

## ***NUESTROS PREJUICIOS ACERCA DEL LLAMADO DERECHO NATURAL***

---

*Francisco Carpintero*

SUMARIO: INTRODUCCION. I. DERECHO NATURAL Y CIENCIA JURIDICA EN LA BAJA EDAD MEDIA. 1. *Derecho natural y libertad natural*; 2. *El tema del "Derecho de gentes" o la racionalidad jurídica*; 3. *La función de la razón en el Derecho natural*. II. TIEMPOS DE TRANSICION. 1. *La tradición recibida*: a) El Derecho natural como una realidad racional; b) El Derecho de gentes y las tendencias naturales. 2. *La reacción contra la tradición*: a) La crisis de la ciencia jurídica tradicional y la historificación del Derecho romano; b) Una nueva "razón" práctica: el Derecho desde la Filosofía. 3. *El nuevo Derecho de la Modernidad: el Racionalismo humanista y el nacimiento de la "iuris naturalis disciplina"*. III. LA ÉPOCA DEL IUSNATURALISMO. 1. *El marco general: una campaña de insultos contra la cultura anterior*; 2. *Grocio y sus seguidores: juristas entre dos culturas*; 3. *El relativismo ético-jurídico, presupuesto fundamental*. 4. *El constructivismo en la teoría práctica*. 5. *Los fundamentos del razonamiento iusnaturalista*: a) La libertad entendida como arbitrio; b) el pacto como única categoría jurídica; c) el *ius* como una prescripción y la función de la doctrina democrática; d) Un problema serio: el Derecho, ¿genera algún deber?: a') Normas éticas y reglas técnicas; b') El *ius naturale* como un conjunto de reglas técnicas; c') El problema del deber jurídico; d') La reducción del "deber" a la fuerza. 6. *La línea iusnaturalista triunfante*; 7. *Un resultado final, entre otros*. IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL "DERECHO NATURAL". 1. *La crítica al método deductivista*; 2. *El pésimo maridaje entre política y Derecho*; 3. *La justicia es una cualidad de las cosas*; 4. *La insuficiencia de los principios generales o primeros*; 5. *La "inventio argumentorum"*: a) Diversidad de situaciones, diversidad de principios; b) El Derecho natural, ¿orden estático?; c) El Derecho y las leyes. 6. *La ciencia de la justicia, es decir, la Jurisprudencia o el Derecho natural*.

Al hablar del Derecho natural se suele entender, bajo esta expresión, un orden jurídico-moral inmutable y eterno, que discurriría paralelo a los ordenamientos jurídicos positivos que se suceden en la Historia<sup>1</sup>. De este modo, al lado o por encima de lo contingente-histórico, existiría un orden 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 democrática, recurre a la expresión "Derecho natural" para afirmar la existencia de una justicia que es superior al arbitrio individual o colectivo. Quiero resaltar que tal persona no argumenta basándose en la *justicia*, esto es, usando o refiriéndose al término "justicia", sino que suele –de hecho– usar la expresión "Derecho natural". De este modo, el tópico que se opone frente a la arbitrariedad suele ser el

1. F. GONZALEZ VICÉN expresa 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.

término "Derecho natural", *ius naturale*. Andrés Ollero nos indica, a este respecto, que "Desde la polémica iusnaturalismo-positivismo, montada con frecuencia sobre maniqueísmos simplistas... el sí o el no al derecho natural se erige para algunos en un test decisivo. Por una parte, el 'derecho natural' se ha convertido en *palabra* obligada, dentro del continuo intento de hombre para desentrañar el sentido último de su estar en el mundo... 'Derecho natural' es, en este sentido, el símbolo de toda apelación a prerrogativas humanas pre-estatales, a imperativos de justicia situados por encima del marco dictado por la fuerza... Desde este punto de vista, parece presentarse como un término 'afortunado', dada su 'eterna' vigencia"<sup>2</sup>.

En consecuencia, todo aquel, especialmente si se trata de un católico, que defiende una justicia objetiva sustraída al arbitrio, al capricho o a la fuerza, argumenta usando la expresión *Derecho natural*. En ocasiones, no se utiliza este término expresamente, y se dice entonces que, por ejemplo, "los derechos de la familia 'son anteriores' al Estado".

Existe, pues, 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 expresa mediante el circunloquio "ser anterior al Estado". No suele existir otro camino para argumentar contra la prepotencia, a menos, claro está, que se recurra a algún artículo de 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 tales "declaraciones", porque considera que, por ejemplo, el asesinato es una acción injusta lo condene o no expresamente una "Declaración de derechos", el recurso a las "Declaraciones" no parece una actitud seria.

2. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid 1982, pág. 191.

Así pues, el que cree seriamente en la justicia se ve forzado a recurrir al tópico del *Derecho natural*: no posee otra arma intelectual y argumentativa. Pero el verdadero problema para el que cree en la existencia de un ordenamiento jurídico inmutable y eterno comienza cuando comprueba, mediante el estudio de la Historia, que los "derechos naturales" varían históricamente, por lo que el contenido del Derecho natural aumenta o disminuye según el sector de él que consideremos. Es concluyente, a este respecto, que Cristo no condenara en ningún momento la institución de la esclavitud<sup>3</sup> o la opresión política de su pueblo, conseguida a través de una invasión militar; hoy, en cambio, tanto la esclavitud como las invasiones militares de naturaleza imperialista están mal vistas, condenadas incluso por el Magisterio de la Iglesia Católica que explicita el contenido de la Ley Natural. ¿Qué hacemos? ¿Condenaremos a Cristo por esclavista, o por no haber desautorizado las torturas como instrumento ordinario de confesión judicial, o, de forma igualmente simplista, llegaremos a la conclusión de que no existe una justicia objetiva, ya que comprobamos que las valoraciones morales y jurídicas cambian según el tiempo?

El asunto tiene bastante envidia porque, perdida la fe en el "Derecho natural", tal como usualmente se entiende esta expresión, se llega a un relativismo ético-jurídico bastante radical, con implicaciones que, normalmente, traspasan el ámbito de lo estrictamente jurídico.

Ahora pretendo ocuparme únicamente 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*. Será preciso exponer cómo la idea corriente del "Derecho natural", como ordenamiento jurídico externo e inmutable que desciende a particularidades, es moderna, esto es, ha sido creada –tal como

3. 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.

hoy la conocemos— en la Edad Moderna, en pugna con la ciencia jurídica tradicional, prudencial y casuística, que era la cultivada entonces normalmente por los católicos. Aludiré, pues, a unos términos cuyo uso arranca, entre nosotros, de la Baja Edad Media, e intentaré mostrar a vista de pájaro las vicisitudes por las que pasan las nociones de *Derecho natural, justicia y ciencia del Derecho*.

## I. DERECHO NATURAL Y CIENCIA JURIDICA 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 comienza, en Bolonia, a explicar a los alumnos que acuden a él, 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 se ha dado en llamar 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, si bien algunas citas sueltas en documentos oficiales nos muestran que debió existir un conocimiento parcial y fragmentario de la recopilación justiniana. Así pues, 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*, 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 –Bulgaro, Martino, Jacobo y Hugo– siguieron la forma de enseñanza normal en aquel momento, según nos informa Martin Grabmann. Aparte de las *disputationes*, que eran cuestiones controvertidas que el maestro proponía para que los alumnos argumentaran de acuerdo con los texto<sup>4</sup>, tenían lugar las *lectiones*, que eran explicaciones que hacía el profesor sobre algún texto señalado del *Corpus Iuris*<sup>5</sup>. En

4. La *quaestio* jurídica medieval solía presentar la siguiente estructura: 1) comienza por la *rúbrica* o *título*; 2) el siguiente elemento es el *exordium*, que suele ser una simple frase introductoria, sin más importancia: *talis quaestio ardua est*, por ejemplo; 3) sigue el elemento más característico, el *casus*, llamado también *causa*, *negotium*, *tema*, *materia*, etc. El hecho de plantear el problema o caso práctico era llamado *ponere* o *proponere*. 4) viene la *sententia*, introducida por la palabra *quaeritur*, o *nunc inde quaeritur*, *quaestionis est*, *iuris est quaestio*, *vertitur in quaestionis*, etc. En algunos casos, poco frecuentes, se emplea la fórmula *controversia est*, *indagatur*, *examinandum*; 5) después, los *disputantes*, *argumentantes*, *opponens et respondens* exponían los *argumenta et allegationes legum*; 6) finalmente, venía la *solutio*, término que rara vez aparecía expresamente. Cfr. H. KANTOROWICZ, *The 'Quaestiones disputatae' of the Glossators*, en "Revue d'Histoire du Droit", 16 (1938), págs. 17-29.

5. 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

consecuencia, los argumentos de profesores y alumnos procedían del 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, compuesta en el siglo pasado, eran conocidos por las primeras palabras con que empezaban, y se hablaba, así, del párrafo *sed naturalia* o de la "ley" *ex hoc iure*, por ejemplo. Dado que la Instituta fue en su momento, cuando la recopilación de Justiniano, un libro destinado simplemente a la docencia del Derecho, a sus párrafos se les llamó *paragrapha*; el Digesto y el Código, en cambio, aparecían con un carácter como más imperativo, y por esta causa a sus párrafos se les llamó *leges*, "leyes".

Aquellos primeros romanistas utilizaron los manuscritos usuales del *Corpus Iuris*, posiblemente copiados por los mismos alumnos para ganarse algún dinero; aquellas *litterae vulgata* –así se llamaron a estas "ediciones" del Derecho romano– no eran excesivamente fiables<sup>6</sup> y, desde luego, los juristas medievales, siempre prácticos, no acometieron la tarea de depurar su contenido mediante análisis 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

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.

6. Vid. a Norbert HORN, *Die Legistische Literaturtypen der Kommentatorenzeit*, en "Ius Commune", 2 (1969), pág. 86.

primeros juristas no dominaban bien el latín<sup>7</sup>, y la 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 redactados los resultados de sus *lectiones* y *disputationes*.

Una vez situados delante de su correspondiente manuscrito, aquellos juristas intentaban comprender el sentido y alcance del texto que estudiaban; a este fin, volcaron sus esfuerzos en determinar el significado jurídico de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió una interpretación directa y propia<sup>8</sup>. Ellos escribía el resultado de sus indagaciones bien entre las líneas del manuscrito del *Corpus Iuris*<sup>9</sup>, o bien señalaban a una palabra con una letra y en los márgenes de los folios desarrollaban sus explicaciones refiriéndolas a las palabras gracias a las letras indicadoras<sup>10</sup>.

7. 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 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 fonetica, nè il greco, nè la distinzione fra il tema e la desinenza delle parole... Essi, di regola, si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche". Cfr. *Trivium e Quatrivium*, en "Ius Romani Medii Aevi", Pars I, 5ª, pág. 38.

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

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

10. Savigny repara en estos dos tipos de glosas al tratar de la obra de Imerius, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función distinta. Según SAVIGNY, la glosa interlinear tendía a aclarar, mediante sinónimos o análisis filológicos, el significado de una palabra determinada. En cambio, la glosa marginal tenía la función de establecer conexiones lógico-



Quiero indicar, con estas digresiones, que la Ciencia jurídica europea se formó en torno y fundamentada en el Derecho romano, en el *Corpus Iuris Civilis*. 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 Justiniano<sup>11</sup>. Así pues, no *especularon* –tal como usualmente se entiende esta palabra– con ellos: un jurista no era un filósofo, ni era cuestión de introducir la Filosofía, normalmente risible para el jurista<sup>12</sup>, en la más seria de las ocupaciones humanísticas<sup>13</sup>. Al jurista tampoco debe importarle la ciencia teológica, indicaba

conceptuales con otros lugares del *Corpus Iuris*. Cfr. *Geschichte des Römischen Recht im Mittelalter*, reproducción de Darmstadt, 1956, cap. XXVI.

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

12. 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.

13. 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. glosa "a" a Digesto, 1,1,1. 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.

Acursio<sup>14</sup>, 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 saber<sup>15</sup>

Se trataba de una cuestión de prestigio: la ocupación con el *Corpus Iuris*, dada la intrínseca y casi completa racionalidad que estos textos expresaban según aquellos juristas de la Baja Edad Media, hacía del jurista un profesional superior al retórico, al gramático o al teólogo. Por este motivo, aunque algunos juristas de los siglos XIII y XIV poseyeron una fuerte preparación humanista<sup>16</sup>, como fue el caso de Odofredo o Baldo, por ejemplo, no usaron de sus conocimientos escolares en la explicación del Derecho, porque entendían que hubieran desnaturalizado la *aequitas*, el verdadero *donum Dei* en el que fundamentaban expresamente la justicia y el Derecho. Las argucias dialécticas, silogísticas y retóricas debían ceder ante el sentido común, la *pietas*

14. "Quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esse, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur". Cfr. *Commentariis ACCURSII et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, París 1559, glosa "e" del Libro I, Título II.

15. En el comentario número 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.

16. 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 magníficos monumentos a la ignorancia. En este sentido, vid., por ejemplo, a G. FASSO, *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". Recientemente, estos juicios inexactos han sido rectificadas. Vid., 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.

y la hombría de bien que expresaba el jurista. Por este hecho, Alberto Bolognnetus, jurista "culto" del siglo XVI, y uno de los teóricos de la jurisprudencia más importante que hemos tenido en Occidente, escribía que *multi sunt in philosophia rudes, qui tamen iurisprudentiae laude excellunt*<sup>17</sup>. Así pues, ese término 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 son 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*<sup>18</sup>, y los cristianos asociamos pronto esa expresión, *ius naturae*, 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. Comienza así, 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

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

18. 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 concinnado 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.

ción privada de los bienes; por otro lado, civilistas, teólogos y canonistas entienden 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 *ius naturale* y del "Derecho de gentes" que encontramos en las fuentes romanas<sup>19</sup>.

Pasemos a ver cómo fue entendido el "Derecho natural", ese *caput mortuus*, como le llamaba Reibstein, sin ninguna importancia doctrinal, en la Baja Edad Media.

### 1. *Derecho natural y libertad natural*

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, y fue muy tenido en cuenta también en el siglo XVI, entiende que el Derecho natural está constituido por las tendencias naturales más importantes del hombre, entre las que destaca la libertad que "naturalmente" siente 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 otro<sup>20</sup>, Acursio indica que "en este

19. Vid. *Notas sobre la noción de Derecho natural en Graciano*, en "Escritos de Derecho natural", Pamplona 1968, pág. 310.

20. FLORENTINO escribía: "Libertas est naturalis facultad eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Servitus est constitutio

lugar se define la libertad atendiendo al Derecho en que se fundamenta, que es el Derecho natural"<sup>21</sup>. Este jurista sigue la doctrina que fue establecida ya por Irnerio<sup>22</sup> 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"<sup>23</sup>.

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 San 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 *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio* se fundamentaban en el Derecho natural o, quizá, más bien, estas instituciones son las que componen y en las que consiste tal Derecho<sup>24</sup>.

*iuris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subiicitur*". Cfr. D. 1,5,4. Ed. Mommsen-Krüger, Berlín 1954.

21. "... definit hic libertas secundum ius quo est inventa ius naturale secundum". Cfr. 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 desierant esse servi". Cfr. D. 1,1,4.

22. "Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut definiatur libertas eo iure, quo inventa est iuri naturali". Glosa "c" a Inst. 1,1,3.

23. "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.

24. Vid. *Etimologías*, ed de la B.A.C., Madrid 1951, Liber V, capítulo IV. Reproduce el canon VII del Decreto de Graciano. Vid. sobre este tema a L. SOUSBERGHÉ, *Propriété de droit naturel, thèse neoscolastique et tradition*

Este último extremo no está muy claro, y nuestra forma de pensar actual puede jugarnos malas pasadas para comprender los textos jurídicos de otras épocas. En efecto, nosotros, hoy, decimos 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 iuris naturalis*) 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. Curiosamente, el primer testimonio que he encontrado en el que se contrapone expresamente a los *Jurisconsulti* con Aristóteles, es el de un teólogo protestante aficionado a temas jurídicos, Johann Adam Osiander, en 1671<sup>25</sup>. Por el contrario, 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 opone resueltamente a los que estimaban que la libertad creada por el Derecho natural sólo se refería a los hombres que eran libres o

*scolastique*, en "Nouvelle Revue Théologique" Louvain, 82 (1950), págs. 582-584.

25. 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.

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"<sup>26</sup>. Esta tesis le parece falsa, porque sigue escribiendo que "aquí se define la libertad según el Derecho por el que fue creada, que es el Derecho natural, por lo que también se define la libertad del siervo". La razón que le mueve a pensar así radica en el hecho de que 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 esclavo<sup>27</sup>. Acursio concluye, consecuentemente, que, de acuerdo con el Derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre<sup>28</sup>.

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 nuestra cultura jurídica, Irnerio. Este jurista, al comentar al término "persona" que aparece en Instituta 1,2,12, escribía: *Nam homo est dignissima*

26. "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" de la edición de Venecia de 1487 (Torino 1968).

27. "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.

28. "...nam ipse (servus) semper liber est inspecto iure naturali". Cfr. glosa "o" a D. 1,1,4. En la glosa "c" a Int. 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".

*creaturarum*, y, para mostrar la evidencia de esta afirmación, recurre a Boecio y a algunos versos de Ovidio y Virgilio<sup>29</sup>. 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, escribían que "el esclavo es naturalmente libre, y cuando se le manumite no se le da la libertad, sino que se le devuelve"<sup>30</sup>.

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 hombres<sup>31</sup>. En estas líneas de Irnerio y de sus discípulos, continuadas por la práctica totalidad de los juristas del *ius commune* que se suceden hasta el siglo XVII, se inicia una tendencia que alcanzará su plenitud en la época ilustrada: me refiero a la afirmación simultánea de dos ordenamientos jurídicos opuestos, uno el Derecho natural, que estatuye la igual libertad para todos los hombres, y otro el Derecho de gentes, un Derecho de origen humano que legitima la existencia de instituciones opuestas a las que estatuye el Derecho natural<sup>32</sup>.

Por lo general, estos juristas, siguiendo el sentido más evidente de los textos romanos, consideraron que habrían existido dos

29. 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.

30. "Servus naturaliter est liber, et dum manumittitur non datur ei libertas, sed detegitur". Cfr. MOSCHETTI, *Eticità...*, cit., pág. 45.

31. 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.

32. Accursio indicaba que el Derecho vigente "partim est de iure naturali, ut libertas: et partim in iure gentium, ut servitus". Cfr. glosa "p" a Inst. 1,3.



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 la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*. Entonces no existían acciones ni juicios, lo que originaba serios problemas; Bartolo de Saxoferrato, que proporciona una explicación muy peculiar de este tema, entendía que el poder político, con sus inevitables exigencias de jerarquización y subordinación, no se oponía, sin embargo, al Derecho natural<sup>33</sup>, y las controversias eran decididas directamente por el poder del Rey<sup>34</sup>. 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 obediencia política. *An contra ius naturale lex possit? Glossa tenet quod non. Contra eam facit: nam sententia iudicis tollit libertatem, quae est de iure naturali*<sup>35</sup>. Igualmente, se ajusta más a la tradición cuando explica que bajo el Derecho natural no existía el matrimonio en la forma en que hoy lo conocemos, por lo que todos los hijos eran legítimos<sup>36</sup>.

Esta primera etapa de libertad acabó cuando un Derecho creado por los hombres –*introducitur usu gentium*, escribía Bartolo– introdujo la división de las propiedades y, con ella, la codicia que origina las guerras<sup>37</sup>; 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 romana<sup>38</sup>. Posteriormente, los

33. 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.

34. Cfr. comentario número 12 a D. 12,6,38.

35. Comentario número 3 a D. 1,4,1.

36. Comentario número 14 a D. 41,2,1.

37. Comentario número 2 a D. 29,1,14.

38. Sobre estos temas, vid. mi estudio *Sobre la génesis...*, cit., págs. 271 y ss. Acursio entendía que "servitutem vel usucapionem a bono publico introducta, cum haec iure naturali sit contraria dicat non esse bona, si enim

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 Derecho se inicia la sociedad actual<sup>39</sup>.

Así pues, el *ius naturale*, en esta primera acepción que estudiamos, es derogable cuando hay causa proporcionada para ello.

## 2. El tema del "Derecho de gentes", o la racionalidad jurídica

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*<sup>40</sup>. Así, frente a la simplicidad primitiva del hombre simplemente imaginado —el hombre del *ius naturale*— el "Derecho de gentes" ha legitimado las instituciones jurídicas propias del hombre actual en sus circunstancias reales, y la utopía o, mejor, el pensamiento utópico, ha cedido paso a las *circunstancias* que constituyen la realidad o la verdad de la dimensión práctica de la vida humana.

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 esti rei publicae eos vivere servos quam mori ingenuos, item si ispicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius ea tolerari, aliter enim non posse probari dominium fere". Cfr. glosa "t" a D. 1,1,11.

39. Vid. *ibidem*.

40. "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.

Es preciso, pues, aludir a este raciocinio práctico –no confundamos *práctico*, esto es, moral o jurídico, con "pragmático" o técnico– que constituye la fundamentación principal de la jurisprudencia medieval. 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* (la codicia, las guerras) se impone sobre la consideración pretendidamente metafísica, propia de la Edad Moderna, que parte desde una inamovible "naturaleza humana". Así pues, centraré la atención en el razonamiento práctico-pragmático<sup>41</sup>, en su superioridad sobre el razonamiento utópico, y procuraré no caer en la trampa fácil de estudiar a grandes rastos la metodología de los juristas medievales del *ius commune*, cosa que ya hice en otra ocasión<sup>42</sup>.

Como hemos visto, el Derecho natural aparece en los juristas medievales, igual que en los *Jurisconsulti* romanos, como un ideal o meta a conseguir, pero utópica y, por ello, sin virtualidad precisa, fuera de la doctrina de las obligaciones naturales; 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 medievales, con su proclamación de la libertad e igualdad económica y política de todos los hombres, aparece, como indica Giuliano Nocera, como destinado a representar el papel del rey que reina pero que no gobierna<sup>43</sup>. El *ius naturale* aparece, de este

41. Una explicación de cómo la utilidad –lo pragmático– genera "lo justo", esto es, lo práctico, se puede encontrar en mi estudio *Una introducción a la ciencia jurídica*, cit., págs. 306 y ss.

42. Vid. mi estudio *En torno al método de los juristas medievales*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", (1982) págs. 617-647.

43. "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

modo, como un ordenamiento jurídico inferior<sup>44</sup>, sin eficacia definida en la vida real.

Para la mentalidad del hombre del siglo XX no es fácilmente comprensible como la meta moral suprema puede ser relegada; quizá el pensamiento *sistemático*, que ha hecho posible, entre otras cosas la mentalidad pacifista, tenga buena parte de la responsabilidad de estas incapacidades del hombre contemporáneo.

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 derogación del Derecho natural, sino tan sólo que este Derecho "no ha sido tenido en cuenta en este caso"<sup>45</sup>. Pero, como esta explicación no es sostenible desde ningún punto de vista, el mismo Acursio explica que el Derecho natural es derogable, pero sólo en casos concretos y no en su totalidad<sup>46</sup>.

dell'operare e dal consenso degli uomini, il diritto naturale conosce, più di ogni altro diritto, le contraddizione clamorose con la realtà". Cfr. NOCERA, *Jus naturale...*, cit., pág. 49.

44. Vid. MASCHI, *Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore?*, en "Studi Koschaker", Milano 1954.

45. "Sed quod dicat esse inmutabile, 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.

46. 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 clasico*, Milano 1963, vol. I, págs. 120 y ss. Los canonistas salvaron la derogabilidad del Derecho natural distinguiendo tres tipos de normas dentro de

Esta última explicación llegaría a ser muy popular, y se expresaba diciendo que el único precepto inmutable del Derecho natural es aquel que prohíbe que sea derogado en su totalidad. Pero —es preciso reconocerlo— ésta es una explicación poco seria, que despojaba al Derecho natural de cualquier fuerza o virtualidad. Por esta razón, Pedro de Bellapertica, al examinar esta opinión, explica que en ella se establece una relación *de toto quo ad totum* y *de parte quo ad partem*, explicación que puede ser válida para explicar problemas físicos o espaciales, pero que, aplicada al caso del Derecho natural, "no vale ni lo que se da como limosna"<sup>47</sup>.

El argumento que puede explicar 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*<sup>48</sup>. Efectivamente, recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre estos temas, la esclavitud es legítima 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 sometidas a eternas controversias y pleitos<sup>49</sup>.

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 Rechtslehre der Scholastik...*, cit., págs. 341-347.

47. El 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. *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratissimo principis Commentarii*, Lyon 1589, comentario 65 a Inst. 1,2,11.

48. Cfr. Acursio, glosa "b" a D. 1,5,4. Azo había mantenido anteriormente que "Iura naturalia dicuntur inmutabilia... 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.

49. 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

En consecuencia, el *ius naturale* puede ser derogado cuando existe una causa proporcionada, y en tal caso es lícito, tanto en el fuero externo como en el interno, proceder contra lo que estatuye este Derecho <sup>50</sup>.

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*<sup>51</sup>, el amigo perpetuo y real del género humano, como lo calificaba Baldo de Ubaldis y estudiaremos más adelante. Era, pues, necesario explicar razonadamente por qué o cómo había sido derogado.

En definitiva, todas las explicaciones que se suceden a lo largo de casi seis siglos en torno a este problema, giran en torno al

domini perpetuo timore rerum suarum amittendarum cruciarentur. Sed quonam modo deducitur lites fore inmortales dominiaque; rerum est, nam principio generis humano omnia erant communia praesertim agri et campi ut est vera et communis opinio". Cfr. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium*, Venecia 1559, cap. 51, § 9. Más adelante continúa: "ut qui aliquid inmovile 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 cuopiam forte praedium aut praedia sibi relicta fuisset appareret". Cfr. *op cit.*, cap 51, §§ 15 y 16.

50. "*Iura naturalia dicuntur inmutabilia*. Ormai in questa figura della *causa legis* vengono e cristallizzarsi motivi etici così forte da permettere el 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.

51. Glosa "c" a D. 1,1,6.

mismo razonamiento que, entre otros, expone Bartolo: la libertad está *estatuida* 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*<sup>52</sup>. Ciento cincuenta años antes, Bellapertica había expresado una idea parecida en un texto de extraña elegancia y precisión: "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*"<sup>53</sup>.

De este modo, estos juristas distinguen entre aquello que "es natural", es decir, a lo que nos sentimos inclinados naturalmente, y lo que constituye, en cambio, un derecho. El tema es, empero, espinoso. Tomás de Aquino escribía, en el siglo XIII, que "todas las cosas hacías las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente por la inteligencia como buenas... y sus

52. Comentario número 1 a Inst. 1,2,11. Cito por la edición de Venecia de 1616.

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

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"<sup>54</sup>. Pero, al parecer, la simple cualidad de inclinación natural no determina 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 *imponer* la *communis omnium possessio* ni la *omnium una libertas*, la *distributio bonorum* y la esclavitud fueron impuestas por la razón humana para utilidad de los hombres<sup>55</sup>. 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 el Derecho natural estaría 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 igualdad<sup>56</sup>.

Por lo general, incluso en la Edad Moderna, en el área de cultura católica, se siguió el esquema *ius naturale-ius gentium*; el primero estatúa la común posesión de todas las cosas y la igual libertad de todos, y el segundo *introducía* la servidumbre y las propiedades. Efectivamente, los juristas católicos, hasta ya entrado el siglo XVIII, siguieron contraponiendo el Derecho de gentes al Derecho natural. Así, por ejemplo, Guillermo Doviatius, en 1723, distinguía entre una libertad filosófica, otra natural y, finalmente, la

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

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

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



libertad legítima; desde los puntos de vista filosófico y natural, todos los hombres somos libres, pero desde el punto de vista de la legitimidad, esto es, de lo establecido por nuestras leyes (*hoc est a legibus nostris traditum*) la libertad ha sido lícitamente abolida<sup>57</sup>. Era éste, de todas formas, un tema ya difícil en el siglo XVI. Pierre de la Grégoire, más conocido como Gregorius Tholosanus, aunque 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 perecer<sup>58</sup>, mantiene, sin embargo, que el último grado de vileza y abyección humana está en la esclavitud<sup>59</sup>.

Junto a las teorías más directas o expresamente iusnaturalistas, tenemos, pues, un pensamiento realista-pragmático que se impuso sobre un sector de lo que entonces se entendía como "Derecho natural". Naturalmente, el estudioso actual tiende a pensar que, a pesar de las declaraciones expresas de estos juristas, el pensamiento 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*, atendiendo a las

57. "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.

58. "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.

59. "Ultimus gradus vilitatis et abiectionis humanae est in servitute". Cfr. *Syntagmatis...*, Pars II, Liber XIV, cap. I, § 24.

necesidades actuales. Que la *ratio* medieval no procede según mitos utópicos, sino que, en ella, la *racionalidad* viene determinada fundamentalmente por la *necesidad* personal y social; porque el razonamiento práctico medieval no pretende basar su corrección, por ejemplo, en una deducción correcta de naturaleza lógica, como en cierto modo pretendió la Modernidad, o en una adecuación puramente técnica o instrumental entre medio y fin, como han mantenido con muchas variantes los teóricos de la *acción* en el siglo XX, ya consideremos a Parsons, Weber o Luhmann. El razonamiento práctico de los juristas medievales busca más bien hacer realidad los bienes específicamente humanos 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 eterna como el Derecho mismo.

Buena parte de los juristas bajomedievales fue consciente de que la actividad específicamente racional del hombre, que se desarrolla normalmente bajo condicionantes lejanos a la utopía, es tan "natural" al hombre como los ideales específicamente humanos, 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* o Derecho de gentes<sup>60</sup>. 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

60. 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.

(*inductum*) en la razón natural, y de ahí su vinculatoriedad<sup>61</sup>, aunque él no habla de obligatoriedad sino de "inmutabilidad"; pero, en este contexto, es más adecuado traducir *inmutabile* por "vinculante" de acuerdo con las ideas de la época.

Bartolo, del mismo modo que sus predecesores, usa con precisión las expresiones *ius naturale* y *ius gentium*, confundíendolas ocasionalmente; pero en varios lugares propone que, cuando aparezca el adjetivo "natural" referido *ad rationem vel ad homines*, debe entenderse que se trata del "Derecho de gentes"<sup>62</sup>. Esto es así —explica Bartolo— porque el *ius naturale* designa un conjunto de inclinaciones comunes a hombres y animales —*quod congruit omnibus*<sup>63</sup>— y este Derecho natural, "cuando se refiera a la razón o a los hombres, debe ser entendido siempre como el Derecho de gentes"<sup>64</sup>. 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"<sup>65</sup>; pero este instinto e inclinaciones naturales quedan limitadas solamente a aquellas que sean comunes a hombres y animales<sup>66</sup>. En cambio, "el

61. "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".

62. En el comentario número 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".

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

64. "relatum ad rationem, vel ad hominem, semper intelligitur pro iure gentium". Cfr. comentario número 5 a D. 41,2,1.

65. "Iuris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat". Cfr. comentario número 14 a D. 1,1,3. Cito por la edición de Venecia de 1615.

66. Cfr. comentario número 1 a D. 1,1,1,3.

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"<sup>67</sup>. Es el Derecho creado por la razón natural, la *naturalis ratio*, ante las necesidades humanas<sup>68</sup>.

El autor que explicó este tema con más claridad 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" <sup>69</sup>.

Como podemos comprobar, los medievales 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*<sup>70</sup>.

Sin embargo, estos autores, a pesar de sus dudas, vacilaciones y contradicciones, no otorgaron el rango de "Derecho natural" a lo creado o construido *racionalmente* ante las necesidades. Quizá el

67. "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 número 1 a D. 1,1,4.

68. "Quod sumpsit originem a humanis necessitatibus". Cfr. comentario número 1 a Inst. 1,1,2.

69. *Suma Teológica*, cit., I-II, q.94, art.3, *responsio*.

70. Vid. *El Derecho de gentes: examen crítico de la Filosofía del Derecho de gentes desde Aristóteles hasta Francisco Suárez*, Madrid-Buenos Aires 1955.

dato decisivo que les detuvo fue la manifiesta, para ellos, inhumanidad de la esclavitud que, sin embargo, se entendía entonces fundamentadamente como una institución necesaria, y no osaron mantener que algo tan repugnante como la servidumbre está "introducido" –hoy se diría, más impropriamente, "fundamentado"– en 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 San Isidoro de Sevilla; pero ningún medieval se atrevió a mantener que un *ius positivum* constituía verdadero Derecho natural. Esto sólo sucedió más adelante en la Historia, cuando los juristas católicos cultivadores de la *civilis iurisprudencia* o *ius civile*, es decir, el *ius commune* de naturaleza fronética, prudencial, hubieron de enfrentarse al iusnaturalismo racionalista que fue, de facto, desarrollado por los protestantes en pugna violenta con la cultura católica<sup>71</sup>.

Veamos ahora, a fin de aclarar esta cuestión, que fue lo que la Baja Edad Media entendió como la aportación específica de la Razón al *ius naturale*.

### 3. *La función 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 que el Derecho de origen humano es 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

71. 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", Nueva Epoca (1988), págs. 383-410.

hombres a crear instituciones poco equitativas, a las que repugnaba considerar como *introducidas* por el Derecho natural. 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 o la promesa hecha. 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"<sup>72</sup>.

Distinguieron, pues, dos sectores del *ius gentium*. Uno de ellos, que constituye el conjunto de soluciones más razonables que la Razón o el discurso racional, inteligente, ha encontrado ante las

72. "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, número 10, y D. 29,1,4, número 2.

Juan Bolognnetus, 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", número 22.

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 haber posible la vida, es obra humana, *ius positivum*, esto es, Derecho "no-natural"<sup>73</sup>.

Evidentemente, los hombres, que hemos hecho posibles las guerras, las torturas, las esclavitudes, las propiedades, 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 Baldo<sup>74</sup>. Luego el Derecho natural, en lo que respecta a la Razón, 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*<sup>75</sup>, 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 humana<sup>76</sup>, 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; efectivamente, en el Tratado de las leyes, en la I-II, q.91, art.3, Tomás sienta el principio fundamental de cualquier ética: la Razón humana, en sí misma considerada, no es regla y medida de las

73. 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.

74. "Iuris gentium semper bonum et aequum est nomine, et re, et est amicus humani generis". Cfr. comentario número 4 a D. 1,1,5.

75. Comentario número 14 a D. 1,1,3.

76. 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.

cosas; pero los principios que naturalmente la informan, sí. En efecto, una cosa es la "razón", ese instrumento calculador 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 ningún fin, porque la prudencia es únicamente un instrumento orientado a la consecución de algo cuya determinación o fijación se le escapa a ella<sup>77</sup>, y otra cosa muy distinta es la Inteligencia que, a diferencia de la razón, no discurre o "razona", sino que, fundamentalmente, contempla; en la Inteligencia 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 o, como sucede más normalmente, para hacer efectivos el arbitrio, el afán económico o de poder, la terquedad o el capricho injusto de cualquier hombre<sup>78</sup>. La prudencia o razón, como tal, que llevó a construir y a hacer funcionar eficientemente el campo de Auschwitz, fue perfecta.

Así pues, "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 encuentran en nosotros sin necesidad de encontrarlos mediante raciocinio o discurso. Así lo explicaba Andrés de Exea, jurista del siglo XVI que seguía la tradición prudencial, cuando explicaba que "nosotros llamamos Derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en

77. Jesús ARELLANO escribía a este respecto: "¿Y la prudencia? Es una virtud maravillosa. Pero su virtualidad no es la de crear objetivos, sino la de servirlos. Ella, con su cohorte de servidoras y compañeras (con la sagacidad, la audacia, la tenacidad, la paciencia), no inventa los fines, sino que dispone los medios más adecuados para alcanzarlos y las formas más idóneas para perseguirlos". Cfr. *La existencia cosificada*, Pamplona 1981, pág. 24.

78. Respecto a la diferencia entre la simple razón y la Inteligencia, vid. mi estudio *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid 1988, págs. 316-319. Un estudio más completo es el de J. CRUZ CRUZ, *Intelecto y razón. Las coordenadas del pensamiento clásico*, Pamplona 1982.



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"<sup>79</sup>. Tomás, por su parte, ya había explicitado 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 nos inclina primariamente, pero que los hombres, mediante el esfuerzo de la razón, hallaron ser convenientes para vivir rectamente"<sup>80</sup>.

Desde muy pronto se llamó 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"<sup>81</sup>.

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*– fue, simplemente, 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 esto supondría interpretar demasiado el pensamiento de estos autores, porque ellos llamaron expresamente "Derecho natural" sólo a estos *prima principia*, y el resto de las normas que los hombres crean racionalmente constituyen *ius positivum*, como explica también Tomás en la I-II, q.95, art.4,

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

80. *Suma teológica*, cit., I-II, q.94, art.3, *responsio*

81. "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.

*responsio*, en donde explica que el *ius positivum* se divide en Derecho de gentes y Derecho "civil", según que se obtenga desde estos primeros principios por "conclusión" o por "determinación" de la mente. De hecho, una investigación exhaustiva sobre la obra de Tomás, sólo logró encontrar unas cuarenta normas concretas que él atribuye al Derecho natural<sup>82</sup>.

Se trata, pues, de dos vertientes distintas de la misma razón. La *recta ratio* muestra principios inmutables de justicia, y esta misma *ratio* aconseja u ordena hacer esto o aquello ante estas circunstancias. Lo primero es Derecho natural, según los autores medievales; lo segundo, *ius positivum*.

## II. TIEMPOS DE TRANSICION

Desde las explicaciones anteriores hemos llegado a una idea acerca del *ius naturale* que poco tiene que ver con lo que hoy se entiende, por lo general, como "Derecho natural". El Derecho natural *es*, en la teoría bajomedieval, la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas*, y es, 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 entondes 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 o convenientes 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

82. Vid. GEORGETTE DE ST. HILAIRE, *Precepts of Natural Law in the text of Sto. Thomas*, tesis doctoral inédita, leída en 1962 en St. Louis University, U.S.A.

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 Suárez<sup>83</sup>.

Estas explicaciones quedan 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 Justicia. Como caracterización de conjunto, podemos indicar que los juristas que siguen la tradición jurisprudencial del *ius commune*, católicos normalmente, siguen entendiendo que el Derecho natural, y la Justicia, en general, constituyen una participación del hombre en el *conjunto* de la Naturaleza, de modo que la actividad verdaderamente racional es aquella que hace que el nombre no pierda "su" lugar en la Creación: el hombre es sólo un sector de lo Creado. Esta forma de entender las relaciones del hombre con el Mundo –relaciones desde las que debe extraer las normas de su comportamiento– hizo que el sector católico de los juristas no se adscribiera a la corriente "racionalista" en el Derecho que arranca 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

83. "Pero quiero añadir que entre el derecho de gentes y el derecho natural hay una diferencia, y es que el derecho natural no sólo manda las cosas buenas, sino que además prohíbe las malas, de tal manera que no permite ninguna de ellas; en cambio, el derecho de gentes puede permitir algunas cosas malas, como observó Juan de Matienzo. Esto parece tener lugar sobre todo en el derecho de gentes que en realidad es civil, pero que se llama derecho de gentes por la semejanza y coincidencia entre los pueblos. Según esto, de la misma manera que en el derecho civil se permiten algunos males, así también pueden permitirse en el derecho de gentes, ya que la misma tolerancia puede ser tan necesaria –dada la fragilidad y la naturaleza de los hombres y de las cosas– que casi todos los pueblos coinciden en admitirla: tal parece ser la tolerancia de las mujeres públicas y del engaño en los contratos con tal de que no sea excesivo, y de otras cosas semejantes". Cfr. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, trad. de J.R. Eguillor, Madrid 1987, vol. I, Libro II, capítulo XX, artículo XX, § 3.

complicados razonamientos pretendidamente fundamentadores de la Ética. Juan Bolognnetus, Covarrubias, Ulzurrum, o Exea, entre otros, y como veremos más adelante, destacan decididamente la *naturalidad*, esto es, la realidad de ser o constituir un sector de la Naturaleza. La actividad humana es medida por la Realidad, y no al revés. Veamos esto más detenidamente.

### 1. *La tradición recibida*

Juan Bolognnetus, 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"<sup>84</sup>. 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"<sup>85</sup>. Y como el modo de participar cada ser en esta ley natural es muy distinto, Juan Bolognnetus declara que existe un "Derecho natural de los hombres que se fundamenta en un precepto de la naturaleza que no es común a

84. *In eam Pandectarum Partem...*, cit., ley 1<sup>a</sup>, D, de acq. pos. Comentario número 280, página 210 de esta edición.

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

todos los animales, y que se llama con más propiedad 'Derecho natural de los hombres'"<sup>86</sup>.

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 hombres<sup>87</sup>. Miguel de Ulzurum, 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"<sup>88</sup>, el Derecho natural no se manifiesta del mismo modo en los animales y en los hombres<sup>89</sup>, sino que tal Derecho, "dado que los animales son distintos, inclina a aquellos que son diversos a (operaciones) diversas"<sup>90</sup>. Andrés de Exea dice explicar este tema de "un modo más filosófico"<sup>91</sup>. 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

86. *Ibidem*.

87. *Relectio in Regulam Peccatum*, Salamanca 1578, número 4.

88. "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, número 22.

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

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

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

devolver el bien con el bien<sup>92</sup>, cosas que, evidentemente, no pueden comprender los animales.

El hombre es, pues, un sector de la Creación, y lo que el Derecho natural demanda de él se reconoce también a través de sus apetitos y tendencias naturales. El Derecho natural, en consecuencia, no es una construcción "racional" o racionalista, al modo kantiano, para el que el hombre es sólo una "esencia racional" que ha de seguir las leyes de la racionalidad pura a priori<sup>93</sup>.

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.

#### a) *El Derecho natural como una realidad racional*

Hablo de unilateralidad y de rigidez en los planteamientos porque Alberto Bolognettus, por ejemplo, reducía el Derecho natural a los *prima principia* de la razón práctica<sup>94</sup>. 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

92. *Liber pactorum...*, cit., pág. 121.

93. Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, págs. 23-30.

94. *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 indemostrabilia, quae proxime commemoramus". Op. cit., capitulus V, § 5.

razón de Dios<sup>95</sup>. Los *theoremata practici intellectus* han sido manifestados a los hombres por Dios naturalmente, por lo que constituyen una realidad más divina que humana<sup>96</sup>.

Este tipo de razonamientos que ejemplifico en Alberto Bolognetus destacan, ciertamente, la razón última de la exigibilidad de los principios del Derecho natural, a saber, su origen divino, el hecho de que forman parte de la esencia y voluntad de Dios; queda, así, conjurado cualquier peligro de un voluntarismo teológico superficial, ya que todo voluntarismo teonómico (del tipo del de Descartes, por ejemplo, que mantenía que Dios dio a los hombres el Decálogo "con la más absoluta indiferencia") supone una visión unilateral y, por ello, superficial de la realidad teológico-moral. Ningún cristiano que posea el *sensus communis fidei* puede entender el fundamento de las normas del Decálogo como el resultado de un acto arbitrario de Dios, que nos ha prescrito estas normas por los mismos motivos por los que podría haber ordenado las conductas contrarias.

Pero este tipo de razonamientos que destacan únicamente a 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, y si bien es cierto que la razón inmediata de la vinculatoriedad de la ley es la naturaleza racional del hombre, no por ello deja de ser verdad que el hombre apenas conoce unos pocos principios, más bien vacíos por formales, si atiende únicamente al contenido de su razón; debe volver su mirada, si es que pretende comprenderse a sí mismo, hacia todas las vertientes o facetas de él, de lo que se da en llamar su "naturaleza", en la que muchas tendencias las posee en común con los animales, y no se descubren "racionalmente". Este problema lo

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

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

entendió Tomás de Aquino de forma más completa, pero el siglo XVI, punto de partida del *racionalismo* moderno, sólo quería *constructos* racionalistas y, a lo sumo, toleraba –aun en los ámbitos académicos católicos– explicaciones simplemente racionales, como la de Alberto Bolognettus, aunque poco tuvieran en común con los edificios intelectuales racionalistas que ya comenzaban a levantarse.

En otras palabras, a lo largo del siglo XVI, la doctrina del Derecho natural sufre, incluso entre los autores católicos, un proceso de cosificación racionalista. En este sentido, Pedro Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda y los dos civilistas españoles más importantes del siglo XVI, Antonio Gómez y Gregorio López, conciben al Derecho natural simplemente como un conjunto de principios ético-jurídicos fundamentales<sup>97</sup>, esto es, como una realidad exclusivamente racional, o a la que se accede exclusivamente a través de la evidencia racional. En el peligro racionalista caen –en medida modesta– Martín de Azpilcueta y Diego de Covarrubias. 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"<sup>98</sup>. Covarrubias, que, como jurista del *ius commune* que, recoge fragmentos de tesis romanas y medievales contradictorias<sup>99</sup>, explica, sin embargo, que el Derecho

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

98. "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.

99. A lo largo de los cinco primeros números del epígrafe 11 de la *Relectio in Regulam Pecatum*, 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



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"<sup>100</sup>. Estos juristas no se plantean cómo puede avanzar la Razón desde los primeros principios hasta las conclusiones, es decir, cuáles son los nervios del despliegue deductivo de la "razón"; dado que estos cauces a través de los que –y en fuerza de los cuales– se desarrollan los *prima principia*, son histórico-contingentes, esto es, *necesidades* concretas e históricas, parece un error de bulto atribuir a lo "derivado necesariamente" desde los primeros principios el rango de *ius naturale*. Pero, digámoslo en descargo de los autores católicos, estos pequeños e insuficientes tanteos de Covarrubias y Azpilcueta constituyen la máxima concesión, que encontramos en este grupo de juristas, al racionalismo ya entonces dominante en las Universidades europeas. Ciertamente, Fernando Vázquez de Menchaca procede de forma muy distinta, plenamente deductivista; pero Vázquez no perteneció a la cultura jurídica que fue, de hecho, la de los católicos<sup>101</sup>.

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 García<sup>102</sup>, una *lex* que forma parte de

teorías poco precisas acerca de la condición del hombre antes y después del pecado de Adán.

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

101. Vid. mi *Del Derecho natural medieval...*, cit., primer capítulo. El carácter prudencial, fronético, de la ciencia jurídica, no aparece en ningún momento en la obra de VAZQUEZ. Al contrario, el vallisoletano sienta un principio que él considera fundamental, el de la igual libertad de los hombres, y lo aplica concienzudamente a los problemas que él se plantea en *Las controversias ilustres* y en el *De Successionibus et ultimis voluntatibus*, Coloniae 1612.

102. *De ultimo fine...*, cit., § 467.

la Ley Eterna de Dios<sup>103</sup>. Alberto Bolognnetus, igualmente, declara que el Derecho natural no es una excogitación de la razón humana, esto es, una obra del hombre<sup>104</sup>; 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"<sup>105</sup>. Es una realidad que, aunque humana porque reside en el hombre, es de origen y naturaleza divinas, ya que, según este autor, la Ley natural no puede ser distinta de la Ley Eterna de Dios<sup>106</sup>. Lo mismo mantiene Miguel de Ulzurrun, aunque este navarro, influido quizá por tesis protestantes, acentúa fuertemente el carácter imperfecto y corrompido de la razón humana<sup>107</sup>, y esta corrupción que ha experimentado nuestra razón hace que ésta deba ser llamada *potius corruptio quam ratio*<sup>108</sup>. 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 divina<sup>109</sup>. Como realidad suprahumana que es, no está apenas al alcance de

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

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

105. "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.

106. "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.

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

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

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

los hombres, y éstos deben aceptar los *prima principia* que constituyen el Derecho natural –escribe Ulzurrum– sin la pretensión de conocer su necesidad racional<sup>110</sup>. 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"<sup>111</sup>. Desde luego, Miguel de Ulzurrum aparece como un teólogo muy a la moda de entonces –quizá por este hecho fue seleccionado junto con Fortún García para redactar la parte más filosófica del *Tractatus universi iuris*– y quizá también por este mismo hecho queda la duda de si entendió algo a propósito del "Derecho natural".

b) *El Derecho de gentes y las tendencias naturales*

La *omnium 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 de la Edad Moderna.

Fernando Vázquez de Menchaca, que es posiblemente el representante más nítido de esta tendencia, 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

110. *Tractatus...*, cit., Pars I, quaestio 3, § 4.

111. "Nullus potest investigare ratione divina, ita nec eius voluntate, sive legem divinam, nisi ipse Deus". "Sicut enim in speculativa ratione ex principiis indemonstrabilibus naturaliter cognitis producuntur conclusiones diversarum scientiarum... ita etiam ex praeceptis legis naturalis, quasi ex quibusdam principiis communis et indemonstrabilibus". Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, quaestio 4, § 20.

leyes escritas. Finalmente, aparecieron las leyes escritas y las costumbres y usos de cada región"<sup>112</sup>.

La primera etapa, supuestamente histórica, en la que no existían jueces, ni poder político, ni leyes escritas, es denominada *aetas aurea*<sup>113</sup>. Diversos autores coinciden en describirla como un estado idílico<sup>114</sup> en el que no existía la propiedad privada ni el matrimonio<sup>115</sup>, y en el que todos los hombres eran igualmente

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

113. "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. VAZQUEZ 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 naturale*, Lipsiae 1708.

114. Fernando VAZQUEZ escribía: "qua aetate ineunte homines inter se tam innocenter vitam degebant, quam equi inter se aut tauri inter se... Sic ergo et in specie nostra, quandiu durabat aetas illa felix aurea, tandiu homines inter se quum essent innocentissimi nullo principatu aut 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, caeterum expertes cupiditates et aemulationis... Nulla tum furta, nulla caedes". Cfr. *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 4, § 4. Cfr. también EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119.

115. Sobre la propiedad privada, cfr. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., págs. 119-120. CONNANUS, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 6, § 8. VAZQUEZ 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. VAZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 4, § 2. CONNANUS, *Commentarium iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 6, § 10.

libres<sup>116</sup>. Esta última faceta es especialmente interesante para nuestro propósito porque advertimos en algunos autores una valoración peculiar de la libertad en general, que es tenida por típicamente moderna.

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 más consecuencias de esta doctrina. Algunos autores del siglo XVI se limitan también con afirmar que la esclavitud no existió *in illa prima aetate*, sin aducir ningún motivo especial –así procede Andrés de Exea– o porque *nulla regnandi libido (erat)*, como declara Francisco Connanus<sup>117</sup>. Sin embargo, Fernando Vázquez de Menchaca extrajo desde este *prius* que hasta entonces había sido meramente temporal, una regla fundamental del "Derecho natural": todos los hombres son, según este Derecho, igualmente libres, y la única sumisión legítima que puede existir es la que se origina en el propio consentimiento<sup>118</sup>.

116. En consecuencia, no existían entonces las *servitutes*. Cfr. VAZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 82, § 1, entre otros muchos lugares. COVARRUBIAS, *Relectio in Regulam Peccatum...*, cit., parágrafo 11, § 3. CONNANUS, *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), *Vernünftige Gedancken von der natürlichen Freyheit so wohl überhaupt, als auch in sofern selbige Gott und den Menschen zugeeignet werden müsse*, Leipzig 1740.

117. Cfr. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119. CONNANUS, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 4, § 4.

118. 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 divisi*, cit., 2,1, Praefatio, §15; 2,1, Praefatio, § 44; 2,3,30,86, entre otros muchos lugares.

En consecuencia, la única obligación sancionada por el Derecho natural es aquella que se origina por propia voluntad<sup>119</sup>.

En esta *aetas aurea*, en la que no existe aún ningún Derecho de origen humano, los hombres se habrían regido por el *ius naturale*<sup>120</sup>. Este Derecho no se limita, en los autores a que ahora aludimos, a los principios ético-jurídicos más elementales cognoscibles en la *recta ratio*, sino que se dilata mucho más ampliamente. Así, Albertus Bolognnetus, al examinar las diversas acepciones del Derecho natural que utilizaban los *Jurisconsulti*, distingue entre los *iusti et iniusti principia prima et indemostrabilia*, por una parte, y *omnia quae primo saeculo servabantur*, de otro lado<sup>121</sup>.

De la inmensa casuística de los juristas de este tiempo se puede extraer una conclusión cierta: el Derecho natural significa fundamentalmente dos cosas: parte del orden estrictamente moral, y un orden general de libertad. En cualquier caso, todo lo que el hombre tiene de bondadoso, se lo debe al "Derecho natural"<sup>122</sup>.

119. Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, § 18.

120. 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 solla illa principia naturaliter ab omnibus... Idea quicquid illa aetate servavatur, nos appellamus ius naturale". CONNANUS, *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 4, § 4: "Iure naturale videntur uti primi homines". VAZQUEZ 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.

121. *De lege...*, cit., cap. 20.

122. Referido a Fernando Vázquez, vid. nota 116 de este estudio. VAZQUEZ, siguiendo ideas corrientes en aquel tiempo, hace suyo el aforismo que reza: "quod tibi non vis alteri non facias", bajo el que comprende todo tipo de males y bienes: "etiam facere continetur bonum", que él fundamenta en el *ius naturale*. Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 22.

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 a veces, con la idea de la naturaleza de hombre que han expuesto.

Connanus proporciona dos soluciones, no muy congruentes entre sí. La primera es la tradicional y 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 injusticias<sup>123</sup>. 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"<sup>124</sup> y mientras mantuvieron esta unión, los hombres, que "no habían deseado los lazos de afinidad o vecindad" vivían dispersos por los campos y selvas<sup>125</sup>. 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*<sup>126</sup>. Posterior y progresivamente, mediante las *cognationes, affinitatibus, amiticiis, vicinitatibus et commercia* —que

123. Cfr. *Commentariorum iuris civilis...*, cit., Liber I, cap. 5, §§ 6-7. Un estudio más preciso sobre este tema es el de Friedrich MENZIUS, *De prima imperii inter homines origine*, Altdorf 1673.

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

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

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

viene a concebirlos a modo de escalones a través de los que se ha constituido la sociedad— fue preciso promulgar leyes y administrar justicia<sup>127</sup>.

La primera solución apuntada por Connanus, es decir, suponer que una corrupción inicial del hombre hizo necesaria la creación de la sociedad "civil", es la seguida masivamente por los juristas que no hacen profesión de fe aristotélica. Como la "sociedad civil" conlleva necesariamente la existencia de unos gobernantes, es 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 toda vida política eran "desconocidas" por el Derecho natural. 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 —extendida en el siglo XVI de la mano de las teorías romanistas que hemos estudiado— 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 española"<sup>128</sup>.

127. Cfr. *ibidem*. Estudios más completos 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; Ioachim Erdm. SCHMIDT, *Exercitatio politico-historica de civitatis origine, civitatumque systemate*, Jenae 1745.

128. "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 primaevo adversari vel illinc intueri licet, quod illis iuribus inspectis omnes homines plenissima libertate utabantur, potiebantur, gaudebant, fruebantur. Nec dubium est quin principatus et iurisdictionis hic omnimodae libertate aliquantulum adversetur, non secus quam



Sin llegar a una actitud tan extremada como la de Vázquez, otros juristas mantienen que el Derecho que "introdujo", o que legitima, la sociedad organizada políticamente es el Derecho de gentes, que suele ser llamado también Derecho de gentes "secundario" para diferenciarlo del Derecho de gentes "primario" o Derecho natural<sup>129</sup>.

Los autores se dividen a la hora de determinar si esta etapa "histórica" fue única o si hubo dos momentos, uno en el que existieron reyes y magistrados sin leyes escritas, y otro en el que se crearon las leyes escritas o hizo su aparición el Derecho "civil" o Derecho propio de cada comunidad política<sup>130</sup>.

Tenemos, pues, una inteligencia del Derecho natural que lo concibe como un orden general de libertad que ha desaparecido cuando irrumpe el Derecho de origen humano, es decir, el Derecho de gentes, que *introduce* el comercio, la construcción de edificios, la propiedad que acaba con la posesión común de todas las tierras, las guerras, la esclavitud, el poder político, etc. Este *ius gentium*, tal como expuse a propósito de la ciencia jurídica medieval, representa a la instancia específicamente discursiva de la razón humana cuando ésta tiene que superar las dificultades que plantea

quaedam servitus, quam iuri naturae adversari". Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 37.

129. CONNANUS, *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 quaedam 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.

130. Andrés de Exea, Fernando Vázquez y Juan Bolognettus sostienen que los hombres han pasado históricamente por estas tres etapas. Vid EXEA, *Liber pactorum...*, cit., págs. 119-124. VAZQUEZ, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 10, § 22, entre otros lugares. BOLOGNETTUS, *In eam Pandectarum partem...*, cit., pág. 72.

la convivencia; de hecho, en Instituta 1,2,2 se 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 y en las que nada sirve, por ineficaz, el planteamiento utópico.

El resultado de este discurso de la razón humana, provocado *usu exigente et humanis necessitatibus*, ¿fue considerado en el siglo XVI un sector del Derecho natural? Las confusiones y contradicciones que encontramos en su momento entre los juristas medievales continúan también a comienzos de la Edad Moderna. Pedro Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda y Gregorio López identificaron el Derecho de gentes con el Derecho natural; el pensamiento de Covarrubias es más complejo<sup>131</sup>. Otros juristas, tales como Felipe Decius, 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 humano<sup>132</sup>. Luciano Pereña, al estudiar esta época, mantiene que la mayor parte de los juristas españoles

131. Cfr. BELLUGA, *Speculum...*, cit., pág. 210. SEPULVEDA, *Del reino y de los deberes del rey*, cit., § 19. López, glosa número 1 a Partida 3 título 18, ley 31. COVARRUBIAS, en la *Relectio in Regulam Peccatum*, número 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, número 2 (1954), pág. 161.

132. Cfr. DECIUS, *In titulum, D., de regulis iuris*, cit., pág. 418. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 125. J. BOLOGNETTUS, *In primam Codicis partem*, Venetiis 1582, pág. 72. SOCINUS, *Commentaria super nonnullis infortiati titulis*, Venetiis 1593, pág. 64.

del siglo XVI entendieron al Derecho de gentes como Derecho humano<sup>133</sup>.

Con estos testimonios trato de resaltar que la mayor parte de los juristas que siguen la tradición prudencial romanista, católicos normalmente, no estuvieron a la altura que demandaban las circunstancias; en estos años, algún autor español, como Fernando Vázquez de Menchaca, y varios juristas protestantes –baste pensar en Hemming, Winckler y, más matizadamente, dada su talla singular, en Johannes Oldendorp– estaban hablando mucho, por primera vez en la Historia, del "Derecho natural" como un ordenamiento jurídico 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 que, a finales del siglo XVI, o en el siglo XVII, quedaron ahogados por el torrente de insultos que los iusnaturalistas, protestantes, lanzaron contra cualquier autor católico<sup>134</sup>. Gregorius Tholosanus o Hugo de Roy constituyeron excepciones que honran a la Inteligencia, pero la mayor parte de los juristas del *ius commune*, que mantuvieron la naturaleza prudencial del Derecho frente al racionalismo pretendidamente deductivista de los iusnaturalistas modernos, siguieron aferrados anacrónicamente al esquema Derecho natural-Derecho de gentes que deroga al Derecho natural; baste pensar en David Mevius, aun en 1686<sup>135</sup>; Ulricus Huber, el gran campeón –casi en solitario– de la democracia, en tanto que régimen político que mejor se adecúa a la dignidad humana, seguía

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

134. Sobre este tema, vid. mi estudio *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., págs. 385-404.

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

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*<sup>136</sup>. Y este tipo de explicaciones habían quedado obsoletas a partir de los cambios que experimenta el pensamiento jurídico europeo en el siglo XVI.

## 2. La reacción contra la tradición

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, en consecuencia, nuestra cultura se fragmenta en sectores que fundamentalmente dependieron del dominio religioso. Aparece, de este modo, una cultura específicamente protestante<sup>137</sup>, que no se limita a los modos de vestir –en un cuadro de Rembrandt distinguimos inmediatamente a católicos de protestantes por sus ropas– sino que exige, entre otras cosas, una ciencia jurídica que sea distinta a la romanista-católica. En general, todo el pasado cristiano, dado que ha sido católico, debe ser superado; el siglo XVI, y más precisamente el siglo XVII, es el momento escogido por la Providencia divina para arrojar sobre el mundo la luz de la razón<sup>138</sup>. Veamos algunos jalones de la crisis de la ciencia jurídica tradicional y de su sustitución por la nueva forma de argumentar.

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

137. Vid. el interesante estudio de J.A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Reforma protestante y Estado moderno*, Madrid 1986, págs. 19-69.

138. Vid. mi estudio *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., págs. 397 y ss.

a) *La crisis de la ciencia jurídica tradicional y la historificación del Derecho romano*

Los juristas de los siglos XI-XV, glosadores o comentadores, tropezaron siempre, a la hora de escribir, con la carestía del pergamino o del papel sobre el que escribían. A fin de tener la posibilidad física de escribir, dado que disponían de pocos centímetros cuadrados, desde los primeros tiempos de la jurisprudencia medieval los juristas desarrollaron un estilo literario propio, que consiste en un latín sencillo expuesto en abreviaturas taquigráficas; esto hace que si el lector actual no dispone de un diccionario de estas abreviaturas, lo escrito por los juristas medievales le resulte ininteligible. En cualquier caso, resulta más que 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 los juristas— y hebreo, sino que estudiaron a fondo la literatura romana a fin de dominar el latín, cosa que, desde luego, lograron. Lógicamente, los juristas de los siglos XI-XV aparecieron ante ellos como unos bárbaros cuyo éxito sólo fue explicable por el entorno 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 momento<sup>139</sup>.

El *humanista* de los siglos XV y XVI no fue un rebelde sin meta precisa. 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,

139. 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 el de L. CHIAPPELLI, *La polemica contro i legisti dei secoli XIV, XV e XVI*, en "Archivio Giuridico", XXVI (1881), págs. 295-322.

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*; un jurista cualquiera era consciente de que él no era capaz de superar lo contenido en el Digesto, la Instituta y el Código y, en consecuencia, 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, lógicamente, aportaba algo nuevo que acrecentaba lo contenido en el *Corpus Iuris*. Con el transcurso del tiempo, los *commentaria* de los juristas adquirieron un volumen incluso mayor que el del propio Derecho romano y, como es natural, en las Universidades se estudiaban los *dicta* de Acursius, Azo, Odofredo o Bartolo que se fundamentaban, más o menos próximamente, en el texto estrictamente romano; es decir, la Baja Edad Media creó su propio Derecho, su propia ciencia jurídica, sobre la base del Derecho romano, y este Derecho específicamente medieval –producto de haber aplicado el Derecho de Roma a unas circunstancias distintas a las de los *jurisprudentes* que lo crearon– era estudiado en las Universidades. Pero se trataba de un Derecho, como ya indiqué, expresado en un latín sencillo, a veces de baja calidad, que se presentaba de forma taquigráfica.

Los Humanistas, en su 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 un tono de insultos contra los medievales– recomendó un mejor conocimiento de las lenguas clásicas a fin de conocer en su pureza el Derecho de Roma, y él mismo comenzó la investigación

filológica e histórica del Derecho romano<sup>140</sup>. De este modo, desapareció del horizonte universitario de los *culti* la Jurisprudencia anterior, y todo el esfuerzo se volcó en conocer directamente los textos romanos.

Muchos juristas –quizá más que juristas debiéramos llamarlos 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 Zazius<sup>141</sup> y, una vez iniciado, el estudio filológico-histórico del Derecho romano ganó adeptos rápidamente. Entre 1520 y 1550 aparecen las obras de Luis Charonda, Francisco Duarenus, Eguinus Barus, Bernabé Brissonius, Juan Corasius, Antonio Govea, Cristóbal Hegendorf, Antonio Agustín y, fundamentalmente, Jacobo Cuyas<sup>142</sup>. Todos estos autores, y otros de menos trascendencia, se proponen redescubrir y restaurar el Derecho romano, al que suponen 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, pretendieron conocer a fondo el Derecho de Roma, comunidad política que había desaparecido, al menos en Occidente, hacía entonces mil años, pero no pretendieron –a diferencia de los juristas medievales– *aplicarlo* a la realidad de su momento. Aunque maticemos distinguiendo varias corrientes entre estos autores, unos preferentemente teóricos, y otros más prácticos<sup>143</sup>, lo cierto es que el espíritu general y dominante en el *mos gallicus* estuvo dirigido a *conocer*

140. Sobre estos extremos, vid. mi estudio "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., pág. 121.

141. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., págs. 124 y ss.

142. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., pág. 125.

143. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., pág. 131.

simplemente 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, tal como pretendían los Humanistas.

A los medievales no se les había planteado este problema: ellos habían identificado el Derecho con los textos, y la validez jurídica de éstos no ofrecía dudas porque todos ellos quedaban bajo el principio de autoridad: autoridad del jurista romano o medieval, autoridad de Justiniano o, lo que quizá era más decisivo, la autoridad del texto en sí mismo<sup>144</sup>. Pero el principio de autoridad, así entendido, perdió su validez en los ámbitos humanistas y el *ius civile* romano pasó a ser considerado como el producto de una cultura ya desaparecida, sin especial autoridad o vigencia para ellos; esto es, quedó como una realidad histórica, apta para ser estudiada por los historiadores. 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 humanistas 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.

b) *Una nueva "razón" práctica: el Derecho obtenido desde la Filosofía*

El rechazo al Derecho existente que operaron los Humanistas fue acompañado, como indicaba líneas atrás, por el deseo vehemente de sustituir los resultados de la ciencia del Derecho tradicional por un nuevo ordenamiento jurídico, un nuevo Derecho. Lo que podríamos llamar imprecisamente el "mito de la

144. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*" ..., cit., pág. 132.



simplicidad del Derecho" jugó una función importante en este proceso innovador; efectivamente, cualquier profesional del Derecho de hoy 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 en cuestión a la realidad de hoy. Exactamente lo mismo sucedía en el siglo XV. Cualquier profesional del Derecho necesitaba disponer de las obras de una veintena, al menos, de juristas importantes que habían glosado o comentado el Derecho romano, de modo que la búsqueda de la norma o del principio (*regula*) aplicable exigía conocer muchos miles de páginas. El problema era algo más agudo entonces porque al ser el *ius 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– una falta de seguridad jurídica. Naturalmente, el estudio del Derecho en las Escuelas requería dominar el contenido de muchos libros, por lo que los estudios jurídicos eran difíciles, fatigosos, y llevaban tiempo<sup>145</sup>.

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 formación

145. Antonio GOMEZ 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 percurrendo (ne dicam legendo, atque cogitando) possit sufficere". Cfr. el *Proemium* de las *Variae Resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, Salamanca 1780. 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.

moral. En efecto, sus ataques no fueron dirigidos únicamente contra el mal latín o al insuficiente conocimiento del estricto Derecho romano por parte de los juristas, sino que, además, entendieron que las complicaciones propias de cualquier proceso o razonamiento jurídico se debían a que el Derecho existente hasta entonces estaba, de raíz, mal elaborado.

Algunos humanistas que conocían el Derecho, porque eran juristas, como fue el caso de Johann Oldendorp, atribuyeron el caos jurisprudencial al hecho de que los juristas no habían seguido un método en la creación o descubrimiento del Derecho<sup>146</sup>. En general, los ideales pedagógicos humanistas exigían un método de estudio atractivo y sencillo, que proporcionara un conocimiento claro, armónico, bien organizado en su totalidad<sup>147</sup>. 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 tarea<sup>148</sup>. 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 *Loci argumentorum legales* de Nicolás Everardus y la muy difundida *Topica tractata per exempla legum* (conocida por lo general como *Topica legalia*) de Claudio

146. "Audis? quaenam 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.

147. Vid. sobre este tema, mi estudio "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., págs. 150 y ss.

148. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., pág. 152.

Catiúncula, ordenaron los tópicos (*loci*) a fin de ayudar al jurista a proceder ordenadamente. El *Quod sit unica doctrina instituendi methodus*<sup>149</sup> del siempre 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 los juristas 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 una ley actual. Podríamos decir, más o menos convencionalmente, que con el *De vera Jurisprudentia, ad Regem, libri XII*, de Joaquín Hopper, publicada a finales de siglo, se alcanza la máxima perfección razonable en la tarea de ordenar los *loci* o tópicos a fin de que el jurista procediera ordenadamente.

Pero todas éstas fueron obras hechas bien por juristas profesionales, bien por conocedores del *ius 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, como hicieron algunos, o bien —como hicieron la mayor parte de estos juristas, que apreciaban a los juristas medievales— los resultados de la ciencia jurídica medieval<sup>150</sup>.

149. *Quod sit unica doctrina instituendo methodus ex Aristotelis sententia, contra Aristotelis interpretes et praecipue Galeno. Animadversiones P. Rami ad Carolum Lotharigen, Cardinalem*, París 1557.

150. El tema de la "ordenación" de los institutos jurídicos en el siglo XVI es muy complejo. Una primera aproximación a él se puede encontrar en "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., págs. 152-168.

Pero los Humanistas no querían una simple ordenación externa del Derecho ya existente; pretendían un nuevo ordenamiento jurídico que, como exigía, por ejemplo, Luis Vives, tuviera como fuente a la Filosofía<sup>151</sup>; en otras ocasiones, según atestigua Christian Thomasius casi dos siglos más tarde, Vives propone un Derecho que deba surgir desde la sola equidad<sup>152</sup>. François Hotmann, después de indicar que el Derecho romano no posee especial equidad ni justicia<sup>153</sup>, propone la creación de un nuevo Derecho en el que no debemos atender a quién es griego o romano, Pretor o Cónsul –esto es, debe prescindirse completamente de las autoridades– sino mirar únicamente a la justicia y a la equidad, de modo que construyamos un Derecho que valga igual para todos los pueblos del Universo<sup>154</sup>. El remedio de los remedios, según Hotmann, es ejercitarse en la Filosofía moral<sup>155</sup>. Jacobo Lernsnher, en 1542, ya proponía, con toda naturalidad, que la Jurisprudencia fuera derivada o creada desde la Filosofía<sup>156</sup>, lo que

151. Cfr. *Aedes legum*, Madrid 1947, págs. 685-686.

152. Vid. THOMASIUS, *De Jurisprudenciae corpore, anima, cadavere, sceleto, spectro*, Halae 1733, págs. 141-145.

153. "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 Pisis 1771, capitulus XVI.

154. "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*.

155. "Compositis igitur duobus tribusve his voluminis, oporteret iuvenes, cum in bonis litteris, scientiisque, atque imprimis 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 disserteret". Cfr. *ibidem*.

156. "Porro produit Jureconsulto, si philosophiam (quae in ethicam, politicam, et oeconomice dividitur) per aetatem attigerit: quum nostra Jurisprudencia ex illis philosophiae fontibus sit derivata". Cfr. *Oratio de*

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 Buddaeus en sus *Annotationes in XXIV libros Pandectarum*<sup>157</sup>. 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" enciclopédica. Efectivamente, al examinar la definición del *ius* de Celso, Buddaeus 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 tiempo<sup>158</sup>. El encargado de aglutinar esa *coniunctionem rerum et communicationem* que se encuentra entre todas las disciplinas, es el filósofo<sup>159</sup>. 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, el mito 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 un Derecho "natural" que obligará a cualquier hombre.

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 es el mito de la simplicidad en el Derecho, han permanecido hasta hace poco; así, Simon Nicolas Henri Linguet, seguía escribiendo, aun

*dignitate utilitateque iuris civilis, verum eius usum, contra misonomos, ostendens*, Coloniae 1542, pág. 17.

157. Cito por la edición de París de 1543. La primera edición es de 1508.

158. "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.

159. Cfr. *Annotationes...*, cit., págs. 5-6.

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"<sup>160</sup>, y Hufeland, ya casi en la Edad Contemporánea, nos explica que Kant entendía que "es un viejo deseo –aunque quién sabe cuándo se hará realidad– que en lugar de la multiplicidad infinita de las leyes civiles, busquemos sus principios, y éste es el secreto para simplificar la legislación"<sup>161</sup>. Por lo demás, fue Marx quien llevó a su máxima expresión esta aspiración, ya que él entendía que en la sociedad comunista no sólo se simplificaría, sino que desaparecería el Derecho<sup>162</sup>.

### 3. *El nuevo Derecho de la Modernidad: el Racionalismo humanista y el nacimiento de la "iuris 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, de la República y del Imperio romanos, 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,

160. *Théorie des loix civiles ou principes fondamentaux de la société*, Londres 1768, Tome Premier, pág. 2.

161. 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 simplificiren". Cit. por Gottlieb HUFELAND, en *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig 1785, pág. 8.

162. Vid. mis *Notas sobre el marxismo, el neomarxismo y el Derecho*, en "Persona y Derecho", X (1983), págs. 33-74.

en consecuencia, fundamentaban su valor jurídico en el de aquél, por lo quedaron, del mismo modo, sin vigencia como "Derecho". En esta tesitura, ¿qué se había de enseñar en las cátedras de Derecho, y qué Derecho se podía alegar ante los tribunales?

Andrés Alciato, que por varias razones se le puede considerar el iniciador de la corriente humanista renovadora de la ciencia jurídica<sup>163</sup>, 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 histórico<sup>164</sup>. Emprendió, 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 beateque vivendi exemplis, historiae lectione admoneamur*<sup>165</sup>. 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

163. 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*, cit., 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.

164. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., pág. 136.

165. *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.

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 experto<sup>166</sup>.

Alciato y Zazius fundaron una escuela que tuvo numerosos seguidores. Por estos mismo años, Jerónimo Cagnolus procede 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. Esta era una forma nueva de proceder en el Derecho que tuvo, en este momento de crisis, y para la posteridad, una importancia insospechada.

Al incluir las Humanidades en el Derecho, renovando con 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 bastantes autores. 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

166. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., págs. 136-137.



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 exclusivamente con el Derecho romano y las glosas y comentarios que se habían hecho sobre él, ha quedado definitivamente superada por un sector de los juristas. Esta nueva orientación del pensamiento jurídico —que no rompe bruscamente con la tradición— se deslizará paulatinamente hacia una nueva forma de razonar, en la que lo fundamental será el despliegue más o menos libres de las ideas de cada autor, con el pretexto de seguir una filosofía determinada.

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 romano<sup>167</sup>. 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.

167. 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".

En este sentido, apunta Piano Mortari que para 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 desconocida<sup>168</sup>. Ignoramos, en 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 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 iuris*, ya sin autoridad especial. El enriquecimiento, por tanto, de los elementos que constituyen la nueva argumentación es debido, fundamentalmente, a la falta de fe en la vigencia y validez jurídicas del Derecho romano.

Jerónimo Cagnolo no fue el único que procedió de esta forma. Un grupo numeroso 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

168. Cfr. *Considerazioni sugli scritti*, cit., págs. 285-287. ORESTANO, en *Introduzione al diritto comune*, cit., confiesa que nada se sabe acerca de los motivos por los que los humanistas volvieron los ojos hacia la Filosofía.

sus opiniones 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 en 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 entones– y le dio una vida propia<sup>169</sup>. A partir de ahora, la ocupación con el Derecho natural por parte de los juristas será un hecho cada vez más frecuente<sup>170</sup>.

Este modo de proceder encontró seguidores en Francia desde los primeros tiempos en que irrumpe la corriente humanista. Francisco Connanus 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 Hotmann, siguiendo fielmente el programa que él expuso en el *Antitribonianus*, rara vez fundamenta sus opiniones en el Derecho romano, pero recurre continuamente en el *Quaestionum illustrium liber* a todas las fuentes de la sabiduría antigua. Andrés Tiraquellus tampoco duda en recurrir a los clásicos griegos y latinos<sup>171</sup>.

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

169. Vid. *Liber pactorum unus*, cit., al comienzo.

170. Págs. 846-1007 de la edición citada.

171. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., págs. 144 y ss.

deja guiar de vez en cuando por los clásicos griegos y latinos. En los Países Bajos, dos juristas de gran importancia, Gabriel Mudaeus y Mateo Wesembeck, también proceden así<sup>172</sup>.

En España arraigó fuertemente esta dirección del Humanismo jurídico. El portugués Arias Pinellus conoce muy bien las obras de los seguidores de la Escuela de Bourges, y se ayuda de los clásicos latinos y griegos para resolver problemas concretos; además, este jurista manifiesta una cierta tendencia a tratar cuestiones muy teóricas, y la teorización sobre las instituciones jurídicas fundamentales es un rasgo más de estos autores "humanistas" del siglo XVI<sup>173</sup>. Martín de Azpilcueta recurre igualmente a la literatura clásica a fin de mostrar la *naturalidad* de sus opiniones<sup>174</sup>. Un interés peculiar para nuestro propósito manifiestan Fortún García y Miguel de Ulzurum. Las obras de estos dos autores presentan una doble peculiaridad; en primer lugar, versan sobre temas que son tratados según un criterio 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<sup>175</sup>.

Un interés singular ha despertado la obra de Fernando Vázquez de Menchaca, que ha sido considerado, con razón, como el iniciador de la Escuela del Derecho natural moderno<sup>176</sup>. Este jurista vallisoletano hace en sus *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres* un alarde de erudición de la literatura

172. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., 144-145.

173. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., págs. 145-146.

174. Vid. las numerosas obras recogidas en la *Opera omnia* de Lyon de 1595.

175. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., pág. 146.

176. Vid. Ernst REIBSTEIN, *Die Anfänge des neuren 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.

latina que no fue superado por ningún coetáneo. 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. Alfonso de Castro y Diego de Covarrubias son, igualmente, juristas humanistas, en el sentido indicado, y tuvieron un especial prestigio –especialmente Covarrubias, llamado el "Bartolo español"– en toda Europa<sup>177</sup>.

Este modo nuevo de razonar, al que podemos llamar "Humanismo racionalista", o mejor, quizá, *Racionalismo humanista*, penetra ampliamente toda la jurisprudencia europea hasta el siglo XVIII<sup>178</sup>. Se trata de una forma de argumentar que constituyó, de hecho, la forma externa bajo la que echó a andar la *iuris 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 es y consiste, especialmente en sus inicios, en una forma de escribir en Derecho, en un género literario. El lector no debe esperar, al menos hasta la segunda mitad del siglo XVII, obras que argumenten expresamente recurriendo a la idea del Derecho natural; las obras *iusnaturalistas* y el *ius naturale* mismo es solamente, como indico, una forma de argumentar, la que he llamado "Racionalismo humanista". 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 en el *status naturae*– no reconoce más obligaciones legítimas que aquellas que surjan del propio

177. Vid. "*Mos italicus*", "*mos gallicus*"..., cit., págs. 147-149.

178. Vid., por ejemplo, a Samuel RACHEL, *Institutiones iurisprudentiae libri quattuor*, Francofurti 1681, y Johann Nicolaeus HERTIUS, *Elementa prudentiae civilis*, Francofurti 1703.

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<sup>179</sup>.

Podríamos decir que, entre las diversas posibilidades de renovación de los contenidos del Derecho que se ofrecían a la época, la conciencia colectiva, especialmente en las áreas protestantes, eligió la salida del *ius naturale* entendido como lo he expuesto para crear un Derecho nuevo que respondiera a las demandas morales y políticas de la época.

Era lógico que, en lugar de renovar simplemente la teoría política, o bien los contenidos de la ciencia jurídica, los hombres de los siglos XVI y XVII eligieran el cauce nuevo del *ius naturale*. Su mismo rótulo –*ius naturale*, frente a la *Jurisprudencia* tradicional de los *Jurisconsulti*– era revolucionario, como revolucionario era también el uso sistemático de la figura del *status naturae*. Por esto, a partir de 1559, 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.

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

179. Vid. mi estudio *La independencia y la autonomía del individuo: los orígenes de la "persona jurídica"*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", (1987), págs. 477-522.

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"<sup>180</sup>. Después se sucede una época, larga y oscura, en la que según algunos autores del siglo XVIII, algunos juristas iniciaron la *iuris naturalis disciplina*; según Hollmann, Hemming y Winckler fueron sus iniciadores<sup>181</sup>, y Johann Oldendorp, en 1539, ya se atrevió a llamar al *Titulus secundus* de su *Eisagoge* como "De Jure naturali". El primer autor que he encontrado que utiliza el tópico, o el pretexto, del "Derecho natural" para resolver una cuestión jurídica concreta fue Andrés de Exea, en su *Liber pactorum*, como ya indiqué. Tuvo una fuerte influencia la obra de Fernando Vázquez de Menchaca, *Las controversias ilustres*, que aúna el nuevo método humanista con razonamientos frecuentes en los que

180. Escribe C.A. Martini: Raimundo de Sabunde, Hispanus Barcinonensis, in artibus et medicinae Doctor, Theologia naturale seu libro creaturarum, Anno MCCCCXXV... "Hanc scientia arguit per argumenta infallibilia, quibus nullus potest contradicere, quoniam per omnes creaturas, et per naturas ipsius hominis, et per ipsumet hominem omnia probat, et per illa, quae homo certissime cognoscit de se ipso". Lo escribe en el *Praefatio* a la *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis* de Johann OLDENDORP, ya citado. Consultado el Palau y Dulcet, efectivamente, este libro de Sabunde es del año indicado por Martini.

181. 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'... Quandoquidem Cel. Hollmanus in primis Lineis Jurisprudentiae naturalis paullo post, nimirum anno MDCCL Gottingae publici Juris factis, hunc ipsum tradit etsi ab omnibus Juris naturalis eiusque Historiae scriptoribus hactenus neglectum, non systema quidem, sed 'prima huius scientiae fundamenta possuisse'. 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.

explícitamente hace referencia a diversas ideas, contradictorias, sobre el "Derecho natural"<sup>182</sup>. El mismo Vázquez, según consta por su testamento, escribió un libro que tituló *De vero iure naturali*, que nunca llegó a la imprenta –le sorprendió la muerte a Vázquez– pero que nos indica la atención que despertaba la "Ciencia del Derecho natural" a mediados del siglo XVI.

Entre los católicos, la *De vera Iurisprudencia* 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 ha 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", antiaristotélica, del Derecho y de la Política. La primera de estas obras que apareció en el siglo XVII, tras el precedente importante de Vázquez de Menchaca, fue el *De iure belli ac pacis*, de Hugo Grocio.

### III. LA ÉPOCA DEL IUSNATURALISMO

Gottlieb Hufeland, cuando publica el *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, en 1785, 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" comienza con él; lo que hicieron Oldendorp, Hemming y Winckler –explica

182. Vid. mi estudio *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno*, cit., capítulo I.



Hufeland— es sólo una especie de filosofía sobre el Derecho romano existente, pero una filosofía tan inconsistente, tan inconcreta y, por ello, tan inadmisibile, que al referirnos a estos hombres únicamente podemos hablar de la "prehistoria" de la Ciencia del Derecho natural<sup>183</sup>. Aunque Karl Christian Heydenreich, ya en pleno apogeo de la filosofía jurídica kantiana, negaba rotundamente que Hugo Grocio hubiera tenido la intención de hacer "Derecho natural", porque Heydenreich sólo ve en Grocio un ejemplo de valor singular para la época posterior<sup>184</sup>. Y es que Grocio, como veremos en las páginas que siguen, es un autor que, en cierto modo, podemos considerar de transición, o bien un *iusnaturalista* moderado que no llevó hasta sus últimas consecuencias los principios que él postula y desde los que parte. Al filo de estas reflexiones, podemos hacernos la idea, ya desde ahora, de que la Escuela de Derecho natural de la Edad Moderna no constituyó un movimiento estrictamente unitario.

183. "Grotius-Ich glaube keine Entschuldigung deswegen nöthig zu haben, daß ich erst von diesem Manne hier die Geschichte der Wissenschaft anfangen, und auch bey den künftigen Untersuchungen anfangen wurde; was Oldedorp, 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.

184. "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 allen Einfluss des theologischen Systems auf seine philosophischen Grunsätze, 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.

1. *El marco general: una campaña de insultos contra la cultura anterior*

Los juristas del *ius commune*, entre 1550 y 1650, hicieron un esfuerzo más o menos colectivo para adecuar lo que ya entonces comenzaba a llamarse *Philosophia iuris* a las demandas intelectuales y humanas de la época. Por una parte, los juristas que no son 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 los teólogos españoles que integran la llamada "Segunda Escolástica"; las obras de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto o Luis de Molina siguen teniendo interés hoy para cualquier lector que no esté abrumado por demasiados prejuicios

Estos juristas y teólogos –juristas todos ellos, también los escolásticos– adoptan una actitud que podríamos llamar, imprecisamente, *aristotélica*; esto es, no "postulan" nada, no practican la filosofía del *als ob*, como se la llama hoy; no son constructivistas, por usar una expresión contemporánea. Parten del hombre y de las relaciones humanas tal como son en realidad, de acuerdo con las interpretaciones de cada uno, y precisamente este "estatuto epistemológico" de su discurso les lleva ocasionalmente a enfrentamientos serios con las instancias políticas del momento. Sobre todo, y muy especialmente, ni están dominados por el afán de originalidad, ni consideran tampoco que sus libros son los que proyectan la luz de la Inteligencia, sobre la Humanidad, por primera vez en la Historia.

Al escribir así no pretendo caer en la caricatura; pero sucede que los textos de sus oponentes, los *iusnaturalistas*, sí son caricaturas de mala calidad. Ya intenté mostrar cómo un sector de los juristas protestantes –aquellos que se convierten al *iusnaturalismo*– desde la segunda mitad del siglo XVII utilizan siempre, y sistemá-

ticamente, las calumnias para descalificar a la cultura católica<sup>185</sup>. El lector no necesita tomar partido: las calumnias de los protestantes, especialmente las de los ilustrados, son tan burdas, que no es preciso ser un católico recalcitrante para llamar falsarios y sectarios a Thomasius o Ludovici, por ejemplo.

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<sup>186</sup>. Esto implica, entre otras cosas, que ambos bandos, fuera de las diferencias estrictamente religiosas, tuvieron durante 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<sup>187</sup>. 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 marginales del *De iure belli ac pacis* de Grocio.

Sin embargo, los textos nos muestran que esta convivencia cultural más o menos pacífica se rompe en la segunda mitad del siglo XVII. La aparición del *De iure naturae et gentium* de Samuel Pufendorf debió tener una fuerte importancia en el proceso de falseamiento sistemático de la Historia de la cultura, dado el tono

185. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., *passim*.

186. Vid. *Die deutsche Schulmetaphysik des 17. Jahrhunderts*, Tübingen 1939, *passim*.

187. Normalmente, los libros de los autores protestantes del siglo XVI que se encuentran en las bibliotecas de las Universidades de las zonas que fueron católicas, llevan en la primera página una diligencia escrita a mano que suele rezar: "Expurgado de acuerdo con el decreto del Santo Oficio de fecha X". Normalmente, esta "purgación" consiste en tachar algunas líneas; en algunos casos raros, el censor impedía la lectura de la cuarta parte, o de la mitad de una página pegando sobre ella, con cola, un papel.

grosero y desinhibido de este pensador alemán que, ya en el *Praefatio* de este libro, designa a la Iglesia Católica bajo la expresión de *regnum tenebrarum*.

Christian Thomasius, el discípulo más destacado de Pufendorf, explicaba que el Papado católico, a partir de la muerte de Cristo, había hecho todo lo posible para aniquilar la *recta ratio* entre los cristianos, a fin de hacer posible el predominio del clero<sup>188</sup>. Los Padres de la Iglesia, explicaba Fredersdorff aún en 1790, entendieron que era preciso rechazar la filosofía pagana, y tomaron como guía de la doctrina ética solamente a la Revelación, con la que se acumuló error tras error, ya que cada Padre –continúa Fredersdorff– entendió la Revelación a su manera; el final sólo quedó *ein Chaos*<sup>189</sup>. En realidad, explica Barbeyrac, los Padres fueron unos completos ignorantes<sup>190</sup>.

Según Thomasius, el Papado puso un empeño especial en corromper el Derecho natural a fin de que los laicos, privados de criterios propios a causa de la ignorancia que fomentaba el clero, tuvieran que seguir ciegamente a los clérigos<sup>191</sup>. Van der Muelen, en el tratado más extenso y prolijo que produjo la *iuris naturalis*

188. Vid. *La modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 386.

189. "Endlich hat die Erscheinung der Lehre Christi eine merkwürdige Epoche gemacht. Jene philosophischen Sekten (se refiere a los filósofos griegos) hatten die Lehren von Recht und Unrecht auf die Vernunft gebaut. Die ersten Kirchenlehrer aber hatten den unseligen Gedanken, daß sie die Vernunft gar nicht wollten gelten lassen, sondern die Offenbarung sollte allein die Richtschnur des menschlichen Thuns und Lassens seyn. Hieraus entstand Verirrung über Verirrung. Denn ein jeder deutete die Lehren der Offenbarung nach seinem Wahn; jeder setzte Lehren fest, und alles was auch noch so vernünftig war, aber mit jener angenommenen Menschenlehren und Erklärungen nicht paßte, würde verworfen. Man mischte Recht der Natur Moral, Religion unter einander und so entstand ein Chaos. Der einer widersprach dem andern und der Streite war kein Ende". Cfr. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gessellschaften, Gesetzgebung und des Völkerrechts angewandt*, Braunschweig 1790, Vorbericht, pág. IV.

190. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 387.

191. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 388.

*disciplina*, abundaba en esta idea: el clero se reservó, en su propio provecho, la llave de la cultura<sup>192</sup>.

Tanto Thomasius como Hollmann explican que el Papa de Roma fomentó el estudio de la filosofía de Aristóteles, porque la filosofía aristotélica, explicaba Thomasius, era especialmente útil para fomentar la autoridad del clero<sup>193</sup>. 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 aristotélica<sup>194</sup>.

El clero se sirvió de los libros, esto es, de la imposición de determinados libros de texto, para mantener la ignorancia de los laicos<sup>195</sup>. Sharrock, desde Oxford, entendía que, por estas causas,

192. "Scholastici dicebantur, qui Grammaticae et Rethoricae dabant opera et studebant, ita nominati, quia in schola privatim semper docebant, non publice, ne plebs unquam de ea scire, et hac ratione Theologiae incapax redderetur. Volebant enim clavem scientiae penes se solos servari". Cfr. *Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libri tres cum Commentarii Gulielmi van der Muelen*, Ultrajecti 1703, último volumen, pág. 69.

193. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 389.

194. "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 profitetur Philippus Melanchton, in *Apologia A.C.*

Confusiones istius specimina videre iam licet in Thomae Aquinatis *Summa theolog. in primis parte I et II secundae*". Cfr. *Iurisprudentiae naturalis primae lineae*, Gottingae 1751, pág. 23.

195. Así, Thomasius. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., págs. 389-390.

es preciso rechazar toda la filosofía anterior<sup>196</sup> que, según Müldener, sólo había producido –en el marco de una ignorancia y de un barbarismo afectados– sutilidades inanes semejantes a telas de araña<sup>197</sup>. Por ello, si leemos a Alberto Magno, Tomás de Aquino, Scoto, Vitoria, Soto, etc., no encontraremos en ellos nada útil, que proceda de una razón sana: estos hombres sólo se guiaron por autoridades, sutilidades, inanidades<sup>198</sup>. La Segunda Escolástica española del siglo XVI fue algo radicalmente nocivo, y, en este sentido, Thomasius cita la obra de Adam Tribechovius, *De Doctoribus Scholasticibus et corrupta per eos divinarum humanarumque rerum scientia*, publicada en Giessen en 1665<sup>199</sup>.

Budde, en su influyente tratado sobre la historia del Derecho natural, abunda en esta tesis: los escolásticos convirtieron a la Filosofía en un arte de altercar, incluso sobre temas de ninguna importancia; fueron como alquimistas, pero al revés: en lugar de

196. "Utile igitur studium videbatur, dogmata, sententias, praecepta, et quaecumque naufragae ab antiquo naturae fragmenta quantocunque operis impendio colligere. Ea autem a communi caeterae materia chao decerpere, operae pretium non duxi, quae propter vocum generalitatem, aut abstrusiorum quomodocunque 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.

197. "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 frivola quae questionum artifices aranearum, telas, subtiles quidem, sed inanes ac inutiles, operose contexebant, ac ita ruditatem 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.

198. Esto lo explicaba, entre otros, Thomasius. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 394.

199. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 396.

convertir en oro la ciencia, la convirtieron en basura; leyendo aquellos volúmenes tan increíblemente extensos<sup>200</sup>, llenos de estupideces, es preciso concluir que aquellos hombre estaban locos<sup>201</sup>. Pura sutilidad como telas de araña, repite Gundling<sup>202</sup>. En consecuencia, Roesler concluye, ya en 1756, que los Doctores escolásticos sólo proporcionan cosas falsas, turbulentas y perniciosas<sup>203</sup>. Es comprensible, en este contexto, el juicio de conjunto que lanza Thomasius: hasta ahora no se ha hecho nada sobre prudencia legislativa, ya que estos filósofos y teólogos —él alude a todos los autores desde el siglo V a.C. al siglo XVI— no han propuesto ningún criterio para discernir lo justo de lo injusto<sup>204</sup>.

Dado que la luz de la Inteligencia se ha manifestado por primera vez en la Historia con Hugo Grocio<sup>205</sup>, Ludovici concluye que sería ridículo leer a los autores anteriores a la obra del holandés<sup>206</sup>.

200. Christian Thomasius llega a llamar, en su completa ignorancia o en su mala fe, "volumen extenso" a la *Gran Etica* de Aristóteles. Es evidente que no quisieron conocer nada fuera de las obras de su escuela. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 391.

201. Juan Francisco Budde escribía que "Tanta autem severitate in hisce naeniis vanissimisque 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.

202. "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 einschlegen wil". Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De Officio hominis et civis*, Hamburg 1744, Discurso Preliminar, pág. 9.

203. "Doctores Scholastici et Academici falsa, pernicioza, turbulenta, inutilia dogmata ne proponant". Cfr. *Institutiones iurisprudentiae naturalis*, Tubingae 1756, Liber II, cap. XVIII, § 9.

204. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 391.

205. 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.

Este fue el marco en el que se desarrolló la doctrina moderna del *ius naturale et gentium*. Desde un entramado de mentiras pueriles –pero que resultaron enormemente eficaces– los doctores del "Derecho natural" jamás consultaron o leyeron un libro anterior a Grocio; su ignorancia de la cultura europea fue, en consecuencia, muy fuerte. Se conocen y se citan entre sí, unas veces amistosamente, otras no tanto, como estudiaremos en el apartado siguiente. En cualquier caso, cuando se refieren a un autor católico, sea un Padre de la Iglesia del siglo II o un jurista del siglo XVI, se sienten en la obligación de descalificarlo mediante insultos<sup>207</sup>.

Los católicos no supieron reaccionar al coro de calumnias e insultos. *Ex hoc Catholicorum silentio*, escribía Juan Francisco Finetti en 1777<sup>208</sup>, ellos escucharon, sin la respuesta adecuada, la campaña de desprestigio; hasta el último tercio del siglo XVIII, cuando aparecen las obras de Finetti, Cromaziano, Schwarz y Desing, no denunciaron la naturaleza y propósito de la *iuris*

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 Academicae in Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libros tres*, Roboreti 1746, pág. 32.

206. Cfr. *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 399.

207. Hermann Conring –jurista protestante conocido que siguió la tradición romanista y jurisprudencial, en el siglo XVII– llegó a escribir 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. Como era inadmisibles que un escritor católico hubiera podido escribir algo sensato, Thomasius escribió que "no se podía leer este libro de Hopper, recomendado por Conring, sino con la máxima aversión y náusea". Vid., sobre este tema, *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., pág. 403. La *Opera* de Conring ha sido reeditada recientemente por la editorial Scientia, de Aalen

208. *De principiis iuris naturae et gentium adversus Hobbesium, Pufendorfium, Thomasium, Wolfium et alios libri XII*, Venetiis 1777, 2ª edición, Praefatio, pág. V. Quizá el estudio de Johann Andrea GRAMLICH, *De lege divinarum et positivarum... contra Thomasium et Buddeum*, Lipsiae et Frankfurt 1716, constituyó una primera réplica al iusnaturalismo; pero no he tenido acceso a este libro.



*naturalis disciplina*. El tema es, sin embargo, complicado, y, mejor que generalizar, será examinar las dos tendencias fundamentales que existieron dentro del *ius naturale et gentium*.

## 2. Grocio y sus seguidores: juristas entre dos culturas

La Escuela del Derecho natural moderno no constituyó un movimiento unitario, aunque sí podemos identificar rasgos comunes a todos sus integrantes. Pero, desde algunos puntos de vista, el *iusnaturalismo* moderno es un mosaico integrado por formas distintas de entender los fundamentos de la Ética y, en consecuencia, también a la ciencia jurídica. Pensemos a este respecto, por ejemplo, que Ulricus Huber o Pufendorf entienden que la democracia es la única forma de gobierno adecuada a la "naturaleza" del hombre; por el contrario, Thomasius –discípulo de Pufendorf por muchas razones– y sus numerosos seguidores, fueron los apologetas más destacados del Despotismo Ilustrado. Quizá la figura más representativa, el *iusnaturalista* más depurado, 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 se encuadra.

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 puramente teóricas, doctrinales, ahora, en plena crisis moderna,

estas ideas son usadas para componer el subsuelo filosófico y moral sobre el que construir toda la teoría moral-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 cronológicamente por el Derecho de gentes, sigue vigente en la actualidad; esta noción del "Derecho natural" será la que triunfe en la Edad Moderna, y ella es el fundamento del individualismo permisivista de nuestra 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*<sup>209</sup>, y Felipe Reinhard Vitriarius reconoce que Pufendorf se dedicó también al "Derecho natural", como Grocio, "aunque de forma muy distinta" (*quamvis alia methodo*)<sup>210</sup>.

En efecto, los seguidores de Pufendorf y de Grocio no se pudieron entender. Para Pufendorf y sus discípulos, el hombre es un 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

209. *Op cit.*, § 3.

210. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium ad methodum Hugonis Grotii conscriptae*, Lugduni Batavorum 1734, Praefatio ad Lectorem.

Pufendorf– el orden moral; en esta corriente iusnaturalista, Derecho y Moral son el resultado de los acuerdos de las voluntades humanas. El "Derecho natural" o la *iuris naturalis disciplina* sería –y eso 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 cosas<sup>211</sup>– están, en el 600 y en el 700, aquellos universitarios que, en muchos casos movidos por motivos religiosos, entienden que por encima del arbitrio del gobernante, sea éste una persona individual, sea la voluntad conjunta del pueblo<sup>212</sup>, 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 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 "natural" o el voluntarismo divino como fundamento último del Bien y del Mal<sup>213</sup>. Es

211. 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 et gentium libri octo*, edición de 1688, Liber IV, cap. VII, § 9.

212. 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.

213. 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. El Bien o el Mal 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

preciso reconocer que, dada la afición de aquella época por las discusiones puramente teóricas y conceptuales, inanes, 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 Hollmann<sup>214</sup>, tienen como criterio explícito para catalogar a los iusnaturalistas, su respectivo "objetivismo" o "voluntarismo"; pero el problema era más de fondo, más importante.

Efectivamente, Müldener nos pone sobre una pista seria cuando escribe que Grocio es un "escolástico"<sup>215</sup>, lo que, en aquel momento, suponía, entre los *iusnaturalistas*, un grave insulto, como ya vimos. Parece que Müldener escribía esto con razón, porque Luis Malquytius, autor conocido en todas las obras como discípulo de Grocio, no tiene empacho en dedicar todo un capítulo a la "Ley Eterna"<sup>216</sup>, y nuestro ya familiar Andrés Adam Hochster nos indica que, en 1710, la fraseología de los grocianos, tal como "Ley Eterna" o "dictamen de la recta razón", se tenía por anticuada y ridícula<sup>217</sup>. Hollmann indicaba que Martin Lutero había

*naturae in intrinseca bonitate ac turpitudine constituit, quicquid contradicet Pufendorfius sententiae*". Cfr. *Tractatus iuris gentium de Principio iuris naturalis unico, vero et adaequato*, Francofurti ad Viadrum 1702, pág. 35. Fue mucha la literatura que hubo sobre este tema.

214. 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*, Gottingae 1751, Prolegomena.

215. "Prius quidem faciunt Scholastici, et qui illos hic secutus est, Grotius". Cfr. *Positiones inaugurales...*, cit., Positio I, § 10.

216. Vid. su *Vera non simulata Iurisconsultorum Philosophia*, Hale Magdeburgicae 1727, Liber I, cap. XX.

217. "Dicunt Grotius et Kulpisius, cum iisque aliis, praecepta Iuris naturalis Decreto Legis aeterna niti, nobis vero per dictamen rectae rationis innotescere. Qua phraseologia ut antiqua est, sic minime contemnenda, si recte capiatur". Cfr. *Collegium Pufendorfianum...*, cit., Exercitatio IV, § XXIII.

condenado toda doctrina aristotélica, como enemiga de la Fe cristiana<sup>218</sup> y, al mismo tiempo, reconoce que los aristotélicos (esto es, los escolásticos católicos) habían aceptado de buen grado la obra de Grocio<sup>219</sup>. Todos éstos son indicios que llevan a pensar que Grocio y su escolástica estuvieron más cerca de los católicos que de Pufendorf, es decir, de los protestantes. 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 la unen con la tradición anterior"<sup>220</sup>.

Desde luego, llama la atención lo que podríamos llamar la "Escolástica grociana", que atrae el interés tanto por su extensión como por su fidelidad al maestro y su duración. 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 Iuris* romano, sobre el que no solamente se habían producido –en su opinión– demasiados comentarios, sino también comentarios de comentarios<sup>221</sup>.

218. "Atque ab his, haereditatis quasi iure, philosophiae moralis Aristotelicae Studium ad alios, qui ex illorum scholis egressit sunt, transiit, nunemque fere Europam tandem invasit. Quanquam 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. *Iurisprudentiae naturalis...*, cit., § 24.

219. "Neque multum mutata ista rerum facies est, postquam Hugo Grotius novae disciplina moralis fundamenta prima superiori saeculo feliciter iecit. Etsi necessitates enim atque utilitatem istius doctrinae summam Aristotelici ipsis satis intelligerent". Cfr. *Iurisprudentiae naturalis...*, cit., Prolegomena generalia.

220. *Lo viejo y lo nuevo en la hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio*, en "Escritos de Derecho Natural", Pamplona 1986, pág. 401.

221. "Eine große 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".

Recuerdo haber leído en *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts*, de Ernst Reibstein, 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 Iuris*. Esto —prescindiendo de juicios más personales— fue realidad; las *Annotationes* sobre el *De iure belli ac pacis* se sucedieron durante un siglo largo, y si el lector quiere conocer a 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 Langgut<sup>222</sup>, quien dedica la 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 —ésta es mi impresión— reside en que los juristas y filósofos que creían en una justicia objetiva se agarraron —como a la única tabla de salvación— al libro citado de Hugo Grocio. 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 torpemente como "ambiente"— 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 jesuíta. Por este hecho, los que creían en la Justicia,

Cfr. *Einleitung in das Natur- und Völkerrechts*, Copenhagen und Leipzig 1748, Vorrede des Verfassers.

222. Jenae 1741.

ante la imposibilidad de citar a un escolástico –en la Ilustración, citar a Vitoria, Soto o Suárez hubiera supuesto una descalificación instantánea– encontraron en el libro citado 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 adoptó una actitud equívoca que hacía del libro más conocido de Grocio un puerto de refugio seguro para pensadores muy distintos.

En apoyo de esta tesis está la evidencia de que casi la totalidad de los escritos posteriores a Grocio, durante siglo y medio, que creían en la objetividad e inmutabilidad de la justicia, integran la escolástica grociana a través, normalmente, de remisiones o de comentarios a la obra de Grocio, en abierta 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 hombres<sup>223</sup>, y lo mismo mantenían Georg Adam Struve y, muy a su modo y en polémica expresa con Hobbes, Richard Cumberland<sup>224</sup>. Valentín Veltheim insistía en la objetividad de la justicia e injusticia<sup>225</sup>, según había expuesto Hugo

223. "Ego vero haud ignoro, non tam codicibus, quam cordibus hominum et ratione ipsa, ius hoc Dei digitus primitus esse prescriptum". Cfr. *Iurisconsultus verus et personatus. In qua dissertatione quaedam maxime circa ipsa iurisprudentia fundamenta, vulgo ver ignota, vel neglecta, vel errata proponuntur et expeduntur*, Norimbergae 1664, pág. 78.

224. 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. *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis*, Jenae 1670, Liber I, Titulus II, § III. Según CUMBERLAND, "Lex naturae est propositio a natura rerum ex Voluntate primæ Causæ 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.

225. "Ergo actus necessario et per se honestum aut turpis est solidum ac genuinum fundamentum proprie sic dicti iuris naturalis". Cfr. VELTHEIM,

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, como ya hice notar, Agustín Leyser y, aun en 1755, Johann Henricus Beyer<sup>226</sup>, 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 católico<sup>227</sup>. De todas formas, la obra de Grocio a la que todos se remiten, el *De iure belli ac pacis*, es muy 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; pero, por otra parte, Grocio cede ante la moda intelectual dominante y, tal como Eric Wolf 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*

*Introductio ad Hugonis Grotii 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.

226. Vid. FROMMANN, *De obligatione naturali*, Tubingae 1676, XV. BECKMANN, *Doctrina iuris ex iure naturae, Iure Gentium, Canonico, Divino Iure Civili Romano, Iure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*, Jenae 1678, voz 318. Esta obra de Beckmann es una especie de diccionario filosófico-jurídico. MEVIUS, *Nucleus iuris naturalis et gentium*. Francofurti et Lipsiae 1686, Praefatio altera e Inspectio II, § 14. GROTIUS, *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.

227. "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.



*habent? Ex pactis, respondet Grotius*<sup>228</sup>. En este sentido, un autor tan poco sospechoso de simpatías grocianas –fue uno de los grandes divulgadores de Pufendorf– Nicolas Jerónimo Gundling, explicaba que *Ius libertatem, seu facultatem et potentiam activam significat, Grotius adtributum personae dixit*<sup>229</sup>.

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"<sup>230</sup>, no el escolástico Grocio.

Según la otra interpretación, Grocio, al partir desde el individuo en el *status naturae* aislado, independiente y autónomo, en consecuencia, y al no reconocer más vinculación legítima que la que procede del consentimiento que cada cual presta libremente, por lo que la que la única categoría jurídica que admite o que existe para él es la del pacto o contrato, 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:

228. "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 monarches 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.

229. Cfr. *Ius naturae et Gentium*, Halae Magdeburgiae 1728, cap. I, § LVIII.

230. Vid. *System des Naturrechts ...*, cit., pág. 66.

*Quia Pufendorfius, teste Vitriarius, nil nisi perpetuus Grotii Commentator*<sup>231</sup>.

Lo cierto, tan cierto como contradictorio y aporético –la Historia es así– 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 *iuris naturalis disciplina*, siempre voluntarista y contractualista, recibió con su obra el impulso decisivo. De ahí el carácter equívoco, no sólo de Grocio, sino del conjunto de la Escuela del Derecho natural de la Edad Moderna.

Pero quisiera reparar ahora en un fenómeno que comienza a extenderse, en el campo de la Filosofía práctica, a partir del primer tercio del siglo XVII. Los juristas, hasta entonces, habían tenido presente que la Razón –en el terreno del Derecho– está siempre *medida* por las exigencias de la Realidad, que la norma jurídica se induce desde las exigencias de las situaciones humanas. En cambio, a partir del siglo XVII, se pierde de vista este proceder típicamente jurisprudencial y, en su lugar, entran unas doctrinas, pretendidamente *metafísicas*, en las que el "Derecho natural" o la justicia aparecen como una *ratio* eterna e inmutable que Dios dio a las cosas en la Creación, o bien como el arbitrio inmotivado e inexplicable de Dios, que dio a Moisés, en el Sinaí, unas normas arbitrarias cuyo cumplimiento, sin embargo, garantiza la virtud.

En cualquier caso, ya sea objetivista, ya voluntarista, los fundamentos de las normas prácticas abandonan el suelo nutricional de la Realidad y de la experiencia, y sobre la Ética se abate una rigidez inhumana que era desconocida en la tradición jurisprudencial que –fuera de los primeros principios de la razón práctica– sólo operaba sobre los *contingentia, futura, operabilia*, desde los que únicamente se extraían *opiniones probabiles*. De este modo, la Razón humana que, desde la Escuela del Derecho natural moderno deja de ser medida por las cosas y pasa a ser la instancia activa que

231. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* ..., cit., pág. 231.

ha de moldear la indolencia del resto de la vida humana, ocupa el primer plano, y esto trajo algunas consecuencias que todavía hoy se desarrollan.

Una de estas consecuencias consiste en que el hombre moderno y contemporáneo conoce, en primer lugar, una Etica, surgida desde el arbitrio de una voluntad poderosa o desde una misteriosa Razón omnisciente, y sólo en segundo término, como realidad amorfa, a moldear, está su vida; de ahí que los tratados de Filosofía del Derecho más clásicos y las "Partes Generales" de los tratados del Derecho civil más conocidos, comiencen su exposición *desde* las normas, ya constituidas dogmáticamente. El hombre contemporáneo difícilmente puede entender que la norma, por lo general, sólo es una *regula* o principio que hemos obtenido, por inducción, desde las resoluciones de una colección de casos similares.

En segundo término, la otra herencia del racionalismo ilustrado ha sido el dogmatismo, o el relativismo, según la cara de la misma moneda que miremos. En efecto, al desvincular a la norma de aquellos *casos* que le dan vida, al abandonar el examen, caso por caso, de la Realidad, en lugar de los problemas reales que reclaman solución, entran en escena unas *teorías* omnicomprensivas, elaboradas en el gabinete de un investigador, que pretenden resolver, de una vez por todas, el problema de la Verdad práctica; han desaparecido las *opiniones* jurisprudenciales, y ya sólo hay dogmas doctrinales. Así, cualquiera elaborará un sistema de "Derecho natural" –como ha sucedido históricamente– según su formación o ideología, intereses, prejuicios, etc., de modo que Gustav Hugo hacía notar, en 1819, que en cada feria del libro aparecía un nuevo sistema de "Derecho natural". Por este camino, irán apareciendo *sistemas* de Etica o de "Derecho natural" –Les-sius, Grocio o Pufendorf, Wolf, Hume, Stuart Mill, Bentham, Spencer, etc.– en el que cada autor, al considerar unilateralmente una sola faceta o dimensión de la Realidad, y al hipostasiar esta dimensión de la Realidad que él ha intuido como única o

fundamental, propondrá "su" edificio sistemático, que nos llevará indefectiblemente a la Verdad. Fuera del *sistema* –se entiende– sólo hay el caos; quizá ello se deba a que el hombre moderno y contemporáneo ha perdido el hábito *teorético*, esto es, contemplativo, de observar la realidad; en su lugar, la Razón ya sólo es entendida como una máquina de calcular o deducir.

### 3. *El relativismo ético-jurídico, presupuesto fundamental*

El recurso que encontró la Edad Moderna para evitar la tesis de la posible objetividad de la Etica –tesis que hubiera tenido engorrosas complicaciones teológicas, incongruentes en el ambiente secularizado de la época– fue el 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 *adiaforo*, esto es, moralmente indiferente; luego el único motivo por el que debemos de 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 al margen de la Razón: los hombres nos debemos limitar a cumplir la Voluntad de Dios y no debemos inquirir las razones –*non licere scrutare arcana Dei*– de por qué hay que dar culto a Dios, o de por qué Dios ha prohibido los robos o los homicidios.

Planteadas así las cosas, no hay razones objetivas para ordenar o prohibir una conducta. Pufendorf repitió muy reiteradamente que, antes de que el superior prescriba algo, las acciones humanas

son indiferentes moralmente<sup>232</sup>, de modo que, una vez que el superior se ha pronunciado, lo ordenado por él es bueno, y lo prohibido malo<sup>233</sup>. Toda obligación está, pues, introducida por un superior, que es la "causa eficiente" –es extraño que Pufendorf use esta terminología escolástica– de la obligación. 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 obligaciones a causa de nuestra sujeción voluntaria –por medio del "contrato social"– a él<sup>234</sup>. Como observaremos más tarde, el mito del sometimiento voluntario al Gobernante fue el recurso omnipresente para justificar incondicionalmente la obediencia al poder constituido, según los iusnaturalistas.

Pufendorf 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 inmensa cantidad de retórica 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" –muy misteriosos por farragosos en el *De iure naturae et gentium*– resultan ser únicamente el contenido de los mandatos que cada superior dirige, según su arbitrio, a las personas sometidas a él<sup>235</sup>.

232. "An quaedam per se citra omnem impositionem sunt honesta et turpia? Non. Quia ante omnem legem actiones hominis sunt indifferentes". Cfr. *Compendium iurisprudentiae naturalis*, Frankfurt 1694, Liber I, cap. II, § 2.

233. "Actio per legem licita, bona, mala. Quae porro actiones cum lege congruunt, Bonae; quae discrepant, Malae vocantur". Cfr. *De Officio ...*, cit. Liber I, cap. II, § XI.

234. "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.

235. "Quamodo entia moralia producta fuere? Resp. Per impositionem, qua personis, eorundemque motibus naturalibus et rebus ultra physicam perfectionem sunt supperaddita ex arbitrio entium intelligentium, per quorum

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: tampoco es lícito indagar las razones del Gobernante. 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 formar el contenido de un mandato del superior, según Pufendorf. En consecuencia, nada es justo o injusto en la comunidad política hasta que el Gobernante califique las conductas. Pufendorf no defiende expresamente en ningún momento –a diferencia de Hobbes o de Thomasius– un relativismo ético, pero éste está implícito en su planteamiento. Quien sí propone, en cambio, expresamente tal relativismo es su discípulo más conocido, Christian Thomasius, que explica 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"<sup>236</sup>. Hay que tener presente

determinationum existentiam nanciscuntur". Cfr. *Compendium iurisprudentiae universalis*, Frankfurt 1694, Liber I, cap. I, § 5.

236. "In praxi cotidiana illa conscientia recta est, quae convenit cum iudicio plurium in societate vel eorum, qui alios emanent potentia. Unde facile contigit, quod conscientia recta in hac societate, habeatur pro erronea in altera". Cfr. *Fundamenta iuris naturae et gentium*. Cito por la edición de Venecia de 1764, Liber I, cap. IV, § 20.

que Thomasius, en estas líneas, no se 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" (bueno) o "injusto" (malo) es una cuestión de hecho. Es lógico que Thomasius pensara así porque, según él, es malo, incondicionalmente, todo aquello que turba la paz, bien supremo del hombre; por esto, el criterio decisivo y último de la creación de las normas jurídicas es la consecución de la paz externa o social<sup>237</sup>.

Este modo de pensar estaba extendido a finales del siglo XVII, y Georges Beyer, tras alabar muy admirativamente a Pufendorf y a Thomasius, explicaba en 1692, como doctrina corriente o evidente de por sí, que *juste agere est observare voluntatem imperantis*<sup>238</sup>, y la justicia surge, o es creada, por la ley del Gobernante<sup>239</sup>, y esta ley, explica finalmente, no es más que una orden o mandato (*iussus*) del que gobierna<sup>240</sup>.

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, adiáforos; la primera consecuencia de esta tesis es que lo que "es" justo varía de una sociedad a otra<sup>241</sup>. Se trata de una cuestión de hecho, como ya habían mantenido los

237. "Extrema bona sunt, quae tendunt ad acquirendum pacem internam, extreme malae sunt, quae turbant pacem externam". Cfr. *Fundamenta ...*, loc. cit., § 87.

238. *Delineatio iuris civilis ad fundamenta sua revocati et usui saeculo accomodati*, Lipsiae 1692, Liber I, Titulus I, cap. I, § 5.

239. Cfr. *loc. cit.* § 17.

240. Cfr. *loc. cit.*, § 32.

241. "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. *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII*, Francofurti ad Moenum 1738, § 63.

dos discípulos más estrictos de Pufendorf, Thomasius y Gundling. Koehler retoma la argumentación iusnaturalista y, siendo coherente, reduce el Bien y el Mal, del mismo modo que Hobbes<sup>242</sup>, 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 Hobbes<sup>243</sup>. Efectivamente, Koehler mantiene que, si no existe un pacto, no pueden existir normas jurídicas<sup>244</sup>, ya que todas las obligaciones "perfectas"<sup>245</sup> sólo pueden ser pacticias<sup>246</sup>. Como no podemos distinguir entre la justicia y el Derecho natural, todo aquello que se haya convenido en un pacto –prosigue Koehler– por ser necesariamente justo, constituye "Derecho natural"<sup>247</sup>. No existe más criterio de justicia que el pacto: *In*

242. Hobbes 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. Escotado, Madrid 1980, cap. XV, págs. 253-254 de esta edición.

243. Vid. *Principiorum iuris prudentiae naturalibus libri IV*, Vitembergae 1724, Prolegomena, cap. IV, § 6.

244. "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.

245. Nicolás Jerónimo Gundling introdujo la terminología de obligaciones "perfectas" para referirse a aquellas que poseen coercibilidad. El redujo el Derecho a capacidad (física) de ejercer la coacción. Gottlieb Hufeland explicaba que "In früher Zeiten verstand man die lehre von allen Recten 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.

246. "Obligaciones igitur perfectae, est iura sociorum, qua talium, non nisi pactitia sunt". Cfr. *Iuris socialis* ..., cit., § 46.

247. "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.



*societate iustum est, de quo inter socios conventum est*<sup>248</sup>, de forma que el fundamento último del Derecho sólo existe desde las intenciones de los que pactan<sup>249</sup>. 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*<sup>250</sup>.

Un buen sector de los integrantes de la Escuela del Derecho natural moderno se precipitó por esta dirección. Lo primero –según el esquema voluntarista– es la voluntad del superior, que discierne el Bien del Mal. Todo lo que concuerda con la ley es justo, y lo que no concuerda, es injusto. Por este motivo, la justicia no es otra cosa que la *convenientia cum lege*<sup>251</sup>.

#### 4. El constructivismo en la teoría práctica

Gundling y otros autores expusieron que no existen "ideas innatas" en la Moral, sino que lo único *natural*, a este respecto, es la capacidad del hombre para razonar<sup>252</sup>. Este razonamiento

248. Cfr. *Iuris socialis ...*, cit., § 61.

249. "Ex fine sociorum pasciscentium communi et consequenter ex intentione eorum conspiranti obligationum et iurium termini intelliguntur". Cfr. *Iuris socialis ...*, cit., § 66.

250. "Sunt verba Gundlingii", concluye Koehler. Cfr. *Iuris socialis ...*, loc. cit.

251. Un autor representativo de esta forma de pensar es, entre otros, Samuel Christian HOLLMANN. Vid. sus *Iurisprudentiae naturalis ...*, cit., Pars. I, cap. I, §§ 2 a 12.

252. GUNDLING escribía que "Non dantur ideae innatae in Moralibus. Daher ist die Redens-Art quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen, als ob wir ideas innatas de lege naturali hätten, sondern daß wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen". Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii ...*, cit., Liber I, cap. IV, § 12. HOLLMANN consideraba ridícula la doctrina según la cual "quasi leges naturales cordibus hominum

iusnaturalista se desarrolló, como sabemos, 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 prescindiendo de las nociones "comunes" –según Sharrock– 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"<sup>253</sup>.

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 en absoluto, 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 Hobbes programáticamente<sup>254</sup>. En este razonamiento práctico-matemático no hay, en

insitae, connataque, sint". Cfr. *Iurisprudentiae naturalis ...*, cit., Pars I, cap. I, § 62.

253. "Duplici autem Methodo (si hanc morali historiam placeat) istam moliebar indaginem: Primo de vestiebam 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, supererant, humana censui, soliusque naturae restare atque esse iudicia". Cfr. *De Officiis ...*, cit., Praefatio ad Lectorem.

254. *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

realidad, más que una única regla, y ésta 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; en efecto, la contradicción –según Gundling– pertenece *ad dementia et furorem*<sup>255</sup>.

Diseñaron, pues, una razón que, como he indicado antes, ya no es medida *por* las cosas, sino que es ella misma, en las manos de los iusnaturalistas, la constructora de la vida práctica del hombre<sup>256</sup>. 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 atribuyó un rasgo determinado fundamental al "hombre", que pasó a ser considerado como la tendencia fundamental –cuando no única– de la "naturaleza humana", y desde esta supuesta tendencia fundamental, cada iusnaturalista desarrolló, más o menos arbitrariamente, su respectiva doctrina. Grocio y Pufendorf –tan distintos a veces– entendieron que el rasgo esencial de la "naturaleza humana", aquello que prescribe la

el de Georg MARS-MANN, *Tractatus mathematicus-juridicus*. Jenae 1674. El estudio de Johann Balthasar WERNHER, *De methodo genuina leges Naturae et Gentium investigandi*, Lipsiae 1698, es otro escrito programático más.

255. "Alle die vor honette Leute passiren wollen, müssen ihre Promisse und pacta halten, sonst werden auch ihre promise un pacta ebenfalls nicht halten, und sie werden Zeit Lebens unglücklich seyn, und incommode leben müssen. So ist auch derjenige ein Narre, der pacta macht, und hält sie nicht. Denn es ist nicht nährischer, als wenn sich einer contradicirt; ja sich contradiciren gehörr ad dementia et furorem". Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorfii* ..., cit., Liber I, cap. 9, § 3.

256. Una muestra de la fe en las posibilidades y en la impositividad de la "razón" la tenemos en la obra de Johann Christian EDELMANN, *Die Göttlichkeit der Vernunft*, 1742, que, por su solo título, es expresiva. Existe *reprint* de Frommann-Holzboog, de 1977.

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 del principio básico adoptado<sup>257</sup>. Thomasius hablará de la felicidad como el principio supremo del "Derecho natural"<sup>258</sup>, y lo mismo vino a decir Heineccius, insistiendo en la "utilidad" que nos lleva hacia la felicidad<sup>259</sup>.

Se trataba, pues, de establecer un principio supremo y único—cada autor propuso el que quiso: la sociabilidad, la felicidad, la paz, la libertad<sup>260</sup>— para desde él, de una forma pretendidamente deductiva, construir un sistema del "Derecho natural"<sup>261</sup>.

257. Vid. J. F. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, 5 unveränderte Auflage, Tübingen 1878, vol. I, pág. 212.

258. Vid. mi estudio *Voluntarismo y contractualismo ...*, cit., págs. 89-91.

259. Vid. las *Praelectiones Academicæ ...*, cit., pág. 51. Vid. también mi estudio *Voluntarismo y contractualismo ...*, cit., pág. 90.

260. 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*, Lub. 1701. En 1702 aparece, en Frankfurt el *Tractatum Iuris Gentium de Principis 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 ya muestra con precisión 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 unice, 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 dos estudios de Friedrich Alexander Kühnhold, *Origines dissensuum in doctrina iurisprudentiae naturalis*, Lipsiae 1722, y *Oratio de logomachüs circa principium iuris naturae*, Lipsiae 1723.

261. 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 Olms 1969. El escrito programático

Un escrito didáctico acerca de este método en el Derecho, fue el de Johann Ulricus Roeder, *De principiis iuris naturalis*<sup>262</sup> que, aunque tuvo escasa difusión en su tiempo, resume bien los ideales metódicos del iusnaturalismo. Gribner expone la confianza que depositaron los iusnaturalistas, especialmente los ilustrados, en el método axiomático-deductivo, y él entiende que sería el siglo XVIII el que lo haría realidad, felizmente, en el Derecho<sup>263</sup>. 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 necesario<sup>264</sup>, y el barón de Ickstatt —el único católico que en el siglo XVIII que participó en el movimiento iusnaturalista— recordaba la necesidad de establecer unas *Definitiones* y *Postulata* ciertos e indubitables desde los que obtendremos *axiomata et propositiones*; los *axiomata* participan del carácter indemostrable de las definiciones<sup>265</sup>. Y no añadió más.

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.

262. Hildburghusea 1783.

263. "Cum proximo saeculo Iurisprudentiam Naturalem in ordinem redigere, atque ab incertitudine et confusione liberare certatim...". Cfr. *Principiorum juris prudentiae...*, cit., cap. IV, § 1.

264. "Wenn wir das Recht der Natur durch eigenes Nachsinnen heraus bringen wollen, so ist vor allen Dingen nöthig, da 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...*, cit., cap. I, § 1.

265. "Caput IV: De methodo docendi atque discendi Jurisprudentiam" ... In numerum principiorum demonstrandi non assumuntur, nisi definitiones exasciatae, experientiae indubitatae, axiomata, et propositiones iam

Fue ya muy tarde, en el período crepuscular del *ius naturale*, cuando los iusnaturalistas siguen masivamente la filosofía crítica kantiana, cuando se proporcionaron explicaciones más precisas acerca del método sistemático-deductivo<sup>266</sup>. Schmalz pretendió haber procedido –según declara él expresamente– de forma axiomática-deductiva<sup>267</sup>. Pero, aparte de que sería muy discutible apreciar en esta obra de Schmalz ningún método deductivo-matemático, todo quedó, tal como indico, 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 matemático.

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.

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...*, cit., loc. cit.

266. Vid. *La Cabeza de Jano*, págs. 30-32.

267. 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 zweyte Auflage meiner Encyclopädie des gemeinen Rechts (1804) habe ich darum das Recht der Natur in Aphorismen, in dieser strengen mathematischen Form dargestellt. Wie aber der Mathematiker von Axiomen ausgeht; so musste ich von Definitionen ausgehen, von den Begriff der Freiheit sicher zu bestimmen, dessen Ertwicklung dann das Geschäft der Wissenschaft ist". Cfr. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle 1807, Vorrede, pág. VI.

### 5. *Los fundamentos del razonamiento iusnaturalista*

La Edad Moderna puso su confianza en el método, y éste, según pretendían los iusnaturalistas, había de ser matemático-deductivo. Aunque tal tipo de método resulta inviable en la ciencia práctica, según demostró el siglo XVIII con las disputas entre los mismos iusnaturalistas, lo cierto es que, durante los siglos XVII y XVIII se publicaron bastantes tratados del "Derecho natural". Por este hecho, dejando ahora de lado el tema del método, hemos de hacer una alusión a los tópicos o puntos de anclaje reales de las argumentaciones de los integrantes de la Escuela del "Derecho natural" moderno.

#### a) *La libertad como arbitrio*

Todos los iusnaturalistas modernos partieron, sin excepción, desde una visión imaginativa del hombre a la que llamaron *status naturae*. En tal "estado", los hombres habrían vivido aislados unos de otros y serían, por tanto, independientes mutuamente; dado que no guardan "naturalmente" ninguna relación entre sí, nadie puede alegar un *privilegio (Vorrecht)* para disponer sobre otra persona; así, desde el aislamiento físico puramente imaginado, surge la independencia de los individuos, y desde éste se sigue "naturalmente" la autonomía de cada sujeto.

Todos los individuos son, en consecuencia, autónomos y libres. Vázquez de Menchaca, al que Heineccius reconoce una gran importancia en la formación de la *iuris naturalis disciplina*<sup>268</sup> 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

268. "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 statuat". Cfr. *Praelectiones Academicæ*..., cit., pág. 51.

agrada: *Utile, id quod libet*<sup>269</sup>. Podemos observar en Vázquez como el prestigio y la fuerza normativa del Derecho natural *ut ratio* –que ya sabemos que se concreta en los primeros principios de la razón práctica– se extiende al Derecho natural entendido *ut libertas*, o *ut natura*, de modo que la libertad individual viene a ser el dictado fundamental –ahora que ha conseguido para sí el estatuto de "Derecho natural"– y, en consecuencia, el punto de partida de cualquier consideración "iusnaturalista".

El estudio de cómo 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", ya está esbozado<sup>270</sup>. En efecto, los modernos consideraron que el Universo se divide en dos grandes vertientes: la *Natura, Natur*, en la que domina la necesidad que se expresa mediante la ley de la causalidad, y la de la *Ratio, Vernunft*, que, casi por contraposición dialéctica con la necesidad propia de la "Naturaleza", ha de consistir en "libertad". El elemento específicamente humano, la *ratio* que –según la mentalidad moderna– está llamada a dominar a la *natura*, consiste y es, ante todo, libertad o *arbitrium, Freiheit* o *Willkühr*. Necesidad-causalidad, pues, en el mundo irracional, y ausencia de necesidad, esto es, "libertad", en el mundo humano, en la Razón; *tertium non datur*, 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*.

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

269. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 17, § 3.

270. De este tema trata mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la "persona jurídica"*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" (1988), págs. 477-522.



capacidad de determinar por sí mismo sus propios comportamientos<sup>271</sup>, y añade que "la naturaleza humana es la esencia del hombre obrando libremente"<sup>272</sup>. En realidad, según Madihn, –en quien me limito a ejemplificar el 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 hombre, al mismo tiempo que libre, depende de Dios<sup>273</sup>. La figura de la Divinidad resulta muy útil a estos deístas, porque ellos son conscientes de que la libertad que "naturalmente" posee el hombre sería un dato más de la Naturaleza, *Natur*, y, en consecuencia, no poseería ninguna fuerza normativa si no fuera porque Dios, autor de la Naturaleza, dota de sanción a las realidades "naturales"<sup>274</sup>. Lo procedente, según Madihn, es defender la existencia de Dios, a fin de poseer una base teonómica<sup>275</sup> desde la que aseguremos la vigencia normativa de la libertad. De este modo, Dios existe, o debe su existencia, gracias a la libertad, y, en el marco de esta mentalidad, Emil Weller dirá

271. "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.

272. "Die menschliche Natur ist nemlich das Wesen eines Menschen mit seiner Freiheit zu handeln". Cfr. *loc. cit.*, de los *Gedanken*.

273. Cfr. *loc. cit.* y § 19.

274. "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.

275. "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.

unos años más tarde –ya sin creer en Dios– que Cristo merece nuestro respeto porque fomentó la libertad<sup>276</sup>.

Así pues, el hombre es, ante todo, "libertad". "La libertad natural –explica Daniel Netelbladt– es un derecho común (entendiendo que Nettelbladt quiere decir "general" o "universal") para determinar nuestras acciones de acuerdo con nuestro arbitrio"<sup>277</sup>. De este modo, todo hombre nace con un único 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 cosas, y cuando los iusnaturalistas continentales tardíos recojan esta mentalidad que representa Locke, hablarán entonces de los *Urrechte* de la Humanidad: libertad, igualdad, propiedad<sup>278</sup>.

Los iusnaturalistas, sobre el trasfondo de su mentalidad mecanicista, 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 demás<sup>279</sup>. 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 mismo<sup>280</sup>. Es, quizá, más

276. "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.

277. "Libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio". Cfr. *Systema elementare...*, cit., § 295.

278. Vid. *La Cabeza de Jano...*, cit., págs. 53-68.

279. "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.

280. "Von Seinem. Womit ein Mensch nach Gefallen, mit Ausschliessung anderer, zu verfahren befugt ist, heist das Seine. Es ist entweder ein

consecuente Ulrich que, al explicar el *Naturrecht*, parte siempre del "Yo"<sup>281</sup>, 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 más usualmente llamada, el *Naturrecht*; a finales de siglo sonaba ya algo anticuado el rótulo de *Naturrecht*, y progresivamente fue siendo sustituido por otras expresiones.

Lógicamente, en este contexto, la voluntad deja de ser considerada una simple potencia humana y pasa a ser entendida como la totalidad de la Razón práctica; por este camino, *arbitrium*, *voluntas* y *ratio* quedaron equiparados<sup>282</sup>, 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 indi-

angebörnes, oder ein erworbenes Seine ... Das erste Recht des Menschen im absoluten Zustande; das Recht des Menschens über sich selbst: Nach dem natürlichen Zwangsrecht ist jede Handlung erlaubt, wodurch andere nicht beleidigt werden. Jeder Mensch ist also befugt, über seine Seelenkräfte, seinen Leib dessen Glieder und Kräfte nach Gefallen zuschalten, und jeden andern 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 angebörnen". Cfr. *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, Gießen (2ª edición) 1783, § 37.

281. "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.

282. GUNDLING escribía que "Hier handelt der Auctor (se refiere a Pufendorf) en general 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 Pufendorfi...*, cit., Liber I, cap. I, § 3.

viduo<sup>283</sup>. Esta "libertad" es un "derecho" universal que abarca todos los comportamientos, de modo que la antigua distinción entre *fas* y *ius* desaparece<sup>284</sup>.

Desde la libertad universal y radical de todo sujeto, se hará justicia conmigo en la medida en que nadie interfiera en mi "esfera de libertad", y yo seré justo con los demás en la medida en que me *abstenga* de irrumpir en sus vidas. Fue Höpfner el primero que explicó que todas las omisiones son justas<sup>285</sup> y, si hemos de creer a Gottlieb Hufeland, ya Pufendorf había explicado que la justicia sólo consiste en omisiones<sup>286</sup>.

Desde otras ópticas –aunque en el mismo escenario– Christian Wolf había mantenido, a comienzos de siglo, que la justicia es aquella virtud por la que cada uno defiende su propio derecho<sup>287</sup>. Gundling, que acentúa más la igual libertad de todos, entendió, en cambio, que la injusticia consiste en tratar a otro como desigual<sup>288</sup>.

283. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 32 y ss., 46 y ss., 103 y ss.

284. 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*, Hallae Magdeburgicae 1728, cap. III, § XVIII.

285. "Aus dem bisher gesagten erhellet, daß im ursprünglichen Zustande nur gewisse Begerungshandlungen ungerecht und verboten, alle Unterlassungshandlungen aber gerecht sind. Nämlich nur die Handlungen sind ungerecht, wodurch jemand in der Disposition, über seinen Leib, Seele, Kräfte, gestöhrt wird; man sich einer Oberherrschaft über ihn, oder eines andern Vorrechts anmaßt; ihm durch Betrug oder Lügen Schaden thut; oder ihm die Güter der Schöpfung zu gebrauchen wehret". Cfr. *Naturrecht...*, cit., § 44.

286. "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.

287. Vid. *Grundsätze...*, cit., § 85.

288. 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.

b) *El pacto como única categoría jurídica*

He indicado anteriormente que el movimiento iusnaturalista moderno sólo reconoce a hombres o, mejor, a "individuos" aislados y "libres" –teniendo en cuenta que sus representantes equiparan *Freiheit y Willkühr, frei y beliebig*– que crean voluntariamente todo el ordenamiento jurídico y con él la justicia, mediante pactos. Ya Caspar Ziegler, en 1706, denunciaba 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*<sup>289</sup>. Esto es, todo lo que pudiéramos llamar "Derecho substantivo" debe surgir desde los pactos, sobre los que nada dice el "Derecho natural", excepto que todo el Derecho debe ser creado –desde el punto de vista del *ius naturale*– contractualmente, o de forma pacticia. Ziegler también expone el esquema que siguen Hobbes 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 –ésta es propiamente la exigencia del "Derecho natural"– mediante pactos<sup>290</sup>. Ziegler se rebela ante esta desaparición –auténtico escamoteo, denuncia él– en la práctica de lo que siempre se ha entendido por Derecho natural, que es una Justicia anterior a cualquier *acuerdo* de los ciudadanos, y 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<sup>291</sup>.

Si leemos detenidamente, y sin prejuicios, a Pufendorf, comprobaremos que este autor sólo trató, en sus dos obras fundamentales y de madurez, el *De Iure naturae* y el *De Officio*, de

289. Vid. *In Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis*, Argentorati, 4<sup>a</sup> ed., 1706, págs. 10-11.

290. Vid. *loc. cit.*

291. Vid. *loc. cit.*

los pactos. Efectivamente, una vez que él ha descrito la *imbecillitas* del hombre en el "estado de naturaleza" y ha mostrado, en consecuencia, 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"– a 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 comprendería el núcleo del Derecho natural, no existen. En efecto, 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, o formales, que integren el 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 (*i?*), 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"<sup>292</sup>.

Así pues, todo ordenamiento jurídico, según Pufendorf, ha de constituirse mediante acuerdos de voluntades. "Es suficientemente manifiesto –prosigue este autor– que son necesarios los pactos

292. "Ab officiis absolutis ad hypotheticis sit velut transitus per pacta intermedia, quippe cum omnia officia, praeter iam enumerata, pactum expressum aut tacitum videantur praesupponere. Igitur hoc loco agendum erit de natura pactorum, et quid illa ineuntibus observandum sit". Cfr. *De Officio*..., cit., Liber I, cap. IX, § 1.

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"<sup>293</sup>.

El discípulo más agudo de Pufendorf, junto con Thomasius, Nicolás Jerónimo Gundling, explicitó esta tesis de forma lapidaria: *Negamus vero, ante pacta neminem ad pacem servandam obligari*<sup>294</sup>. Una precisión como ésta era necesaria, porque ni en Grocio ni en Pufendorf queda claro si la tendencia fundamental del hombre, la sociabilidad, posee un carácter verdaderamente prescriptivo o si, en cambio, se trata de una mera recomendación, una *Klugheitsregel*, como indicaba Madihn<sup>295</sup>, a fin de llevar una

293. "Fuisse autem necessarium pacta inter homines inivise, satis manifestum est. Quanquam enim officia humanitatis late sese per vitam humanam diffundant, haud quidquam tamen ex eo solo fonte deduci omnia possunt, quae hominibus 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.

294. *Ius Naturae et Gentium*, cit., cap. II, § XXXVII.

295. Vid. sus *Gedanken von dem wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Hallae 1767, § 22.

vida más segura y cómoda; dicho de otra forma, no aparece claro el carácter del contenido de la Ley o Derecho "natural". Así pues, Gundling explicita lo que sus maestros habían dejado indeterminado, y nos explica que nadie está obligado a buscar la socialidad, o a fomentarla, si previamente no se ha comprometido voluntariamente a ello. En consecuencia, el "Derecho natural" sólo estatuye la igual libertad de todos los hombres, y nada más; el Derecho en concreto que haya de ser creado no viene determinado por ningún ordenamiento jurídico "natural": tal como indicaba Pufendorf expresamente, 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.

Esta 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*<sup>296</sup>. El máximo representante de esta mentalidad contractualista en la primera mitad del siglo XVIII fue, posiblemente, Henricus Koehler, que la expresa en su *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specina VII*, ya citado. En el marco de esta mentalidad, Gribner, siempre fiel a Thomasius y Pufendorf, redujo la noción de injusticia y tiranía al incumplimiento de lo pactado<sup>297</sup>, y Johan Stephan Pütter, que es tenido hoy por el "padre" de la

296. "Ingenii praestantia, nobilitas, virtutis aut divitiarum abundantia nihil ad rem pertinet: pactum, seu conventio utramque hic paginam conficit". Cfr. *Via ad veritatem cuius pars tertia iurisprudentiam naturalem nova methodo elaboratam praesuntis opinionibus aliisque ineptis vacuum sistit*, Halae Magdeburgicae 1715, cap. XXXIII, § 35.

297. "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.



ciencia jurídica alemana contemporánea, explicó muy claramente que cualquier derecho u obligación debe de tener su origen en un contrato<sup>298</sup>. Incluso 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 afirmar 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 hombre 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"<sup>299</sup>.

298. "... 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, parágrafo 23.

299. "...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 kontrahieren, wenn noch keine gesetzliche Uebereinkunft zwischen ihnen statt finden, und niemand kann ihn vor dem Verträge zu irgend etwas anderem als zu kontrahieren 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.

Es lógico que Hufeland –cuando aún seguía las teorías contractualistas– explicara, a final de siglo, que "La grandísima ventaja que esta 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<sup>300</sup>. 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 encuentra 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"<sup>301</sup>.

300. "Der allergrößte Vortheil, der dieser Wissenschaft sich ihrer Entstehung geschafft 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.

301. "Grotius der längst vergessene und unter dem Staub der Bibliotheken modernde Grotius scheint mir daher den wahren Grund ds Strafrechts weit richtiger und klärer eingesehen zu haben, weningstens der Wahrheit um ein Grosses näher gekommen zu seyn, als gar viele unserer neuer und sonst gründlich philophierende 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

Igualmente lógico fue que Leopold 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 él<sup>302</sup>.

Anselmo Desing, en su denuncia contra el pretendido "Derecho natural", ya aclara 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 expolios tomados de la Ética y de la Teología moral<sup>303</sup>. Y el Hoffbauer anciano que, a la altura de 1816, ha 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 arregla<sup>304</sup>.

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, n. 1. Cfr. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen das Oberherrn*, Erfurt 1798, pág. 224.

302. Vid. Leopold Friedrich FREDERSDORF, *System des Rechts der Natur...*, cit., Vorbericht, pág. VIII.

303. "Ius Naturae e Pufendorfio et Heineccio descriptum, non esse Ius Naturae promissum, sed particulare Iuris civilis, ornatum aliquot spoliis Ethicae ac Theologiae naturalis". Este es el título del capítulo XIV de su *Iuris naturae larva detrata*. Más exactamente, sobre este tema, vid. el "Thema" IV, § 8.

304. "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.

c) *El "ius" como una prescripción y la función de la doctrina democrática*

Tal como hemos tenido ocasión de observar en las páginas anteriores, la doctrina *iusnaturalista* moderna sólo propugnó prescindir de la tradición jurídica y política prudencial y sustituirla por una doctrina político-jurídica nueva, que los "iusnaturalistas" llamaron *republicana*. En efecto, una vez que se ha postulado que todos los hombres somos seres aislados, independientes y, en consecuencia, igualmente indiferentes los unos para los otros, el único cauce a través del cual podemos entrar en contacto recíproco es el acuerdo de voluntades. Esta exigencia implica, teóricamente, que el poder político sólo puede 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 se determinan y constituyen los fines de la sociedad política 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"<sup>305</sup>.

Por lo general, en la corriente iusnaturalista, con este tipo de explicaciones se pretendía indicar que, puesto que los hombres

305. "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.

habían decidido, libremente, asociarse, era necesario postular que ellos pretendían seguir 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?"<sup>306</sup>. Planteadas así las cosas, y teniendo presente el relativismo ético que domina en esta época, al que ya he aludido, 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, en consecuencia: 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 dejan de consistir en una actividad prudencial y pasan a ser considerados, desde los inicios mismos de la Escuela, como el resultado de la actividad política *republicana*. Veamos esto más detenidamente.

Sabemos que el "Derecho natural" que exponen estos autores, no ordena o prescribe nada, hablando con propiedad. El "Derecho natural" es solamente aquella forma de pensar en el Derecho y en la Moral que parte desde unos individuos aislados, independientes, solitarios e indiferentes recíprocamente en el *status naturae*; desde la mutua independencia surge, imaginativamente, la ausencia de vínculos entre estos seres –"esencias racionales" los llamarán los iusnaturalistas tardíos– aislados; 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 no-ser, en un vacío de humanidad; como explicaron los kantianos,

306. "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 invitati fierent subiecti. Id quod etiam praetextu aut ratione beneficii sibi ipsis collecti intolerabile incivile et iniurium esse. Cum invitati beneficium non detur". Cfr. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 4, § 3.

al final del ciclo vital de la Escuela, se trata de una libertad meramente formal, vacía y negativa<sup>307</sup>. 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 de mi arbitrio; no olvidemos que la "voluntad", en la Escuela moderna del Derecho natural, se constituye como tal por la ausencia de motivos o razones: es, esencialmente, inmotivada<sup>308</sup>.

La naturaleza meramente negativa y vacía de esta noción de "libertad" implica necesariamente el contractualismo, pues toda la época tiene presente que no puede existir más obligación legítima que la que surge del propio consentimiento<sup>309</sup>. Es lógico que el fundamento último del Derecho y de la Justicia fuera planteado así: un ser aislado y solitario, que únicamente se posee a sí mismo, y cuyo único derecho es el de poder disponer sobre sí mismo, sólo puede adquirir un derecho o una obligación, respecto de otros seres iguales a él, cuando él se comprometa voluntariamente.

Consecuentemente, la sociedad política –que fue entendida como la primera, cronológicamente, de las sociedades que forman los hombres– ha de ser creada mediante un pacto. 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 los 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

307. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 36-42.

308. A este tema dediqué *La independencia y la autonomía del individuo...*, ya citado.

309. Vid. *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno...*, cit., págs. 128 y ss., 138 y ss., 158 y ss., 181 y ss.

sociedad, en general<sup>310</sup>. 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 la alemana, a estos pactos se les llamarán respectivamente, el *Vereinigungsvertrag* y el *Unterwerfungsvertrag*<sup>311</sup>.

De esta forma, los individuos, reunidos ya bajo una sociedad política, han de pretender conservar en tal sociedad el aislamiento –la libertad vacía y negativa– que ya poseían en el *status naturae*; por esta pretensión, la sociedad política será caracterizada como una *societas assecuratoria* de la forma de ser –los iusnaturalistas decían "los derechos"– que se postulaba que es propia del hombre<sup>312</sup>, y la nota distintiva, y en cierto modo constitutiva de la naturaleza humana, es la indeterminabilidad del arbitrio.

Como tal indeterminabilidad de la voluntad debe seguir presente en la sociedad política, el principio fundamental que rige tal sociedad es que nadie puede decidir por otro. En consecuencia, dado que cada sujeto es el único autorizado para decidir por sí, 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 vida<sup>313</sup>. Por tanto, las leyes no pueden ser –según demanda la Razón– sino un acuerdo de voluntades, acuerdo que, a partir de la penetración de la cultura francesa en Centroeuropa, será conocido con el nombre de la *volonté générale*.

310. Respecto a los iusnaturalistas tardíos, vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 158 y ss.

311. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 158 y ss.

312. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 179 y ss.

313. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 27 y ss.

Esto implica que la única forma de gobierno legítima 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 Concilium*). La voluntad de la mayor parte de los que componen tal congreso se tiene, normalmente, por la voluntad de la ciudad<sup>314</sup>.

El prestigio de la democracia era muy fuerte, doctrinalmente, ya en el siglo XVII. Aparte de la obra de Ulricus Huber –el autor, quizá, más apreciable en su teoría política democrática– diversos iusnaturalistas hicieron referencias expresas a la democracia en tanto que la forma de gobierno que mejor se adecúa a las exigencias de la Razón. Así, por ejemplo, Gribner escribía que *Formis rerumpublicarum et in primis de iure democratiae*, porque en el régimen democrático es en el que mejor se conserva la libertad natural<sup>315</sup>. Vitriarius no dudaba en afirmar que la democracia era la forma "perfectísima" de la sociedad<sup>316</sup> 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

314. "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 praevaleret, quae singulis dissentientibus maior est". Cfr. *De Officio*..., cit., Liber II, cap. VI, § XII.

315. "Multa in democratia libertatis naturalis sunt vestigia". Cfr. *Principiorum iuris prudentiae*..., cit., Liber II, cap. V. § 2. En el § 3 expone los fundamentos de la vida democrática.

316. "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*..., cit., Liber II, cap. V, § 34.



sociedad se aproxime a la forma de gobierno democrática, y la libertad será menor según se acerque a la monarquía"<sup>317</sup>.

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, sin solución de continuidad con la doctrina sentada anteriormente, pasan a mantener que el *ius* o el Derecho, esto es, la justicia, viene creada o constituida por las leyes que impone la mayoría. Efectivamente, los iusnaturalistas redujeron inicialmente el *ius* a la voluntad, de modo que el "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. Ha sido tan fuerte la vinculación entre Voluntad y Derecho 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*<sup>318</sup>.

Por esta razón, los iusnaturalistas, masivamente, afirman que el "Derecho" consiste en las leyes generales que dicta el poder político; 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*,

317. "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.

318. Vid. *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de la 2ª edición alemana por W. Roces, Madrid 1930, §§ 25 y ss.

ya que *Leges sunt determinantia, Iura determinatum*<sup>319</sup>. 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 resultantes*<sup>320</sup>.

Así pues, la esencia y legitimación última de la ley consiste en ser un mandato u orden, un *iussum* del Gobernante<sup>321</sup>, 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 sentido<sup>322</sup>. Consecuentemente, la *iurisprudencia* queda reducida a la habilidad inteligente que posea una persona para

319. *Meditationes praeliminares...*, cit., cap. I, § XXIX.

320. *Meditationes praeliminares...*, cit., cap. I, § XLIII.

321. 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 promulgatam est, subiecti actiones suas debent componere". Cfr. *Institutiones Iuris Naturale et Gentium methodo geometricae digestae collatoque 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; en este sentido, 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 suverain détermine celle des sujets. Un sujet est donc une personne qui est dans l'obligation d'obéir. Et comme la puissance et la bénédicence 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.

322. "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., Prolegomena, cap. I, § 3.

aplicar las leyes a los hechos de la vida cotidiana<sup>323</sup>, y esta "aplicación" se realiza mediante un silogismo que se compone de una indagación sobre el Derecho aplicable (*quaestio iuris*), y otra averiguación sobre lo que ha sucedido, *quaesti facti*<sup>324</sup>. Rübel propone, incluso, un ejemplo práctico de cómo opera este silogismo<sup>325</sup>.

Quisiera hacer notar como a lo largo de los siglos XVII y XVIII desaparece la consideración del Derecho propia de la corriente romanista, prudencial. La norma jurídica deja de ser entendida como una *regula* que el jurista induce desde la realidad, agrupando casos similares, y pasa a ser considerada como el resultado de un acto de voluntad arbitrario –*willkürlich, beliebig*, dirán los kantianos– mediante el que un hombre o grupo decide normar unas relaciones humanas. El Derecho queda, pues, dependiente del arbitrio o del capricho –sería inadecuado usar la palabra "libertad" en este contexto– y pierde su contacto con la Realidad. En adelante, será preciso *postular*<sup>326</sup>, como hizo Rousseau, que toda decisión colectiva es incondicionalmente buena y justa.

323. "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 (iurisprudencia) genannt". Cfr. Johann Friedrich RÜBEL, *Die Gründlichbeweisene Recht der Natur*, Wittenberg 1735, cap. II, § 154.

324. "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.

325. "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.

326. 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,

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 es la base necesaria de cualquier Ciencia jurídica, lo expresa Hollman claramente<sup>327</sup>. 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"<sup>328</sup>. 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"<sup>329</sup>.

Este problema denunciado por Schlosser y Hoffbauer lo heredó el siglo XIX en toda su crudeza. Una vez que se ha erigido al arbitrio del individuo –el *Willkühr*<sup>330</sup>– en fuente de toda justicia, ¿de dónde se han de extraer los criterios para discriminar lo justo

abandona esta distinción y acaba afirmando que implícitamente que la voluntad mayoritaria siempre constituye la justa, por definición, "voluntad general", que siempre ha de ser obedecida. Vid., sobre este extremo, mi *Voluntarismo y contractualismo...*, cit., págs. 101 y ss.

327. "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 omittendum, sit, anxie disquiratur". Cfr. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*, cit., § 228.

328. "...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.

329. "Das Naturrecht dieser Philosophen ist nichts anders als eine Theorie der bürgerlichen Gesetzgebung". Cfr. *Das Allgemeine...*, cit., pág. 6.

330. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 46 y ss.

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 todo Derecho. 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 voluntad<sup>331</sup>. En el Derecho público, esta tarea le estaba reservada, entre otros, a Georg Jellinek, que expuso esta teoría en su *System der öffentlichen subjektiven Rechten*, ya en la segunda mitad del siglo.

d) *Un problema serio: ¿genera el Derecho algún deber?*

La consecuencia inmediata de esta mentalidad que concibe al Derecho como el contenido de un *praeceptum* o mandato, es que deja reducida la norma jurídica a una simple *imposición*, esto es, a un forzamiento externo que realiza una voluntad fuerte sobre otras voluntades más débiles, apoyada exclusivamente en su mayor fuerza o poder. De este modo, el problema genuinamente jurídico, que es el de mostrar las razones que crean el deber de obedecer una norma, en otras palabras, el tema de la Justicia, desaparece del horizonte ilustrado-moderno.

a') 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, por ejemplo, como buen negociante o conductor de camiones, ha sido considerada como la

331. Vid. el excelente 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.

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, a su propia perfección como ser humano; 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*.

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 –Erich Fromm hablaría de unos fines que le permitan al hombre *tener* más, pero no *ser* más– se ocupan de 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, de la oportunidad, que hacen a un hombre "listo", 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: técnico en informática, albañil, etc.

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 asesino<sup>332</sup>. Es decir,

332. "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

son *reglas técnicas* de por sí amorales; están ahí, al servicio del individuo, y pueden servir indistintamente para hacer cosas justas o injustas, humanas o inhumanas.

Lógicamente, el problema del *deber* o de la *obligación* –ambos términos son sinónimos en definitiva– no tiene nada que ver con el de la técnica. El "deber" no expresa la conveniencia o la necesidad de realizar una conducta para alcanzar un fin; el "deber" expresa que una conducta *debe* o no *debe* ser realizada, pues si no se obra así, el sujeto en cuestión obra inmoralmente, esto es, no se realiza como ser humano, aunque gane mucho dinero, o influencias, o prestigio, o adquiera más bienes. Es decir, la obligación o deber sitúa al hombre ante la exigencia de su perfeccionamiento *personal* y propio, esto es, en el terreno específicamente moral.

b') 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, además, porque pretendían una ciencia del hombre radicalmente nueva, no tuvieron en cuenta distinciones tradicionales pero imprescindibles, y acabaron diseñando un *homo faber* también en el campo práctico. Efectivamente, el "hombre" de los iusnaturalistas de la Edad Moderna tienen unos contornos

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 exclusivamente 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. *Critica de la razón práctica*, trad. de E. Miñana y M. García Morente, Madrid, 1984, págs. 34-35.

antropológicos muy 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.

La finalidad *general* de actuación humana –los iusnaturalistas siempre hablan 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*; Thomasius, y con él buena parte de los ilustrados, entendieron que el hombre actúa, en definitiva, para vivir "mucho tiempo y felizmente" (*diuturne et sine dolore*), y concibieron la conducta humana como necesariamente orientada hacia el hedonismo individual. Finalmente, Kant, radicalizando la independencia y el aislamiento de individuo en el *status naturae*, y sin acertar a considerar algún bien humano superior a tal aislamiento e independencia, situó la finalidad moral general de cualquier acción humana en la libertad, en la autonomía.

De esta forma, el hombre deja de ser hombre, en el sentido completo del término, para convertirse *esencialmente* en un buscador de seguridad, de comodidad, de placer, o de independencia. Las reglas que pueden regular su conducta, son reglas que cada individuo ha de seguir *si él quiere* vivir con seguridad o cómodamente, o placenteramente; pero ni siquiera 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 ciencia "moral" de la Modernidad no se nos aparece tanto como ciencia *moral* que exprese *deberes*, incondicionados, como las técnicas para alcanzar los bienes ya indicados.

Por este camino, en el pensamiento moderno fue desapareciendo la noción misma de "Moral", que quedó confundida con las técnicas –las *Klugheitsregeln*– para alcanzar fines arbitrarios determinados, y estos fines, basados siempre en el egoísmo del individuo que, según la Modernidad, vive ante todo la *philautia* o *Selbstliebe*, no eran lo suficientemente valiosos desde un punto de



vista humano como para originar *deberes*. En consecuencia, la idea misma de "Moral", así como la de *pecado* fue apareciendo en la superficialidad moderna como irreal, residuo ridículo de un pasado irracional.

c') El problema del deber jurídico

Existe un punto, sin embargo, en el que, desde el siglo XVIII, se viene manteniendo conscientemente una hipocresía tolerada –o exigida– socialmente: se trata del tema del deber jurídico; y si el "Derecho" se reduce a las leyes dictadas por el Gobernante, el problema es el de justificar o razonar *por qué* existe el *deber* de obedecer tales leyes.

Hablo de hipocresía porque, una vez desaparecidas las nociones de Moral y de pecado, no tiene ningún sentido seguir hablando de "deber"; en lugar de imponer deberes, las reglas del "Derecho natural" propondrían "reglas de la prudencia", *Klugheitsregeln*, que nos indican los modos de alcanzar la comodidad, la paz, el placer o la independencia. No existe, en realidad, el deber de cumplir tales reglas; sólo hay la necesidad de observar estas reglas si se quiere ser feliz o independiente. Se trata, pues, de reglas técnicas, de imperativos hipotéticos según la terminología kantiana. Sin embargo, los modernos y sus sucesores siguen hablando, inconsecuentemente, de "deber".

El tema es demasiado complicado para ser explicado con rapidez. Ha sucedido que los autores modernos e ilustrados, desde el siglo XVII al XX, no creen en la existencia de una Moral o Justicia objetiva, sino sólo en la autonomía de los individuos que pactan, según explican ellos; ésta, sin embargo, no es más que la parte propagandística de sus teorías, porque en la realidad práctica, tanto Pufendorf como Kant encuentran un Derecho positivo, o legislado, ya constituido al margen de cualquier pacto, y ellos explican que este Derecho *debe* ser obedecido.

Estos autores no pueden explicar, porque es inhumano, que los ciudadanos no tienen el *deber* de cumplir la legislación efectivamente existente, sino que únicamente están *forzados* a cumplirla porque el Gobernante –el que sea– es el más fuerte; esta tesis o realidad, sólo será explicada con esta radicalidad por los integrantes de la Escuela de Uppsala, en el siglo XX. Entretanto, los filósofos y teóricos del Derecho han seguido hablando de obligación y deber, porque de no haber procedido así hubieran privado a las leyes de la areola de santidad 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" el sentido que han encontrado como más adecuado a sus pretensiones de autoprestigio.

Los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII eran deístas y, conforme avanzaba la Ilustración, más que deístas eran abiertamente 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, Budde, Musaeus, Hochster, Gundling, Homberg, Glafey, Gribner, Achenwall y otros muchos más que se adentran en el siglo XVIII, recurren continuamente a Dios, a "la voluntad divina", para explicar el fundamento de la obligatoriedad del Derecho. De este modo, explicaron que se debe obedecer lo pactado, porque Dios ordena que se observen los pactos; que se debe obedecer al Gobernante –pienso especialmente en Thomasius y sus discípulos– porque Dios ordena obedecer a los príncipes, que hacen posible la paz y la felicidad colectivas. Incluso en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando ya la reflexión ha avanzado más, de modo que algunos

autores, como Höpfner, por ejemplo, ponen en tela de juicio el carácter obligatorio del Derecho, los Zopfens, Rübel, Koehler, Heineccius, Nettelbaldt, Hommel, Pütter, Baumgarten, Madihn, Moser o Schlettwein –con estos últimos se inicia tímidamente, torpemente aun, la escuela jurídica kantiana– el recurso a "Dios" es más insistente y continuo. Para estos autores, ni Dios ni la Justicia existen –al menos en el sentido en que afirmaría esto un cristiano– pero necesitan de la idea de Dios para hacer realidad social es espejismo de la Justicia, tema entonces inexcusable en cualquier tratado de filosofía del Derecho.

d') La reducción del "deber" a la fuerza

El recurso a una delicuescente idea de la Divinidad tiene, 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". Dios sería algo así como el garante, el fundamento general y último, de la teoría propuesta, el fundamento y garantía del Soberano y del conjunto de sus actos de gobierno. Pero era necesario proporcionar una explicación popular de por qué deben ser obedecidas las leyes.

Pufendorf marcó, una vez más, el camino. Según este pensador, existe esta obligación *quia homo a potestate superioris non est immune*<sup>333</sup>, esto es, existe el "deber" de acatar la ley porque el Gobernante castigará a quien desobedezca. Samuel Cocceius se opuso inmediatamente 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 inclumplido un deber ya existente<sup>334</sup>. Pero esta explicación de Cocceius era

333. *De Officio...*, cit., Liber I, cap. II, IV.

334. "Ut eo minus ferendum sit, quod porro ait: Solo coactionis metu obligationem iuris mihi constare: Iterum atque iterum hoc nego, metus enim

demasiado realista para la época, y no fue tenida en cuenta por la corriente mayoritaria.

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, Thomasius redujo el Derecho a la fuerza, en un tono francamente radical<sup>335</sup>, 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, adecúan 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*<sup>336</sup>. En consecuencia, el *imperium* del Gobernante, en definitiva, –Koehler pretendía ser un autor muy riguroso– consiste *in sola obligatione per mala connexa cum actionibus*<sup>337</sup>.

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 compellit, ideo minus obligatio eius manet". Cfr. *Tractatus Iuris Gentium...*, cit., pág. 25.

335. Vid. *Contractualismo y voluntarismo...*, cit., pág. 94. Abundando más en este tema, vid. SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Berlín 1966, págs. 9-52.

336. "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.

337. Cfr. *Iuris socialis...*, cit., § 743. En el § 746 escribe que "Imperium civile summum ad solam obligationem per mala connexa cum actionibus

Achenwall, el maestro más directo de Kant en materias jurídicas, ya que Kant explicó siempre el *Naturrecht* con el *Ius Naturae in usum auditorium* de este autor, redujo, igualmente, el "deber" jurídico a un fenómeno de fuerza. El explicaba que las leyes naturales "deben" ser cumplidas porque Dios nos impone, a la fuerza, su observancia<sup>338</sup>, 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 incumpla<sup>339</sup>.

A finales del siglo XVIII se produjo una reacción vehemente 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 omitir<sup>340</sup>, de forma que, si se explica que la coacción consiste en coacción física (*ponamus enim obligationem consistere in coactione physica*), en tal caso no se limita la libertad del hombre, sino que se la destruye<sup>341</sup>. Pero Schott tampoco fue muy tenido en cuenta en su momento. Hizo

civium, et consequenter ad solum metum, civibus refractarii incertiendum, contendit".

338. "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 servandam Deus nos obligat, seu ad cuius observantiam Deo obligamur". Cfr. *Ius Naturae in usum auditorium*, Gottingae 1774, 4ª edición, Pars Prima, §§ 20-21.

339. "...consequitur, ut leges naturales omnes, inmo 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.

340. "Recentiores vero, qui a terminis hisce metaphoricis et paulo obscurioribus abhorrent, per *necessitatem moralem aliquid agendi vel omittendi* eandem expone maluerunt". Cfr. *Dissertationes iurs naturalis*, Erlangae 1784 (1759), Dissertatio III, titulada "De notione obligationis", pág. 91.

341. "Ponamus enim obligationem consistere in coactione physica, tum certe libertas non limitabitur, sed tolletur et prorsus evertetur". Cfr. *op cit.*, pág. 94.

falta que se creara el ambiente que propició la aparición de la filosofía crítica kantiana, con su exigencia de nociones y conceptos racionales a priori, para que la reflexión colectiva comprendiera que la coacción *fuerza*, pero no impone o crea ningún *deber*. Siguiendo esta idea, Höpfner explicó que "se llama moralmente necesarias a aquellas acciones que debemos realizar para conseguir un verdadero bien"<sup>342</sup>. Adolf Dietrich Weber se opuso, igualmente, a considerar que *Obligatio est inclinatio voluntatis per metum*<sup>343</sup>, aunque no quedó muy claro lo que él proponía.

En cualquier caso, a finales de la Modernidad, observamos una tendencia a entender la obligación de una forma más matizada que anteriormente, haciendo de la noción de obligación una realidad más proveniente de la estructura racional del hombre que no de un forzamiento físico. Es bien conocido que Kant intentó explicar el deber en términos estrictamente racionales, al margen de cualquier motivación proveniente del mundo empírico o físico<sup>344</sup>, y a este fin dedicó buena parte de la "Metafísica de las costumbres".

Temo, sin embargo, que tampoco Kant logró, en modo alguno, conseguir una noción de *obligación jurídica* que no se confundiera con el miedo a las sanciones; en efecto, en el plano "metafísico" de la "Metafísica de las costumbres", 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 es arrojada fuera del mundo, o del plano, inteligible-metafísico, 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 de la

342. "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.

343. Cfr. *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeiten*, Schwerin, Wismar und Bützow 1784, § 5.

344. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 21-45.

violencia. En este sentido, Alvarez Caperochipi nos indica 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"<sup>345</sup>. Por mi parte, he intentado mostrar como Kant 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 irracional<sup>346</sup>.

Y es que la Modernidad, desde su punto de partida, determinante necesariamente de todo razonamiento posterior, no fue capaz de explicar las razones por las que el Derecho, o simplemente, las leyes, obligan.

#### 6. *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, romanista, perdió momentáneamente su pres-

345. *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 realisirke 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.

346. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., capítulo V, titulado "El problema del Derecho positivo".

tigio 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– *demodée*<sup>347</sup>.

Desde luego, a comienzos del siglo XVIII, el estudio de la disciplina llamada *ius naturale et gentium* había superado en prestigio, en las Universidades, 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 XVIII<sup>348</sup>. 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 creado<sup>349</sup>; parece que los iusnaturalistas, en su falta de contacto con el Derecho, creían que el Derecho romano había sido obra de "filósofos"; tal era la falta de información y de cultura entre estos ilustrados, tan seguros, por lo demás, de sí mismos.

Desechada la cultura jurídica romana, desaparece la Realidad de la consideración jurídica, y la expresión *ius oritur ex facto*, con la que cualquier romanista caracterizaba del modo más preciso su trabajo, pasa a representar las antípodas del modo de proceder en el *ius naturale* moderno. En efecto, en esta corriente triunfó la línea

347. "... quoniam Civilia iam apud nos desueverunt fora, et de Vulgari Jurisprudencia actum est, verae Jurisprudenciae animum addicerem". Cfr. *De Officiis...*, cit., Epistola Dedicatoria.

348. 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.

349. "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. *op. cit.*, cap. XII, § 5.



voluntarista y contractualista que propuso Fernando Vázquez de Menchaca, que también recoge Grocio, y que fue exaltada por Pufendorf. Es la tendencia "iusnaturalista" que sólo reconoce individuos aislados e independientes, que disponen sobre sí mismos, y que únicamente entran en contacto mutuo mediante el pacto o contrato.

Indicaba anteriormente que los seguidores de Grocio aún mantienen la inteligencia del Derecho natural como un orden jurídico 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, más radicalmente individualista y contractualista. Los "grocianos" representaron, en el conjunto de la Modernidad, un residuo de una cultura ya desaparecida, que se enfrentaba testimonialmente, sin éxito, a la subida imparable del pensamiento jurídico-democrático. El *ius naturale* de Pufendorf no fue otra cosa que la afirmación incondicionada de las voluntades individuales, que determinan arbitrariamente –ya no existen puntos de referencia ajenos a ellas– los criterios de lo justo y de lo injusto, y en esta pugna, que todavía existía a comienzos del siglo XVIII, Thomasius podía escribir que "se es amigo del Derecho natural o Pufendorf, o se es enemigo"<sup>350</sup>. El Freiherr von Holberg ya indicaba, 1748, que Pufendorf había sido el iusnaturalista cuyo sistema era reputado como el más completo y el mejor<sup>351</sup>.

350. "Vel inimici iuris naturae aut Pufendorfii, vel amici". Cfr. *Paulo plenior Historia Iuris Naturalis*, Halae Magdeburgicae 1719, pág. 18.

351. "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. *Elementarystem der Rechtswissenschaft oder Lehrbuch eines propädeutischen Cursus für Rechtsgelehrte*, Marburg 1808, § 24.

En efecto, a partir del primer tercio del siglo XVIII, el *ius naturale* fue sinónimo del juego intelectual-académico que partía del individuo aislado en el *status naturae* y que, mediante los pactos *unionis et subiectionis*, crea 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 que es más conocido hoy en el empeño de compatibilizar la autonomía del individuo con la heteronomía que implica toda legislación jurídica y política. Y, ciertamente, la tendencia representada por Pufendorf o Rousseau fue la que acabó prevaleciendo.

Lógicamente, esta doctrina *iusnaturalista* es, ante todo y fundamentalmente, una teoría política y, por este hecho, el *ius naturale et gentium* moderno no constituye, hablando con propiedad, Ciencia del derecho, *jurisprudencia*. Especialmente en el siglo XVIII, sus seguidores no entran a tratar temas propiamente jurídicos, sino que componen tratados de filosofía moral. Juan Francisco Budde escribía que "esta parte de la Filosofía, que conforma la actuación del hombre, que llamamos Derecho natural..."<sup>352</sup>.

El *ius naturale* estuvo compuesto por las obras de los filósofos y también, en medida notable, de profesores de Matemáticas. Los juristas, que siguieron dedicándose al estudio y a la exégesis del Derecho romano, permanecieron ajenos a este movimiento. 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 áridos y abstractos acerca del acto moral.

352. "Qui eam Philosophiam partem, quae mores hominum fingit formatque, quam plurique recentiore Ius Naturae, appellitant...". Cfr. *Historia Iuris Naturalis*. Lugduni Batavoum 1711, pág. 3.

### 7. Un resultado final, entre otros

Tras la reelaboración que experimentó la *iuris naturalis disciplina* en manos de Kant y sus discípulos, que depuraron y afilaron las nociones iusnaturalistas, sin añadir nada nuevo, la ciencia del *Naturrecht* cayó en un profundo desprestigio<sup>353</sup>. Los universitarios dejaron de creer en los "estados de naturaleza" y en los "contratos sociales" y, en consecuencia, dado que éste era el único "Derecho natural" que conocían, rechazaron la idea misma de cualquier Derecho o Justicia natural.

Pero lo realmente importante en la historia de la cultura es que ya entonces, a comienzos del siglo XIX, se había creado el mito que dominará toda la Edad Contemporánea, a saber, que toda Justicia posible se expresa, o ha de expresarse, en un ordenamiento eterno e inmutable, igual para todo el Universo. Karl Christian Friedrich Krause nos proporciona, en este sentido, el primer testimonio iusnaturalista 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 Universal<sup>354</sup>. De este modo, nuestra época hereda un

353. Vid. mi "*Naturrecht*" y "*Rechtsphilosophie*"..., cit., págs. 360-393.

354. "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

nombre, un rótulo, que se asocia al fundamento de cualquier justicia; por este hecho, a partir del siglo XIX, ya no se discutirá tanto sobre la Justicia –que se ha perdido de vista– como sobre el Derecho "natural".

Queda, pues, la tendencia –en las disciplinas jurídicas– de remontarse irrealmente a un pretendido y último fundamento antropológico-filosofico para hacer, de esta manera, a lo largo del siglo XIX, una ciencia extraña a la justicia –el "Derecho natural"– que poco tiene que ver con el quehacer diario del jurista. La prudencia pretende ser sustituida por consideraciones abstractas, y el dato singular y contingente sobre el que se apoya ordinariamente el jurista para razonar, es reemplazado por un pretendido orden del ser, eterno, que expresa René Marcic con la expresión *Natura=Ordo=Mundus=Universitas*<sup>355</sup>. Naturalmente, basta volver la mirada a la contingencia y variabilidad de la mayor parte de los presupuestos ontológicos jurisprudenciales para que se deseche esta doctrina sobre la Justicia, con el peligro, además, de que al comprobar la inviabilidad del pretendido orden inmutable y eterno en el derecho, el estudioso de esta disciplina puede llegar a un

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.

355. René MARCIC escribe, a este propósito, muy gráficamente, que "Wenn die Rechtsontologie von Natur spricht, dann meint sich nicht jenen berechenbaren Wirkungszusammenhang von Kräften, die miteinander kausalmechanisch 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 seiner Physik und Metaphysik und was Thomas in seinen Kommentaren zu Aristoteles und in den übrigen Werken im weiteren Sinne 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.

escepticismo superficial. Este es un resultado, entre otros, de pretender sustituir a la Jurisprudencia por doctrinas ajenas a la prudencia.

Esta disciplina extraña que se desarrolla a lo largo del siglo pasado, primero bajo el título de *Naturrecht* y, más tarde, como *Philosophie des Rechts* o *Naturrecht*, indistintamente, hace síntesis y análisis grandiosos, "filosóficos", en los que se intenta buscar, para partir desde este dato, algo así como "el puesto del hombre en el Cosmos". Seguramente, Florentino o Bartolo se hubieran quedado muy extrañados si alguien les hubiera planteado estas cuestiones, más propias de *poëtae* que no de juristas. De este modo, se pierde también de vista la sabiduría de analizar la Realidad del jurista, esto es, los casos y situaciones singulares, contingentes normalmente, irrepetibles en muchas ocasiones, y las personas quedan unificadas o uniformadas en una multitud de rostros iguales, afásicos, 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 XIX, los "filósofos del Derecho" –personas que se caracterizan, ante todo, por constituir una categoría profesional, ya que no existe una unidad de disciplina– no considerarán las situaciones de padre-hijo, arrendador-arrendatario, ser comerciante, sacerdote o militar, huérfano o propietario de un bien inmueble. En su lugar, entrarán las "personas", o los "ciudadanos" (si es que el "filósofo del Derecho en cuestión hace más bien filosofía política) todos iguales, indiferentes, y la atención del investigador no recaerá sobre los problemas *reales*, siempre cotidianos y al alcance de la mano, sino que su esfuerzo no dirigirá al esbozo de proyectos grandiosos que tratan, normalmente, de "la" orientación fundamental de la legislación del Estado.

De este modo, la Jurisprudencia, es decir, el análisis de la situaciones específicamente humanas, queda suplantada por una "Ciencia de la legislación" que adoptó, de hecho, direcciones y enfoques diversos: ya sólo interesa cómo orientar globalmente, sin matizar, la legislación que produce el Estado contemporáneo. La Realidad humana es perdida de vista: el filósofo del Derecho, o el jurista, se ve a sí mismo como una Inteligencia Activa que ha de elaborar una masa amorfa –la Realidad humana– que únicamente destaca por su indolencia o pasividad, como resaltaba Stammler. La Realidad ya no guía a la ciencia del Derecho; el arte de discernir lo justo en cada situación, la inteligencia para *distinguir problemas* reales en las relaciones humanas concretas, no es tenida en cuenta por la teoría jurídica dominante. Una vez que se ha perdido la confianza decimonómica en el Estado, el esfuerzo *iusfilosófico* se orienta hacia la búsqueda de un principio único y universal –somos herederos de la Modernidad– de una fórmula sencilla que, a modo de receta casi mágica, garantice la justicia de la inmensa masa de relaciones heterogéneas que abarca la legislación estatal. Una fórmula única: ya no hay más matizaciones, más precisiones, propias de una actividad prudencial; las propuestas de Kant, Stammler, Larenz o Rawls constituyen ejemplos de esta mentalidad.

En mi opinión, Kant agotó lo que se puede decir sobre la realidad práctica en una fórmula única y sencilla, desde fuera de esta misma realidad; de hecho, los intentos posteriores no constituyen sino *ritornellos* de una misma fórmula.

Este engrémiento de la Razón, que desprecia a la Inteligencia, a la totalidad de la Realidad, está hoy cuestionado. Auschwitz, la crisis ecológica y, muy especialmente, ese hombre contemporáneo inhumano que denuncian Horkheimer, Fromm o Marcuse suponen una llamada de atención para que reparemos en que hemos dado la espalda a la Realidad durante demasiado tiempo.

#### IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DERECHO NATURAL

En la lectura de las páginas anteriores, es posible que el lector haya quedado algo desconcertado acerca de las vicisitudes históricas por las que ha pasado la doctrina del "Derecho natural". Por una parte, en el pensamiento jurisprudencial de la Baja Edad Media y de comienzos de la Edad Moderna, lo que se entendió entonces por Derecho natural poco tiene que ver con la idea usual contemporánea de Derecho natural; de otro lado, el movimiento que ha sido llamado, históricamente, "Escuela del Derecho natural", no ha sido más que la preparación doctrinal del pensamiento político-jurídico democrático e individualista actual. Parece que, a la vista de estos datos desconcertantes, es lógico que el lector se pregunte qué es, entonces, o cómo ha entendido la doctrina jurisprudencial el Derecho natural. Intentaré responder a esta pregunta.

##### 1. *La crítica al método deductivista*

Samuel Cocceius fue el primer autor que denunció el procedimiento pretendidamente sistemático-deductivo en virtud del cual se establecía un término omnicomprendivo y, desde él, se obtenían "deductivamente" todos los contenidos de la Jurisprudencia. Concretamente, Cocceius no admite el punto de partida de Grocio, que definía al Derecho natural como un *dictamen rectae rationis*; esta expresión, "recta ratio", explicaba Cocceius, es demasiado indefinida y no significa nada cierto, pues muchas cosas vienen dictadas por la razón, y otras muchas se adecúan a la naturaleza racional, y, sin embargo, *ius non faciunt*<sup>356</sup>. Abundando

356. "Nam nimis indefinita vox est, et nihil certi, significat; multa enim sunt dictata rationis, et multa conveniunt cum naturali rationali, quae tamen ius non faciunt". Cfr. *Tractatus Iuris Gentium...*, cit., pág. 27.

en esta idea, Christoph Oetinger escribirá, unos años más tarde, que la razón no es más que una capacidad de calcular sobre las cosas que ya se conocen, pero que es ciega para distinguir el Bien del Mal, la justicia de la injusticia<sup>357</sup>. Por otra parte, explica Cocceius, el discurso racional que propone Grocio se desarrollaría según las exigencias de la sociabilidad humana; pero el discurso de Grocio es tramposo porque hay muchas conductas que concuerdan y convienen al fomento de la sociabilidad humana que, sin embargo, se oponen al Derecho natural<sup>358</sup>. El incesto, la sodomía, y otras muchas cosas, explica Ludovici, esto es, su prohibición, no se pueden deducir desde el principio de la sociabilidad<sup>359</sup>. Los adulterios no turban la sociabilidad ni la paz externa<sup>360</sup>; ; el

357. "Ratio est cognitio *more calculi* acquisita super rebus iam perceptis per quam consensus metaphysicus habitudinum et relationum inter objecta obtinetur". Cfr. *Inquisitio in sensum communem et rationem*, Tübingen 1752, pág. 25. Poco más adelante nos advierte que la razón, a causa de esta naturaleza suya, es incapaz de discernir lo bueno de lo malo: "Panegyricum pene sensus communis scripsit Fontenellius, vir ratione pollens quam maxime in Dialogus mortuorum legatum dialogos secundus, nonne haec erit summa? Quo subtilius et acutius homines utuntur ratione, eo se reddent incapaciores ad perfectionem. In dialogo sexto haec est summa: Homines eosdem habent inclinatione ad malum, contra quas reprimendas nulla fere est rationis proportio. In dialogo decimo septimo haec est summa: Si ratio dominatur in terra, nil efficeretur". Cfr. *op. cit.*, pág. 31.

358. "Definitio haec pendet a sola custodia societatis; nam convenientia cum rationali natura nihil aliud est quam convenientia cum custodia societatis humanae, adeo in easdem incidit difficultates... Multa conveniunt societatis quae tamen contrariantur iure naturali". Cfr. *Tractatus Iuris Gentium...*, cit., pág. 28.

359. "... non omnia iura naturae ex principio socialitatis deduci posse... incestus, sodomiae, etc. turpitudinem non posse deduci ex principio socialitatis". Cfr. *Dubia circa hypothesis de principio iuris naturae eiusdemque Vindicias*, Halae Magdeburgicae 1703, § XII.

360. "... adulteria non turbent socialitatem et pacem externam". Cfr. *Dubia...*, cit., § XVII.



Derecho de sucesiones, de contratos, etc., no pueden ser deducidos desde la exigencia de la sociabilidad<sup>361</sup>. Si aplicáramos el principio de la sociabilidad en su rigor –prosigue Ludovici– todos los hombres estarían obligados a contraer matrimonio, lo que no es el caso<sup>362</sup> y, además, la prohibición de la poligamia sería injusta, contraria al Derecho natural, porque la poligamia ayuda a una mayor procreación<sup>363</sup>. Caspar Ziegler fue el primero que planteó lúcidamente la diversidad de criterios heterogéneos que aducen y dicen seguir los iusnaturalistas; lo que Dios ordena, aquello a lo que el hombre tiende naturalmente, la libertad natural, lo que dicta la conciencia, etc.<sup>364</sup>. De hecho, explica Proeleus, la mayor parte de las conclusiones, en los razonamientos iusnaturalistas, en nada se relacionan verdaderamente con los fundamentos que ellos mismos han establecido como bases del razonamiento<sup>365</sup>.

Hugo de Roy ya había explicado, medio siglo antes, repitiendo una idea vieja, que las nociones primeras y comunes de la razón práctica no pueden ser aplicadas indefectiblemente a los casos concretos, sino que tales nociones "han de acomodarse" a los casos concretos y singulares, a las personas, cosas y circuns-

361. "Materiam successionum, contractuum, et c. item condictionum romanorum non posse ex principio socialitatis deducit". Cfr. *Dubia...*, cit., § XVIII.

362. "Ita homines naturaliter tenerentur et cogentur ad matrimonia, quia necessaria sunt ad custodiendam et augendam socialitatem, quod tamen nemo dixerit". Cfr. *Dubia...*, cit., § XX.

363. "Prohibitionum Polygamiae injusta fore et contra ius naturale, quia multitudo procreationum facit ad promovendam et augendam societatem humanam, adoque haec ipsa per illam prohibitionem turbantur". Cfr. *Dubia...*, cit., § XXIV.

364. Vid. *In Hugonis Grotii...*, cit., págs. 77-78.

365. "Nach dieser Betrachtung folgen die hieraus gezogene Conclusiones oder Schlüsse. Weil sie aber durch ein Raisonement aus den Gründen der Natur müssen geleitet werden, und einem, der die Consequence nicht leicht begreift, eben so deutlich nicht gleich in den Augen fallen, als scheinen diese gedachte Conclusiones wenige oder fast gar keine Verwandtschaft mit den Gründen der Natur, daraus sie in der That fließen, zu haben". Cfr. *Grundsätze...*, cit., Vorbericht, § 11.

tancias<sup>366</sup>. Cuando los católicos reaccionan contra el nervio secularizador y anticatólico del *ius naturale*, Anselmo Desing explicó que el "principio indicativo o promulgativo" del Derecho natural no puede ser solamente uno; esto es manifiesto porque si fuese uno y evidente, como pretenden los iusnaturalistas, ¿por qué surgen tantas dudas y contradicciones entre ellos mismos? De hecho, explica Desing, se nos ha revelado el Decálogo, mucho más completo que un único *principium*, y cuando queremos aplicarlo surgen mil dudas acerca de cuál sea la voluntad divina, lo que ya nos indica que hasta el Decálogo, con componerse de muchos principios distintos, es insuficiente<sup>367</sup>. Incluso si hasta en el Derecho civil, en donde tenemos todo un código, ¿qué hacemos cuando dudamos en su aplicación? Recurrimos a los usos, al consenso, a los intérpretes, al *arbitrium boni viri*, al espíritu del tiempo y del lugar, etc.<sup>368</sup>. La razón, concluye Desing, puede

366. "'Illud nimirum est causa hominibus malorum, non posse communes illas notiones applicare singularibus'. Enimvero Iustitia inter mortales administrari nequi absque ea applicatione, quae singulis et rebus, et personis, et locis, et circumstantiis, earumque varietatibus summopere convenire debet". Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Titulus Septimus, § 2.

367. "De principio Iuris aut Legis naturae. Thema VI: 'Tale principium Indicativum seu promulgativum Iuris naturalis non est UNUM tantum'

1. Quia Deo non potest praescribi, ut uno tantum modo significat voluntatem suam.

2. Si unum est et obscurum, quis illud deprehendat, intra tot dictamina homini recurrentia.

3. Si unum est, et illud evidens, unde toto dubitationes de Iure Naturae? Habemus Decalogum manifestum: cum tamen ad applicationem venit, mille modis dubitamus, num hoc num illud sit voluntatis divinae: Ergo praeter Decalogum requiritur aliquid". Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. V. Thema VI.

368. "UNUM signum non potest sufficere generi humano. 1: Quia uno pro omnibus datum debet esse generale. Sed de generalis huius principii applicatione infinitae dubitationes oriuntur. Hae dubitationes non tollentur per ipsum generale principium, cum circa illud ipsum nascantur. Ergo debet tolli per aliquid aliud significativum voluntatis Dei pro casibus particularibus... 2: In Iure Civili signum unum habemus codicem: ubi de eius applicatione dubitatur, quid fit? Usus, consensus, interpretum, arbitrium boni viri, ratio

errar, por lo que ella sola es insuficiente para conocer el Derecho natural<sup>369</sup>. J.A.L. Seidensticker, ya a finales de siglo, apostillaba que el método y el sistema son importantes para el que comienza, pero el maestro debe prescindir de ellos, porque cada método es unilateral, y todo sistema es incompleto<sup>370</sup>.

¿Qué es lo que nos han ofrecido, entonces, los iusnaturalistas bajo el nombre de "Derecho natural"? se preguntaba Desing. "El Derecho natural descrito por Pufendorf y Heineccius no es tal Derecho natural, sino un Derecho 'civil' adornado con algunas ideas expoliadas a la Etica y a la Teología moral"<sup>371</sup>. Lo que ha pasado hasta ahora por "Derecho a la razón" —escribe Langgut— sólo ha servido para justificar, absolutizar y llevar hasta la apoteosis un Derecho positivo muy concreto; la "Razón", denuncia Desing, ha servido como una *máscara* para exaltar el Derecho existente y, por este motivo, Desing habla —y así lo indica el título mismo de su obra principal— de los *larvati juris naturae scriptores*<sup>372</sup>.

temporum locorumque et alia vocatur in consilium... Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cap. V, Thema VII.

369. "Ratio igitur non posse errare, et non recta esse, non est *solum* iudicium Iuris naturae...". Cfr. *Iuris naturae larva detracta*, cit., cap. V, Thema XXVIII.

370. "Methode und System sind für dem anfänger nöthig und wichtig. Der Meister kann ihrer entbehren; ja er muss unabhängig von ihnen seyn wenn er diesen Name mit Recht führen will. Jede Methode hat etwas einseitiges; jedes System ist unvollständig". Cfr. *Juristische Fragmente*, Göttingen 1802, § 216.

371. "Ius Naturae a Pufendorfio et Heineccio descriptum, non esse Ius Naturae promissum, sed particulare Iuris Civilis, ornatum aliquot spoliis Ethicae ac Theologiae Moralis". Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. XIV. Vid., sobre este tema, a J. SAUTER, *Iuris naturae larva detracta. Eine Naturrechtskritik aus dem 18. Jahrhundert*, en "Zeitschrift für öffentlichen Recht" VIII (1928), pág. 258.

372. Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., pág. 298.

## 2. *El pésimo maridaje entre Política y Derecho*

Johann Felden, un decidido defensor de la democracia junto con Ulricus Huber, ya advertía, en 1664, que el sistema político democrático nada implicaba acerca del Derecho, ya que la democracia no proporciona razones ciertas para dividir las cosas en muebles e inmuebles, pues las democracias se fundamentan únicamente en la libertad e igualdad<sup>373</sup>. Agustín Leyser indicaba, en sentido parecido, que la Ciencia jurídica no florece en las democracias, sino que más bien es despreciada en éstas; en la democracia se hace valer la retórica y la elocuencia, que poco tienen que ver con la *jurisprudencia*<sup>374</sup>.

A lo largo del siglo XVII se hicieron algunos esfuerzos para distinguir la Jurisprudencia de la Ciencia Política, ya que el movimiento iusnaturalista, al reducir el "Derecho" a las leyes dictadas por el Gobernante elegido o designado en el *pactum subiectionis*, amenazaba con hacer desaparecer la Ciencia del Derecho, confundida en la actividad política que desarrolla el Gobernante así designado. Huyo de Roy explicó que una cuestión es aquella que se refiere a la constitución del poder en la República, y otra cuestión distinta es la que hace referencia a la constitución de la Justicia<sup>375</sup>. David Mevius también se esforzó en explicar que,

373. "In democratiis nulla certa ratio dividendi res seu mobiles seu immobiles... cum democratiae sint in aequalitate et libertate fundatae". Cfr. *Elementa iuris universi*, Francofurti et Lipsiae 19664, Pars. IV, Liber II, cap. IV. Vid. sus ataques al régimen político dictatorial en *op. cit.* Pars I, Liber I, cap. I.

374. "In liberis rebuspublici maximo semper contemneri habita fuit iurisprudencia. Jurisprudencia nostra monarchiae magis et absolutae unius potestati, quam libertati et statui populari favet. Quapropter in plerisque rebuspublici, in quibus summum imperium apud populum fuit contemtui habita est. Ars oratoria seu eloquentia sola in illis floruit, quae iuris scientiae contradistinguitur". Cfr. *Meditationes ad Pandectas*, cit., pág. 49.

375. "De quo interum quaestio duplex est: una ad potestatem constituendi, alteram ad iustitiam constituendi pertinet". Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Primus, § 4.

aunque existen puntos de contacto entre la Política y el Derecho, ambas cosas constituyen saberes distintos, *Sunt separatae artes*, escribía Mevius, y cada una de ellas tiene sus principios, sus reglas y sus medios propios, por lo que deben ser consideradas como actividades distintas<sup>376</sup>.

Sin embargo, estas advertencias sirvieron de poco. Los iusnaturalistas, "filósofos" y matemáticos de profesión por lo general, vieron en el proceder jurisprudencial –que no entendían, porque no eran juristas profesionales– una maraña de problemas y soluciones dispares sólo explicable por la falta de método y sistema. Cuando triunfó plenamente la tendencia revolucionaria del movimiento iusnaturalista, en el último tercio del siglo XVIII, resultó evidente a toda la época que el Derecho, esto es, las leyes que dicta cada Gobernante, sólo podían proceder de la *volonté générale*, y esta expresión, que también era usada así, en francés, por los autores alemanes, tenían tal prestigio que fundaba ella, por sí sola, con su *flatus vocis*, toda la Justicia que se podría exigir a la legislación.

En consecuencia, el problema de la Justicia se transforma, a lo largo del siglo XVIII, siguiendo impecablemente la dinámica propiamente iusnaturalista, en tema de la teoría política. Todo se redujo a postular que el Gobierno había de ser *républicain*; una vez conseguido esto, el tema de la justicia era ocioso. Con razón indicaba Karl Bergbohm, a finales del siglo XIX, que los sistemas de "Derecho natural" habían contenido más *Rechtspolitik* que no verdadera Filosofía del derecho; bajo ellos, indicaba Bergbohm, fue realizado un poderoso trabajo crítico, ya que con el rótulo de *Naturrecht* fueron difundidas las ideas de aquel tiempo acerca del nuevo orden político. El movimiento iusnaturalista, concluye

376. "Iurisconsultus per suam artem in Reipublicae utar iustitiam, Politicus utilitatem. Sunt separatae artes, et singulas suas habent peculiaria principia, regulas, praecepta, ductus et utraque et tradi potest et dici separatim". Cfr. *Nucleus iuris naturalis...*, cit., Inspectio IX, § 24.

Bergbohm, fue un medio eficaz para luchar por la configuración de un Derecho, pero no un Derecho en sí mismo<sup>377</sup>.

Esta confusión entre el fundamento del sistema o régimen político, y el fundamento de la Justicia, la arrastramos aun hoy, y lleva trazas de perdurar todavía bastante tiempo. De ahí que, a pesar de algunos escritos, fundamentalmente anglosajones, que ponen de manifiesto que una mayoría en la votación no implica necesariamente que la decisión adoptada sea justa, durante estos últimos veinte años se ha insistido fuertemente en la llamada "legitimación democrática del derecho".

### 3. *La Justicia es una cualidad de las cosas*

La Escuela moderna del "Derecho natural" entendió al *ius* como una emanación, o como una condición o cualidad de los individuos. Todo sujeto tendría un derecho primario y fundamental, que sería el derecho a disponer de sí mismo según su arbitrio<sup>378</sup>, y desde este derecho originario se deducirían todos los demás, mediante pactos. De esta forma, a través de acuerdo de voluntades, se crean tanto las familias como los gobiernos y las leyes; todo ello es legítimo, porque surge desde la voluntad libre de los individuos. Por tanto, el dato fundamental para juzgar acerca de la justicia de una norma jurídica es sólo la mayor o menor autonomía de los sujetos que se la han dado: toda norma legítima

377. "Die System des Vernunftrecht enthielten stets Rechtskritik und Rechtspolitik, als wirkliche Rechtsphilosophie. Unter seinem Deckmantel wurde eine gewaltige kritische Arbeit geleistet; unter seinem Namen wurden die Ideen jener Zeit über die Grundlagen eine umfassenden Neuordnung dem allgemeinen Verständnis nahegebracht. Es war ein wirksames Mittel im Kampf um die Gestaltung des Rechts, noch nicht ein Recht". Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892, pág. 209.

378. Vid. *La independencia y la autonomía del individuo...*, cit., págs. 479 y ss.

debe ser autónoma<sup>379</sup>. Obviamente, planteadas así las cosas, la Realidad extraindividual o extra-arbitraria no cuenta ante el Derecho: la Justicia sería exclusivamente una cualidad de las acciones arbitrarias, que no ha de tener en cuenta el mundo externo al sujeto que obra<sup>380</sup>.

Sin embargo, no ha sido éste el planteamiento de este problema en la tradición jurisprudencial. Efectivamente, en esta tradición, los juristas habían distinguido claramente entre la virtud personal de la justicia –la virtud es siempre una cualidad del individuo, personal, por tanto– y "aquello" que se debe, lo "justo", el *iustum* o la *ipsa res iusta*, "lo debido", era tarea de los juristas, que trabajaban, para determinarlo, atendiendo a las exigencias de la Realidad.

Ha sido Tomás de Aquino quien nos ha legado una reflexión más precisa sobre este extremo. En efecto, escribe Tomás que, dado que la virtud de la justicia se ordena a dar alguna *cosa* a otro, esta virtud no tiene por objeto toda la extensión o materia de las virtudes morales (pensemos en la intención del que actúa, por ejemplo), sino solamente las acciones y cosas exteriores, *conforme a cierta razón especial del objeto debido*, esto es, en cuanto que, por estos objetos, un hombre coordina su conducta con la de otro<sup>381</sup>.

En la "Suma teológica", II-II, q.58, art.10, Tomás nos proporciona una explicación más minuciosa sobre este tema. Escribe aquí que las virtudes morales tienen por objeto las pasiones de los hombres, y estas pasiones se regulan atendiendo –teniendo por regla o norma– a los sujetos mismos; en consecuencia, el justo medio de estas virtudes no se determina por la proporción de una cosa a otra cosa, sino teniendo en cuenta únicamente al sujeto

379. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 43-46, 69 y ss., 103 y ss.

380. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 23 y ss.

381. "Et ideo, cum iustitia ordinatur ad alterum, non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa exteriores actiones et res secundum quandam rationem obiecti specialem, prout scilicet secundum eas unas homo alteri coordinatur". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 8, Responsio.

afectado; por ende, en estas otras virtudes que no son la de la Justicia, la norma que se usa para su regulación es puramente racional, y se atiende al *interior*, a las intenciones del individuo. Pero, tratándose de la Justicia, el criterio por el que *medimos* el justo medio es una cierta *proporción* que ha de existir entre las cosas exteriores y las personas<sup>382</sup>, lo que implica que, para hacer Justicia, el sujeto ha de salir de sí mismo y del interior de los otros sujetos, y atender a las *cosas* mismas más que a las disposiciones personales.

Que la Justicia no es una realidad que dependa de la voluntad de uno o varios individuos, es cosa que el lector puede comprobar por sí solo. Lo comprobará cuando observe que él *ha* de dar –"tiene que", "se ve obligado", decimos en español– a un ladrón vulgar, a un terrorista o a un funcionario que practica el cohecho, unas argumentaciones que, forzosamente, son distintas para cada caso. Y es que las relaciones humanas, aunque sean "humanas", no son patrimonio sobre el que los hombres podamos disponer libremente, sino que tales relaciones poseen una estructura propia, relativamente invariable y objetiva, al margen de cualquier disposición o intención personal.

#### 4. *La insuficiencia de los principios generales o primeros*

El sustento último sobre el que se edifica toda Ciencia jurídica o

382. "Respondeo dicendum quod, sic ut supra dictum est, aliae virtutes morales consistunt principaliter circa passiones, quarum rectificatio non attenditur nisi secundum comparisonem ad ipsum hominem cuius sunt passiones... Et ideo medium talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparisonem ad ipsum virtuosum. Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos. Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est usus, debitam proportionem ad aliam personam. Et ideo medium iustitiae consistit in quaedam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem". Cfr. *Suma teológica*, cit., loc. cit.



cualquier teoría de la Justicia, son unos "primeros principios" de los que parte cada autor. Actualmente, en algunas teorías neocontractualistas, tales principios parecen ser la igual libertad de los hombres<sup>383</sup>, mientras que Kant, que matizó más partiendo de la misma base, estableció la autonomía de los individuos y el principio lógico de no-contradicción<sup>384</sup>. Pero entre estos autores y los que ahora estamos estudiando, los juristas, existe una fuerte diferencia; en efecto, mientras que para Kant o Rawls estos principios supremos constituyen el *punto de partida* de unas teorías razonables en las que pretenden dar explicación a unos problemas morales, para la Ciencia del Derecho prudencial, los "primeros principios" de la razón práctica no constituyen ningún "punto de partida" para ulteriores construcciones teóricas. En lugar de eso, tales principios constituyen más bien reglas permanentes, correctoras de cualquier razonamiento jurídico.

Al exponer el núcleo del iusnaturalismo de la Baja Edad Media, ya aludí a los *prima principia practicae rationis* que, según los juristas medievales, son aquellas normas básicas que conocemos intuitivamente los hombres, sin necesidad de discurso o raciocinio. Todos los autores que siguen la tradición fronética, prudencial y romanista, están de acuerdo, respecto de ellos, en un par de cosas: en primer lugar, que estos principios son evidentes por sí solos y, en segundo término, en que no es posible obtener desde ellos, deductivamente, un cuerpo completo de normas más concretas.

Efectivamente, Tomás de Aquino escribía que los principios comunes de la Ley natural no pueden ser aplicados del mismo modo a todos los hombres, por la gran variedad de los asuntos humanos; y de ahí proviene la diversidad de las leyes positivas<sup>385</sup>.

383. Vid. Miguel Angel RODILLA, *Buchanan, Nozick, Rawls: variaciones sobre el estado de naturaleza*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" (1985) págs. 1277-283.

384. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 32-36.

385. "Ad tertium dicendum quod principia communia legis naturae non possunt eodem modo applicari omnibus, propter multam varietatem rerum

En otros momentos, Tomás explica que el hombre sólo es capaz de conocer algunos principios generales, pero no puede, desde ellos, descender a verdades prácticas más concretas<sup>386</sup>. Con más precisión, añade que la razón práctica versa acerca de lo que es singular y contingente, y no necesario; en consecuencia, la razón práctica no procede con gran precisión, y sus decisiones no gozan de infalibilidad<sup>387</sup>. Esta falta de certeza completa no constituye ningún problema, explica Tomás, porque "no debemos buscar el mismo grado de certeza en todas las cosas". En materias contingentes, como son las conductas humanas, basta la certeza de que una cosa es cierta en la mayoría de los casos, aunque pueda fallar en algunas ocasiones<sup>388</sup>.

Efectivamente, aunque los "primeros principios" sean indubitablemente ciertos, desde ellos, esto es, "aplicándolos" a la Realidad, no se pueden obtener conclusiones necesarias o absolutamente ciertas, dogmáticas, porque el motivo o causa por el que se hace la conclusión o determinación –motivo que, en definitiva, es lo que conforma la conclusión– es una *circunstancia* y, como tal, contingente. Ingenuamente, se podría pensar que, por un lado –como "arriba", espacialmente– estaría la norma abstracta y

humanarum. Et exinde provenit diversitas legis positivae apud diversos". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 95, art. 2, ad 3.

386. "... ita etiam ex parte rationis practicae naturaliter participat legem aeternam secundum quaedam communia principia, non autem secundum particulares directiones singulorum, quae tamen in aeterna lege contineantur". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 91, art. 3, ad 1.

387. "Ad tertium dicendum quod ratio practica est circa operabilia, quae sunt singularia et contingentia: non autem circa necessaria, sicut ratio speculativa. Et ideo leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere quam habent conclusiones demonstrativae scientiarum". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 91, art. 4, ad 3.

388. "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 talis certitudo ut aliquid sit verum ut in pluribus, licet interdum deficiat in paucioribus". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 96, art. 1, ad 3.

objetiva, y por otra parte, como "abajo" o debajo de ella, estarían los casos a los que se ha de aplicar tal norma, que serían como una materia prima, a conformar, *Rohmaterialien*, amorfos. Indica Kaufmann que, con esta comprensión ingenua (*naïve*) de la realidad jurídica, el Derecho es, sencillamente, deducido de la ley, y *eo ipso*, se convierte en "derecho"<sup>389</sup>.

La Ciencia jurídica se mueve en el ámbito de lo que, superficialmente, se podría considerar como la *simple* circunstancia; pero un jurista sabe que, lejos de constituir esto un inconveniente para su trabajo, él se mueve en el ámbito de lo que se podría llamar la *ontología de la circunstancia*.

Indica Sauter, a propósito de la obra de Desing, que los principios fundamentales de la actuación práctica –las *Grundnormen* como él los llama– no se acuñan, algo así como una inscripción o una figura, en cada caso concreto<sup>390</sup>. Más bien, el proceso es muy distinto. Sobre este problema, Alberto Bolognetus nos indica que, aunque los principios universales se aplican –porque los conocen– a todos los hombres de todos los lugares y tiempos, no se aplican siempre y en todas partes "según una misma medida"<sup>391</sup>. En efecto, estos *prima principia* no se imponen en la grandeza de su sublimidad: sucede más bien que los casos, los

389. "Außerhalb und unabhängig von Rechtsfindungsverfahren objektiv gegeben sind nur abstrakte Gesetznorm und der amorphe Fall, nur Rohmaterialien. Das konkrete Recht, wird erst in Verstehungsprozeß hergestellt. Folglich kann es auch eine 'Richtigkeit' des Rechts außerhalb dieses Prozesses nicht gebe. Was aber verbürgt, daß in diesem prozeß wirklich 'Recht' entsteht? Für das naïve objektivistische Verständnis ist das kein Problem: Recht wird einfach aus dem Gesetz deduciert, und damit ist eo ipso 'Recht'". Cfr. *Gedanken zu einer Grundlegung der Juristischen Hermeneutik*, en "Beiträge zur Juristischen Hermeneutik". Köln-Berlin-Bonn-München 1984, pág. 95.

390. Vid. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., pág. 247.

391. "Prima causa est, quis quamvis universalia naturae praecepta omnibus hominibus et locis et temporibus convenient, non tamen semper et ubique et singulis eodem modo eademque mensura conveniunt". Cfr. *De lege...*, cit., cap. VII, § 8.

problemas, los solicitan; y, como todo amante o cazadotes que requiere, tienen más o menos éxito. En consecuencia, los "primeros principios" no aparecen, en la vida jurídica, como avasallando: al contrario, se relacionan, más o menos próximamente, con la justicia del problema, y puede suceder que la relación sea tan remota que el primer principio no sea tenido, o apenas sea tenido en cuenta; así sucede con el precepto de "No matarás", en el caso de la guerra. Sucede también, y normalmente, que las exigencias del "primer principio" son tenidas en cuenta matizadamente, parcialmente, y *concurrer* con las exigencias provenientes de otros órdenes del ser; y es que las exigencias de cada principio fundamental no suelen imponerse absolutamente, sino que concurren con otras exigencias de justicia, distintas u opuestas, en la resolución justa de un caso. Si estos *prima principia* se aplican de forma absoluta, inmatizada, se produce entonces un pensamiento simplista y lineal, que llevará, por ejemplo, en el caso del precepto "No matarás" a imponer el pacifismo a cualquier precio; con las contradicciones a que aboca, necesariamente, cualquier actitud de este tipo.

Por estas razones, Alberto Bolognettus indicaba que "aunque lo justo natural siempre es uno e idéntico, tiene, sin embargo, como varias reglas y medidas"<sup>392</sup>.

Aquí se plantea, sin embargo, una cuestión espinosa. ¿Hasta qué punto las normas que la razón humana contempla como evidentes de por sí no cambian a lo largo del tiempo? ¿Cómo es posible que la esclavitud fuera considerada lícita durante milenios, y hoy, en cambio, se la considere opuesta a los principios más elementales del Derecho? Ejemplos de variaciones históricas de valoraciones fundamentales no faltan, ciertamente. Tomás de Aquino abordó este tema directamente y mantuvo que "La ley natural es una participación de la Ley Eterna; por eso es inmutable.

392. "... sic iustum ipsum naturale, licet sit semper unum et idem, atque a se ipso minime differat, varias tamen regulas et quasi mensuras habet". Cfr. *De lege...*, cit., cap. VII, § 8.

Esta inmutabilidad la recibe de la inmutabilidad y perfección de la inteligencia divina, autora de la naturaleza. *En cambio, la razón humana es mudable e imperfecta; de ahí que su ley sea mudable*"<sup>393</sup>. Al tratar de la Justicia, en la II-II de la "Suma teológica", escribe, en el mismo sentido, que "Lo que es natural a un ser dotado de naturaleza inmutable, es forzoso que sea inmutable siempre y en todas partes. *Pero la naturaleza humana es mudable* y, por tanto, lo que es natural al hombre puede fallar algunas veces"<sup>394</sup>.

Lógicamente, en el marco de esta forma de entender la actividad práctica, el Derecho natural no es una ciencia exacta, indicaba Ignatius Schwarz: sólo conduce a razonamientos probables<sup>395</sup>, y Anselmo Desing especificaba que el acto moral no requiere de certeza física, demostrativa, metafísica o matemática: no puede poseer este tipo de certeza porque versa sobre cosas contingentes; pero, para obrar es suficiente con la certeza moral, que se produce cuando no puede existir, en las cosas humanas, una certeza mayor<sup>396</sup>.

393. "Ad primum ergo dicendum quod naturalis lex est participatio quaedam legis aeternae... et ideo immutabilis perseverat; quod habet ex immobilitate et perfectione divinae rationis instituendis naturam. Sed ratio humana mutabilis est et imperfecta. Et ideo eius lex mutabilis est". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 97, art. 1, ad 1.

394. "Ad primum ergo dicendum quod illud quod est naturale habenti naturam immutabilem, oportet quod sit semper et ubique tale. Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo id quod naturalis est homini potest aliquando deficere". Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 57, art. 2, ad 1.

395. Vid. sus *Instituciones Iuris Naturae et Gentium...*, cit., pág. 259.

396. "Actio moralis non requirit certitudinem Physicam, aut demonstrationem Metaphysicam, vel Mathematicam; cun ea ne possint quidem habere, quippe quae versatur in contingentibus: sed ad agendum sufficit certitudo moralis, id est talis, qua maiorem *nunc* non possunt habere": Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. V, § 2. En el Thema XIII, § 2 remata esta idea explicando que "Experientia certa (in rebus practicis) est ignorantia nostra".

### 5. La "*inventio argumentorum*"

Hemos visto que el proceder deductivo-sistemático siempre ha sido ajeno –cuando no expresamente impugnado– al trabajo con el Derecho. El motivo de esto es que la *jurisprudencia* se mueve con datos contingentes que, normalmente, son simplemente accidentales. Por esta misma razón, tampoco la Filosofía metafísica ayuda apenas al jurista; tal Filosofía pretende encontrar principios necesarios, universales, de modo que las conclusiones concretas pudieran ser reducidas a un principio universal: *ut conclusiones particulares reducantur ad principium universale*, escribía Desing. Pero el Derecho trata de "acciones" humanas –prosigue este autor– que son todas contingentes y particulares; por lo que, si se reducen a un principio universal, tal reducción es metafísica, pero no práctica ni jurisprudencial. La Jurisprudencia consiste en aplicar las reglas generales a la actuación concreta, y no en reducir lo concreto a lo universal; esto último es más fácil del hacer, y el trabajo jurisprudencial, en cambio, es más difícil, accesible sólo a los expertos<sup>397</sup>.

Así pues, la Filosofía o la Metafísica de poco sirven en la jurisprudencia. A veces, algunos filósofos han distinguido una Filosofía "primera" que se ocupa del ser en cuanto ser, y una Filosofía "segunda", que se ocuparía de las cosas concretas; la llamada Filosofía primera sería como la fundamentante de cualquier otro conocimiento y, en consecuencia, la experiencia que extraemos desde las cosas debe ser entendida a la "luz" de esta Filosofía primera. Quien piensa así parece no entender que el único

397. "In scientiis speculativis tale quid necessarium est, ut conclusiones particulares reducantur ad principium universale... Ius 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". Cfr. *Juris Naturae larva detracta*, cit., cap. V, Thema XII, § 1.

saber admisible es aquel que extraemos desde el conocimiento de las cosas –la lógica de las cosas– y que este conocimiento, aparentemente "segundo" y menos general, es el que norma, exclusivamente, su zona del saber. No existe, pues, una Lógica *sobre* la Realidad; en el Derecho, el único conocimiento posible es el que procede *desde* la Realidad.

Ciertamente, al difundirse durante el siglo XIX doctrinas escépticas sobre la justicia (historicismo, sensismo, utilitarismo, etc.), aquellos que *creían* en la Justicia, pero que habían perdido la tradición jurisprudencial, volvieron sus ojos hacia lo que el espíritu de la época los había acostumbrado: una Filosofía "primera" que fundamentara con toda seguridad el conocimiento práctico. Dos siglos de escribir sobre el "Derecho natural", con sus principios únicos y evidentes, con un método que pretendió ser deductivo-matemático, exacto, había hecho olvidar el arte prudencial en que consiste la Ciencia jurídica. Veamos algunos rasgos fundamentales de este saber prudencial en que consiste la Jurisprudencia.

a) *Diversidad de situaciones, diversidad de principios*

Indica, entre otros, Ollero, que la tradición jurisprudencial clásica –que concibe al "derecho" como objeto de la Justicia, y no al revés– ha sido sustituida por un planteamiento *legalista* en el que, en primer lugar, aparece la ley y sólo secundariamente, como en un momento posterior, aparecería el "derecho", que vendría, así, creado o constituido por la ley; en tal contexto, es lógico que se hable de la "ley" natural, y no del "derecho" natural<sup>398</sup>, porque parece que el dato primario y decisivo, el conformador de la Justicia, es la norma general y abstracta que llamamos "ley".

Tomás de Aquino tuvo presente este problema, el de las relaciones entre el "derecho" y la ley, y dejó escrito en varias ocasiones que la ley no es más que "una cierta causa" (*aliqua causa*) del Derecho, de modo que la norma general es sólo una

398. Cfr. *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, cit., pág. 239.

dimensión o vertiente más, un factor más, en la configuración final de la decisión justa.

En efecto, en el juicio prudencial que constituye al "derecho", hay que atender, ante todo, al problema o caso que reclama solución; no existen reglas inamovibles pre-fijadas que señalen unívocamente la solución a seguir. Joaquín Hopper nos informaba, sobre este punto, que existen muchos "principios particulares" (*principia particularia*), que llamamos "reglas", *Regulae*, y que existen tantas "reglas" como cosas, conductas, hay que hacer<sup>399</sup>. Entre estas *regulae* no existe una jerarquía preestablecida: los principios sube o bajan, predominan o quedan subordinados según las exigencias de la situación que hay que resolver; por esta razón, Giambattista Vico indicaba que la razón del hombre, gracias a la cual existe la virtud, nos ordena hacer bien las cosas, aunque para esto hayan de ceder los bienes, en principio, más importantes; éste era el motivo por el que Pompeo, impedido por la tempestad para ir a la guerra, declaraba que lo importante era navegar, no vivir<sup>400</sup>.

Nicolás Vigelius, en un momento –a finales del siglo XVI– en el que la rigidez filosófica amenazaba la viveza del proceder jurídico, denunciaba que algunos no querían buscar las causas de las leyes, sino las leyes de las causas<sup>401</sup>. Esto es absurdo,

399. "Sunt autem principia particularia, quae... apud nos Regulae vocantur. Et sunt eorum, tot ferme genera, quot omnino rerum agendarum". Cfr. *De iuris arte*, cit., pág. 368.

400. "E poichè la vita dell'uomo à assai da più di quella de'brutti; e però questa seconda parte domina sulla parte prima del diritto naturale: onde in conformità di quello che per una volta disse Pompeo, impedito dalla tempestà a non poter partire per la guerra, il navigare è necessità e non il vivere; medesimamente questa legge comanda in generali agli uomini tutti esser necessario il ben fare, non necessario il vivere". Cfr. *De universo iuris uno principio et fine uno*. Trad. italiana de E. Amante. Napoli 1841, pág. 120.

401. "... perperam faciunt, qui causas in circumstantiis considerant non ad genus universum referunt, et sic non causas legibus, quae generaliter conscriptae sunt, sed leges causis, eas in pravos...". Cfr. *Ratio iuris discendi compendiosissima simul et respondendi de Iure omnium certissima*, Francofurti ad Moenum 1598, pág. 38.



mantenía Vigelius, porque las causas prácticas son infinitas<sup>402</sup>. A fin de no perdernos en la infinidad de las particularidades, Vigelius hacía propio un consejo de Cicerón, que pide que, puesto que toda causa o hipótesis depende de una tesis, búsquese esa tesis *en la naturaleza de la acción*, o de la excepción<sup>403</sup>.

Hugo de Roy nos advertía, sobre este tema, que cada norma jurídica lleva en sí su propia justificación o legitimación, sin que sea posible remontarse a un principio común a todas ellas: *Non omnia omnibus convenit. Alia in aliis, haec in his, illa in illis specialiora sunt*. Quien no tenga presente que una decisión puede tener una razón de existir distinta, y aun opuesta, a las de otras decisiones, siendo todas ellas igualmente legítimas o justas, explica de Roy, está privando de su prestigio a la palabra "razonar"<sup>404</sup>.

No existen unas propiedades ocultas que fundamenten la realidad cotidiana, ni unos significados últimos tras el lenguaje ordinario. No tiene sentido ir a la búsqueda de unos "principios últimos" que se suponen escondidos –tarea del "filósofo"– detrás de los diversos enunciados, porque pensemos que estos enunciados son conclusiones obtenidas desde aquellos principios. No existe El Dorado. No hay nada que reducir a un lenguaje superior o a unos principios superiores, que no existen; mientras el aprendiz de jurista no capte este *término medio* entre la inmediatez del dato vital y el principio último, poco hará inteligentemente. La

402. "Multitudo causarum, est enim infinita. Si in personis ponitur, quot homines, tot causae". Cfr. *Ratio iuris...*, cit., pág. 41.

403. "Hactenus verba Ciceronis, ex quibus constat, omnem causam sive hypothesin ex aliqua thesi pendere, nec melius argumenta causarum reperiri posse, quam si natura actionis, vel exceptionis competentis probam habeamus perfectam". Cfr. *Ratio iuris...*, cit., pág. 43.

404. "Non omnia omnibus convenit. Alia in aliis, haec in iis, illa in illis specialiora sunt; eamque ob causam diversam considerationem pro diversa rerum ratione, ac subinde varietate desiderant. Qui igitur generalia quaedam praecepta his non consideratis, vel parum animadversis, omnibus ac singulis promiscue approprianda putaret, nomine ratiocinantis merito privaretur". Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus septimus, § 7.

realidad es como es: plural, irreductible en su variedad, múltiple en sus categorías; todo está en orden tal como está. Los juristas han de buscar el orden de la vida cotidiana mostrando las *razones* (en plural) "internas" que acompañan y dan sentido a las categorías de la vida ordinaria, ya que cada hecho tiene su propia lógica, sus propias razones.

Así pues, el dato, el hecho, jurídico debe ser estudiado desde dentro de él mismo, sin deformarlo con una iluminación externa, necesariamente artificial. Ha dicho Marshall McLuhan que la cultura medieval tuvo un equilibrio sensorial –oral, visual, táctil– que dio como fruto el *sensus communis*, resultado de la percepción por transparencia, como en el *interior* de la catedral gótica, contrapuesto a la *iluminación* con enfoque desde un punto de vista externo; esta visión desde un *solo punto*, necesariamente unilateral, sólo produce en la visión fraccionamientos, segmentaciones<sup>405</sup>. Quien no tenga presente esta advertencia difícilmente entenderá a Tomas de Aquino cuando escribe que "Bajo esta consideración y debido a las diferentes condiciones de los hombres, algunos actos son virtuosos realizados por unos, y viciosos realizados por otros; porque para los primeros son proporcionados y correctos, y para los últimos, no"<sup>406</sup>.

#### b) *La justicia natural, ¿orden estático?*

Hans Kelsen ha representado francamente bien, a lo largo del

405. Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Perfiles jurídicos del Derecho natural en santo Tomás de Aquino*, en "Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro", Madrid 1976, pág. 787.

406. "Ad tertium dicendum quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, propter diversas hominum condiciones, contigit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosi, tamquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosi, tamquam eis non proportionati". Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 3, ad 3.

siglo XX, la idea usual que se tenía sobre el Derecho o la Justicia natural. Escribe, así, que "Sólo el contraste entre el Derecho natural y el Derecho positivo permite entender tanto la esencia del uno como del otro. También el Derecho positivo es una ordenación de la conducta humana; pero se distingue del "natural" en que es sólo "artificial" esto es, creado por el hombre, y, en cuanto tal, aparece como simple obra humana. En tanto que procede de la insuficiente voluntad humana, se presenta siempre, respecto del "natural", como más o menos "arbitrario". Y, por eso, en contraste con aquél, no es necesariamente justo, sino injusto en alguna medida"<sup>407</sup>. Consiguientemente, prosigue Kelsen, "Cuando se dice: una ordenación 'natural', se piensa en una ordenación no basada en la voluntad humana, insuficiente por serlo; no creada 'arbitrariamente', sino 'dada por sí misma', y en algún modo *objetiva*, es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo"<sup>408</sup>.

He reproducido esta cita de Kelsen porque pretendo mostrar que la tradición de los juristas nunca ha entendido a la justicia como algo que exista al margen de la voluntad de los hombres, "dada por sí misma", etc. Al contrario, la Justicia natural o Derecho natural ha sido entendido siempre, en cierta medida, como el *resultado* de la voluntad humana, pero no de una voluntad "arbitraria"; sucede que Kelsen, que sigue los superficiales carriles kantianos, confunde siempre "voluntario" con "arbitrario"<sup>409</sup>.

He hecho en el párrafo anterior una equiparación que es preciso explicar, ya que he hablado de la "Justicia o Derecho natural". Efectivamente, los juristas siempre han buscado *hacer justicia*, y la realización de la justicia no sucede en los inmensos campos del pensamiento abstracto, sino en los problemas o casos estudiados ahora, aquí. Seguramente, Bartolo de Saxoferrato o Hermann Conring se hubieran quedado muy extrañados si les hubiéramos

407. *La idea del derecho natural*. Trad. de F. Ayala. México 1979, pág. 9.

408. *La idea del derecho natural*, cit., pág. 17.

409. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 46-52.

preguntado acerca de si la solución que ellos proponen se fundamenta en el Derecho natural o en el Derecho positivo; hubieran contestado que ellos proponen una *solución justa*.

Francisco Balduinus ya explicó, a mediados del siglo XVI, en oposición al ya incipiente iusnaturalismo, que toda solución justa es para su caso, para su momento<sup>410</sup>. A Balduinus no le costaba ningún esfuerzo especial argumentar así, porque él, como jurista, entendía que el constitutivo último de la justicia era su *utilidad*, y la "utilidad" es un resultado histórico.

Sobre este extremo comprobamos una continuidad precisa a lo largo de muchos siglos. El mismo Tomás ya había resaltado la importancia de la *utilitas* en la configuración de lo que es justo *naturalmente*, cuando indicó que una cosa puede ser "naturalmente justa" de dos modos, y el segundo de ellos es "en relación a sus consecuencias, *secundum aliquid quod ex ipso consequitur*"<sup>411</sup>. Pero la teoría más precisa y exacta sobre este tema la encontramos en Gregorio Tholosanus y Hugo de Roy, en el empeño, común a ambos, de explicar los fundamentos del quehacer jurisprudencial frente a la rigidez, pretendidamente axiomático-deductiva, del *ius naturale*.

Hugo de Roy explicó que *lo justo* se constituye en tal mediante la unión de lo útil con lo honesto<sup>412</sup>. *Iustum esse quod quaeritur*. Aquello que se 'introduce' a causa del Bien público, se dice que es

410. "Sed profecto, qui intelligunt, quatenam sit rerum humanarum successio et veluti concatenata consecutio: nam ille naturalem quandam (ut iurisconsultorum verbo utar) individuitatem perpetuae historiae esse sentiunt". Cfr. *De institutione historiae universae et eius cum iurisprudentiae coniunctione libri II*, Halae 1776, editio nova, pág. 47.

411. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 57, art. 3.

412. "Ex relatis satis evidenter constare potest, quatenus id, quod utile est, iustum dici potest, et revera sit: nimirum quatenus honestum, hoc est, quatenus iuri divino morali consentaneum, vel saltem illi non contrarium. Si namque huic adversetur, foedum atque inhonestum, ne boni quidem publici causa iustum dicendum est". Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Quartus, § 1.

necesario según la equidad o según la justicia porque, así, coincide la razón natural con la voluntad divina; y es que, del mismo modo que la Naturaleza no nos falla en lo que es necesario, la voluntad de Dios tampoco nos abandona en lo que es racional: *Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus*. Si aquella causa por la cual se constituye lo justo es perpetua, entonces, concluye de Roy, se trata de un *iustum naturale*<sup>413</sup>.

Estas cuestiones las había explicado unos años antes, con notable precisión, Pierre de la Grégoire, más conocido como Gregorius Tholosanus. Este jurista explicaba que lo que es justo ha de ser apreciado según los tiempos y lugares, *diversa ratione et secundum quid*, jamás mediante una consideración general que nos llevaría a un "Derecho natural *abstracto*", sino mediante un tipo de razonamiento que ha de conducir a un "Derecho natural concreto"<sup>414</sup>. Por este motivo, el llamado Derecho positivo, *ius civile*, desde el momento en que es justo, es también derecho natural, *ius naturale*, Derecho natural "concreto": *et naturale hoc modo erit, et in concreto dici poterit*, si bien lo llamamos "derecho civil" por su contracción a ésta o aquella ciudad<sup>415</sup>. Tholosanus no

413. "Iustum esse quod quaeritur... Nam quod ob bonum publicum ac commune hominum commodum introductum est, perpetuam iusti causam habet, ac naturalem". Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Primus, § 2.

414. "Quae omnia tamen, etsi diversum in locis diversis et contraria, iusta nihilominus sunt et aequa: sed diversa ratione, et secundum quid, non secundum generalem considerationem iuris naturae in abstracto, sed secundum ius naturale in concreto, hoc est, pro convenientia subiecti cui nomotheta iustum praescribit". Cfr. *Syntagmatis iuris universi*, Venetiis 1593 (4ª edición), Pars II, Liber XI, cap. I, § 9.

415. "Ut non dubitetur ius naturale in iure civile esse, verum in illa concreto appellationem civilis dominari. Et tamen si sanctionis civilis non sunt consonae rationi, ius non faciunt quantumvis ita nominetur, sed corruptelam: si autem consentiam cum ratione, cum ea naturalis, sit, ius quoque civile, et naturale hoc modo erit, et in concreto dici potest, et ratione

cree en los "derechos naturales", *iura naturalia*, que serían incorruptibles e inmutables, *incorruptibilia vel immutabilia sunt*; a la vista está la esclavitud, en virtud de la cual se aniquila el derecho del hombre a su libertad.

El observa más bien que el Derecho natural es inmutable mientras permanece como derecho, esto es, en cuanto que, por determinadas razones y por equidad, puede ser llamado justo; pero se desnaturaliza en cuanto desaparecen aquellas razones y aquella equidad, porque, en tal caso, lo justo desaparece, *iustum dissoluitur*. Tal cosa sucede cuando las razones que creaban y constituían lo justo, cambiadas las causas, comienzan a disminuir y son sustituidas por otras que poseen una equidad mayor; tal sucede con una cosa que, habiendo sido antes provechosa, comienza después a ser nociva y peligrosa<sup>416</sup>.

Años más tarde, Beyer explicaba de forma más superficial, que "el fundamento del Derecho es la utilidad, que, como varía según la diversidad de sociedades, hace cambiar al Derecho"<sup>417</sup>. Este tipo de declaraciones deben ser tomadas con más cautela, ya que es necesario matizar más –cosa que no hace Beyer, a diferencia de Roy o Tholosanus– qué se entiende por utilidad.

contractionis ad illam vel illam civitatem, ius naturale et civile quoque". Cfr. *Syntagmatis...*, cit., Pars II, Liber XI, cap. I, § 9.

416. "Neque naturalia omnia quae sunt, incorruptibilia vel immutabilia sunt. Quinimo, sicut naturale est nasci: sic per contrariis advenientibus causas, naturale est per easdem causis corrumpi. Atque in iure naturali et illud observo, ius naturale esse inmutabile, quandiu ius remanet, hoc est, quandiu iustum illus naturale habet rationes et aequitatem, quibus iustum dicitur: verumtamen et mutabile erit, quando subductis columnis rationes et aequitatis, iustum dissoluitur. Quod accidit, quando rationes, quae aequum statuebant, aliis subortis causis novis, incipiunt minui, et superantur alia a miori aequitate: ut si quod antea proderat, alio adminiculo incipiat esse nocivum et perniciosum". Cfr. *Syntagmatis...*, cit., Pars II, Liber XI, cap. I, §§ 7 y 8.

417. "Fundamentum iuris est utilitas, quae cum pro diversitate societatum variet, ius quoque mutabile est". Cfr. *Delineatio iuris divini, naturalis et positivi universalis, ad fundamenta sua revocati*, Lipsiae 1726, cap. IV, § 9.

Esta variabilidad de la justicia, o Derecho natural, es consecuencia de la naturaleza de la norma práctica, inducida desde la Realidad, tal como indicaba Johann Nicolaeus Hertius. La forma de construir en este arte o ciencia, escribe Hertius, es la de inducir desde las cosas singulares; estas cosas singulares desde las que se opera la inducción son hechos o ejemplos, más o menos agrupados según su especie; la inducción, ciertamente, reconoce Hertius, tiene fallos, porque al no estar realizadas sobre cosas universales, no sirve para el futuro; pero es preciso suponer que en el futuro sucederá lo que ya antes ha sucedido<sup>418</sup>.

De este modo, el Derecho natural cambia de contenido, aumentando o perdiendo instituciones. Tomás explica que la propiedad de las posesiones "se le añade (al Derecho natural) por conclusión de la razón humana"<sup>419</sup>. Además de su mutabilidad, toda decisión "naturalmente" justa posee, al mismo tiempo, algo de injusticia porque —explica Hugo de Roy— normalmente el problema está en decidir por la solución menos mala<sup>420</sup>. El problema, repetía Johannes Felden en 1664, está en que el Derecho natural opera sobre cosas contingentes<sup>421</sup>. En consecuencia, al contrario de lo

418. "Forma comparandi construendique artem hanc sive scientiam consistit in inductione ex rebus singularibus, demonstratione, dispositione et usu. Res singulares, ex quibus sit inductio, sunt facta vel exempla, quorum plurimum eiusdem speciei congeniens animo comprehensa dicitur experientia, ceu quae est unius eiusdemque rei iterata saepius memoria. Inductione per se non possunt confici propositiones omni ex parte universales, quoniam futura ignorantur. Perquam probabiliter tamen id fieri potest, si ponamus, non alia in futura, quam qualia antea iam tum contigerunt... Similia sunt plerumque futura praeteritis. Et non solum ex rectis sed etiam im pravis artibus insignis est humani generis similitudo". Cfr. *Elementa prudentiae civilis*, Francofurti 1703, pág. 23.

419. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 66, art. 2, Responsio y ad 1.

420. "Ut semper una ratio a alia non differat; nisi ut magis et minus. Neque alio respectu iustum vel iniustum ex unaquaque patitur, nisi ut maius anteponatur minori". Cfr. *De eo iustum est*, cit., Liber II, Titulus Septimus, § 7.

421. "Omnes propositiones quae entia iusta contingentia ut plurimum dicunt sunt iuris naturae". Cfr. *Elementa iuris universi*, cit., cap. V.

que escribía Grocio: *Per se patent, atque evidentia sunt*, no existe seguridad o certeza en el conocimiento de Derecho natural, explica Ziegler<sup>422</sup>.

Como podemos ver, la explicación sobre el "Derecho natural" que ha dominado durante siglos, y que en la Edad Moderna quedó recluida en el sector de los juristas, atacados y despreciados por los *iusnaturalistas*, nunca afirmó, al referirse al Derecho natural, algo estático o inmóvil, como verdad práctica embalsamada. Al contrario, la doctrina jurisprudencial, romanista, siempre ha tenido en cuenta lo que, actualmente, Arthur Kaufmann ha expresado, con frase afortunada, como la *Zeitstruktur des Geschichtlichkeit des Rechts*, que, traducido, viene a sonar, más o menos, como "la estructura temporal de la historicidad del Derecho"<sup>423</sup>.

Podemos juzgar, ahora, como la mayor parte de los ataques contra el Derecho natural –del tipo de los que encontramos en Kelsen– han ido a parar al vacío, porque eran peleas contra fantasmas. Efectivamente, la tradición jurídica nunca habló de un orden inmutable o eterno, sino de un arte de hacer justicia en cuyo fundamento están los *prima principia practicae rationis*. Temo, por tanto, que los ataques de Karl Bergbohm y de Hans Kelsen contra la "doctrina iusnaturalista" no han sido más que ataques contra su propia ignorancia, contra sus prejuicios.

### c) *El Derecho y las leyes*

La relación entre lo justo concreto y las leyes ha sido tratada en

422. "'Per se patent, atque evidentia sunt': Quia propter corruptan naturam, non omnibus et aeque evidentia sunt, sed alia aliis notiora sunt ac fiunt, ita ut etiam apud Judaeos nova promulgatione legis divinae opus fuerit. Vid. Hugo DE ROY, de eo quod iustum est, lib. I, tit. 3, n. 9". Cfr. *In Hugonis Grotii...*, cit., pág. 20.

423. Vid. A. KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, en "Beiträge zur Juristischen Hermeneutik". Köln-Berlin-Bonn-München 1984, pág. 31.



otros lugares de este estudio. Pero, dada la mentalidad mayoritariamente existente, según la cual el "Derecho" sería algo así como una suma estática de leyes, esto es, de normas generales y abstractas, y dada también la complejidad de por sí presenta este problema, no está de más aludir a él.

Es difícil decir algo nuevo sobre este tema, porque, en estos últimos treinta años, una serie de autores han acometido la empresa de mostrar que el Derecho es un arte que procede al filo de circunstancias cambiantes, un arte cuyo epicentro es la doctrina escolástica –no hay otra– sobre la prudencia. En este empeño, nombres como los de Kaufmann, Villey o Lombardi resultan especialmente conocidos.

El punto de partida de la mentalidad corriente sería considerar que el Derecho consiste en una serie o lista de normas ya listas, acabadas, preparadas para su aplicación a una materia amorfa, sin vida y, en consecuencia, sin exigencias propias. En este contexto, la norma dictada representaría la instancia inteligente por excelencia, la Inteligencia misma, y la Realidad informada por la norma habría de ser inerte, completamente pasiva. No es el momento de entrar en el examen pormenorizado de esta cuestión, pero quien contemple así las relaciones entre Derecho y Realidad, debería plantearse desde donde surgen, cuales son los criterios que guían la creación de las normas jurídicas; porque la ocupación con un trabajo directamente jurídico muestra que, normalmente, el jurista-legislador va a rastras de la Realidad, ya que ésta presenta unas exigencias propias, ineliminables, que determinan en muy buena medida, según cada caso, lo que se puede decir sobre ella. El legislador es, pues, en la práctica, más un servidor de la Realidad que no un dictador de ella; y esto sucede consciente o inconscientemente.

Existe, además, otra dimensión de este problema. Tomás de Aquino dejó indicado que el Derecho, en general, no consiste en las leyes, sino que éstas constituyen "una cierta causa del Derecho". ¿Qué quiere decir esto? Cualquier jurista intuye, a tenor

de su trabajo, que en la resolución de un problema *confluyen* datos muy heterogéneos; en efecto, un problema solicita y pide ayuda a principios de justicia, expresados en normas concretas, en los artículos de un código o de un decreto, por ejemplo. El caso requiere al *principium*, y el principio, llevado por su vocación universal, pretende ser aplicado a la mayor cantidad posible de casos; hay, pues, concurrencia de principios, y, como actualmente, los principios o *regulae* se suelen expresar a través de artículos de normas positivadas, los juristas discuten con frecuencia a propósito de qué artículo se ha de aplicar. Así pues, el caso requiere el principio, y el principio solicita al caso. En consecuencia, no se puede afirmar –sería irreal– que solamente un precepto determinado causa el *ius*, la solución justa concreta que resuelve un problema; ese justo concreto resulta más bien de una amalgama de consideraciones de procedencias muy distintas.

En el caso del *ius naturale*, el tema posee esta misma complejidad. Vallet nos indica, acertadamente, que Tomás de Aquino no usa el adjetivo "positivo" unívocamente para referirse a la ley y al derecho<sup>424</sup>. La ley, ciertamente, puede ser "natural", y, en tal caso, suele expresar principios de justicia muy evidentes<sup>425</sup>; pero el derecho no puede ser dividido tajantemente en "natural" y "positivo". Efectivamente, el Derecho, lo justo concreto, *es creado* en cada caso por varias causas, algunas de las cuales pueden ser principios evidentes de justicia, esto es, constituir "Ley natural"; en tal caso, decimos que los principios de justicia "naturales" *concurrer* con otros datos en la resolución de ese problema.

"Concurrir" no quiere decir yuxtaponerse, sobreponerse o subordinarse: se quiere indicar, más bien, que los principios

424. Vid. *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 734.

425. Vid. el Título 17 del Libro 50 del Digesto, titulado *De diversis regulis iuris antiqui*. Existe *reprint* de G. Olms, que reproduce la edición de Lyon 1577, glosada por Acursio. Una recopilación extensa y completa de estas reglas de justicia la hizo Jaime M. MANS PUIG-ARNAU, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona 1979.

naturales de la justicia *son asumidos* por las otras exigencias que plantea el caso. En consecuencia, "lo justo", o la solución justa, es en parte "natural" y en parte "positiva". Es la razón del hombre la que actúa, su razón práctica, y tal razón se suele guiar por leyes positivas, creadas por los hombres, que son resultado de la prudencia política y jurídica y que determinan, en cada momento, las varias posibilidades –a veces indiferentes de suyo moralmente– que presenta la acción humana. No podría haber "Derecho natural" sin leyes humano-positivas y, por esta causa, el tratamiento de las leyes de origen humano voluntario (voluntario no implica ni quiere decir "arbitrario") forma parte necesaria de cualquier exposición acerca del "Derecho natural". Esto quiere decir, entre otras cosas, que lo justo natural (de ordinario es preferible esta expresión a la de "Derecho natural") viene creado y determinado en muy buena medida por las leyes humanas. Este hecho lleva a Vallet a escribir, a propósito de Tomás de Aquino que "El Derecho natural y el Derecho humano, inconfundibles teóricamente, no forman mundos aparte, ni se hallan en planos totalmente separados, pues las conclusiones de aquel deben ser escritas en la ley humana e informan las soluciones del Derecho humano. E, inversamente, las determinaciones de éste, una vez efectuadas dentro de los límites correctos, son reconocidas por aquel como obligatorias y dejan de ser indiferentes en el orden de la justicia"<sup>426</sup>.

Resulta, así, que el jurista se encuentra, en el resultado final de su trabajo, con una solución *justa*. En un segundo momento, los que estudian y analizan esa solución encontrarán en ella elementos propios y peculiares del jurista, o de una determinada ordenación positiva, y encontrarán también elementos que han de ser así y son, de hecho, iguales en todas partes; como el fuego, indicaba Aristóteles, que arde igual en Grecia que en Persia. Por este

426. Cfr. *Perfiles jurídicos...*, cit., pág. 788. VALLET cita la I-II, q. 96, art. 1 de la *Suma teológica*.

motivo, *nuestro* Derecho es en parte positivo y en parte natural, tal como indicaba Aristóteles.

Pueden existir momentos en que una ordenación humana plantee una situación extrema de injusticia; en tal caso, sí se separa nítidamente el elemento natural del elemento positivo. Pero esto sucede muy raras veces.

#### 6. *La Ciencia de la Justicia, es decir, la Jurisprudencia o el Derecho natural*

Giambattista Vico se maravillaba de los doctores que disputaban acerca de si una norma se fundamentaba en el Derecho natural o en la *Jurisprudencia* ¡Como si todo lo justo no consistiera en principios de una ciencia legítima, nociones de una naturaleza común! exclamaba Vico<sup>427</sup>.

A nosotros, hombres del siglo XX, nos puede extrañar, a su vez, esta admiración que mostraba Vico, porque después de varios siglos de hablar del "Derecho natural", como si tal Derecho consistiera en un ordenamiento jurídico con normas propias y específicas suyas, poseemos un hábito mental que nos lleva a considerar que algunas relaciones o instituciones "son de Derecho natural", "se fundamentan en el Derecho natural", o, como se dice a veces, "son anteriores al Estado". Hace siglos, en cambio, las relaciones o instituciones eran justas o injustas y, en principio, a ningún jurista se le ocurría distinguir si la justicia de un

427. "Muovono dunque a meraviglia que'dotti i quali van tra loro disputando, e pongono ogni sforzo per istabilire che quelle tre massime altro non siamo se non precetti del diritto naturale o del giusto, nè mai assiomi del diritto 'civile' o della giurisprudenza... talchè dovessero trarsi i suoi principi fuori del Diritto naturale, mentre essi sono veramente principi di una legitima scienza, perchè sono nozioni di una comune natura". Cfr. *De universo iuris...*, cit., págs. 79-80.

comportamiento venía dictada por el "Derecho natural" o, simplemente, por la Justicia común a todos los hombres.

Grabmann nos informa, a este respecto, que el pensamiento medieval distinguía tres especies de orden. El primero es el que la razón humana no crea, sino que lo encuentra y lo considera cosa ya realizada; este es el orden de las cosas naturales. El segundo es aquel que el pensamiento opera en sus propias funciones y actos cuando ordena sus ideas, esto es, la Lógica. Y el tercer orden es aquel que la razón produce *en* los actos de voluntad, que es el orden del deber ser, el orden práctico<sup>428</sup>. Así pues, la voluntad humana se despliega y opera racionalmente, asumiendo todos los datos que le proporciona la Realidad, es decir, obra inteligentemente, justamente, y no *racionalistamente*; se trata, como es obvio, de *decisiones*, es decir, de actos voluntarios del hombre, pero sabemos que voluntario no es sinónimo de "arbitrario". Esta última distinción no la entendieron los ilustrados.

Así pues, la razón humana *hace justicia*. Johan Oldendorp explicaba, en 1539, que el Derecho "positivo", que es el orden normativo que realiza la justicia ahora y aquí, es el "Derecho natural probable según la razón"; en realidad, es difícil distinguir entre el *ius naturale* y el Derecho "positivo", ya que —explica Oldendorp— cuando se dice en Derecho *incivile est*, es porque se ha vulnerado ambos Derechos<sup>429</sup>. Juan Corasius, pocos años después, indicaba que el *ius civile* se compone de preceptos universales, generales, y particulares; los preceptos universales son, en cierto modo, "Derecho natural", ya que *a natura ducunt*

428. Cfr. *La filosofía medieval*, cit., págs. 98-99.

429. "Summa enim divisio iuris scite traditur, ut aut sit *naturale*, aut *positivum*. Ius enim positivum est sententia magistratus, quae ex variis rerum mundanarum circumstantiae varient, sit quaedam dissimilitudo iuris positivi in diversis locis, et temporibus. Inde toties in iure reperies haec verba: *incivile est*: item neque naturale, neque civile est: hoc iure hodie utimur: civilis ratio suadet" et alia eiusmodi". Cfr. *Eisagoge...*, cit., Epilogus, § XII.

*initium*<sup>430</sup>. Es decir, Corasius también entiende al Derecho natural como un sector del Derecho que usamos, del *ius civile* o Derecho "positivo".

Por lo general, en la avalancha de teoría o filosofía jurídica que se produce en el siglo XVI, los juristas tienen presente que el "Derecho natural" no constituye un ordenamiento que discurra paralelo al *ius civile*; el *ius naturale* sería, más bien, una parte del Derecho que usamos, por lo que es también Derecho "positivo". "Aristóteles me ha enseñado —escribe Francisco Connanus— que esto no se puede explicar si no entendemos que el Derecho natural posee dos dimensiones distintas (*nisi duplicem naturam... posuimus*), una que mira a la equidad, y otra que atiende a la utilidad. La primera constituye el Derecho natural en el sentido verdadero y propio... y éste es eterno. La segunda trata de lo que es útil, y no ha sido constituido tanto por la naturaleza como por el juicio de los hombres; y, sin embargo, a pesar de ello, es una parte del Derecho natural"<sup>431</sup>.

Lógicamente, para estos juristas, las soluciones o los dictámenes *justos* constituían "Derecho natural" o equidad natural,

430. "... opus est, quod principiorum genus, Theses Graeci dicunt, hoc est, regulas quasdam generales, nullis circumstantiis limitatas, quae sunt proprie scientiarum principia, quorum alia. *Universalis* sunt, alia *Generalis*, et reliqua *Particularis*.

*Universalis* dico, quae quibusvis Iuris partibus et quaestionibus, accommodari possunt. Et horum alia a natura ducunt initium, veluti ut is commodum quoque sentiat, quem incommoda sequuntur. Ut quod nobis non nocet, et alteri prodest, concedamus. Ut nemo ex dolo proprio revelatur, aut auxilium capiat, sed dolis ac fraudibus, omnino occurrantur". Cfr. *Tractatus de iuris arte*, Coloniae Agrippinae 1582, págs. 99-100.

431. "Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Ius illius dicitur ius naturale vere et proprie, quod illud ratio naturale cuique praescribitur, estque aeternum. Alterum et secundum ius est quod in utilitate versatur, quod genus dominia, regna, bella... quod, nisi fallor, non in scite ius gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; *et tamen iuris naturalis pars est*. Cfr. *Commentariorum Iuris Civilis*, cit., Liber I, cap. 6, § 4. La intensidad es mía.

sin que fuera fácil distinguir el elemento "natural" del "no-natural". Por esta razón, Herman Conring afirmaba, frente a los iusnaturalistas de su época, que el Derecho romano contenía mucho Derecho natural, del mismo modo que el Derecho propio de algunas ciudades, en los que también existía mucha "razón común"<sup>432</sup>. Esta misma explicación las proporcionan, entre otros, Prasch y Rachel<sup>433</sup> y, llevado por esta idea, Kipping mantenía, aun en 1745, que el Derecho romano es un Derecho vigente, al menos tan vigente como la razón humana<sup>434</sup>.

El plena confrontación con el iusnaturalismo de su momento, Desing destacó, reiteradamente, que el Derecho natural y el Derecho positivo no constituyen dos órdenes distintos. Según él,

432. "At vero observandum est. Ius illud Justinianeum non solum civilia sed etiam naturalia et gentium iura comprehendere; quae communis est ratio omnis legum corporis, quo aliqua civitas utitur". Cfr. *Disertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudencia*, Helmstadii, edición de 1683, pág. 140.

433. Johann LUDWIG PRASCH escribe que "Omnino etiam fatendum est, magnam iuris naturalis partem in Romano iteratam, et feliciter saepe explicatam reperiri... atque hoc demum intuitu vere dicitur Jurisprudencia, iusti injustique scientia". Cfr. *Jurisconsultus verus et personatus...*, cit., pág. 110. Samuel RACHEL, por su parte, explica que "Nemini non est cognitum, maximam semper et merito habitam fuisse Iuris Romani auctoritatem, partim quod suas leges una cum imperio et armis soliti fuerint propagare Romani; iuris usum iis regnis, quae in formulam provinciae redatae erant, demandare: partim quod cernerent gentes, Romanos leges summa prudentia esse conditas, praecipuam in iis aequitatis rationem habitas, iisque; exactissimas Iuris Naturalis explicationes contineri, atque hactenus illarum usum etiam ad se pertinere". Cfr. *De iure naturae et gentium dissertationes*, cit., § CXXXVII.

434. Huius abusus et culpa reos, in primis facimus. J. Schilterum, Ch. Thomasium, G. Beyerus, et J. P. Ludewig, eorum hic nulla habentes rationem, qui cum Gudelino, Buguyone, Gronewegio etc. Romanas leges omnino abrogatas putarent... Speciosa haec sunt, si modo vere essent. Nam a) insulsum et iniquum predicantes ius Romanum, ad antiquum, et ab Imperatoribus dudam abrogatum ius formularium, et stipulationum veterum necessitatem, retorquent animum, nec considerant, quam satium fuisset, ius illud formularium correctum retinere, quam in locum aboliti litium aeternam materiam substituere". Cfr. *Sylloge exemplorum abusum Historiae eiusque nominis illustrantium*, Brunsvigae 1745, §§ III y IV.

todo Derecho positivo es una declaración o concreción del Derecho natural, a menos, claro, que las leyes positivas sirvan *ad evertendam naturam*<sup>435</sup>. Más adelante explica que los "derechos naturales" (*iura autem naturalia*) están determinados o concretados por las leyes positivas, *consisten en* el mismo Derecho positivo (*consistunt in ipso iure civile*), y no se puede hablar de "Derecho natural" antes de establecer el Derecho positivo<sup>436</sup>. El motivo que le mueve a opinar así es considerar que no existe ningún Derecho "ideal" o puramente racional; la naturaleza del hombre no es exclusivamente racional, sino histórica, y lo que nos corresponde a cada cual en justicia lo *determina* la Autoridad<sup>437</sup>.

Podría pensarse que la apelación al Derecho "natural" sólo sirve, o es especialmente útil, cuando se pretende un cambio radical en el orden social, como enseña la experiencia, porque mientras persista la confianza en las instituciones no tiene sentido apelar a un Derecho distinto del existente. Pero incluso este planteamiento me parece inadecuado ante la Ciencia jurídica, porque tan "natural" y justo es al hombre recordar y practicar los primeros principios de la razón práctica, como resolver equitativamente un problema que se plantea aquí y ahora, en el marco institucional existente; esto último –que debe ser resuelto mediante una decisión prudencial– no expresa una justicia menor, o de rango inferior, a la de los *prima principia*. Este hecho lo ha reconocido la doctrina moral de la Iglesia católica, que ha mantenido, durante dos milenios, que el cumplimiento de las leyes humanas positivas obliga en conciencia. Así pues, el dato decisivo no es el "Derecho

435. "Ita leges civiles humanae, modo non ad evertendam naturam aptae sint, obligant in foro conscientia; quia non sunt nisi declarationes iuris naturae". Cfr. *Iuris naturae larva detracta*, cit., cap. I, Thema 5, § 8.

436. "Iura autem naturalia ut congruunt civitati, sive ut ea in moderno statu exercenda sunt circumscripita legibus positivis, consistunt in ipso iure civili, neque adeo ante ius civile discenda sunt. Ex ipsius enim Heineccius sententia Ius civile romanum est ipsum ius naturae actionibus hominum applicatum". Cfr. *Iuris naturae larva detracta*, cap. IV. Thema XXIII, § 3.

437. Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., cap. IX, § VIII.



natural", sino la mayor o menor justicia, a secas, de una decisión, con toda la complejidad que el adjetivo "justo" implica; efectivamente, ya indiqué que en la decisión justa están involucradas muchas esferas y estratos del ser, también y necesariamente los primeros principios de la razón práctica, aunque no aparezca tal hecho a primera vista, por lo que toda decisión prudencial que no sea claramente aberrante *es* o constituye lo que se puede llamar "Derecho natural" o Justicia natural.

Durante siglos, el jurista ha sentido un fuerte complejo de superioridad sobre los *grammatici* o *rethorici*, sobre los literatos y los poetas; y este sentimiento de superioridad, si deriva de la índole de la ocupación profesional, y no de complejos personales, está justificado. Jacobo Lernsnher indicaba, en este sentido, que todas las otras artes son *ancillae iurisprudentiae*<sup>438</sup>, y es que la tarea jurídica implica una participación directa en el Gobierno, humano y divino a la vez, de la sociedad humana. No se trata, pues, de un saber o arte más: la *iurisprudentia* es ejercicio de la ciencia moral, que conlleva, necesariamente, se reconozca o no, una *divinarum atque humanarum rerum notitia*. En efecto, la decisión jurídica no es un hecho, o un dato más de la naturaleza; para un creyente, la ocupación con el Derecho, público o privado, es una participación en el gobierno del mundo que ha de pasar a través del Espíritu Santo<sup>439</sup>.

438. "... tanto excellit Jurisprudentia alias artes, humanae industria adinventas: quae tamen in hoc prosunt, quod nostrae artis ancillatur, eiusque studioso commodant". Cfr. *Oratio de dignitate...*, cit., pág. 11.

439. Guido describe una disputa doctrinal en el que "Dominus vero Accursius opposuit eum de tali questione... Non, non dicebat Accursius, non est ita, ipse peccavit in spiritum sanctum dicendum contra casum huius legis, super (qua) examinatus est; per Deum non transibit". Cit. por G. GUALANDI en *Un gustoso episodio della vita di Accursio e la data di composizione della "Glossa Magna" al Digesto vetus*, en "Studi Accursiani", cit., pág. 467.

### 7. *¿Qué es el Derecho natural y la Filosofía del Derecho?*

Todo jurista es, forzosamente, un filósofo de la Moral, ya que él ha de establecer cual es la solución justa, y por qué razones o motivos; cualquier juez, cuando razona su sentencia en los "considerandos", realiza una labor filosófico-moral. No existe, pues, una distinción clara entre Jurisprudencia y Filosofía moral; este hecho ya lo indicaba Conrado Lagus cuando escribía que la doctrina del Derecho (*doctrina iuris*) es, ante todo, filosófica, ya que ha de investigar las razones o causas del Derecho, y sólo en un segundo momento es histórica, cuando prescribe las *iuris formas*<sup>440</sup>.

Por esta razón, es difícil estimar que exista una dimensión especial del Derecho que debiera ser llamada "Filosofía del Derecho" y que, desgajada o aparte del resto de la Jurisprudencia o jurisprudencia "vulgar", tuviera una vida propia. Más bien sucede que la verdadera "Filosofía del Derecho" es la que realiza todo jurista cuando *razona* los por qué de su dictamen.

A partir de la segunda mitad del siglo XVI, comenzaron a usarse profusamente las expresiones *philosophia iuris* o *philosophia Jurisconsultorum*, terminología que queda acuñada cuando la *Metaphysik des Rechts* kantiana pasa a llamarse –ante el desprestigio de la expresión *Naturrecht– Philosophie des Rechts*. Pero, hasta el siglo XIX, la expresión *philosophia iuris* no ha designado un saber distinto de la *Jurisprudentia*; al contrario, tal

440. "Proinde neminem spero improbatum nostrum consilium, quod doctrina in Iuris in haec duo genera controversiarum distinguimus, et alterum dicamus versari circa inquisitionem causarum, propter quas nos illi obstricti necessario pareamus. Alterum vero consistere in perquirendis formis quas in singulis negotiorum et delictorum humanarum speciebus pro iure observare leges volunt...

Caeterum prior pars doctrinae iuris est philosophica, hoc est, verum, et rationes omnis iuris quantum humana mens assequi potest, inquirens. Altera pars doctrina iuris, quam diximus praescribere iuris formas... historica est". Cfr. *Methodica iuris utriusque traditio*, Lugduni 1562, pág. 3.

filosofía ha sido considerada el fundamento y el alma de la labor jurisprudencial, y radica en la calidad personal, humana-moral, del jurista; por este hecho, Vicente Gravina escribía que *Bartolo vero sententiarum veritas, et iudicii firmitas tribuatur*<sup>441</sup>, y Johann Philippus Slegvotius, en el primer estudio monográfico que existe sobre la *Philosophia iuris*, indicaba con más precisión que *in constantia, in fide, in animi sanitate veram philosophiam (iuris o Jurisconsultorum) unice collocantes*<sup>442</sup>. Anselmo Desing, abundando en esta idea, añadía que, en los juristas que él admiraba –se refiere a Bartolo de Saxoferrato– el verdadero "Derecho natural" residía exclusivamente en su razón, *quippe qua ipssissima ratio est*<sup>443</sup>, es decir, en su sano juicio, en la *firmitas* de su razón.

En consecuencia, las expresiones "Derecho natural", "Filosofía del Derecho" o "Jurisprudencia", vienen a resultar equivalentes. En un afán de precisión, podría exigirse que se reservara la expresión "Derecho natural" para designar únicamente los primeros principios de la razón práctica o las exigencias de aquellas tendencias naturales que son fundamentales para el hombre; pero es dudoso que ganáramos gran cosa con esta acotación, porque, por una parte, estos principios y tendencias fundamentales son extremadamente formales, vacíos, cuando los referimos a la realidad, a la Jurisprudencia, y, de otro lado, el quehacer jurisprudencial ordinario, en el que tales principios encuentran su expresión cotidiana, quedaría como un saber o quehacer en cierto modo inferior, menospreciado.

De todos modos, cada cual puede hacer su opción, siempre que sea consciente de las ventajas y de los inconvenientes que implica necesariamente una toma de postura ante este tema. Los juristas, hasta el siglo XVII, resolvieron este problema elegantemente,

441. *De ortu, et progressu iuris civilis liber*, Neapoli 1701, pág. 241.

442. *De Philosophia Iuris Consultorum Programma*, Jenae 1724, pág. 147.

443. "Ius Naturae: Ius Naturae! Tanta sapientia turgent vana quavis rudiores Bartoli et Baldi. Est autem illi pro iure naturae sola sua ratio, quippe quae ipsa ipssissima ratio est". Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, cit., Proemium, § 21.

quizá de la única forma posible: por una parte afirmaron que el Derecho natural se circunscribe a los primeros principios de la razón práctica y, por otra parte, mantenían –en plena contradicción con lo anterior– que los dictámenes, las decisiones justas ahora, aquí, constituyen el único Derecho natural posible, por lo que obligan en conciencia a su cumplimiento; ese "Derecho natural" que, como explicaba Gregorio Tholosanus, sólo existe en forma concreta.