

"PERSONA", "DERECHO NATURAL" Y NUESTRA TRADICIÓN JURISPRUDENCIAL

Francisco CARPINTERO

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Dos tradiciones del "derecho natural"*; III. *La génesis jurisprudencial del iusnaturalismo moderno*; IV. *La jurisprudencia iusnaturalista de la baja Edad Media*; V. *A modo de conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Existen dos grandes equívocos en nuestra cultura éticojurídica, a los que quisiera referirme ahora. Uno es el de la noción de "persona", y otro el constituido por esa realidad variable históricamente que se ha llamado confusamente "derecho natural".

Por lo que se refiere al concepto de "persona", al oír esta palabra todos pensamos en el ser específicamente humano, que por ser más que animal —el hombre es "persona", se dice— es portador de unos derechos que sólo a él le corresponden. Es decir, en la terminología consagrada actualmente, el término "persona" expresa la igual dignidad de los seres humanos.

Hoy nos quejamos a veces del excesivo individualismo de nuestra cultura, y es lógico, porque nosotros pensamos y sentimos según las categorías antropológicas que formó la Edad Moderna. Y es que una cosa es la *persona* latina, y otra la "persona" o *person* que configuró la escuela del "derecho natural" moderno en el área de cultura alemana a lo largo de los siglos XVII y XVIII.

Antes de la modernidad, la palabra *persona* designaba cada una de las dimensiones fundamentales de la vida humana: ser padre o hijo, comerciante, clérigo, o noble. Un mismo hombre reunía en sí necesariamente varias personas, y de ahí el brocardo antiguo que indicaba que "Unus homo sustinere potest plures personas": un mismo hombre "sostiene" varias personas.

Esto implicaba la no-identificación de la "persona" con el ser humano. La persona, más bien, estaba constituida por aquella dimensión estereotipada que permitía conocer el *munus publicum* concreto de cada cual.

Hoy, al contrario, la palabra persona designa el conjunto del ser humano, de forma que, en cierto modo, el término "hombre" resulta idéntico al de "persona".

Quisiera ahora aludir al tránsito desde la *persona* latina a la *person* o *juristische person* alemana. Tengo que hacer observar que el primer autor que usa estas expresiones expresamente en su sentido actual es Immanuel Kant. Hace unos cinco años, Álvaro d'Ors me hizo observar que él no encontraba la expresión "persona" en la acepción moderna y contemporánea antes de Kant. Empecé una investigación que publiqué en el *Anuario de Filosofía del Derecho* en la que, efectivamente, comprobé que tal expresión es usada por primera vez por este autor.

¿Dónde radica la innovación propiamente moderna? La modernidad contempló a un *individuo* (no a un "hombre") aislado, independiente. Ningún individuo posee un poder para dictarle a otro lo que ha de hacer: este sujeto es pues "autónomo". Nunca los tratadistas del "derecho natural" moderno aluden a la familia o a la profesión, por ejemplo. La sociedad política es considerada como un agregado artificial de individuos *creado* por ellos "libremente", es decir, mediante un pacto. La sociedad deja, pues, de constituir el punto de partida de la consideración jurisprudencial y pasa a constituir el punto de llegada o meta final de tales individuos independientes.

Como la realidad no nos muestra tales individuos aislados, los autores modernos recurrieron a la vieja ficción del "estado de naturaleza". En tal "estado" los individuos son como puntos geométricos en una superficie plana. En esta transposición de moldes geométricos a la realidad humana, resultaba evidente que todos los sujetos eran "iguales": todo punto, en geometría, es igual a los demás puntos, por definición. Así quedaba excluido *racionalmente* cualquier *privilegium* o *Vorrecht* que facultara a unos para dictar la conducta de otros.

(*Excursus*)

Indicaba antes que la cultura de nuestra época nos puede parecer excesivamente individualista, y este tema merece un breve comentario. Un problema que plantea esta caracterización moderna del ser huma-

no (que es la que ha llegado hasta hoy) consiste en que el hombre se nos aparece en la realidad como un ser *dependiente*: el alumno está sometido al profesor en cierta manera, porque el profesor es quien dicta lo que entra en examen, y quien ha de calificarle. El hijo menor está en cierto modo sometido a sus padres. El comprador está de alguna manera sometido al vendedor, etcétera.

Es decir, tanto la moral como el derecho se montan sobre dependencias de la propia personalidad, de modo que el hombre se pone al servicio de la estructura misma de unas determinadas relaciones: el hombre como padre o como hijo, como vendedor, como ciudadano, como deudor de un crédito hipotecario, etcétera; se trata de las diversas *personas* que asume cada ser humano. Precisamente es la naturaleza de estas mismas relaciones las que nos sirve para conocer el alcance de las competencias (derechos y obligaciones, en el lenguaje usual) de cada parte en ellas. La justicia es por eso un *medium rei*, como señaló Aristóteles, porque no suele tomar en cuenta directamente las personalidades, sino la "cosa", es decir, la relación concreta de que se trata.

Pero si partimos desde el individuo aislado e independiente, lo primordial o fundamental es la independencia, llamada impropriamente "libertad", y todas las relaciones morales y jurídicas (que implican de suyo una cierta dependencia) aparecen como *excepciones* a esa libertad originaria. En tal caso lo lógico es suprimir todo lo que estorbe a esa "libertad". No se puede suprimir académicamente el derecho, y en la mentalidad contemporánea el derecho sigue existiendo en contradicción con las primeras premisas, bajo forma de "reglas del juego", "respeto a las exigencias de la personalidad", etcétera. Si se puede afirmar, en cambio, que la moral no existe: es lo que se hace cuando se dice que la moral es asunto de cada uno, y se niega así su carácter *vinculante* intersubjetivamente.

Al ser considerada únicamente esta libertad primaria o "en general", toda restricción al arbitrio del individuo toma una naturaleza excepcional, como indicaba antes. Como las dimensiones o vertientes de los hombres concretos imponen derechos y obligaciones, es preciso acabar con la *persona* tradicional para hacer entrar en su lugar a la *person* moderna.

II. DOS TRADICIONES DEL "DERECHO NATURAL"

Decía al comienzo que también la noción del "derecho natural" ha sido equívoca históricamente. Afirmo esto porque en la historia ha habido una tradición o escuela del "derecho natural" que ha desplazado a otra. Sin ánimo de intentar describir ahora una y otra escuela, sí se puede afirmar que una fue la doctrina del derecho natural que se desarrolló de la mano de Aristóteles y de los autores escolásticos de la Baja Edad Media, y otra la teoría "iusnaturalista" que estaba en germen en los primeros títulos del *Digesto* y de la *Instituta*, que fue recogida por los juristas del *Ius commune* de la Baja Edad Media y que se desarrolló más temáticamente de la mano del racionalismo jurídico propio de la Edad Moderna.

a) *La doctrina aristotélica del derecho natural*

Esta inteligencia del derecho natural fue apuntada en buena medida por Aristóteles y ampliada y profundizada por algunos doctores escolásticos, Tomás de Aquino fundamentalmente, y, más tarde, por un sector de los teólogos españoles que componen la II escolástica española, así como por algunos juristas que no eran teólogos, como Fortún García, Miguel de Ulzurum, Francisco Connanus o Pierre de la Grégoire.

Por lo general, los aristotélicos se mueven en la tensión entre dos conceptos muy distintos del "derecho natural". De un lado, tienden a dejar reducido tal orden normativo a los primeros principios de la inteligencia o razón práctica, como los preceptos de "no matar", "no robar", etcétera. De otra parte, consideran que toda solución justa aquí y ahora, que tiene en cuenta el derecho positivo, la costumbre, los datos del propio problema, etcétera, es "justa naturalmente". Es decir, integran el derecho natural o justicia en la historia, y toman como punto de partida de su razonamiento iusnaturalista "lo que ya existe", *was bereits ist*, según la magistral expresión de Joachim Ritter.

Se trataba de dos opciones contradictorias, y esta contradicción se muestra ejemplarmente en la *Suma teológica* de Tomás de Aquino. Efectivamente, el aquinate mantiene a veces que sólo constituyen derecho natural los "primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica" (*prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis*), y en otras ocasiones afirma que cualquier solución justa,

prudente, etcétera, es justa "naturalmente". Esta segunda actitud la observamos tanto en la I-II de la *Suma teológica*, en el llamado "Tratado de las leyes", como en la II-II, al tratar de la prudencia y de la justicia.

b) *El racionalismo "iusnaturalista" de la Edad Moderna*

La doctrina sobre el derecho natural a que he aludido fue desarrollada por autores católicos, teólogos y juristas. Pero, en las convulsiones que sufre Europa en la segunda mitad del siglo XVI y en los primeros decenios del siglo siguiente, se impuso rotundamente en las universidades otra forma de pensar, que fue la asumida por los protestantes. Esta revolución fue necesaria una vez que se estabilizó la reforma protestante, porque éstos rechazaron la cultura existente, que había sido desde el siglo I obra de católicos, y vieron en Aristóteles y en los juristas romanos sus peores enemigos, toda vez que los católicos habían construido su ética moral y jurídica sobre el pensamiento de ellos.

Por este motivo surge a comienzos de la Edad Moderna una nueva forma de entender el derecho, que es conocida como "escuela del derecho natural moderno", y que aparece en los ámbitos protestantes en abierta oposición contra la tradición prudencial propia de los juristas romanistas. De este modo, se deslindaron dos áreas de la teoría jurídica: la católica, que sigue el derecho romano y los comentarios de Tomás de Aquino y de los escolásticos españoles del siglo XVI; y la protestante, que alcanza su identidad en la obra de Samuel Pufendorf, y que *construye* una teoría racionalista sobre el derecho. Paradójicamente, la doctrina que de hecho sostuvieron las universidades reformadas fue expuesta por primera vez, de una forma muy completa, por un español: Fernando Vázquez de Menchaca, miembro del Consejo de Castilla bajo Felipe II, y canónigo doctoral de la Catedral de Sevilla. Pero Vázquez, que publicó sus *controversias ilustres* en 1559, se adelantó en casi un siglo a su época.

El discípulo más conocido e influyente de Pufendorf fue Christian Thomasius, y el nuevo "derecho natural" se adentra en el siglo XVIII de la mano fundamentalmente de N. J. Gundling. A lo largo del siglo XVIII hay una veintena de autores que publican tratados de "derecho natural" de corte racionalista-constructivista. Convencionalmente podemos considerar que esta escuela culmina y termina con Kant

y sus discípulos, tema que historié en *La cabeza de Jano*. El tema inmediato que planteo ahora es el de los orígenes de este racionalismo específicamente moderno.

III. LA GÉNESIS JURISPRUDENCIAL DEL IUSNATURALISMO MODERNO

La experiencia nos enseña que no hay nada nuevo en la historia, que el *genio* o "descubridor" en las humanidades no es más que la persona que sabe exponer en el momento oportuno y de la forma adecuada las aspiraciones, los deseos de renovación, de su generación. El descubridor genial apenas suele innovar nada. Y, como es lógico, antes que él ha habido bastantes autores que han expuesto las mismas ideas, pero no "triunfaron" bien porque se adelantaron a su tiempo, bien porque no las expusieron convincentemente.

A este respecto, observamos que Fernando Vázquez escribe a mediados del siglo XVI con toda naturalidad: parece estar repitiendo ideas muy sabidas. Efectivamente, Vázquez no inició la modernidad ético-jurídica desde una intuición genialmente creadora: se limitó a exponer de forma ordenada y completa toda una serie de teorías e ideas que dormitaban a la sombra del derecho romano.

a) *El derecho romano y Europa*

A lo largo de los siglos VI-XI se perdió en Europa el conocimiento de las lenguas griega y latina, y dejó de ser conocido el *ius civile* romano. En el siglo XI comienza un espléndido renacimiento de todos los estudios, especialmente en la teología, con los saberes que el quehacer teológico conllevaba. En este ambiente, el *magister* Irnerius comienza a explicar, a finales del siglo XI, en Bolonia, un manuscrito del *Corpus iuris civilis*. Acuden a su magisterio estudiantes de Suiza, Alemania, Italia y Francia: se *redescubre* el derecho romano, perdido durante seis siglos. Irnerio tuvo cuatro discípulos especialmente influyentes, Martino, Hugo, Jacobo y Búlgaro. Ya en el siglo XII destacan Placentino y Azo. Todos estos autores *glosan* el texto romano: pretenden conocerlo y hacerlo conocer mejor, y entre líneas o en los márgenes de las páginas intercalan breves explicaciones a cada frase o a palabras latinas a fin de esclarecer el sentido del pasaje romano en cuestión. Como en poco tiempo se acumularon muchas glosas, y

esto entorpecía el estudio, Accursius llevó a cabo una compilación y concordancia de las glosas existentes. La obra de Acursio es fundamental, y fue conocida como *Glossa ordinaria*. La ciencia jurídica romanística ya estaba madura en sus escritos.

Tras los glosadores vinieron los "comentadores" del derecho romano. Se llaman comentadores a los juristas que no se limitaron a profundizar en la comprensión del texto romano, sino que, además, pretendieron aplicarlo a las necesidades de su tiempo. La escuela de los comentadores alcanzó su mayor prestigio en el siglo XIV, con las obras de Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis.

Notemos un hecho fundamental: los comentarios de Bártolo y Baldo, y la *glossa* de Acursio permanecieron como libros de texto en las universidades varios siglos. En las universidades de las zonas católicas, hasta casi el siglo XIX. Es decir, sus glosas y comentarios al derecho romano fueron estudiadas de una forma tan amplia y extensa que entraron sin más a formar parte de nuestra cultura.

b) *El "Corpus iuris civilis" y el derecho natural*

Los juristas romanos dejaron escrito bastante sobre el "derecho natural" y, como es lógico, las opiniones jurisprudenciales romanas sobre este derecho se difundieron ampliamente en toda Europa.

Concretamente, en el *Corpus iuris* se combinan dos explicaciones del derecho natural. De un lado están las ideas de Paulo o Celso, que lo entienden como aquello que siempre es bueno y equitativo. Siguen la tradición que había sido asumida por san Pablo cuando explica en la "Epístola a los romanos" que los gentiles, que no tienen ley, son para ellos mismos ley.

Pero de otra parte se encuentra en el derecho romano una inteligencia muy distinta del *ius naturale*. Pensemos en Ulpiano, por ejemplo. Ulpiano y Florentino tienden a considerar que habrían existido tres etapas cronológicas en la historia de la humanidad. La primera es la etapa del "derecho natural", que se caracteriza por la inexistencia de *jurisdictiones*, es decir, de cualquier sujeción de un hombre a otro. Esta figura fue llamada por Isidoro de Sevilla la *Omnium una libertas*, y se completa con lo que el mismo Isidoro llama la *Communis omnium possessio*, o común posesión de todas las cosas, pues mientras duró el "derecho natural" no habría existido la institución de la propiedad. De este modo, el *ius naturale* se caracteriza por la absoluta

e igual libertad de todos los hombres y por la inexistencia de propiedades.

La segunda etapa es la del *ius gentium* o "derecho de gentes". Tal derecho (según lo describe la ley *Ex hoc iure* en *D. 1,1,5*) es la instancia que "introduce" en la humanidad las guerras, esclavitudes, propiedades, ciudades, *jurisdictiones*, contratos, etcétera. Este derecho deroga lógicamente al derecho natural al introducir algunas de estas instituciones.

El tercer momento es el actual, que es el del *ius civile* o "derecho civil". Bajo esta expresión comprendían lo que hoy llamamos "derecho positivo", que para los romanos era el derecho propio de Roma, especialmente el derecho privado.

IV. LA JURISPRUDENCIA IUSNATURALISTA DE LA BAJA EDAD MEDIA

Todos los juristas que integraron el "derecho común" se encontraron estas explicaciones sobre la libertad originaria de los hombres. Además, el libro de texto omnipresente durante estos siglos eran las *Etimologías* de san Isidoro de Sevilla, que potenciaban estas ideas. Por esta razón, los juristas romanistas y sus alumnos aprendían desde el primer día de sus estudios que *ab initio omnes homines liberi nascuntur*. Este *ab initio* no lo entienden como un estadio histórico superado, sino como que "naturalmente", es decir, atendido el derecho natural, todos los hombres nacen hoy igualmente libres.

En efecto, Acursio, al comentar la ley *Libertas* de Florentino, donde este jurista romano escribe que la libertad es la facultad natural de hacer lo que cada uno quiere, mientras que la esclavitud ha sido constituida por el derecho de gentes contra los dictados de la naturaleza, indica que "en este lugar se define la libertad atendiendo al derecho en que se fundamenta, que es el derecho natural". Dice seguir la doctrina establecida ya por Irnerio, según la cual el derecho natural *excluye cualquier tipo de a de un hombre a otro*, ya que "bajo el derecho natural todos los hombres nacen libres".

Notemos el núcleo de estas afirmaciones: desde los inicios mismos de la cultura europea-cristiana, aparece con naturalidad la tesis de que todos los hombres somos iguales "por naturaleza", idea que se expresaba escribiendo que "en el inicio" todos somos iguales, que "por derecho natural" todos nacemos iguales, y de otras formas.

Estas ideas hay que entenderlas en toda su literalidad. Concretamente, Acursio mantiene que según el derecho natural todos los hombres son igualmente libres con independencia del *estatus* "civil" que posean, es decir, que sean por "derecho civil" esclavos, libres o libertos. Este jurista polemiza con otros autores que estimaban que la libertad estatuida o constituida por el derecho natural sólo afectaba a los hombres libres o libertos, mientras que los esclavos carecen de ella. "Algunos dicen —escribe Acursio— que aquí se define la libertad que es propia del hombre libre, no la libertad del esclavo... de forma que la libertad del hombre libre es cosa distinta de la libertad del esclavo". Él se opone a este desdoblamiento del concepto de libertad, y concluye que de acuerdo con el derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre.

Notemos algo muy importante: en estas primeras glosas al derecho romano se va abriendo paso la idea de que existen dos ordenamientos jurídicos como paralelos, el derecho creado por los hombres y el derecho natural. En segundo lugar debemos reparar en que comienza a emerger la tesis típicamente moderna de la "libertad en general", fundamentada en la idea de la *omnium una libertas* propia del "derecho natural".

¿Cómo explicaron estos juristas la derogación del derecho natural? En este punto es preciso referirse a la doctrina romanística de la *causa*: siempre que exista una causa suficiente, o "necesidad", hay licitud. La esclavitud era necesaria, porque era preferible que los prisioneros de guerra fueran dejados con vida que no sacrificados. Ésta fue, al menos, la explicación consagrada. Pero estos juristas se enredan inevitablemente en contradicciones al pretender explicar la derogabilidad del derecho natural, porque no solían ser conscientes de que estaban manejando simultáneamente dos acepciones del *ius naturale*: como el constituido por los "primeros principios" de la inteligencia, siempre inderogables, y como el orden originario de libertad. Por lo general suelen insistir en que la única regla inderogable del derecho natural es aquella que prohíbe que el derecho natural sea derogado en su totalidad: si esta regla la referimos a la libertad como arbitrio comprenderemos que no sostenían precisamente una banalidad.

La *omnium una libertas* no fue un tema inane o inofensivo: las revueltas a propósito de las doctrinas de Valdo, Wicleff o Huss nos hacen ver hasta qué punto estaba en la Baja Edad Media arraigada la mentalidad de la igual libertad de todos los hombres. Esta tesis fue una

bomba de relojería que estalló con éxito por primera vez en el siglo XVI, cuando se dieron las condiciones suficientes, con Lutero. Quizá el gran mérito histórico de este reformador fue el de tener éxito allí donde otros no lo tuvieron. Aparte de los conflictos originados por eclesiásticos reconocemos la beligerancia de estas ideas también en los libros jurídicos. Concretamente, una lectura reciente de Pedro de Bellapertica (jurista del siglo XIII) me hizo reparar en las largas argumentaciones de este jurista contra algunos *moderni* que mantenían que todos los hombres somos iguales desde todos los puntos de vista. El simple hecho de que Bellapertica se ocupara de rebatir esta opinión en un libro jurídico ya nos indica algo sobre la importancia sociológica que poseía.

La doctrina de igual libertad alcanzó pronto el plano de la teoría política. Los teólogos integrantes de la Segunda Escolástica Española propusieron unánimemente (en este tema no hay discordancias) una explicación de la sociedad política que podemos llamar sin rodeos "democrática". En mi opinión el autor que auna la mayor precisión con la mejor concisión fue Juan Roa Dávila, que condensa las enseñanzas de estos teólogos y juristas durante ciento veinte años. Sin embargo, el desplazamiento de los libros católicos en las universidades y en general en la cultura protestante, hizo olvidar estas ideas. No olvidemos que la cultura que históricamente ha triunfado ha sido la protestante. A lo largo de la Edad Moderna la inquisición calvinista y anglicana hizo olvidar los libros escolásticos, y en el lugar de las explicaciones de Vitoria, Soto, Salón, Aragón o Suárez, entró la doctrina del "origen divino de los reyes", de origen inglés. Solamente el suizo Ulrich Huber mantuvo en solitario —aunque con gran prestigio internacional— las ideas democráticas. Las tesis individualistas propias del racionalismo jurídico moderno hizo que finalmente triunfaran las exigencias políticas contenidas en ellas; sólo que la nueva doctrina democrática no parte desde la comunidad, sino desde los individuos. El individualismo democrático estalló en la Revolución de 1789.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Como podemos observar, Fernando Vázquez o Samuel Pufendorf no innovaron gran cosa: los materiales de construcción de la teoría "iusnaturalista" específicamente moderna los habían recibido desde la tradición jurisprudencial anterior. La innovación moderna está en el

modo cómo es considerado el individuo en su relación con la comunidad.

Efectivamente, en la jurisprudencia y en la teoría política de corte romanista el criterio último de justicia es la necesidad social, el amor —así se expresa Tomás de Aquino— que mantiene unidos a los hombres. En la filosofía práctica moderna, el único criterio es el individuo, y como éste es sólo un átomo de voluntad, el hombre se disuelve en la indeterminación de su arbitrio. De ahí la idea (aberrante en derecho, pero triunfadora históricamente hasta hoy) de una "libertad en general" que originariamente y antes de cualquier institución correspondería a todo hombre. El individuo portador de esta libertad es la "persona" moderna, la *juristische Person* de Kant, y el ordenamiento jurídico fue concebido a modo de una cascada sucesiva de pactos celebrados por las personas "libres". La tarea de configurar así el derecho privado, en nombre de la *Willensautonomie*, correspondió a Savigny, como ha demostrado Hans Kieffner. En el derecho público se realizó más tarde y fue empresa colectiva.