

VOLUNTAD, AUSENCIAS, Y NORMAS: EL SUSTRATO HISTÓRICO DEL POSITIVISMO EN EL DERECHO

*Francisco Carpintero Benítez **

Departamento de Filosofía
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz
España
francisco.carpintero@uca.es

Resumen

El autor trata de mostrar cómo la mentalidad que hizo posible el positivismo jurídico de la Edad Contemporánea arrancó ante todo desde un vacío afirmado en la vida humana. Pues en el siglo XVII combatieron dos grandes tendencias: la de los conservadores —agrupados en torno a Grocio—, afirmando un orden metafísico inmutable al que debía ceñirse la conducta humana, y la de los innovadores, que arrancaron desde una actitud deliberada y beligerantemente nominalista. La primera tarea de estos innovadores fue destruir la noción romanista de persona jurídica. En el siglo XVIII destruyeron también la noción de persona humana. Un problema de estos planteamientos es que no afirmaron libertades positivas que faculten al ser humano para actuar socialmente, sino simples libertades negativas, esto es, ausencia de *jurisdictiones*. Negaron el espacio público de las personas, que fue llenado en el siglo XIX por los discípulos de Kant con la ‘lex permissiva originaria’, y algo más tarde con la ‘lex constrictiva originaria’ de deber-ser, *Sollen*. El hombre quedó perdido entre estas dos dimensiones igualmente absolutas, en las que es muy difícil calcular lo que se le debe a él, o lo que cada uno debe a los otros, pues —como explicaba John Austin a comienzos del siglo XIX, si estamos ante derechos absolutos, inalienables, etc., éste no es el trabajo del jurista.

Palabras clave: positivismo jurídico, imperativismo, normativismo, persona jurídica.

WILL, ABSENCES AND NORMS: THE HISTORICAL BACKGROUND OF POSITIVISM IN LAW

Abstract

The author attempts to show how the mentality which made possible the juridical positivism of the Contemporary Age started from an empty space grounded upon human life. Since in the XVII century two great tendencies combated: that one of the conservatives -grouped

*Francisco Carpintero Benítez. Doctor en Derecho. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Cádiz y profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (México D.F), en donde imparte cursos de *Historia del pensamiento jurídico* en los cursos de postgrado. Es autor de numerosos libros y artículos publicados en revistas alemanas, argentinas, chilenas, españolas, italianas, venezolanas, etc.

around Grocio-, establishing an immutable metaphysical order to which the human behavior should be restrained, and that of the innovators, who started from an intentional and belligerent nominalist attitude. The first task of these innovators was that of destroyed the Romanist notion of legal person. During the XVIII century, they also destroyed the notion of natural person. A problem of these statements is that they did not establish positive freedoms which may enable the human being to act socially, but simple negative freedoms, that is, absence of *jurisdictiones*. They denied the public space of the individuals, which in the XIX century was occupied with the disciples of Kant with the «lex permissiva originaria», and latter with the «lex constrictiva originaria» of ought to be, *Sollen*. Being man left lost between these two equally absolute dimensions in those which it is very difficult to assess that which is owed to him, or that which everybody owed to the others, since –as John Austin explained at the beginning of the XIX century– if we are in front of absolute inalienable rights, etc., this is not the work of the jurist.

Key words: juridical positivism, imperative, normative, legal person.

Toda corriente doctrinal importante es más que el reflejo de los deseos de una época, y al hacer historia hemos de verla como testigo antropológico de una constante del ser humano, como un documento notarial de lo que los hombres desearon en otros tiempos y necesariamente también hoy. Por este motivo el positivismo en el pensamiento jurídico no tiene paternidad definida: no es una escuela que podamos asignarla a tal o cual autor de acuerdo con unos precedentes más o menos próximos. El carácter universal que acompaña a estas manifestaciones básicas de la necesidad humana determina asimismo su inasibilidad en el tiempo, porque podemos hablar de rasgos positivistas para referirnos a las explicaciones de algunos teólogos bajomedievales, a las doctrinas de algunos autores de la Edad moderna o, si es nuestro placer cuando el gusto está guiado por el deseo de precisión, podemos reservar el término de positivismo para designar únicamente las propuestas exigentes de algunos juristas del siglo XIX, como fueron la de Thomas Erskine Holland en el Reino Unido, o la de Nikolaeus Falck en los territorios alemanes. No sería correcto ver en John Austin un positivista. Algunos historiadores tocados por un pensamiento vagamente marxista han pretendido ver el origen del positivismo en la confluencia necesariamente determinante de algunos factores de tipo ideológico, allá en el cambio del siglo XVIII al XIX; pero este afán de precisión ordenado imperativamente por el pensamiento cientifista constituye una ilusión siempre disculpable entre los hijos de Adán.

Puestos a hablar del terreno humano que hizo brotar estas ideas, hay que aludir a los esfuerzos que, guiados por aspiraciones a veces inconscientes o incompletas, produjeron explicaciones doctrinales que calaron en mentalidades extendidas. La lentitud que se deriva de la poca precisión acompaña a la mayor parte de los procesos relevantes, y es normal que, situados ante el empeño de poner en marcha un deseo amplio, elijamos medios diversos y encontremos resistencias también distintas. Si reprodujéramos detalladamente las discusiones del siglo XVII, y de aún de buena parte de la Ilustración, sobre las doctrinas que hicieron posible en definitiva el proceso revolucionario, quedaríamos sorprendidos al ver que las discusiones se centraron frecuentemente en temas que, al menos en apariencia, en poco se relacionan para el lector de hoy con la revolución igualitaria. Pues la historia de las ideas, lejos de ser lineal en un sentido lógico, tiene bastante de arqueológica, y el que la estudia ha de acostumbrarse a perseguir pistas de las que no entiende la discusión actual, que está centrada en las ideas que hacen posibles nuestros temas, no tanto en las ideas de la historia misma. En realidad, los temas son los mismos: Lo que varían son los medios que hemos arbitrado históricamente para alcanzarlos.

Esto determina que, al menos en apariencia, haya una historia viva y una historia muerta, esto es, discusiones en las que nos reconocemos y polémicas que se nos presentan ya polvorizadas, sin sentido para nuestro autoentendimiento actual. Discriminar así los datos históricos es sin duda un error, pero es imposible hacer una historia total que inordine en una conexión de sentido última todos los datos que nos muestran las fuentes. Puestos a aludir a lo que podemos llamar historia viva en el reconocimiento de la génesis del positivismo en la reflexión jurídica, centraría el interés ante todo en el recabamiento de la igualdad jurídica de los hombres. Éste es un tema para mí especialmente familiar, pues los años del 70 al 75 me ocupé en elaborar mi tesis doctoral precisamente sobre el primer jurista que recogió los elementos de construcción que le ofrecía la tradición jurídica, y brindó al mundo de las ideas políticas y jurídicas el primer libro de Derecho cuyas argumentaciones sobre problemas concretos estaban montadas sobre la representación imaginaria de personas libres que deciden crear la sociedad y el Derecho mediante pactos. Este jurista fue Fernando Vázquez de Menchaca, activo a mediados del siglo XVI.

Ciertamente, alguien podría indicar que me estoy apartando del tema principal, porque el positivismo se especifica ante todo por la posición de una sola instancia de validación de las normas, de forma que el ordenamiento jurídico adquiriera un carácter en cierto modo sistemático en atención a este único contexto de justificación. Esto es cierto, pero sucede que ésta fue una muy vieja pretensión. Así, personas tales como Juan Duns Scoto, o más cerca en el tiempo, Luis de Molina o Francisco Suárez, no admitieron la validez de los ordenamientos jurídicos que no procedieran desde la voluntad o el reconocimiento del gobernante político o eclesiástico: ellos situaron ese único contexto de validación de los mandatos (la voluntad de los legisladores) y rechazaron en cierto modo el pluralismo político existente hasta entonces. Naturalmente, estas declaraciones hay que entenderla *cum granu salis*: Admitieron la Ley natural, y en el plano del Derecho Positivo, dos ordenamientos jurídicos: El *Civile* y el *canonicum*. Pero iniciaron el proceso de posición de un solo contexto de justificación porque redujeron el Derecho Civil y el Canónico a las solas voluntades de los gobernantes civiles y eclesiásticos, y negaron cualquier valor a la ciencia jurídica: El positivismo jurídico se ha caracterizado ante todo por la negación del valor creativo de la *jurisprudencia*¹. Dejaron reducida la vida jurídica al orden nouménico encarnado por la Ley natural, y al orden positivo —que trataba sobre los temas moralmente indiferentes— constituido por los dictados de las dos fuerzas activas en la sociedad.

Fueron los discípulos de Pufendorf los que entraron por un camino normalmente materialista —aunque Pufendorf personalmente parecía no serlo— para que la validez de las órdenes del gobernante se emancipara de las consideraciones metafísicas. Algo más tarde, la ideología del Estado, que postulaba un ordenamiento jurídico único (en realidad parece que siempre ha pretendido un ordenamiento ético único, comprensivo del Derecho y de la moral), rechazó también la validez jurídica del *Jus Canonicum*. Estas empresas fueron realización tardía, y quizá fue Christian Thomasius el primero que las inició, de forma oblicua, sin hacer de la claridad un arma.

Para lograr la igualdad doctrinal entre los ciudadanos afirmaron a las voluntades individuales como la base única de la argumentación jurídica². Para hacer posible esto fue necesario negar —al menos doctrinalmente, y normalmente de forma poco consecuente— el mundo siempre platónico que expresan las ideas, llámense así, o conceptos universales; cuando la reflexión avanzó ya por un camino decididamente fenomenista y sensista, la categoría impugnada fue la de las sustancias. Suprimidas doctrinalmente las esencias que expresan las ideas, permanecían las voluntades de los individuos.

Si solamente contamos con seres que libremente desean mediante su voluntad, al vivir todos ellos en un espacio físico limitado, han de ponerse de acuerdo para vivir políticamente, y precisamente la doctrina jurídica que es más representativa para el propósito de ahora arrancó desde una necesaria representación previa de la teoría política: pues Fernando Vázquez o Francisco Suárez, y tras ellos Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius o Nicolás Jerónimo Gundling, contemplaron el Derecho como un producto de la actividad política: El nominalismo que negó los conceptos universales se volvió casi inmediatamente normativismo político y jurídico, por lo que el Derecho devino cosa imperada por las voluntades de los socios: el normativismo fundado en el contractualismo fue el correlato primero de la sola fuerza de las voluntades de los hombres.

Tenemos así una tríada de nociones —igualdad, nominalismo y normativismo— que acotan el campo de este estudio. La pretensión siquiera de aludir a la formación histórica de algunos de estos tres conceptos sería irrisoria, pues —aunque únicamente consideremos la reflexión del segundo milenio— las consideraciones de los juristas del Jus Commune sobre la igualdad de los hombres en el estado de naturaleza, o de los teólogos escolásticos sobre la noción de la persona, forman un conjunto sencillamente inabarcable en un solo estudio³. Quizá, si procediera como un estudioso alemán del siglo XIX, compondría un tratado con cuatro o cinco volúmenes sobre el tema; pero, aparte de que sería dudoso el éxito de esta empresa, tampoco estamos en el siglo XIX. Por ello, hay que suponer ya conocida —al menos en sus rasgos más generales— la doctrina del Jus Commune y de los teólogos de la Baja Edad Media, y hacemos arrancar las consideraciones desde el siglo XVII, aparentemente como si no hubieran existido juristas como Acursio, Bartolo o Diego de Covarrubias, o como si no conociéramos los argumentos de Juan Duns Scoto, Juan de Gerson o Luis de Molina. Tampoco es cuestión de ir mucho más allá del siglo XVII, aunque sea preciso aludir a algunos ilustrados. Porque la formulación o la afirmación doctrinal de la igualdad, el nominalismo y el normativismo, ya quedó madura en este siglo.

El primer escenario moderno: una sucesión de confusiones

Daniel Nettelbaldt nos informaba de que han existido cinco épocas en la historia de la ciencia del Derecho Natural: la primera, hasta Hugo Grocio; la segunda, desde Grocio a Samuel Pufendorf; la tercera, desde Pufendorf a Christian Thomasius; la cuarta, desde Thomasius a Christian Wolff; y la última desde Wolff *usque ad nostra tempora*⁴. Para un historiador de hoy, la época más interesante fue quizá la primera, desdeñada por un ilustrado como Nettelbladt. En aquellos escritos era despachada como un largo momento de tinieblas, porque la Edad Moderna despreció la cultura anterior a ella. No les servía la reflexión hecha por los paganos porque era producto de una *ratio corrupta*, según denunció, sobre todo, Lutero. Los escritos de los Padres de la Iglesia componían una rapsodia de ideas incompletas y contradictorias; los escolásticos sólo habían enseñado doctrinas indignas de este nombre, perniciosas para el orden social porque proclamaban el Derecho de resistencia frente al poder que actuaba injustamente; la cultura de la inteligencia había comenzado desde la aparición de la obra de Grocio⁵.

a) Los juristas defendieron sin éxito la ciencia del Derecho

El período que discurre desde la publicación de las obras de Fernando Vázquez (1560) hasta 1625, cuando Grocio publicó la suya, es bastante pobre en aportaciones que tengan sello

específicamente moderno. Porque François Conan se ciñó demasiado al ámbito del Derecho Civil —a pesar de la monumental *Pars Generalis* con que hizo preceder a su tratado—, y Joaquín Hopper, Albertus Bolognetus o Hermann Conring fueron traicionados por su vocación jurídica⁶. Porque el moribundo siglo XVI exigía obras que rehicieran la ciencia jurídica desde sus cimientos, y las obras basadas en el *Jus Civile Romanorum* —y más si tenían en cuenta las aportaciones de los maestros del *Jus Commune*— no se ajustaban a la demanda colectiva. Pues es propio del estilo de los juristas proceder lentamente en el estudio de los problemas, analizando cada uno de ellos según sus rasgos propios («In dividendo tota est difficultas», escribía Odofredo en el siglo XIII), y no aceptaban la posibilidad de aprobar o descalificar globalmente una solución según una nota externa al problema mismo. Este aprecio por los datos internos hacía inviable un método que impusiera una solución al margen de las exigencias vitales ya concretas y determinadas que se ofrecían a la ponderación del juez, por lo que el momento legal era visto únicamente como un *initium* más en la formación de la respuesta jurídica: *Lex juris species*; lógicamente, era desdeñada la actitud de quien quiere organizar la vida usando los preceptos como sablazos, pues en la mentalidad jurisprudencial este proceder no hubiera llevado a la solución del problema, sino a su simple eliminación doctrinal. Este aprecio por las peculiaridades de cada caso llevaba a los libros de Derecho un talante escrudriñante que trabajaba lentamente⁷: no era el estilo adecuado a los descontentos, porque éstos querían un cambio fuerte y rápido que se apoyara en alguna pretensión que, aunque en realidad bastante externa a los problemas considerados, fuera presentada no sólo como la verdaderamente adecuada a ese problema, sino como a la totalidad de la vida jurídica o social. Así, los problemas ontológicos o dialécticos —no faltará incluso quien hable de metafísica— quedaron reducidos a problemas metódicos. De hecho, la función del método, tal como esta exigencia apareció en la crisis humanista del siglo XVI, supuso ante todo una exigencia de supresión⁸.

Los juristas, tratando de responder a estas exigencias, además de iniciar el *mos gallicus*, lanzaron la primera gran enciclopedia jurídica que hemos hecho, conocida usualmente como el «*Tractatus Universi Juris*», que vio la luz en Venecia en 1584. Pero su dependencia del muy técnico Derecho romano y bajomedieval y su enorme extensión, la hacían útil solamente para los bufetes de abogados importantes y para tribunales con prestigio, que usaran el Latín y que aplicaran el Derecho común. Desde luego, no respondía las exigencias de quienes querían una sustitución del Derecho existente. Las obras tardías de Johann Althusius, su *Política* y su *Dicaeologia*, resumían con precisión el espíritu de la antigua jurisprudencia y fue lógico que sobre ellas recayera ese *altum silentium* al que aludía Otto von Gierke⁹. También Johann Friedrich Homberg hizo un esfuerzo, a comienzos del siglo XVIII, por rescatar nociones y categorías elementales, que nunca debieran haberse orillado; pero el simple hecho de que él publicara anónimas sus *Dubia juris naturae* (Hallae, 1729), indica hasta qué punto se oponía a la corriente dominante y estaba acomplejado por ella.

b) Factores individualistas: las voluntades de los individuos

Durante la Baja Edad Media, los juristas del *Jus Commune* —además de trabajar según un método propiamente jurídico— también insistieron en lo que ellos consideraban el estado natural del hombre, en los individuos aislados y autónomos en el estado de naturaleza. El estado de naturaleza, dominado por la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*, era un tópico lanzado por los juristas de Roma¹⁰, presente en los primeros capítulos del *Digesto* y de la *Instituta*, y la ciencia jurídica medieval lo acogió con entera naturalidad; pues los juristas romanos y bajomedievales

suponían que había existido un primer estadio en la historia de la humanidad en el que no habría habido propiedades privadas y en el que todos los hombres habían sido igualmente libres, y a este primer momento supuestamente histórico lo llamaron *status naturae* o, también frecuentemente, *jus naturale*; pues esta libertad originaria del hombre no se fundamentaba —como diríamos con expresiones actuales— en el Derecho Natural, sino que ella misma era este Derecho, por lo que es frecuente encontrar en sus obras la expresión *libertas, id est jus naturale*.

Este estadio de la humanidad acabó parcialmente cuando ‘se introdujo’ el Derecho de Gentes, porque este segundo Derecho trajo las propiedades privadas, y con ellas las guerras —pues se pelea por afán de riqueza— y tras ellas las esclavitudes. El Derecho de Gentes introdujo no sólo la propiedad privada, sino la mayor parte de las sujeciones de un hombre a otro, especialmente el poder político, que resultaba así ser un hecho antinatural; más tarde, el *jus civile* perfiló las instituciones aún groseras del Derecho de Gentes. En consecuencia, hoy nos regimos simultáneamente por tres ordenamientos jurídicos, pues nuestro Derecho se compone en parte del Derecho Natural, en parte del Derecho de Gentes y en parte del Derecho Civil. Si se dan circunstancias extremas —como el caso de necesidad— revive la *communis omnium possessio* propia del Derecho Natural, y entra en acción el *jus necessitatis*, que permite que cada cual tome lo que necesita para sí y los suyos; cuando cesa la necesidad no es preciso restituir, pues los que tomaron cosas usaron de su *derecho*, y nadie ha de restituir cuando usa su derecho.

Los civilistas de la Edad Media hicieron referencias episódicas al *status naturae* y al *jus naturale*, y el primer jurista que tomó en serio estos datos para ponerlos al servicio de la argumentación jurídica fue Fernando Vázquez de Menchaca quien, hacia 1560, publicó sus «Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libro III». Vázquez hizo arrancar normalmente sus consideraciones desde los individuos aislados y libres en el estado de naturaleza y supuso normativamente (diríamos que postuló) que si unos hombres libres e iguales decidieron perder su igualdad y libertad, eso no pudo suceder sino para defender mejor sus derechos naturales (*jura naturalia*, según Instituta I, 2,11): Luego la sociedad ha tenido su origen en un contrato realizado por los individuos con este fin, y todo acto de gobierno —y muy especialmente las leyes— ha de entenderse como celebrado por los ciudadanos mismos, por lo que nunca tales actos podrán ir en menoscabo de sus libertades y derechos¹¹. Fernando Vázquez de Menchaca solamente consideró individuos: individuos que adquieren o poseen propiedades, que se casan o tienen hijos, etc. No hizo partir sus razonamientos desde las exigencias inmediatas de la propiedad, el matrimonio o la filiación.

Este individualismo de procedencia jurídica, con su correspondiente acentuación del arbitrio (*Utile, id quod libet*, escribía Fernando Vázquez), se vio reforzado por las doctrinas de los teólogos sobre la noción de persona, que es aquel ser que se caracteriza por su individualidad e incommunicabilidad. Juan Duns reparó tanto en estas notas, que dejó escrito en la Distinctio I de su Comentario al III Libro de las Sentencias, que cada persona constituye la última soledad del ser. Aquellos teólogos, desde los tiempos de los Padres de la Iglesia, extrajeron esta noción de persona de su contexto teológico trinitario y pasaron a afirmar sin más que todo ser humano constituye una persona; de ahí la facilidad con que Severino Boecio definió a la personalidad. Al mismo tiempo, y según formas y por cauces aún no bien conocidos, se extendieron las explicaciones contractualistas del poder político también a los ámbitos teológicos. Si el lector quiere tomar contacto con en exaltado de la democracia, no tiene más que irse a Pedro de Alvernia, obispo franciscano de Paris a finales del siglo XIII que completó los comentarios de Tomás de Aquino a

la *Política* de Aristóteles. Este pensamiento se mostró ya maduro en los escolásticos del siglo XVI español.

Algunos historiadores como Annabel Brett han entendido que Fernando Vázquez fue el jurista que traspasó a la ciencia jurídica estas doctrinas de origen teológico¹². Esta afirmación no parece enteramente sostenible. Vázquez poseía una formación ante todo jurídica, en la ciencia del Derecho del Jus Commune, y desgajó de su contexto los pasajes en los que disertaban sobre los individuos aislados en el estado de naturaleza. Desconocemos las razones por las que él concedió un valor especial a las hasta entonces estas pequeñas vertientes del pensamiento jurídico romanista y, en lugar de considerarlas como un momento más de la experiencia jurídica, las elevó prácticamente a *principium unicum*. Sí es cierto que Vázquez también tuvo en cuenta de algún modo las doctrinas personalistas e individualistas de los teólogos. A lo largo del siglo XV hubo una serie de autores Nominales, tales como Conrado de Summenhart, Gabriel Biel, Jacobo Almain y, sobre todo, Juan de Gerson, que fueron extraordinariamente populares durante más de dos siglos. Ellos contribuyeron a formar un ambiente de tipo individualista y nominal, constitucionalista dentro de la Iglesia, que alcanzó a todo el siglo XVI. Fernando Vázquez participó de este ambiente, como vemos, por ejemplo, en sus citas de Gerson y Conrado.

c) Hugo Grocio se llevó la fama

Tenemos así un conjunto doctrinal que se adentra en el siglo XVII. Pero le faltaba un portaestandarte. Pues las «Controversias ilustres» de Fernando Vázquez estaban expuestas según un método casuístico —de ahí su nombre— y Luis de Molina o Francisco Suárez eran teólogos escolásticos. Hacía falta un estudio relativamente breve, claro, esto es, sistematizado o al menos ordenado, y que no estuviera firmado por un teólogo, que recogiera de algún modo la filosofía dominante a la altura de 1620.

Grocio ofreció este estudio equilibrado, bien presentado y extremadamente sincrético. No era un libro como los de los escolásticos al uso entonces, normalmente demasiados extensos y con poca calidad editorial: el enorme tamaño de los folios escolásticos y sus tipos minúsculos desaniman de su lectura. Él administró prudentemente la ciencia que había adquirido en los tratados de Molina y Suárez, así como sus conocimientos del Jus Civile, y propuso unas bases de la argumentación jurídica montadas sobre varios puntos discordantes, que en ocasiones se remontaban a la participación de la razón humana en la Ley Eterna de Dios, a veces a las naturalezas inmutables de las esencias que dominan las mediaciones de la vida humana (una herencia en él de Molina y Suárez), y también a los pactos entre los hombres libres, esto es, entre los hombres en el estado de naturaleza, según había expuesto el tema Fernando Vázquez de Menchaca, al que cita con grandes elogios; todo ello mencionando de vez en cuando —aunque sólo programáticamente— su pretensión de deducir un entero sistema del Derecho desde el principio de la sociabilidad humana, de modo que todas las conductas que fomentaran esta sociabilidad debían entenderse como exigidas por el Derecho Natural, y las que la menoscabaran, prohibidas por él. De ahí su pretensión —una vez conocidas estas esencias de las cosas— de proponer una doctrina sobre el Derecho Natural que fuera tan exacta como la geometría o las matemáticas.

Pero Grocio pagó caro su proceder tan extremadamente irenista, porque mencionaba cosas, como las esencias inmutables de las cosas o la participación del ser humano en la razón divina, que no se

ajustaban a las demandas de secularización que ya corrían en el siglo XVII, y que se manifestaron mucho más abiertamente en el siglo siguiente. Samuel Christian Hollmann, tan aficionado a los datos históricos, escribía que Grocio había sido un aristotélico, aunque innovador¹³.

Pero el «De jure belli ac pacis» —convertido en pocos años en casi un breviario que era imprescindible mencionar— presentaba la ventaja de que era un estudio que también aludía al contractualismo político, por lo que podía ser usado a favor de los vientos individualistas y consiguientemente contractualistas. Y como se remitía a la *participatio* de la razón humana en la Ley Eterna y al orden objetivo de las naturalezas de las cosas, los autores moderados, protestantes o católicos, se encontraron seguros bajo su amparo. De hecho, el comentarista quizá más conocido de esta obra, Gaspar Ziegler —tan preocupado por la pobreza de los españoles¹⁴—, mostraba que la estructura de la argumentación grociana procedía según cuatro escalones: naturaleza humana, Derecho Natural¹⁵! Obligación desde el consenso, Derecho Civil¹⁵. Como esta estructura implicaba poner al contractualismo en la base del Derecho Positivo (y a su vez el contractualismo aparecía como la consecuencia más directa del *jus naturale*), Ziegler proponía partir desde la naturaleza humana pero dividiendo al Derecho en Derecho Natural, desde el que brotaría la *naturalis obligatio*, y en Derecho Civil, desde el que surgiría la *Civilis obligatio*¹⁶, con lo que distanciaba el individualismo tradicionalmente propio del Derecho Natural del talante necesariamente más objetivo del Derecho Civil. En el marco su esta propuesta irenista y múltiple, casi necesariamente contradictoria¹⁷, el nombre de Grocio fue asociado también a los individuos libres viviendo en el estado de naturaleza, y quizá en mayor medida, él representó la nueva noción de *persona*, que era vista como un ser dotado de cualidades morales, fundamentalmente la de la libertad¹⁸.

Pero nadie se engañó sobre las pretensiones de Hugo Grocio: Él fue un hombre conservador, piadoso arminiano, y en modo alguno proponía subvertir la ciencia jurídica ni el orden social. No tuvo un talante rupturista, como indicaba Hervada¹⁹, y se atrincheró tras las naturalezas inmutables que él había aprendido en los libros de los últimos escolásticos españoles, a los que citaba con tanta profusión. Los que deseaban un nuevo orden lo descalificaron al mismo tiempo que lo alababan. Su obra había servido para iniciar la mayor revolución en el mundo del Derecho, pero estaba destinada a ser superada en pocos años. Por esto, vemos cómo uno de los jusnaturalistas más influyentes a finales del siglo XVII, Johann Christian Müldener, indicaba que era preciso combatir las obras de los escolásticos, entre los que se encontraba Grocio, porque habían mantenido que los actos eran por sí mismos buenos o malos, incluso antes de que intervenga la calificación que les otorga la voluntad de Dios²⁰. Lo mismo le achacaba el autor anónimo que reproducía Samuel Cocceius en su obra sobre el Derecho Natural, que le reprochaba a Grocio mantener la existencia de un orden metafísico²¹. Thomasius aludía al polvo escolástico que aún quedaba en las páginas de Grocio²², y en otras ocasiones explicó que él no podía aceptar las remisiones grocianas a la Ley Eterna²³, porque la Ley Eterna era un *figmentum Scholasticorum*²⁴. Fue lógico que todos coincidieran en que Samuel Pufendorf inauguró otro camino²⁵.

d) Los Reformados aportaron sus propias exigencias

El factor confesional estuvo presente en estas divergencias, y no siempre el sentido común logra explicarlas. El dato cierto es que los heterodoxos que surgen en el siglo XVI de la mano de Lutero rechazaron tanto la ciencia jurídica como la filosofía existentes; en un primer momento optaron por el Derecho canónico, a pesar de que entonces era creación íntegramente católica, y más tarde

optaron por aquella mixtura de filosofía, teología, Derecho y doctrina ética que fue llamada Derecho Natural moderno. Por lo que hace a su apego al Derecho Canónico²⁶, hay que suponer que se deslizaron por los nervios subjetivistas que eran propios de este ordenamiento jurídico, pues el Jus Canonicum de entonces estaba basado en muy buena medida y desde tiempos tempranos en la categoría del Derecho subjetivo²⁷, como ha mostrado convincentemente Brian Tierney²⁸. Poco sabemos aún sobre las razones del apego del Jus Canonicum a la figura del Derecho subjetivo, y lo que dijéramos no pasarían de constituir conjeturas. Si está claro, incluso por el tenor de las fuentes de este momento, que los seguidores de Lutero fueron poco amigos de Aristóteles y del objetivismo propio del Derecho romano y romanista.

Estos reformados, de forma bastante confusa y lenta —hablamos de un período de ciento cincuenta años, desde la Reforma de Lutero a la aparición de las obras de Pufendorf—, se inclinaron progresivamente por las doctrinas que se presentaban bajo la capa del nuevo *jus naturale*²⁹, por lo que las disputas sobre el orden social cobraron un color claramente confesional, con las correspondientes antipatías que iban más allá del factor académico. Así, el *inimicus* se convirtió en *hostes*, según la terminología de Darjes³⁰. Como se trataba ni de mencionar a los escolásticos, el referente de los apoyos y críticas fue Grocio. No supone caer hoy una actitud supervaloradora de las aportaciones de los escolásticos tardíos, si indicamos que la frontera discriminadora entre una actitud y otro era, al menos desde el punto de vista de lo más externamente perceptible, la simpatía por los españoles. Ya publiqué un estudio, hace años, en el que traté algo más extensamente este tema; para aportar algún dato nuevo y expresivo sobre estas simpatías y antipatías, vemos cómo Heineccius, de ordinario tan conciliador, afirmaba que es lícito siempre y en cualquier sitio hacer la guerra a los españoles, porque entre ellos abundaban los homosexuales³¹.

e) Samuel Pufendorf encauzó la discusión

Pufendorf se formó en este ambiente de tensiones, y entendió que él era el hombre elegido para clarificar las ideas. No es fácil escribir sobre él, porque no fue en modo alguno un hombre sencillo. Casi siempre soberbio y en tono insultante³², se peleó con los que trataban el Derecho Natural, y harto de discusiones aisladas publicó su «Eris scandica», en donde trata uno a uno a sus principales enemigos, descalificándolos por todos los medios posibles, también en el plano personal; el peor rapapolvos se lo llevó Nicolás Beckmann, que había sido amigo suyo. Pufendorf se declaró ante todo nominalista. En este punto se distanció decisivamente de Grocio. El Derecho natural estaría constituido por los mandatos de Dios a los hombres que nos ordenan fomentar la sociabilidad; como estos mandatos no pueden constituir ‘entidades sustanciales’ declaró que eran simples modos, *modi*. Cabe que nos preguntemos si él trató de construir un ordenamiento de Derecho Natural haciendo juegos lógicos desde el mandato inicial de la sociabilidad.

No es posible responder decididamente a esta pregunta. El mismo estilo sincrético de que hizo gala Grocio está presente en las obras de Pufendorf. Porque de un lado expuso muchas páginas —su obras fueron especialmente extensas— repletas de reglas de conducta obtenidas o deducidas desde el Derecho Natural, y por esto Anselm Desing le acusó casi un siglo más tarde de no haber hecho sino expoliar y repetir reglas de la vieja teología moral escolástica³³. A tenor de este nervio de su pensamiento podríamos pensar que él buscaba concreciones lógicas desde el principio de la sociabilidad. Pero de otra parte, él nos ordenó considerar a la naturaleza como *contradistincta* de Dios, y reconocer que la naturaleza no obliga u ordena nada, y que el único dato que nos ofrece el

Derecho Natural es la *persona*, que es un ser que no reconoce superior. La persona goza de una esfera de libertad (la llamó tempranamente ‘*sphaera moralis*’), que tiende a ser lo más dilatada posible, porque cada esfera es difusiva por sí misma. Como dialoga continuamente con Hobbes, propone un *jus* o libertad inicial en el estado de naturaleza que será recortada después por las leyes humanas para hacer posible la convivencia: Él reprodujo de forma canónica la vieja regla de «*jus seu libertas, lex quae constringit*», de forma que el dato natural implica siempre libertad, y el momento legal siempre es opuesto a aquella libertad primera, por lo que la ley nunca puede ser natural; una ley natural sería una *contradictio in terminis*³⁴.

f) *Jus seu libertas, lex quae constringit*

Así quedaron enfrentadas dos actitudes: una insistía ante todo en la ley natural como fuente del Derecho, y arrastraba consigo una fuerte carga de la nueva metafísica —siempre basada en el criterio *ex objecto*— que respaldó Gabriel Vázquez de Belmonte y recogieron generosamente Luis de Molina y Francisco Suárez. Fue de hecho la actitud de los creyentes, que sabían que tras los nominalismos y correspondientes individualismos venía una marea laicista³⁵, y ellos se encontraban seguros bajo el amparo de esta nueva metafísica esencialista moderna que no tras la obra de Tomás de Aquino, al que no parecían conocer³⁶. Ya indiqué que el refugio de estas personas fue el «*De jure belli ac pacis*» de Grocio que, precisamente por sus contradicciones, se trataba de una obra que era hasta cierto punto escolástica.

La otra forma de pensar, que según Holberg era ya la triunfadora en la primera mitad del siglo XVIII³⁷, partía desde las personas aisladas, situadas en el estado de naturaleza, porque esta mentalidad entendía que ésta era la primera exigencia del Derecho Natural, de modo que considerar naturalmente —es decir, en el inicio de cualquier consideración verdaderamente científica— a una persona, implicaba estudiarla aisladamente. Este estudio del ser humano aislado fue llamado ‘derecho natural absoluto’, que en realidad era una descripción de la naturaleza humana individual y aislada: el género humano aparecía compuesto por individuos que eran razonablemente egoístas, petulantes, orgullosos y chismosos, todos dotados de la misma fuerza o poder según su *jus* o derecho originario. Desde el estudio del derecho absoluto pasaban al derecho natural hipotético, que solía componer la segunda parte de cada tratado. Se llamaba así porque sus autores partían desde la hipótesis de considerar al hombre bajo estados adventicios, como eran la familia o la vida política.

Normalmente estos estados hipotéticos o segundos estaban originados por pactos entre los hombres libres. No sería incorrecto afirmar que el pacto era la única categoría jurídica que conocía el nuevo Derecho Natural, y así lo mantuvieron pocos años más tarde Henricus Koehler o Johann Gottlieb Schmauß. Porque Grocio había reconocido tres fuentes del sometimiento: el nacimiento, el contrato, y la guerra (se refería a los prisioneros hechos en la guerra), pero Koehler ya afirmó abiertamente que todas las formas de sometimiento habían de reconducirse al contrato.

La existencia de estas dos líneas de pensamiento, una insistiendo en el *jus* o libertad natural y la otra en la *lex naturalis* siempre constrictiva, vuelven difícil la comprensión de las explicaciones de Pufendorf. Linguet indicaba que «Pufendorf, al comienzo de su libro, no va por lo derecho, ni es claro. Realmente, no nos presenta ni las mismas palabras, ni los mismos objetos. Siempre manifiesta el mismo estilo, el mismo gusto, la misma oscuridad, y yo pienso sinceramente que él no entendió

lo que expuso en su primer libro»³⁸. Este primer libro es el que comienza los «Ocho libros del Derecho Natural y de Gentes», la obra capital de Pufendorf.

g) Metafísica tardía y nominalismo: el voluntarismo divino

Éste fue el contexto en el que situó el nominalismo que estaba en la base de estas construcciones, que estuvieron plagadas de oscuridades, contradicciones y desviaciones de los temas aparentemente estudiados, de modo que bajo pretexto de tratar un tema, introducían frecuentemente otro distinto; pero nadie se engañaba porque todos sabían que lo estaba realmente en juego era la prosecución o el rechazo de la cultura heredada, y parte de ella era la fe cristiana. No hubo apenas discusiones explícitas sobre los fundamentos epistemológicos del nominalismo, porque el siglo XVII estuvo repleto de filosofía de la ciencia pero no se interesó apenas expresamente por las polémicas sobre el nominalismo que habían sido típicas del siglo XIV.

Además, el siglo XVII y la Ilustración sustituyeron las discusiones sobre los universales por las discusiones sobre el voluntarismo divino. Pues los últimos escolásticos españoles, desde Gabriel Vázquez de Belmonte, se apartaron de las matizaciones del tomismo y se encerraron en un fuerte objetivismo metafísico que afirmaba la existencia de un orden nouménico de ideas que, *manente natura rationali*, era vinculante para Dios mismo. Ésta fue la solución que a veces siguió Hugo Grocio, y el nombre de Grocio fue asociado durante un siglo con el mantenimiento de este orden inteligible que, por constituir la misma razón divina, era uno con Dios y componía la Ley Eterna. Los defensores de la ley natural entendieron, a lo largo de la Edad Moderna, que la defensa de este orden de ideas inmutable era la condición imprescindible para hablar de ley o Derecho Natural. Pero los nuevos jusnaturalistas —los propugnadores del *jus naturale* laico frente a la *lex naturalis* metafísica— vinieron a ser discípulos de Hobbes (aunque alejados de él en sus tratados políticos) y, desechado el mundo de ideas, naturalezas o esencias existentes en la mente divina, afirmaron un *jus naturale* inicial que consistía ante todo en libertad individual; dada la debilidad del hombre aislado, era preciso pactar para crear la sociedad y sus leyes y, por tanto, su Derecho, pues esta tendencia negó también la ciencia jurídica, a la que denegó validez o utilidad, e identificó el Derecho con las leyes.

¿No podría haber habido una *via media* entre aquel objetivismo metafísico tan exacerbado y este nominalismo que pretendía fundamentar todo orden social en las voluntades de los que pactaban? Pufendorf la intentó aparentemente, ya que afirmó al comienzo de su «De jure naturae et gentium» que la ley natural se componía de los preceptos objetivos que Dios nos había ordenado observar, aunque estos preceptos, por ser resultado de una voluntad contingente de Dios, no componían sustancias metafísicas, sino meros ‘modos’, *modi*, y los llamó entes morales, *entia moralia*: Así destacaba que no constituían sustancias metafísicas, sino sólo unas formas ínfimas de ser. Pero esta doctrina sólo componía declaraciones incoherentes, porque Pufendorf —siempre dialogando con Hobbes— se decantó en favor de la antítesis *jus naturale seu libertas*—*lex quae constringit*³⁹.

El siglo XVII planteó así un dilema: orden metafísico inmutable, o voluntarismo a ultranza. Para defender la noción usual del Derecho Natural era necesario entonces afirmar la existencia objetiva e inmutable de una metafísica a la que Dios mismo quedaba vinculado. Si no convenía tanta objetividad metafísica, era preciso marcharse al bando opuesto y declarar que el *jus naturale* se componía de una libertad inicial del ser humano que posteriormente habría de ser recortada por las

leyes de origen humano para hacer posible la convivencia. Esta segunda tendencia se alió pronto con la incipiente justificación del capitalismo, y Locke declaró que el derecho a poseer propiedades individualmente y a transmitir esas propiedades a los hijos antes que a cualquier otra persona, era no sólo un derecho innato, sino la ley fundamental de la sociedad⁴⁰.

Dicho sea incidentalmente, todo el derecho humano (compuesto ahora sólo por leyes coercitivas) cobró un cariz negativo y represor, ya que la única función de las leyes positivas humanas consistía en reprimir parcialmente la libertad humana inicial: el Derecho era un mal necesario. Hobbes fue el primero que expuso esta visión penalista y represiva del Derecho, y fue lógico que acabara diseñando un Estado que participaba en la mayor medida de este carácter. Desde entonces, el Derecho ha ido acompañado de esta nota negativa y triste por represiva, y ha perdido su carácter creativo de constituir libertades o de repartir bienes. Como fue lógico, el Derecho Penal fue elevado a la categoría de paradigma de todo derecho posible, como hicieron por lo general los teóricos alemanes del siglo XIX.

La Escuela de Grocio

Muchos atacaron en el siglo XVII a los escolásticos y a los juristas romanistas, pero los partidarios de Pufendorf y Grocio no entraron normalmente entre sí en polémicas expresas. El enorme impacto de la obra de Grocio determinó que pronto aparecieran comentaristas del «De jure belli ac pacis» que, según Heineccius se dividían en cuatro tipos⁴¹. Hubo no solamente muchos comentarios, sino comentarios de comentarios⁴². Si me atengo a las fuentes consultadas, la obra de Grocio fue precedida inmediatamente por otras tres: las de Guillermo Doviatus, Johann Philip Slegvotius y Friedrich Guglielmus Bierling⁴³. Al año siguiente de la publicación del «De Jure belli ac pacis» apareció el estudio de Georg Beyer, «Delineatio juris divini, naturalis et positivi universalis, ad fundamenta sua revocati»⁴⁴, un estudio que, según un cierto tono guerrero, afirmaba las tres notas típicas de los *grotiani*: la existencia de la Ley Eterna, la Ley natural como manifestación primera del Derecho, y la *utilitas* como la palanca fundamental que hace avanzar el razonamiento jurídico en los temas humanos. En las décadas siguientes, hasta el final del siglo, fueron apareciendo estudios normalmente ditirámbicos sobre el pensamiento de Grocio, y quizá los más conocidos fueron los de Johann Felden, Johann Adam Osiander y Valentinus Veltheim⁴⁵. Esta corriente permaneció, aunque con menos vigor, a lo largo del siglo siguiente, y quizá el tratado más extenso, de tono extremadamente conciliador entre los escolásticos españoles y Grocio, y las explicaciones de Grocio y Pufendorf, fue el de Guglielmus van der Muelen, comentado por Gronovius⁴⁶.

Lo específico de esta corriente conservadora fue afirmar la preeminencia de la ley en la epifanía de la vida jurídica. No se trataba tanto de las leyes civiles como de la Ley natural, que era afirmada como verdadera ley objetiva de contenidos inmutables frente a las pretensiones de quienes querían considerar al *jus naturale* como la libertad inicial o de facto del ser humano. Si hacemos un breve muestreo, vemos que Homberg explicaba que «El Derecho viene dictado por la justicia, pues la justicia es una constante voluntad del hombre, y el Derecho es la voluntad constante de Dios, norma de la voluntad humana»⁴⁷. Así, la Ley natural es la *recta ratio* desde la que se sigue la ley humana, y que constituye la conveniencia con la naturaleza racional⁴⁸. Johann Friedrich Weidler explicaba más o menos lo mismo pocos años más tarde con pretendido rigor en el método, pues era profesor de matemáticas⁴⁹. Thenius explicó en primer lugar que el Derecho viene constituido, o se manifiesta ante todo en la ley, de forma que es absurdo suponer que el Derecho sea anterior a las leyes; como la ley natural expresa una justicia objetiva e inmutable, el *jus* es lo mismo que lo *justum*⁵⁰.

Este tipo de explicaciones gustaron entre los jusnaturalistas más juristas que preparaban códigos de Derecho racional o natural. Fue el caso de Christian Wolff⁵¹, de Daniel Nettelblatt, que defendió a ultranza el criterio *ex objecto* en la explicación de la moral y de la justicia⁵², o del siempre sorprendente Georg Darjes, que hizo lo mismo aunque matizando del mismo modo que Coccejus, a saber, que la esencia de lo moral es inmutable porque ha sido querida por la voluntad de Dios, no porque posea una inmutabilidad antecedente a la voluntad divina⁵³. La misma solución que la que había proporcionado pocos años antes Samuel Coccejus. Ya aludí a cómo este trasfondo teológico molestó a la escuela de Pufendorf: Nicolás Jerónimo Gundling explicaba —de forma muy representativa del núcleo duro de esta escuela— que mediante la ley natural buscamos la paz y la tranquilidad, no la conveniencia con la santidad de Dios⁵⁴. Realmente, Grocio no se había referido a la adecuación de las actuaciones humanas a la santidad de Dios, sino a la participación de la razón humana en la razón divina que constituye la base de la Ley natural; pero así quiso entenderlo la Ilustración, quizá porque era más fácil combatirlo de este modo.

Pufendorf y sus discípulos: aequalis libertas

Nicolás Jerónimo Gundling pasó por ser discípulo de Thomasius; es posible, y advertimos influencias, pero Gundling desarrolló un genio especial. Él escribía al filo de la filosofía thomasiana, entonces la sencilla, del sentido común, de corte materialista: Todo un reto con la censura del Káiser atenta. Pero su capacidad de concisión, su expresividad, y el estilo que desarrolló —poco conocido— confundiendo la lengua latina con la alemana⁵⁵, hacen que su obra vaya más lejos que la de un simple epígono. En su tono personal, él explicaba que «Omnes homines externe liberi nascuntur: possunt facere, quod placet»⁵⁶. Matizaba que los hombres podemos hacer ‘externamente’ lo que queremos tanto para destacar la exterioridad de los comportamientos de los que se ha de ocupar el Derecho, a diferencia de la moral⁵⁷, como para no quedar comprometido con la doctrina de la libertad de la voluntad, que según su maestro, era una doctrina papista que únicamente servía para justificar la salvación eterna mediante las buenas obras.

Ellos hubieron de afrontar el tema, entonces omnipresente, de los status⁵⁸; porque fue propio de la *jurisprudencia* romanista dividir a los hombres según status o *personae*. Quizá podríamos confundir ahora este tema con el de los estamentos en que se dividía la sociedad: no era éste el caso, porque el Derecho romano no dividía tanto a los hombres según estamentos como según sus ‘personas’. El status o *persona* era una cualidad por la que cada hombre usaba de distintos derechos y obligaciones⁵⁹, de forma que una misma persona física podía portar en sí varias personas jurídicas: ser ciudadano, marido, heredero o padre. El problema residía en que estas *qualitates* distintas diferenciaban eficazmente a los hombres y rompían la igualdad que ellos trataban de instaurar⁶⁰, y por esto era preciso romper la categoría milenaria de status o persona. Heineccius, de la mano de Samuel Pufendorf, se encargó de ello: en primer lugar reprodujo la explicación, bastante tradicional, que Pufendorf proporcionó del status, y él explicó que esta descripción de Pufendorf era poco precisa, porque hablando con propiedad, como los hombres no pueden quedar modificados físicamente o por eventos físicos, alguien solamente puede quedar obligado, esto es, incurrir en una cualidad moral, bien por imposición de los hombres, bien por su propia elección⁶¹.

«Statum in genere ipse definit auctor, sed parum accurate; nos dicimus esse qualitatem, secundum quam homo ad certa officia obstringitur, certisque juribus fruitur. Ita pater, filius, maritus ... Diximus autem 1) qualitatem moralem, quia eum status homo non habet physica, ita ut ejus

natura mutetur, sed vel impositionem hominum, vel per spontaneam electionem». Praelectiones Academicæ in Sam. Pufendorfii..., cit., L. II, § 1. Cuando habla de imposición de los hombres se refiere a la legislación Civil. Fue lógico que Heineccius concluyera que el Derecho o la *jurisprudencia* natural no supone a los hombres viviendo bajo un poder o en una república civil, pues en estos estados no existen las verdades naturales sobre los derechos y obligaciones de los hombres⁶². La verdad natural u originaria es un estado de libertad.

Cabe que nos preguntemos si reconocer las distintas *personae* humanas supone diferenciar, dividir o discriminar a los hombres. Pues parece que nadie se siente discriminado, o con su igualdad jurídica violada, por estar soltero o casado, por ser padre o hijo, por ser funcionario público o no serlo, por ser ciudadano de Venezuela o España, y tener, en consecuencia, capacidades jurídicas distintas. Parece que aquellos jusnaturalistas modernos no fueron capaces de asumir la diversidad real de nuestras condiciones en sus explicaciones sobre la igualdad de los ciudadanos, y que por esto adoptaron una actitud radical y maximalista —irreal, desde luego— declarando inválidas o irrelevantes las distintas situaciones humanas y presentando en el lugar del hombre real un ser humano neutro, que no tiene situación familiar, profesional o social: Buscaron la igualdad entre los hombres borrando cualquier rastro de alguna diferencia. De ahí el mito del hombre moderno, tal como se manifestó, entre otros muchos, en Rousseau, un mito que, según Carl Schmitt, está basado en la previa homogeneización de los ciudadanos⁶³.

Si hacemos una breve rapsodia de las opiniones expuestas sobre este tema, vemos que en el estado de libertad cada cual puede hacer lo que quiera, escribía Gundling, y cada uno es juez de sus propias acciones, de forma que nadie puede ordenarle nada, porque él es su igual; por esto, nadie puede decirle a otro: «Tú pecas»⁶⁴. Él situó el fundamento último de esta igual libertad en la equiparación del *fas* con el *jus*, y en el hecho de que todos los hombres están dotados de razón⁶⁵. Concedió mucha importancia a la igualdad, que aparece en sus explicaciones como el fundamento lógico de la libertad, y llegaba a explicar que despreciar a otro consiste en tratarlo como desigual⁶⁶. Christian Wolff situó la tesis de la igual libertad como un dato evidente por sí mismo: «Nadie tiene por naturaleza un derecho sobre los comportamientos de cualquier otro»⁶⁷. Siguió el ya entonces viejo camino de suponer que, al ser todos iguales en un inicio, quien pretenda un Derecho que se aparte de esta igualdad, pretende disponer de un privilegio, y la naturaleza no otorga privilegios a nadie⁶⁸. Heinecke, latinizado Heineccius, partió igualmente desde la situación ideal y primera genéticamente en estas construcciones jusnaturalistas: el estado natural es entre iguales, por lo que no existe naturalmente poder ni sujeción, y es en consecuencia un estado de libertad⁶⁹. Esta igual libertad debe ser respetada porque el derecho permisivo natural —*jus permissivum naturale*— nos ordena no molestar a los demás en su libertad⁷⁰.

Estos jusnaturalistas no afirmaron una libertad o libertades que se pudieran determinar jurídicamente de forma positiva. Su influencia en la génesis de las libertades políticas fue enorme, pero el campo del Derecho es distinto. Ellos expusieron dos tesis: una, que todos los hombres somos iguales según el Derecho Natural, y la otra, que la única obligación legítima es la originada desde el propio consentimiento. Se oponían a la evidencia, pues es patente, amigo lector, que tus competencias y deberes, si eres padre, ciudadano o profesor de Universidad, no siempre se fundamentan ni en el consentimiento que libremente hemos prestado, ni en un consentimiento tácito o implícito: la exigencia de que el profesor explique con claridad no proviene desde ningún contrato real o ficticio. Para exponer su argumentaciones recurrieron a un expediente retórico: en un primer

momento argumentaron que naturalmente —en el *status naturae*— todo Derecho consiste en una facultad, *facultas*⁷¹, en un poder de un hombre sobre otro hombre que puede ser ejercido *ad libitum*, y supusieron que es ejercitado en beneficio de su titular⁷². En un segundo momento explicaron que naturalmente todos los hombres somos iguales, pues nadie dispone de modo innato de un poder sobre otra persona, ya que esto constituiría un *privilegium*, y la naturaleza concede igualdad, no privilegios.

Así, el tema de la igualdad jurídica humana se resolvería, según este camino, en una ausencia de poderes innatos; estos jusnaturalistas realmente no afirman decididamente una libertad que se pudiera concretar positivamente, sino que postularon una ausencia de *imperium*, de poderes⁷³. Al tratarse de una libertad meramente negativa, el problema de la libertad humana se resolvería en una cuestión de ausencias, y en el momento de explicar más extensamente qué es la libertad, Heineccius se refiere ante todo a la libertad en general natural ya aludida; en un segundo momento trata la libertad del Derecho de gentes, que es aquella por la que nadie está sometido al dominio doméstico, y a la que se opone la esclavitud; en tercer lugar está la libertad civil o política, por la que nadie está obligado a obedecer a un superior o imperante⁷⁴.

Estas libertades tienen en común un sustrato al que Heineccius llama espontaneidad, porque «la libertad natural es lo mismo que la espontaneidad, que nos la otorgó la naturaleza, para que obremos sin necesidad mecánica»⁷⁵. La espontaneidad se encauza en un segundo momento —que es el propio de la libertad— a través de la facultad, esto es, de la posibilidad de optar entre dos posibilidades⁷⁶. Tenemos otra tríada en los inicios de esta mentalidad: *Spontaneitas-Facultas-Philautia*. El criterio que nos sirve para decidimos sólo puede ser la propia utilidad⁷⁷. Carl Ferdinand Hommel no quiso entrar por este camino tan estricto de la *Selbstliebe* o *Philautia* e indicó únicamente, de acuerdo con las fuentes romanas, que «Est autem libertas potestas faciendi quae velis. Ergo facere quae velis, natura justum est»⁷⁸. El siempre sorprendente Schmauá añadía que el ser humano poseía la gran prerrogativa de vivir al margen de leyes (*exlex seyn*) de forma que puede seguir su propia voluntad y ser su propio soberano⁷⁹, y esto le es posible porque sus instintos naturales no forman un conjunto ordenado en el que observemos direcciones: pues Dios ha de ser considerado no como un legislador, sino más bien como el creador de ellos⁸⁰.

Libertad, nominalismo, positivismo

A la altura de la mitad del siglo ilustrado se dibujaba una noción de libertad individual que estaba basada en dos datos básicos: ausencia de privilegios o poderes en el *status naturalis* —que deviene así un *status libertatis*—, y en que cada ser humano está dotado de una facultad para obrar según la utilidad propia o según el propio arbitrio.

a) El nominalismo uniformó

Asalta la sospecha de si no estamos ante uno de los casos —desde luego el más básico— en el que investigador social toma la presencia como signo de ausencia. Pues la libertad individual ha de convivir con las cosas, y parece que fue propio de la Modernidad afirmar que la presencia de las cosas —con sus exigencias imperiosas— ha de negar la libertad del hombre: ésta parece ser la

intuición más en la base del nominalismo moderno. Notemos que estamos ante un pensamiento vulgarizado que se atiene a una faceta del problema total para, desde las exigencias ya supuestas en ese sector, teorizar sobre la totalidad de la cuestión. Querer contestar en términos generales a esta cuestión nos llevaría otra vez al pensamiento abstracto —según lo llamaba Hegel— que pretende resolver lo que es práctico desde un postulado teórico, y así resultaría, otra vez, que las consideraciones simplemente lógicas o intelectuales invaden el campo desde el que ellas dependen, sin apreciar que son los elementos ya insilogizados los que han decidido por anticipado lo que podamos decir. El gran Caballo de Troya que opera dentro de estas argumentaciones es posiblemente esa actitud nominalista que nadie define y ni siquiera describe a no ser que por descripción entendamos las explicaciones de Locke sobre el flujo fenoménico que llega a los sentidos.

Además, la actitud nominalista —pues parece que estamos ante todo ante una actitud o un deseo— borró los relieves del terreno en el que opera la consideración científica y nos situó ante una llanura indefinida en la que —otra vez según la expresión hegeliana— todos los gatos son pardos. La negación de la libertad individual está en la base de toda filosofía práctica que siga los vientos del nominalismo: una expresión —la de nominalismo— que debe ser rechazada por su extraordinaria indeterminación, pero que es eficaz para designar (sin pretensiones de exactitud) un estilo de vida. Desde esta llanura representada intelectualmente, carente de puntos de referencia, los discípulos de Kant afirmaron una *lex permissiva originaria*⁸¹, y los positivistas una *lex constrictiva originaria* o Deber-Ser⁸². Si reconocemos las cosas —aunque se trate de cosas tan elementales como las exigencias de la compraventa de un bien inmueble, o la conducción de un vehículo, o de ser marido—, es necesario concluir que cada cosa clama por su derecho; pero si entramos por el campo de la inconcreción es fácil afirmar cualquier generalidad, pues toda negación introduce una universalidad desde la que es fácil argumentar.

b) Intervino el materialismo

Los jusnaturalistas del siglo XVIII fueron ateos frecuentemente, y se sumaron sin ninguna actitud crítica a la visión mecanicista y newtoniana del todo del mundo, al que los alemanes llamaban el *Trabant* o el *Weltall*. Negro, que era creyente, publicó como apéndice a la segunda edición de sus «Principios» un tratado de teología natural o Teodicea, porque no estaba de acuerdo con el uso que los materialistas estaban haciendo de su propuesta teórica más general. Pero fue una voz inútil porque ya se estaba imponiendo la consideración del universo como una máquina con engranajes: el anterior siempre causa del movimiento del posterior, y ni el hombre ni Dios tenían cabida en este mundo. Los creyentes, que también habían aceptado acriticamente este mecanicismo universal —una cuestión de porosidad, dado el enorme prestigio del nuevo método científico—, supusieron un ‘Deus ex machina’, de modo que Dios sería el creador de las formas o del movimiento, que después contempla pacientemente su obra. El hombre fue visto como una parte del engranaje cósmico, en el que tenía sitio fijo y determinado. Realmente, ¿cuál puede ser el puesto del hombre en un mundo newtoniano?

Hay que cuestionar si unos autores que normalmente fueron materialistas podían hablar de la libertad humana. Thomasius la había negado alegando el argumento que ya conocemos: se trataba de una doctrina papista establecida para hacer posible la salvación mediante las buenas obras; como él, protestante, no aceptaba la salvación eterna por los méritos propios, rechazaba desde su pretendida ortodoxia confesional la doctrina usual sobre la libertad⁸³. Gundling explicó en un primer momento

que la libertad individual es un derecho innato o connato concedido por Dios⁸⁴, pero después hubo de argumentar que no podemos hablar de un derecho interno, porque el hombre no goza de libertad interna, sino únicamente de libertad externa⁸⁵, porque «no existen ideas innatas en la moral»⁸⁶. Se trataba de un razonamiento pobre. Él reitera la pregunta: ¿Existe o no espontaneidad en las acciones humanas? Respondió echando fuera el balón: «La cuestión de si la voluntad puede actuar espontáneamente es vana, porque es tanto como preguntar si la voluntad puede querer»⁸⁷. Daniel Nettelbladt, siempre más conservador, se contentó con aludir a los *jura connata* en que se desgrana la libertad⁸⁸ y Daries mostró claramente sus simpatías por Hobbes y explicó que él opinaba como el inglés, que este estado moral absoluto es un estado de igualdad o, por decirlo con Hobbes, un estado de libertad natural⁸⁹.

La Ilustración se encontró encorsetada entre dos representaciones absolutas: de un lado la indeterminabilidad del arbitrio o la facultad en que consistiría la libertad individual, y de otro la concepción mecanicista del movimiento del universo y de la actuación del hombre. La negación de aquella indeterminación o facultad se vio reforzada decisivamente por la imagen del mundo de la Edad Moderna; aunque hablando con más precisión, habría que hacer caso a Heidegger cuando nos indica que no estamos tanto ante la imagen del mundo propia de la Edad Moderna, como de la imagen moderna del mundo, pues fue propia de esta época la pretensión de querer encapsular el mundo, de modo que el espectador se sintiera lejos de él, y quisiera abarcarlo como una totalidad comprensible. Por ello, las expresiones —así lo explica en sus *Holzwege*— de imagen moderna del mundo e imagen del mundo de la Edad Moderna son sinónimas.

Como la Modernidad adelantó así los términos de su propia dialéctica, la conclusión primera se impuso irresistiblemente: todo es lo mismo, y el hombre se consideró ante todo como un esfuerzo de voluntad, posibilitado por sus músculos, que pugnaba contra la resistencia uniforme de la *res extensa*. Cabalmente, el hombre mismo no parecía sino una parte de la misma extensión que él trataba de modificar. Y por este camino subliminalmente vivido, el materialismo moderno fue coherente con sus axiomas y hubo de negar la libertad interna del hombre. Si el ser humano no dispone de libertad interior tampoco debieran haber afirmado las manifestaciones externas de esa libertad ya declarada de antemano inexistente, pero esta coherencia hubiera privado de sentido a sus propuestas doctrinales.

c) Hombre, voluntad, praxis

Desde este talante nominalista asumido, el único principio activo del comportamiento humano hubo de ser reconducido a la voluntad: «La voluntad es el fundamento de todas las acciones humanas que no son necesarias y constituye la mayor potencia o facultad a la que deben dirigirse todas las demás potencias del alma», explicaba Gundling⁹⁰. Ellos trataban de explicar el movimiento humano de acuerdo con la terminología tardoescolástica que habían heredado. Quizá el filósofo en el que mejor se trasluzca su formación escolástica es Locke: le delata la rigurosa trabazón entre los teoremas que componen sus explicaciones, el uso del esquema de sujeto-verbo-complemento, el empleo omnipresente de la causa eficiente que desencadena la producción del complemento directo o el efecto, el esquema de antes-ahora-después, etc. Ellos afirmaron combativamente que el hombre mismo —sin determinar más— es la causa suficiente de sus acciones⁹¹, porque, al parecer, les repugnaba entender que el hombre pudiera ser enjuiciado por algún dato no humano (que ellos interpretaban como necesariamente inferior a la humanidad) o por alguna creación suya.

Por esto mantuvieron que racionalmente en la causa encontramos ya el fundamento de lo que hay en los efectos⁹². Mantuvieron que la esencia del alma humana —una forma de expresarse— consiste en fuerza por la que actuamos espontáneamente⁹³, esto es, sin dirección definida. Esta fuerza era ejercida mediante adiciones y sustracciones, según Hobbes. Gundling repite casi lo mismo: «La mente es una y tiene la potencia de entender, esto es, de numerar, sumar, sustraer, multiplicar y dividir, y después tiene también la capacidad de querer»⁹⁴. Thenius ya había denunciado este proceder que sumaba y restaba pasiones aritméticamente, que según él privaba al hombre de su libertad⁹⁵; se oponía a que llamaran leyes a este tipo de razonamientos mecánicos que eliminan la libertad del hombre y lo convierten en una máquina⁹⁶. Pero este tipo de objeciones estaba destinado al fracaso porque el nuevo *mos geometricus* solamente entendía de cosas materiales, de modo que, como explicaba Thomasius, toda la filosofía de los ‘espíritus’ debía ser explicada por la ciencia de la Pneumatología⁹⁷. Las relaciones entre el mundo y el hombre han de ser explicadas desde la Mecanología⁹⁸, porque el hombre y el mundo forman un *Systema*, realidad que muestra a los seres conexos de tal modo que las operaciones de uno determinan o constituyen las operaciones de otro⁹⁹.

Los autores del siglo XVII habían supuesto un mundo de esencias y voluntades. Suárez aunaba las esencias inmutables en el caso del Derecho Natural con las voluntades humanas para explicar el Derecho Positivo. Pufendorf hizo lo mismo a veces, aunque sustituyó las esencias por la voluntad divina¹⁰⁰. Pero si el aparente jusnaturalista se introducía por un camino materialista, ¿en qué puede dato que vaya más allá de las voluntades de los hombres tal como se nos manifiestan fenoménicamente puede hacer consistir su propuesta reformadora? Supusieron un sujeto activo que ha de transformar su entorno, pero no se pusieron de acuerdo sobre los criterios a los que había de obedecer tal transformación.

Ante la perplejidad, recurrieron a acentuar la capacidad del hombre, como buscando compensar con este dato positivo la falta de fundamentos, y Heineccius indicaba únicamente que observamos varios movimientos en el hombre, que son distintos según que su principio sea interno o externo; si es externo los llamamos acciones, si interno, pasiones¹⁰¹. En Nettelblatt, autor ahora especialmente interesante por su talante conservador, observamos cómo escalona en torno a los actos de voluntad todo el mundo del Derecho: los negocios jurídicos, las declaraciones de la mente, las aserciones para prestar algo o abstenerse, las promesas, y las donaciones *mortis causa*¹⁰². Daries, siempre más radical a pesar de su profesada escuela wolffiana, explicaba que el alma humana suele estar —como la experiencia enseña— en un estado de indiferencia¹⁰³, y es suficientemente manifiesto por la misma experiencia que nuestras acciones son formalmente contingentes¹⁰⁴, por lo que —al ser contingentes— la necesidad de actuar será solamente hipotética¹⁰⁵. Una elegante y escolástica negación de la libertad.

La doctrina de la *imputatio*, de tan amplia fortuna una vez que la hubo popularizado Thomasius, suponía un hecho o acción que, por fuerza de la ley, se le imputaba objetivamente a un sujeto agente, al modo cómo los comerciantes imputaban una deuda a alguien, por constar en el libro de contabilidad: *Auf Rechnung referre*¹⁰⁶. Todos exigieron voluntariedad personal para imputar una sanción a una persona, pero vemos cómo en primer lugar de sus explicaciones aparece la acción, como realmente dada o existente, y solamente en segundo término el sujeto agente, que ahora viene representado por el dativo —en Latín *illi* o *cui*— a quien se imputa el acto; precisamente porque se ha imputado ese acto a alguien, ese alguien se presenta como autor de esa acción¹⁰⁷.

Fue lógico que el hombre que actúa o quiere actuar libremente desapareciera de sus explicaciones. Hobbes ya había indicado que el sujeto es aquello que está detrás de la acción¹⁰⁸, negándose a concederle la categoría de *substantia*, y en la pluma de Joachim Georg Daries, la persona queda como la sombra trasera de las acciones. Hay que tener en cuenta la nota de no necesidad — necesidad hipotética— que Daries había atribuido a los actos del hombre. No se trata de que Daries sentara la única verdad de la Ilustración, pero sí de que, de modo más o menos preciso, hablaba por el espíritu dominante entonces; al ser contingentes los motivos para la actuación — Daries no quiso precisar más— nadie puede alegar un verdadero Derecho que se fundamente más allá de su arbitrio. Así, el resultado paradójico de esta aventura que comenzó negando las cosas para fortalecer la voluntad del individuo, fue la desaparición doctrinal, ya en plena Ilustración, de la noción misma de persona en nombre de la objetividad de las normas.

Para acabar

La volatilización del carácter real de las mediaciones humanas fue hecha posible por el nominalismo que heredó y transmitió Samuel Pufendorf, y el lema de la nueva era pudo haber quedado resumido en su declaración «Res, quatenus sub objectum juris, in censum entium moralium proprie referemus, opus non videtur»¹⁰⁹. El Derecho, a falta de este carácter de relación real, quedó compuesto por normas, esto es, por actos de voluntad. Tal fue la doctrina mayoritaria de la Edad Contemporánea. La figura elegida para dar a los elementos atómicos del Derecho algún tipo de estatuto ontológico fue la categoría de la norma. No se trató tanto de una afirmación decidida como de encontrar un remedio a una realidad que, simplemente, había quedado vacía. Pues la ciencia del Derecho premoderna había hablado de actos de justicia pero, a falta de esta naturaleza de nuestros actos, ¿en qué podían consistir las manifestaciones primarias de la vida jurídica sino en las órdenes de una persona a otra u otras?¹¹⁰.

La nueva noción de persona que propuso Pufendorf tras los pasos de buena parte de los teólogos anteriores, era un ser que no reconocía superior pero, paradójicamente, quedaba obligada por las voluntades de las otras personas: Parece que este sector del jusnaturalismo de la Edad moderna conspiró para proponernos ante todo un ser libre que, en un segundo momento, quedaba bajo las voluntades de sus iguales. Kant trató de hacer ver que esto no era libertad (*Freiheit*) sino arbitrio (*Willkühr*), pero el suyo fue un grito sepultado en el parloteo de sus discípulos. Pufendorf negó las cosas, y los ilustrados, ampliando la negación, rechazaron los *status seu personae*: ¿Tan difícil hubiera sido reconocer que un hombre, por el hecho de ser padre o tener una profesión ya tiene Derechos y deberes determinados por una objetividad más allá de todo contractualismo y de la que han de nutrirse las normas?

La pérdida del carácter real de las mediaciones quedó suplida de momento con el nuevo carácter personal que adquirirían, pues la palabra persona y el adjetivo personal siempre han gozado de prestigio. Ya Thomasius se planteaba si sólo el hombre era el objeto primario e inmediato del Derecho, y no dudaba en contestar que sí¹¹¹. Daries explicaba que la relación ético-jurídica sólo podía ser hacia sí mismo y hacia los demás¹¹². Estos planteamientos de las mediaciones sociales eran correctos en principio, pues las relaciones se producen ante todo consigo mismo y con las demás personas. Pero la pretensión *personalista* —por así decir— que encerraban no venía justificada por la pretensión anexa, a saber: Que un hombre solamente se podía medir desde su propia voluntad o desde la voluntad de los demás. Ya indiqué que a ellos debía parecerles indigno que las

relaciones entre las personas vinieran medidas bien por algo no humano, o bien por categorías ideales, como eran las esencias universales de las que tanto escribieron Gabriel Vázquez, Molina, Suárez y, tras ellos, Grocio. En su ambiente materialista lo ideal era como sinónimo de espiritual, y los espíritus no eran más que cuerpos finos, fluidos e invisibles, como declaraba Hobbes¹³, que según Daries y otros se regían –como vimos- por las leyes de la Pneumática.

Toda obligación había de tener una causa eficiente, pues aquella mentalidad redujo la realidad a manipulación de la realidad según el esquema de causa eficiente y efecto. Así, ese extraño mundo del hombre, como es el de la moral y el Derecho, compuesto ante todo por cuerpos invisibles y finos, había de tener una causa activa, que era la voluntad de aquella persona que imponía la obligación, y una parte pasiva, que era la persona obligada¹⁴. Al parecer, de por medio se interponía la realidad en que propiamente consistía el Derecho: El mandato o norma. Cuando el positivismo científico peligró por la tendencia general de la ciencia a convertirse en empirismo, a finales del siglo XIX, los positivistas reaccionaron y reafirmaron el mundo mágico y algo espiritual de las normas: El Derecho se componía de normas, no de hechos, como son las personas con sus necesidades, y la propia noción de persona desapareció tras la realidad afirmada de las normas: No hubo que esperar a que Kelsen nos explicara que la persona es un simple punto ideal de imputación de un sector de las normas jurídicas: Daries ya había dejado a la persona como la sombra trasera de sus actos.

Perdimos así la noción de cosa y, pocos años más tarde, la de persona. El *cives* romano se relacionaba con sus semejantes a través de las mediciones que proporcionaban las cosas, sus contratos y las leyes; el esclavo no tenía personalidad Civil, por lo que no se relacionaba ni por las leyes, ni por sus contratos –a menos que alguien quisiera tener en cuenta la *naturalis obligatio*, en principio sin efectos Civiles-, ni por las cosas: Estaba bajo la voluntad de sus amos. Las cosas, los contratos y las leyes formaban el fundamento de la condición de ciudadano, para quien la vida Civil existía tasadamente en función de las necesidades humanas¹⁵. Pufendorf y, tras él Thomasius, Achenwall, Daries y muchos otros, nos sometieron directamente a la voluntad de los otros sin reparar en que la personalidad así entendida es el principio de la prepotencia. Achenwall, siempre tan cuidadoso y tan riguroso en sus descripciones, nos explicaba que «obligar a otro significa invadir su cuerpo, o aplicarle un mal por el que su cuerpo queda afligido»¹⁶. «Cogere alterum significat corpus ejus invadere, seu malum alteri inferre, quo corpus ejus affligitur». Prolegomena juris naturalis in usum auditorium. 4ª ed. Göttingen, 1774, cap. 6, § 98. Expone esta declaración al tratar la definición de la obligación perfecta, es decir, la jurídica, a diferencia de la obligación moral que, desde Gundling, fue llamada obligación imperfecta.: Toda una descripción penalista del Derecho. Parece que Sartre tenía de algún modo esta noción también del Derecho cuando escribía que «L'enfer, ce sont les autres».

Notas

¹ Molina y Suárez ampliaron extraordinariamente el ámbito del Derecho Natural porque entendieron que todas las soluciones 'justas' respondían a una esencia metafísica que podía ser captada sin más por el intelecto humano. Pero el gobierno de la cosa pública estaba regido solamente por las órdenes del gobernante político, y la validez del conjunto de estas disposiciones gubernativas estaba determinada en su origen por el hecho de que este gobernante dispusiera de la jurisdicción suficiente. El Derecho Positivo -que se ocupaba de aquellos temas sobre los que no

indicaba nada la Ley natural-era, para ellos, sólo cuestión de la jurisdicción adecuada en el origen de las normas. Consecuentemente, rechazaron la validez jurídica del Jus Commune.

- ² Esto no implicó que los teóricos del Derecho que únicamente reconocían las voluntades de los individuos fueran ya defensores de la igualdad ciudadana. Buena parte de los jusnaturalistas modernos se pusieron al servicio del Despotismo monárquico típicamente moderno. Además, la esclavitud fue admitida, por lo general sin grandes problemas, a lo largo de la Ilustración.
- ³ Si el lector quiere conocer algunos datos sobre ellos, vid., por ejemplo, R. Weigand, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*. Max Hueber. München, 1967, págs. 1-63. Sobre los teólogos, vid. mi estudio *El desarrollo de la facultad individual en la escolástica*, en el «Derecho subjetivo en su historia». Universidad de Cádiz, 2003, págs. 35-241.⁴ Vid. *Systema elementare Universae Jurisprudentiae naturalis, Halae Magdeburgicae*, 3ª ed., 1767, *Dissertatio Proemialis*, § 48.
- ⁵ Hice un estudio sobre este rechazo de la cultura anterior, normalmente hecho sobre simples descalificaciones. Vid. *La Modernidad jurídica y los católicos*, «Anuario de Filosofía del Derecho» V (1988) págs. 383-410.⁶ Sobre estos juristas, excesivamente desconocidos hoy a pesar de su importancia, vid. el estudio de M. J. Rodríguez Puerto, *La Modernidad discutida*. Universidad de Cádiz, 1999.
- ⁷ Sobre el método de conjunto de la ciencia jurídica medieval hay pocos estudios. Vid. mi estudio *El Derecho natural laico de la Edad Media*, en «Persona y Derecho» págs. 33-100, reproducido en *Historia del Derecho natural*. UNAM, México D.F., 1999, págs. 11-80.⁸ Fue significativo que los primeros ataques de los humanistas contra el Derecho fueran contra tal o cual faceta de la ciencia jurídica existente, sino contra la ciencia jurídica misma.
- ⁹ Vid. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*. 7ª ed., Scientia, Aalen, 1981, pág. 8.
- ¹⁰ Vid., por ejemplo, el estudio de A. Guzmán, *La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica*, en «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XIV (1991) págs. 17-42.
- ¹¹ Vid. mi estudio *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977, *passim*.
- ¹² Ésta es la tesis que mantiene a lo largo de su estudio *Liberty, Right and nature. Individual rights in later scholastic thought*. Cambridge University Press, 1997.
- ¹³ Vid. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*. Göttingen, 1751, § 26.
- ¹⁴ En el *In Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis*. Argentorati, 4ª ed., pág. 238, se plantea «Hispanis unde sit incolarum inopia tanta? Según él, España habían sido empujados primero por la expulsión de los judíos decretada por los Reyes Católicos, y más tarde por la expulsión de los moriscos.
- ¹⁵ Vid. *In Hugonis Grotii*, cit. p.10-11.
- ¹⁶ Vid *ibidem*.
- ¹⁷ Holberg, en su estudio dedicado a mostrar las contradicciones de la nueva doctrina del Derecho Natural, ya destacaba, sobre Grocio, que «Non pugnat, omnia juris praecepta ultimo ex sociabilitate deducere, et tamen Deum supponere». *Dubia*., cit., cap. 6 § 42.
- ¹⁸ Grocio escribía que «Ab hac significatione diversa est altera, sed ab haec ipsa veniens, quae ad personam refertur: quo sensus jus est qualitas moralis personae, competens ad aliquid juste habendum

vel agendum... Qualitas autem moralis perfecta, facultas nobis dicitur; minus perfecta, aptitudo: quibus respondet in naturalibus, ille quidem actus, huic in potentia». De jure belli ac pacis libri tres . Amstelodami, 2ª ed., 1651, L. I, cap. 1, § 3.

- ¹⁹ Vid. Lo viejo y lo nuevo en la hipótesis «etiamsi Deus non daretur» de Grocio, en «Escritos de Derecho natural». Eunsa, Pamplona, 1968, pág. 401.
- ²⁰ «Prius quidem faciunt Scholastici, et qui illos hic secutus est, Grotius ... Sententia autem haec, quae actus per se et intrinsecus moraliter bonos aut malos antecedenter ad omnem voluntatem Dei fingit, absurda nimis est». Positiones inaugurales in quibus Juris Naturae definitio et fundamentum. Halae Magdeburgicae, 1698, Positio I, § 10.
- ²¹ «Rectissime autem idem Grotius jure naturae in intrinseca bonitate ac turpitudine constituit, quicquid contradicit Pufendorfius sententiae». Vid. Tractatus juris gentium de Principio juris naturalis unico, vero et adaequato. Francofurti ad Viadrum, 1702.
- ²² Vid. Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique discernuntur principia honesti, justii ac decori. Hallae et Lipsiae, 1718, Caput proemiale, pág. 4.
- ²³ En las Institutiones Jurisprudentiae Divinae libri tres, Halae, 1702, Dissertatio Proemialis, explicaba que «quae communis doctrina de lege Dei aeterna, de convenientia cum sanctitate divina, de moralitate divinam voluntatem antecedentem...».
- ²⁴ Vid. Institutiones..., cit., L. I, cap. 1, § 31.
- ²⁵ Johann Franciscus Budde indicaba que «Longe aliam viam ingressus est Samuel Pufendorfius...». Selectas Juris Naturae et Gentium. Hallae Saxonum, 1704, § 33. Nettelblatt, en la Historia Juris Naturalis incluida en su «Systema elementare Universae Jurisprudentiae naturalis», cit., aludía más explícitamente a esta división de las escuelas. Vid. op. cit., § 31. Hollmann, del mismo modo que otros autores, expuso tablas separadas de los seguidores de Grocio y Pufendorf.
- ²⁶ Vid., por ejemplo, Arthur Duck, De Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum, per dominia principum Christianorum . Londres, 1678, L. I, cap. 7, § 16.
- ²⁷ Es ilustrativo contraponer el Index Rerum et Materiarum de un Civilista que fuera canonista, Baldo de Ubaldis, por ejemplo, con el mismo índice de la obra de un canonista. En los libros de los canonistas, abundan los términos potestas ad, dominium, jus ad, facultas y otros similares, que están ausentes de las obras de los Civilistas.
- ²⁸ Vid. Foundations of the Conciliar Theories. The contribution of the Medieval Canonist from Gratian to the Great Schism. Cambridge University Press. Reimpresión de 1968.
- ²⁹ Todo este proceso estuvo plagado de oscuridades e incoherencias: La doctrina del nuevo Derecho Natural, una vez que hubo salido de las manos de los últimos escolásticos católicos, como Lessius o Lugo, fue de hecho, un tema de los protestantes. Pero el Protestantismo no logró elaborar ninguna doctrina sobre el Derecho Natural en el sentido usual del término, dada la poca confianza de los Reformados en las posibilidades de la razón humana. Así lo reconocía ya en la primera página de su prólogo Hans Steubing, Naturrecht und natürliche Theologie im Protestantismus. Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1932. Así, el propio Steubing, dependiente de las tesis fundamentales protestantes, hablaba de la «Widerspruch im Begriff einer Theologia naturalis». Vid. op. cit., págs. 124-161.
- ³⁰ «Inimicus facillime hostis fieri potest». Institutiones..., cit., § 368.
- ³¹ Heineccius explicaba que «Semper autem contra Hispanos licebit bellum gerere, quia in eo regno libidines nefandae admodum sunt frequentes». Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii De Jure Belli ac Pacis libros III, Berolini, 1744, pág. 673. Antes, en la página 74 de esta obra, había

dejado sentado que todas las guerras son injustas, e indignas de un cristiano: «Alii in defecto, ut omne bellum injustum, et Christianis indignum. Ejus sententia patroni fuere olim Tertullianus ... Johannes Ferus, Monachus Franciscanus saeculi decimi sexti ... Erasmus Roterdamus...».

- ³² Es rara la página suya en la que no aparece una o varias veces la palabra stupidus. Siempre descalifica a sus oponentes porque, según él, le tienen envidia.
- ³³ Leticia Cabrera publicó sobre este tema *Modernidad y Neoescolástica*: Anselm Desing. Universidad de Cádiz, 2001, pág. 161.
- ³⁴ Vid. mi estudio *Historia Breve del Derecho Natural*. Colex, Madrid, 2000, págs. 175-187.
- ³⁵ Heineccius ya hablaba abiertamente de que los ateos y deístas negaban la existencia de la conciencia moral. Vid. sus *Praelectiones Academicae in Samuelis Pufendorffii De Officio Hominis et Civis* libros tres. Berolini, 1742, L. I, § 5.
- ³⁶ Tomás de Aquino tuvo pocos discípulos. Las Universidades bajomedievales eran Nominales, y la doctrina tomista constituyó en ellas un cuerpo extraño. A caballo entre los siglos XV y XVI, Tomás de Vío (el Cardenal Cayetano) y Juan Capreolus se presentaron como discípulos suyos; pero esta pretensión es muy cuestionable. Lo mismo podríamos decir de los escolásticos españoles del siglo XVI, tales como Vitoria, Soto, Aragón, Báñez o Salón. Los jesuitas de finales de siglo, como Gabriel Vázquez de Belmonte, rompieron estrepitosamente con el de Aquino, y por este camino le siguieron Luis de Molina y Francisco Suárez. Sobre estos movimientos, vid. mi estudio *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2004.
- ³⁷ Holberg indicaba que Pufendorf era el triunfador a mediados del siglo XVIII. Vid. el *Vorrede des Verfassers in die Einleitung in das Natur- und Völkerrechts*. Copenhagen und Leipzig, 1748.
- ³⁸ Simon Nicolas Henri Linguet, *Théorie des loix Civil es ou principes fondamentaux de la société*. Londres, 1769, pág. 156.
- ³⁹ Samuel Coccejus, siempre crítico ante el jusnaturalismo usual entonces, se atrevió a mantener que sí existía un orden del ser, pero que tal orden provenía solamente desde la voluntad contingente de Dios. Fue atacado tan acerbamente por los conservadores que él se defendió alegando que él se refería a la voluntad santa de Dios, no a Hobbes o a Trasímaco. Aun tardíamente, Heineccius, en sus *Elementa juris naturae et gentium commoda auditoribus methodo adiuncta*. Edición de Nápoles de 1829, § 73, comparaba a Coccejus con Hobbes.
- ⁴⁰ Vid. mi estudio *El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica*, cit., págs. 274-278.
- ⁴¹ Vid. *Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii...*, cit., págs. 2-3.
- ⁴² Holberg denunciaba que «worüber nicht allein Commentarii, sondern Commentarii de Comentariis, geschrieben worden». *Einleitung...*, cit. *Vorrede des Verfassers*.
- ⁴³ Doviatius, *Enarratio in responsa Jurisconsultorum naturalia. Halae Magdeburgicae*, 1723. Slegvotius, *De Philosophia Juris Consultorum Programma*. Jenae, 1724. Bierling, *Dissertatio de judicio historico*. Lipsiae, 1724.
- ⁴⁴ Fue publicado en Leipzig, en 1726.
- ⁴⁵ Felden, *Annotata in H. Grotii De Jure Belli ac Pacis*. Amstelodami, 1653. *Elementa Juris Universi*. Francofurti et Lipsiae, 1664. Osiander, *Observationes maximam partem Theologicae in libros tres de Jure belli ac Pacis Hugonis Grotii*. Tubingae, 1671. Veltheim, *Introductio ad Hugonis Grotii de Jure belli ac Pacis eiusque omnes libros ac singula capita ubi simul Elementa scientiae de juris naturae et gentium*. Jenae, 1676.

- ⁴⁶ Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libri tres cum commentariis Guglielmi van der Muelen. Et Authoris Annotata, ex postrema ejus ante obitum cura nec non Johannis Frid. Gronovius. Ultrajecti, 1696-1703.
- ⁴⁷ «Jus etiam a justitia inmensum dictat. Nam justitia est constans voluntas hominis: Jus autem constans voluntas Dei, norma voluntatis humanae». Dubi..., cit., cap. 7, § 24.
- ⁴⁸ En el § 64 de sus Dubia, cit., explica que «Recta ratio sequitur legem», y en el § 67, que la ley es la conveniencia con la naturaleza racional.
- ⁴⁹ Vid. Institutiones Juris Naturae et Gentium methodo geometricae digestae collataque jure positivo illustratae. Vitembergae, 1731, cap. 1, Definitio 2.
- ⁵⁰ Sobre la primera afirmación, vid. Quaestiones..., cit., q. 1, § 9, en la pág. 4. Sobre la segunda, «Ut mentem meam distinctam exponem, res ipsae, de quibus Justi vel Honesti regulae praecipunt, prorsus eadem sunt, vel esse possunt». Quaestiones..., cit., q. 3, pág. 87.
- ⁵¹ Vid. Vernünftige Gedanken von der Menschen Thun und Lassen. Hallae im Magdeburgicae, 2ª ed., 1723, I Theil, § 20.
- ⁵² Vid. Systema..., cit., § 139 en lo que hace a las inmutabilidad de la justicia. Sobre el criterio ex objecto, vid. esta misma obra §§ 19 ó 78.
- ⁵³ Vid. Institutiones..., cit., §§ 64-67.
- ⁵⁴ Vid. Erläuterung über Samuelis Pufendorffii De Officio hominis et civis. Hamburg, 1744, L. I, cap. 3, § 1.
- ⁵⁵ Realizó un desideratum de la escuela de Thomasius, que no solamente quiso una filosofía sencilla, sino igualmente un idioma universitario sencillo.
- ⁵⁶ Via ad veritatem, cuius pars tertia jurisprudentiam naturalem nova methodo elaboratam praesuntis opinionibus aliisque ineptis vacuum sistit. Halae Magdeburgicae, 1715, cap. 3, § 15.
- ⁵⁷ Un siglo antes, Francisco Suárez, siguiendo los precedentes de la escolástica en la que él se insertaba, ya había diferenciado con bastante claridad el Derecho de la moral. Vid. mi estudio El desarrollo de la facultad individual..., cit., págs. 229-233.
- ⁵⁸ Daries ya comienza en el parágrafo 1 de sus Institutiones Jurisprudentiae Universalis in quibus omnia Juris Naturae, Socialis et Gentium capita methodo scientifica explanatur. 6ª ed. Jenae, 1764, el tratamiento de los status.
- ⁵⁹ Nettelbaldt explicaba que «Persona in sensu generali idem est ac homo. In sensu speciali vero sub personae nomine venit, homo consideratus cum certo statu. Status autem hoc loco est qualitas, secundum quam homines diversis juribus et obligationibus utuntur». Systema..., cit., § 43. Thomasius explicaba que «Jus persona competit. Persona hic denotat hominem consideratum cum suo statu. Status est qualitas hominem afficiens secundum quam ipsius jus variat». Institutiones Jurisprudentiae Divinae, cit., L. I, cap. 1, § 86.
- ⁶⁰ Nicolás Beckmann explicaba al filo de esta mentalidad —con frecuencia abusiva— que si la prostituta era raptada no se cometía estupro con ella, pues no era persona honesta: «Quia si meretrix fuerit abducta, raptus non dicitur committi, quia non est persona honesta». Doctrina juris gentium ex jure naturae, Jure Gentium, Canonico, Divino, Jure Civili Romano, Jure Feudali et Principiis Philosophiae Practicae. Jenae, 1678, pág. 475. La actitud de Heineccius resulta verdaderamente sorprendente. Pues, de acuerdo con su doctrina, nadie puede incurrir en una verdadera obligación por un evento físico o natural, como es ser padre o hijo, ya que las obligaciones solamente pueden surgir desde la legislación o desde la propia voluntad. Resultaría así que mientras la paternidad o la filiación no son fuentes de Derechos o deberes, siempre lo es la legislación.

- ⁶² Vid. Heineccius, *Praelectiones Academicae in Sam. Pufendorffii...*, cit., L. II, §§ 2 y 3. Nettelblatt escribía: «Jurisprudentia naturalis non praesupponit homines in republica seu in statu Civili viventes. Naturales veritates de juribus et obligationibus hominum enim adsunt, in quacumque etiam conditione vivat homo». *Systema...*, cit. *Discursus Praeliminaris*, § 7.
- ⁶³ Schmitt escribía sobre el «Du contrat social» de Rousseau: «Die Fassade ist liberal: Begründung der Rechtsmäßigkeit des Staates auf freien Vertrag. Aber im weiteren Verlauf der Darstellung und bei der Entwicklung des wesentlichen Begriffes, dervolonté général, zeigt sich, daß man wahre Staat nach Rousseau existiert, und das Volk so homogen ist, daß ... keine Parteien geben, keine Sonderinteressen, keine religiöse Verschiedenheiten ... Die Einstimmigkeit muß nach Rousseau so weit geben, daß die Gesetze sans discussion zustande kommen». *Positionen und Begriffe, im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*. Hanseatische Verlagsanstalt. Hamburg, 1940, pág. 63.
- ⁶⁴ «In statu libertatis mag ein jeder thun was er will, er ist judex suarum actionum, kein anderer hat ihrer was zu befehlen, weil er sein aequalis ist. Daher kann auch keiner zu ihn sagen, tu peccas». *Erläuterung...*, cit., L. II, cap. 1, § 8.
- ⁶⁵ «Sunt enim liberi homines ratione praediti: quia etiam haec parte aequales sunt, sequi omnes fas est». *Jus naturae et gentium connexa ratione novaque Methodo elaboratum*. Hallae Magdeburgicae, 2ª ed., 1728., cap. 3, § 18.
- ⁶⁶ «Contemnere significat aliquem inaequalem declarare». *Jus Naturae*, cit., cap. 5, § 7.
- ⁶⁷ «So hat niemand von Natur ein Recht über die Handlungen eines anders». *Grundsätze der Natur- und Völkerrecht worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*. Hallae, 1754, § 76.
- ⁶⁸ «Da ein Vorrecht derjenigen ist, welches einem von der andern, mit dem er sonst gleiches Recht hat, zukommt; so hat kein Mensch von Natur als ein Mensch ein Vorrecht; und daher ist auch kein natürliches Vorrecht». *Grundsätz...*, cit. § 71.
- ⁶⁹ «Quum in statu naturali, ut inter aequales, nec imperio, nec subjectionis locus sit: consequens est ut status naturalis sit libertatis». *Praelectiones Academicae in Samuelis...*, cit. L. II, § 6.
- ⁷⁰ *Elementa juris naturae et gentium...*, cit., § 13.
- ⁷¹ La palabra elegida cuidadosamente para expresar esta potencia autónoma del ser humano fue la de facultas, y cabe que nos preguntemos por qué ella. Pues nos indica Pedro Juan Nunnesius Valentinus (Nunnesii es el genitivo de Nunnesius, que es la traducción latina de Núñez. Se apoda Valentinus porque pertenece a la Academia de Valencia. Su nombre resultaría ser Pedro Juan Núñez, de Valencia) que en Platón la palabra facultad significaba el conocimiento acabado o completo, tal como expuso en el Fedro: «Plato quidem in Phaedro Rethoricam vocat facultatem, id est perfecta cognitione, quae comparatur natura, arte, et exercitatione. Quae certe genus artis non est, sed totum ... Eadem ratione perfecta cognitio Dialectica facultas a Platone nominatur». *Commentarium in libellum de constitutione artis*, en «Oratio de causis obscuritatis Aristoteleae, et de illarum remediis». Valentiae. 1554, pág. 65, y en Aristóteles mentaba la ἀρχαίβδω, esto es, las facultades o potestades. Pero estas potestades aristotélicas fueron entendidas de modos diversos por los intérpretes de Aristóteles, ya que algunos expusieron que tienen facultad los hombres que están situados en una situación de excelencia o dignidad, de modo que han de ser admirados y venerados por demás; pero Núñez entiende que esta explicación es más pretenciosa que docta:

Vid ibidem .

Además, Aristóteles enseña abiertamente que el término facultad designa a la Dialéctica, porque hace disputar sobre las partes contrarias, y en el octavo libro de la *Metafísica* declara que toda potestad participa de las razones de los principios contrarios: «Aristoteles tamen aperte declarat primo Oratorio se facultatem nominem Dialecticam, propterea quia in contrarias partes disputat

... ex octavo Metaphysico ... in quo docet Aristoteles onmem potestatem participare rationes contrariorum esse: quales sunt Dialectia vet Rethorica».

Ibidem. Aunque Aristóteles atribuye a la Retórica la capacidad para disputar sobre las partes contrarias, esta capacidad la tiene la Retórica desde la Dialéctica, pues a la Dialéctica le corresponde primo et per se la 'facultas', y la Retórica sólo dispone de este nervio oblicuamente, de forma que la facultas no pertenece a la Retórica, sino a la Dialéctica. Y si alguien se pregunta que donde afirma esto Aristóteles, que lea el primum oratorium, en donde escribe que la Retórica es como una propagación de la Dialéctica, y en otros momentos explica que la Retórica consta de la Dialéctica y de la Política.

Vid. ibidem.

⁷² Quizá el personaje más interesante en este grupo de escolásticos modernos, es el Cardenal de Lugo, porque asume la empresa de explicar en toda su radicalidad qué es este dominio originario sobre sí mismo y sobre las cosas. Toma como ejemplo el dominio divino, y presenta al hombre como un ser portador de dominios al modo cómo Dios domina sobre todas las cosas. Vid. Disputationum de iustitia et iure tomus primus. Lugduni, 1646, Disputatio 2, § 4. Es patente que el dominio así entendido es una categoría tan originaria que no se deja explicar mediante análisis ulteriores, pero él intenta aclararla hasta donde alcanza. Escribe que el dominio es aquel Derechoque, subjecta materia, nace de la conexión misma que tenemos con alguna cosa: «Qua subjecta materia nascitur ex connectione ipsa, quam habemus cum aliqua re, quod jus dicitur proprium». Disputationum..., cit., Disp. 2, § 3, que puede ser un dominium proprietatis, seu jurisdictionis.

Vid. ibidem, Disp. 2, § 1. Bien, pero siempre tenemos el derecho de preguntarle a Lugo por qué el hombre se encuentra conectado necesariamente (subjecta materia) con alguna cosa. Lugo es quizá el primer autor de nuestra cultura que parte expresamente desde las nociones del meum et tuum. Vid. Disp. 1, § 1, de forma que llega a un subjetivismo bastante radical

⁷² ¿No supone esto caer en un egoísmo impropio de un moralista católico? No, replica Lugo, porque nosotros seguimos nuestra utilidad por la propia dignidad de la naturaleza humana: «Ratio autem oritur ex dignitate et nobilitate humanae ... homo tamen propter nobilitatem suae conditionis, non debet fieri generantis, nec adduci ad utilitatem alterius». Disputationum..., cit., Disputatio 1, § 7

⁷³ «In quo jura hujus status naturalis in tertio sensu accipi consistant? Resp. In libertate, ubi nemo est imperans». Heineccius, Praelectiones Academicae in Sam. Pufendorffii., cit., L. II, § 8.

⁷⁴ Además de natural, la libertad puede ser «vel juris gentium, qua quis nullius domestico dominio subjectus est, et huic opponitur servitus ... denique tertio datur etiam libertas Civilis vel politica, qua quis nullum superiorem vel imperatorem agnoscit». Praelectiones Academicae in Samuelis..., cit., L. II, § 8.

⁷⁵ «Libertas est vel naturalis, quae idem ac spontaneitas, qua a natura instructi sumus, ut non agamus ex necessitate mechanica». Praelectiones Academicae in Samuelis..., cit., L. II, § 8.

⁷⁶ «Quum enim Spontaneitas sit facultas se ipse dirigendi ad certum et antea cognitum finem, libertas vero facultas, ex duobus possibilibus alterum, prout e re videatur, eligendi». Elementa..., cit., § 53. Gundling había dejado escrito que «Spontaneitas ist, wenn nichts vorhanden, so den Menschen intrinsece ad agendum zwinget ... Libertas ist, wenn der Wille extrinsece oder auswärtig von allem Zwängen frey ist». Erläuterung..., cit., L. I, cap. 1, § 9.

⁷⁷ «Libertas est facultas agendi omnia in meam utilitatem». Praelectiones Academicae in Sam. Pufendorffii..., cit., L. I, cap. 2, § 1.

⁷⁸ Propositum de novo sistemate Juris Naturae et Gentium ex sententia Jurisconsultorum concinnado. Lipsiae, 1747, pág. 47.

- ⁷⁹ «Est ist eine grôaere Praerogativ, als exlex seyen, das ist, in seinen natürlichen Freyheit, und bloâ nach seinen eigenen Willen leben. Daâist das Leben souverainer Könige». Neues Systema des Rechts der Natur. Göttingen, 1754, § 2.
- ⁸⁰ «Wenn er auch seines Instictus als von Gott eingegeben betrachtet, wird er Gott hierin nicht als ein Gesetzgeber, sondern vielmehr als seinen Schöpfer». Neues Systema..., cit, cap. 4, § 2.
- ⁸¹ Vid. mi estudio La Cabeza de Jano. Universidad de Cádiz, 1989, págs. 53 y ss., ó 103-118.
- ⁸² Sobre la lex constrictiva, vid. mis estudios Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa. Actas, Madrid, 1993, y la parte histórica de Una introducción a la ciencia jurídica. Civitas, Madrid, págs. 23-150.
- ⁸³ Vid. Fundamenta..., cit., L. I, cap. 1, §§ 55-56. Sobre el carácter papista de esta doctrina, op. cit., L. I, cap. 3, § 1.
- ⁸⁴ «Connatum a nativitate et a Deo est: sic natura liberi sumus». Jus Naturae, cap. 1, § 61.
- ⁸⁵ «De jure interno nulla mentio facta est, quia homo non gaudet libertate interna, sed tantum externa». Via ad veritatem..., cit, cap. 1, § 63.
- ⁸⁶ «Non dantur ideae innatae in moralibus».Erläuterung..., cit., L. I, cap. 3, § 72.
- ⁸⁷ «An voluntas agat sponte, vana est quaestio; denn es ist so viel, als wenn ich fragen wollte, an voluntas posse velle? Erläuterung..., cit., L. I, cap. 1, § 10.
- ⁸⁸ Vid.Systema..., cit., § 259.
- ⁸⁹ «Hunc statum moralem absolutum statum aequalitatis seu cum Hobbesio statum libertatis naturalis dixerunt (Hobbes, de Cive, cap. 3)». Institutiones..., cit., § 14.
- ⁹⁰ «Voluntas fundamentum est omnium actionum non necessariorum, und die grôate Potentia vel facultas, wornach sich alle andere facultates animae richten müssen». Erläuterung..., cit., L. I, cap. 1, § 8.
- ⁹¹ Vid., por ejemplo, Heineccius: «Quamvis vero hae omnes causam sufficientem in ipso homine habeant». Elementa..., cit., cap. 1, § 28.
- ⁹² «Wie man den Gebrauch der Vernunft erlangt, daâaller sine zureichende Grund hat ... In der Ursache finden wir den Grund, warum dir Vernunft vorhanden. Und daher es ist nicht möglich eine Wirkung ohne Ursache seyn kan». Wolff, Vernünftige..., cit., I Theil, § 337.
- ⁹³ «Animae essentia consistere in vi, quae sponte agere». Daries, Institutiones..., cit., § 12.
- ⁹⁴ «Mens scilicet est una; et habet primo potentiam intelligendi, hoc est, numerandi, addendi, subtrahendi, multiplicandi, dividendi; deinde habet etiam potentiam volendi». Erläuterung..., cit., L. I, cap. 1, § 3.
- ⁹⁵ «Idem mihi pessimos et ineptissimos Moralistas esse illos, qui hominem libertate privunt, et necessitatem appetitui et instinctibus obtemperandi nullatenus amoliendum defendunt». Son líneas dirigidas contra Thomasius. Vid. Quaestiones..., cit., q. 1, § 12, en la pág. 38.
- ⁹⁶ «Omnino legem hanc mechanicam et improprie seu dictam cum lege veri nominis inepte confundas: quae confusio eo minus fecunda, quoniam libertatem homini aufert, et ex homine machinam facere velle videtur». Quaestiones..., cit., q. 1, § 12.
- ⁹⁷ «Ad istum absurdum refero pene totam Scholasticorum pneumaticam, seu Philosophiam de spiritibus». Institutiones Jurisprudentiae Divinae, cit., L. I, cap. 3, § 66.
- ⁹⁸ Vid. Daries, ya en el primer párrafo de sus Institutiones.

- ⁹⁹ «Mundum ut et hominum esse Systema, variis argumentis in Metaphysica corroboratur, est vero 'systema entium' unum, quod entibus ita connexis, ut eorum unum operationes alterius determinare possit, constituitur. Vid. *Mechanologiam*, § I seqq.». *Institutiones...*, cit., § 57.
- ¹⁰⁰ «Las diferencias entre Suárez y Pufendorf no son tan grandes, al menos en la teoría política; de hecho, Carl Schmitt afirmaba que Pufendorf no era sino un discípulo del jesuita. Vid. *Estudios políticos*. Trad. De F. J. Conde. Doncel, Madrid, 1975, pág. 17.
- ¹⁰¹ Vid. *Praelectiones in Sam. Pufendorffii...*, cit., L. I, § 2.
- ¹⁰² Vid. *Systema...*, cit., §§ 145-151.
- ¹⁰³ «Animan saepissime esse in statu indifferentiae, quotidiana docet experientia». *Institutiones...*, cit., § 48.
- ¹⁰⁴ «Actiones nostras formaliter contingentes esse, ex experientia manifestum est». *Institutiones...*, cit., § 71.
- ¹⁰⁵ Vid. *Institutiones...*, cit., § 72.
- ¹⁰⁶ Sobre este tema vid. mi estudio *Imputatio*, en «*Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*» LXXXI (2004) págs. 25-78.
- ¹⁰⁷ Daries escribía: «Illi, ad cuius voluntatem existentia vel non existentia a facti refertur, factum imputatur. Declarare itaque aliquem esse auctorem facti, idem est ac imputare». *Institutiones...*, cit., § 213.
- ¹⁰⁸ Vid. Hobbes, *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and Civil*. London, 1839, vol. I, págs. 147-148. Esta explicación fue la seguida, en definitiva, por Joachim Georg Daries, para quien el sujeto era aquello o aquel substratum a lo que se podía imputar una acción: «Sequitur subjectum, cui aliquid imputare potest. Sit sermo de imputatione morali, et ex hujus imputationis definitione manifestum erit, hocce subjectum esse tale, ad cuius voluntatem seu libertatem existentia ejus, quod obveniens, referenda». *Observationes juris naturalis socialis et gentium ad ordinem systematis sui selectae*. Jena, 1754, vol. II, pág. 75. Citado por Alfredo M. Flores en su tesis doctoral inédita, «Augusto Teixeira de Freitas y la 'persona por nacer'». Valencia, 2004, pág. 498. Efectivamente, la teoría de la imputatio, de origen medieval pero tan generosamente recogida por los modernos a partir de las explicaciones de Thomasius, sirvió históricamente para concebir al Derecho como un cosmos autónomo de normas que habían de ser conocidas de forma simplemente cognitiva, de modo que en primer lugar existía la norma, después la acción, y sólo en un tercer momento aparecía el subjectum a quien se podían imputar las consecuencias previstas en la norma: La persona era así el término final de la imputatio, y no era definida o descrita de otra forma.
- ¹⁰⁹ *De jure naturae et gentium libri octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759, L. I, cap.1, § 16.
- ¹¹⁰ Hoffbauer, primero kantiano y después desengañado de este tipo de teorías, escribía en 1816 que «El jusnaturalismo de estos filósofos no es otra cosa que una teoría de la legislación Civil». Se trataba de hacer una teoría de la legislación según la igual libertad de todos los ciudadanos. Vid. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihren gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit dargestellt*. Hallae, 1816, pág. 6.
- ¹¹¹ «Nam solus homo est immediatum et primum juris objectum?» Responde en nota a pié: «Mediate et secundarie sunt creaturae reliquae corporea praeter hominum». *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., L. I, cap. 1, § 90.
- ¹¹² Vid. *Institutiones...*, cit., § 15.

- ¹¹³ Hobbes escribía con cierto espíritu de humor: «Spirit is thin, fluid, transparent, invisible body». De corpore politico, en «The English Works of Thomas Hobbes». London, 1839, vol. IV, pág. 309.
- ¹¹⁴ Así, Achenwall, en Prolegomena..., cit., cap. 2, § 12.
- ¹¹⁵ El llamado carácter objetivista del Derecho romano consistía en que las relaciones entre el yo, tú y nosotros estaban mediadas por las necesidades mías, tuyas y nuestras, todas ellas simultáneamente, y en un equilibrio casi siempre provisional.