es posible que el desenvolvimiento de la realidad internacional esté volviendo obsoleto el postulado más básico estatal, y que basta esperar al tiempo para que esta mentalidad cambie por la sola fuerza de los hechos. Aunque también cabe la posibilidad de considerar al Estado y a su legislación única como un estricto «concepto histórico» y proceder con la misma desverguenza que lo hicieron en su día PUFENDORF o KANT.

desde luego, por lo general ya no es así. Lo más aproximado que se puede decir es que el hombre de hoy, abrumado por una complejidad social que le desborda, y con sus energías consumidas en el día a día, ve en las normas que componen su ordenamiento jurídico, un arsenal de reglas, normas y principios que le resultan útiles para resolver sus problemas.

FUENTES HISTÓRICAS

- Accursius, *Accursii glossa in Digestum vetus, infortiatum et novum*. Reprint «Ex Officina Erasmiana». Torino, 1968
- ACHENWALL, G., *Jus Naturae in usum auditorium*. 7ª ed. Gottingae, 1774.
- ALERT, G., *Fundamentum legis naturalis brevis evolutio*. Lubeck, 1701.
- Aletinus Libertus (PETER AHLWARDT), *Vernünfftige Gedanken von den natürlichen Freiheit so wohl überhaupt, als auch in sofern selbige Gott und den Menschen zugeeignet werden müsse*. Leipzig, 1740.
- ALTHUSIUS, J., *Dicaeologiae libri tres. Totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes*. Francofurti ad Moenum, 1649.
- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*. 5ª ed. London, 1911.
- AZPILCUETA, M., *Opera*. Lyon, 1595.
- BALDUS DE UBALDIS., *Commentaria in Digestum*. Venetiis, 1615.
- BARTOLO DE SASSOFERRATO., *Commentaria in Digestum*. Venetiis, 1616.
- BAUER, A., *Elementar System der Rechtswissenschaft oder Lehrbuch eines propädeutischen Cursus für Rechtsgelehrte*. Marburg, 1808.
- BAUMGARTEN, A.G., *Jus Naturae*. Halae Magdeburgicae, 1763.
- BEATTIE, J., *Elements of Moral Philosophy*. Edimburgh, 1790.
- BECKMANN, N., *Doctrina juris ex Jure Naturae, Jure Gentium, Canonico, Divino, Jure Civili Romano, Jure Feudali et Principiis Philosophiae Practicae*. Jenae, 1678.
- BELLAPERTICA, PEDRO, *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi Principis, Commentarium longe acutissimum*. Lugduni, 1586.
- BELLUGA, P., *Speculum Principis*. Bruselas, 1655.
- BEYER, G., *Delineatio Juris Civilis ad fundamenta sua revocati et usui saeculo accommodati*. Lipsiae, 1792.
- BILA, H., *Oratio de juris artis*. Lipsiae, 1558.
- BOLOGNETTUS, A., *De lege, jure et aequitate disputationes*, en «Tractatus Universi Juris», Venetiis, 1584, vol. I.
- BOLOGNETTUS, J., *In eam Pandectarum Partem quam Digesti Veteri vocant, Commentarium seu Repetitionum Pars Prima*. Venetiis, 1582.
- BRÜCKER, J.A., *Essay sur la nature et l'origie des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*. Leipsic, 1810.
- BUDAEUS, G., *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*. Paris, 1543.
- BUDGE, J. Fr., *Positiones inaugurales, in quibus Juris Naturae definitio et fundamentum*. Halae Magdeburgicae, 1698.
- BURLAMACHI, J. J., *Éléments du Droit naturel*. Lausanne, 1787.
- BUTRIGARIO, J., *In Primam, et Secundam Veteris Digesti Partem*. Romae, 1564.

- CATIUNCULA, Cl., *Topica tractata per exempla legum*. Basileae, 1545.
- CLAPROTH, J. Chr., *Verteidigung der mathematischen Lehrart in der Jurisprudenz*, en «Sammlung juristisch-philosophisch und kritischen Abhandlungen». Göttingen, 1743.
- COCCEIUS, S., *Tractatus Juris Gentium de principio Juris Naturalis unico, vero et adaequato*. Francofurti ad Viadrum, 1702.
- CONAN, F., *Commentariorum Juris Civilis libri X*. Basileae, 1562.
- CONRADUS a Summerhart, *De Contractibus licitis atque illicitis*. Venetiis, 1580.
- CONRING, H., *Dissertatio epistolica de varia et vera maxime jurisprudentia*. Helmstadii, 1663.
- CONRING, H., *Propolitica, sive Brevis Introductio in Civilem Philosophiam*. Helmstadii, 1763.
- Corpus Juris Justinianei cum Commentariis Accursii... Scholiis Conti, etc.* Lugduni, 1648. Reprint. de O. Zeller. Osnabrück, 1965.
- COVARRUBIAS Y LEIVA, D., *Relectio in regula Peccatum*. Salamanca, 1578.
- CUMBERLAND, R., *De legibus naturae disquisitio philosophica et Elementorum Philosophiae Hobbesianae Refutatio*. Lubeca et Francofurti. 2ª edición, 1683.
- D'HOLBACH, *Système de la nature ou des lois du monde physique et du monde morale*. London, 1777.
- DERRER, S., *Jurisprudentiae liber primus*. Paris, 1539.
- DESING, A., *Juris Naturae larva detracta*. Monachii, 1753.
- DOVIATIUS, G., *Methodica juris utriusque traditio*. Lugduni, 1562.
- DOVIATIUS, G., *Enarratio in responsa Jurisconsultorum naturalia*. Halae Magdeburgicae, 1723.
- DRIEDUS, J., *De libertate christiana liber*. Lovanii, 1540.
- DUNS ESCOTO, J., *In Primum, Secundum, Tertium et Quartum Sententiarum Quaestiones subtilissimae*. Antwerpiae, 1628.
- EBERHARD, J. A., *Ueber die Freyheit der Bürger und die Prinzipien der Regierungsform*, en «Vermischte Schriften». I. Theil. Halle, 1784.
- EISENHART, J., *De usu principiorum moralis philosophiae in jure civili condendo et interpretando*. Helmstadt, 1776.
- EXEA, A., *Liber Pactorum Unus*. Lyon, 1542.
- FERGUSON, A., *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*. Trad. de J. Rincón. Madrid, 1974.
- FEUERBACH, P. J. A., *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*. Erfurt, 1798.
- FEUERBACH, O. J. A., *Über Philosophie und Empirie in ihren Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*. Landshut, 1804, edición de V. Klostermann. Frankfurt am Main, 1968.
- FINETTI, J. Fr., *De principiis Juris Naturae adversus Hobbesium, Pufendorfium, Thomassium, Wolfium et alios*. 2ª. ed. Venetiis, 1777.
- FORSTER, V. G., *De Historia juris civilis romani libri tres*, en «Tractatus Universi Juris», Venetiis, 1584, vol. I.
- FORTÚN GARCÍA, *De ultimo fine juris Canonici et Civilis*, en «Tractatus Universi Juris», Venetiis, 1584, vol. I.
- FRANCISCO DE VITORIA, *Comentarios a la II-II de la «Suma teológica» de Santo Tomás*. Ed. de V. BELTRÁN DE HEREDIA. Madrid, 1934 y 1935.
- FREDERSDORFF, L. Fr., *System des Rechts der Natur auf Bürgerlichen Gesellschaften*,

- Gesetzgebung und des Völkerrechts angewandt.* Braunschweig, 1790.
- FRIES, J., *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung.* Jena, 1803.
- FROMANN, J. A., *De obligatione naturali.* Tubingae, 1676.
- GEBAUER, G. Chr., *Nova Juris Naturalis Historia.* Wetzlar, 1774.
- GERSON, J., *Tractatus de potestate ecclesiastica, et de origine juris et legum.* Antwerpiae, 1707.
- GÓMEZ, A., *Variae Resolutiones Juris Civilis communis et regii omnis tribus distinctae.* Madrid, 1768.
- GRAMLICH, J. A., *De lege divinarum et positivarum... contra Thomasius et Buddeum.* Lipsiae et Francofurti, 1716.
- GRÉGOIRE, P., *Syntagma Juris Universi.* Venetiis, 1593.
- GRIBNER, M. H., *Principiorum Juris Naturalis libri IV.* 5ª edición. Vitembergae, 1724.
- GROTIUS, GUGL., *De principiis juris naturalis Enchiridion.* Lugduni Batavorum. 2ª ed., 1719.
- GROTIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis libri tres.* Editio Nova. Amstelodami, 1651.
- GUNDLING, N. J., *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De Officio hominis et civis.* Hamburg, 1744.
- GUNDLING, N. J., *Via ad veritatem cujus pars tertia jurisprudentiam naturalem nova methodo elaboratam praesumptis opinionibus aliisque ineptis vacuum sistit.* Halae Magdeburgicae, 1715.
- GUNDLING, N. J., *Jus Naturae et Gentium.* Halae Magdeburgicae, 1728.
- HARRINGTON, J., *The Oceana and other Works.* London, 1711.
- HARRISON, Fr., *On Jurisprudence and the conflits of law.* Oxford, 1919.
- HEINECCIUS, J. G., *Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii de Jure Belli ac pacis libros tres.* Roboreti, 1746.
- HERTIUS, J. N., *Elementa prudentiae juris.* Francofurti ad Moenum, 1702.
- HEYDENREICH, K. Chr., *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien.* Leipzig, 1794.
- HOBBS, Th., *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil.* London, 1839. Reprint de Scientia, Aalen, 1966.
- HOCHSTER, A. A., *Collegium Pufendorffianum super libros duobus De Officio hominis et civis.* Tubingae, 1710.
- HOFFBAUER, J. Chr., *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihren gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit dargestellt.* Halae, 1816.
- HOLBERG, LUDWIG FREIHERR VON, *Einleitung in das Natur- und Völkerrecht.* Copenhagen und Leipzig, 1748.
- HOLLMANN, S., *Jurisprudentiae Naturalis primae lineae.* Gottingae, 1751.
- HOMMEL, F. A., *Propositum de novo systemata juris naturae et gentium ex sententia veterum Jurisconsultorum concinnando sive De jure quod natura omnia animalia docuit.* Lipsiae, 1747.
- HÖPFNER, L. J. Fr., *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker.* 2ª ed. Gießen, 1783.
- HOPPER, J., *De vera Jurisprudentia, ad Regem, libri XII.* Antwerpiae, 1590.
- HOTMANN, Fr., *Antitribonianus.* Pisis, 1771.
- HOTMANN, Fr., *Partitiones Juris Civilis Elementariae,* en «Opera». Lyon, 1599.
- HUBER, U., *De jure civitatis libri III.* Francofurti et Lipsiae, 1752.
- HUFELAND, G., *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts.* Leipzig, 1785.

- HUTCHENSON, F., *Philosophiae moralis institutio compendiaria, libris III.* Glasgow, 1745.
- ICKSTATT, J. A., *Meditationes praeliminares de studio juris ordine atque methodo scientifica instituendo.* Wirceburgi, 1731.
- ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías.* Madrid, 1951.
- KAMES, LORD (Henry Home), *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion.* London, 1758.
- KANT, I., *Crítica de la razón pura.* Trad. P. Ribó. Madrid, 1988.
- KANT, I., *Crítica de la razón práctica.* Trad. E. Miñana y M. García Morente. Madrid, 1984.
- KNAPP, L., *System der Rechtsphilosophie.* Erlangen, 1857.
- KOEHLER, H., *Juris socialis et gentium ad jus naturali revocati specimina VII.* Francofurti ad Moenum, 1738.
- KRAUSE, K., Chr. Fr., *Grundlage des Naturrechts oder der philosophischen Grundriss des Ideal des Rechts.* Jena und Leipzig, 1803.
- KRUMHOLZ, C. Fr., *Dissertatio de civitatum origine.* Jenae, 1711.
- KÜNHOLD, Fr. A., *Origines disensuum in doctrina jurisprudentiae naturalis.* Lipsiae, 1722.
- KÜNHOLD, Fr. A., *Oratio de logomachiis circa principium juris naturae.* Lipsiae, 1723.
- LANGUTT, J. M., *Annotationes in Hugonis Grotium de Juris belli ac Pacis specimen.* Jenae, 1741.
- LENSHER, J., *Oratio de dignitate utilitateque juris civilis, verum ejus usum, contra misonomos, ostendens.* Coloniae, 1542.
- LEYSER, A., *Meditationes ad Pandectas.* Lipsiae et Guelpherbyti, 1741.
- LINGUET, N. H., *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société.* London, 1768.
- LÓPEZ, Gr., *Glosa al Código de las Siete Partidas.* Madrid, 1848.
- LORIMER, J., *The Institutes of Law.* 2ª ed. Edimburgh, 1880.
- LUDOVICI, J., *Dubia circa hypothesim de principio juris naturae eiusque vindicias.* Margburg, 1703.
- MADIHN, G. S., *Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur.* Halae, 1767.
- MALQUYTIUS, L., *Vera non simulata Jurisconsultorum Philosophia.* Halae Magdeburgicae, 1727.
- MARS-MANN, G., *Tractatus Mathematicus-Juridicus.* Jenae, 1674.
- MARTINI, Chr. S., *De vi seu efficacia exemplorum.* Lipsiae, 1686.
- MARTINI, K. A. von, *Praefatio a la «Eisagoge seu elementaria introductio ad studium juris et aequitatis» de Johann Oldendorp.* Vindebonae, 1758.
- MEHMEL, G. E. A., *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts.* Freiburg im Bressgau, 1839.
- MENZIUS, Fr., *De prima imperii inter homines origine.* Altdorf, 1673.
- MEVIUS, D., *Nucleus Juris Naturae et Gentium.* Francofurti et Lipsiae, 1686.
- MOLINA, LUIS DE, *De justitia et jure opera omnia.* Venetiis, 1614.
- MÜLDENER, J. Chr., *Positiones inaugurales in quibus Jus Naturae definitio et fundamentum.* Halae Magdeburgicae, 1698.
- NETTELBLADT, D., *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis.* Halae Magdeburgicae, 1767.
- OLDENDORP, J., *Eisagoge seu Elementaria Introductio ad studium juris et aequitatis.* Vindebonae, 1758.

- OSIANDER, J. A., *Observationes maximam partem theologicas in libros tres De Jure Belli ac Pacis Hugonis Grotii*. Tubingae, 1671.
- PETRUS DE BELLAPERTICA, *Petri de Bellapertica Jurisconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi Principis Commentarium longe accuratissimum*. Lugduni, 1586.
- PRASCH, L., *Jurisconsultus verus et personatus. In qua dissertatione quaedam maxime circa ipsa jurisprudentia fundamenta, vulgo ignota, vel neglecta, vel errata proponuntur et expeduntur*. Norimbergae, 1664.
- PROELEUS, I., *De origine diversorum Juris Naturae principiorum, quatenus nec unica, nec adaequata nec vera sunt*. Lipsiae, 1703.
- PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium libri octo*. Francofurti ad Moenum, 1759. Reprint de Miverva, Frankfurt am Main, 1967.
- PUFENDORF, S., *Compendium jurisprudentiae universalis*. Francofurti ad Moenum, 1694.
- PUFENDORF, S., *Eris Scandica. Qua adversus libros de jure naturali et gentium objecta diluuntur*. Francofurti ad Moenum, 1686.
- PUFENDORF, S., *De Officio hominis et civis sendundum legem naturalem libri duo*. Trajecti ad Rhenum, 1728.
- PÜTTER, J.S., *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie nebst ethlichen Zugaben*. Göttingen, 1767.
- RACHEL, S., *Institutiones Jurisprudentiae libri quattuor*. Francofurti ad Moenum, 1681.
- RAMUS, P., *Aristotelicae Animadversiones*. Paris, 1543.
- RAMUS, P., *Quod sit unica doctrina instituendi methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue Galeno*. Paris, 1554.
- ROEDER, J. U., *De principiis juris naturalis*. Hildeburhusea, 1783.
- ROESLER, J. E., *Institutiones Jurisprudentiae Naturalis*. Tubingae, 1756.
- RÖHRENSSEE, Chr., *Dissertatio de fundamento juris naturae*. Witerbergae, 1687.
- ROSMINI-SERBATI, A., *Filosofia del diritto*. Milano, 1841.
- ROUSSEAU, J. J., *Du contract social ou principes du droit politique*. Gallimard. Paris, 1964.
- RÜBEL, J. Fr., *Das gründlichbeweisene Recht der Natur*. Wittemberg, 1735.
- SCHMALZ, Th., *Handbuch der Rechtsphilosophie*. Halle, 1807.
- SCHMIDT, J. E., *Exercitatio politico-historica de civitatis origine, civitatumque systemata*. s/l., 1745.
- SCHOTT, B. Chr. Fr., *Dissertationes juris naturalis*. Erlangae, 1784.
- SCHWARZ, I., *Institutiones juris naturae et gentium*. Augustae, 1743.
- SEIDEL, Fr., *De civitatum origine et summae maiestatis constitutione*. Lugduni Batavorum, 1718.
- SEPÚLVEDA, J. G., *Demócrates primero o Diálogo sobre la compatibilidad entre la milicia y la religión cristiana*. Madrid, 1963.
- SHARROCK, R., *De Officiis secundum Naturae Jus*. Oxoniae, 1660.
- SIBRAND, J. H., *An detur principum juris naturae verum, primum, unicum, adaequatum et evidens, nec ne*. Rostock, 1703.
- SOCINUS, M., *Commentaria super nonnullis infortiati titulis*. Venetiis, 1593.
- SOTO, D., *De justitia et jure libri decem*. Madrid, 1967.
- STRUVE, B. G., *Bibliotheca juris selecta*. Jenae, 1743.
- STRUVE, B. G., *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis*. Jenae, 1670.

- SUAREZ, Fr., *Tractatus de Legibus ac Legislatore Deo in decem libros distributus*. Conimbricae, 1612. Reprint del I.E.P., Madrid, 1967.
- THENIUS, J. G., *Quaestiones Juris Naturae Septem, ad amoliendas opiniones recentiores quorundam erroneas*. Bremen, 1756.
- THOMASIIUS, Chr. *Paulo Plenior Historiae Juris Naturalis*. Halae Magdeburgicae, 1719.
- THOMASIIUS, Chr. *De jurisprudentiae corpore, animae, sceleto, spectro*. Halae, 1733.
- THOMASIIUS, Chr. *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*. Halae et Lipsiae, 1718.
- THOMASIIUS, Chr. *Philosohia juris ostensam in doctrina de obligationibus et actionibus*. Lipsiae, 1734.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*. Madrid, 1951.
- TOMÁS DE AQUINO, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio*. Torino-Roma, 1964.
- TOMÁS DE AQUINO, *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*. Torino-Roma, 1966.
- TOMÁS DE AQUINO, *Liber de veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium, seu Summa contra Gentiles*. Torino-Roma, 1961.
- TOMÁS DE MERCADO, *Comentarios lucidísimos al texto de Pedro Hispano*. Ed. de Mauricio Beuchot. México, 1986.
- TOMÁS DE VIO, *Summula de peccatis*.Sl., 1554.
- TRIBECHOVIUS, A., *De doctoribus scholasticis et corrupta per eos divinarum humanarumque rerum scientiae*. Gießen, 1665.
- ULRICH, J. A. H., *Initia Philosophiae Justi seu Jus Naturae*. Jenae, 1783.
- ULZURRUM, M., *Tractatus Regimini Mundi*, en «Tractatus Universi Juris». Venetiis, 1584, vol. XVI.
- VAN DER MUELEN, G., *Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libri tres cum Commentariis Guglielmi van der Muelen et Authoribus Annotata, et postrema ejus ante obitum cura nec non Joan. Frid. Gronovius Notae in totum opus*. Ultrajecti, 1696-1703.
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri III*. Venetiis, 1564.
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *De Successionibus et ultimis voluntatibus libri IX in tres tomos divisus*. Lyon, 1599.
- VELTHEIM, V., *Introductio ad Hugonis Grotii De Jure Belli ac Pacis eiusque omnes libros ac singula capita ubi simul Elementa scientiae de juris naturae et gentium prudentia*. Jenae, 1676.
- VITRIARIUS, Ph. R., *Institutiones Juris Naturae et Gentium ad methodum Hugonis Grotii conscriptae*. Lugduni Batavorum, 1734.
- VIVES, J. L., *Aedes Legum*. Madrid, 1947.
- WEBER, A. D., *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*. Schwerin, Wismar und Bützow, 1784.
- WEIDLER, J. Fr., *Institutiones Juris Naturalis et Gentium methodo geometrica digestae collataeque sparsim jure positivo illustratae*. Vitembergae, 1731.
- WELLER, E., *Die Freiheitsbestrebungen der Deutschen im 18. und 19. Jahrhundert dargestellt in Zeugnissen ihrer Literatur*. Leipzig, 1847.
- WERNHER, H. K., *De aequalitate hominum in statu naturali*. Lipsiae, 1708.
- WERNHER, J. B., *De methodo genuina Leges Naturae et Gentium investigandi*. Lipsiae, 1690.
- WOLFF, Chr. *Vernünfftige Gedanken über den Menschen Thun und Lassen*. 2ª ed. Halle im Magdeburgischen, 1723.

WOLFF, Chr. *Grundsätze der Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhänge hergeleitet werden.* Hallae im Magdeburgischen, 1754.

ZENTGRAV, J. J., *Origines Juris Naturalis secundum disciplinam Christianorum.* Argentorati, 1681.

ZIEGLER, G., *In Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis.* 4^a ed. Argentorati, 1706.