### ESCUELA LIBRE DE DERECHO

FAUZI HAMDAN AMAD

#### Junta Directiva

PASCUAL ALBERTO OROZCO GARIBAY Luis Manuel Díaz Mirón Álvarez JOSÉ ÁNGEL VILLALOBOS MAGAÑA FRANCISCO JOSÉ SIMÓN CONEJOS MAURICIO OROPEZA ESTRADA

### Consejo de Investigación e Informática

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA PASCUAL ALBERTO OROZCO GARIBAY JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO FRANCISCO DE ICAZA DUFOUR FAUZI HAMDAN AMAD GISELA OSCÓS SAID

#### Director del Centro de Investigación e Informática Jurídica JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

MANUEL ALEXANDRO MUNIVE PAEZ ARTURO O. DAMIÁN MARTÍN OSCAR SERVÍN GONZÁLEZ Coordinadores del CIIJ ARMANDO TRIGO RIZO

# OBRA JURÍDICA ENCICLOPEDICA

MANUEL ALEXANDRO MUNIVE PÁEZ JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

Coordinadores de la obra

#### DEL DERECHO HISTORIA

SALVADOR CÁRDENAS GUTIÉRREZ JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

Coordinadores del volumen

Presentación por el Rector

7.3 3

FAUZI HAMDAN AMAD

AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15 EDITORIAL PORRÚA



MÉXICO, 2012

Primera edición: 2012

Copyright © 2012

Esta obra y sus características son propiedad de EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 07 Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF www.porrua.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

; <u>;</u> ,

ISBN 978-607-09-1110-1

IMPRESO EN MÉXICO PRINTED IN MEXICO

#### Contenido

	Raúl Pérez Johnston	
203	Reflexiones sobre medios de control de constitucionalidad en la Revolución Francesa: las teorías de Emmanuel Joseph Sieyes y Benjamin Constant 2	
	Hernán Alejandro Olano García	
171	El pensamiento de Juan Ginés de Sepúlveda y su lucha contra las Tesis  Lascasianas	
	Teodoro Hampe Martínez	
133	El Licdo. Polo Ondegardo ( <i>Ca.</i> 1520-1575). Biografía de un jurista castellano en los Andes Coloniales.	
	Rafael Diego-Fernández Sotelo	
99	Reflexiones en torno al funcionamiento del aparato de Gobierno de la Monarquía Hispana a partir del estudio de caso de la audiencia de la Nueva Galicia	
	Rafael Cavalcanti Lemos	
81	Inserção do abolicionismo penal de percurso na Tradição Jurídica Ocidental à luz do teorema global do direito de J.P. Pampillo	
	María del Refugio González Domínguez	
61	Silvio Zavala y la historia del Derecho	
	Francisco Carpintero Benítez	
·	La ley natural: Una explicación interrumpida en la historia.	
XIX	Presentación del volumen	
VΧ	COORDINACIÓN DE LA OBRA	
×	Presentación por el Rector	

CONTENIDO

El Congreso Nacional de Talamantes: Primer proyecto constitucional para
el México Independiente
Independencia y libertad: del Ideario Político al Derecho Constitucional, y regreso. México, 1810-1824
Lenguaje y argumentación jurídica en el México del siglo XIX
A história do direito ao voto no Brasil: do Brasil colônia aos dias atuais 321  Valcilda Bezerra De Amorim

## Presentación por el Rector

La Escuela Libre de Derecho, "casa construida sobre la roca viva del amor" al decir de uno de sus fundadores, Manuel Herrera y Lasso, fue establecida el 24 de julio de 1912 y cumple este año su Primer Centenario.

Dentro del anterior marco conmemorativo, nuestra comunidad académica ha emprendido, coordinada por nuestro Centro de Investigaciones, un esfuerzo verdaderamente notable, que se ha traducido en más de cuarenta volúmenes que integran esta magna colección, la *Obra Jurídica Enciclopédica*, misma que reúne más de quinientos ensayos de actualidad que abarcan todas las ramas del derecho así como las diversas disciplinas jurídicas auxiliares y fundamentales.

Dicha colección, a la que se integra el presente libro Historia del Derecho, coordinado por Salvador Cárdenas Gutiérrez y Juan Pablo Pampillo Baliño, constituye el fruto maduro de una institución que desde sus orígenes se ha dedicado a la enseñanza, la investigación y la difusión de las ciencias jurídicas y sus auxiliares, habiendo prestado una importante aportación a la ciencia y a la práctica jurídica mexicana.

La Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario es una colección que por su magnitud, alcance y características, puede considerarse única dentro de la literatura jurídica mexicana y en general extranjera.

Desde el punto de vista de su magnitud, la *Obra Jurídica Enciclopédica* comprende, como se dijo, más de cuarenta volúmenes, coordinados por setenta y siete destacados juristas, que han reunido más de quinientos ensayos científicos escritos por prominentes autores nacionales y de otras latitudes.

En cuanto a su alcance, la presente colección cubre todas las ramas del derecho y ciencias jurídicas auxiliares, dividiéndose para la consulta de la colección completa —como puede apreciarse en páginas anteriores— en tres secciones, *Derecho Público*, *Derecho Privado* y *Ciencias Jurídicas Auxiliares y Fundamentales*, cuyas ulteriores divisiones y temas se proyectan a su vez en los diferentes volúmenes de la *Obra*.

Respecto de sus características especiales, merece la pena destacar entre otras, las siguientes: *a)* la tradición, actualidad y proyectos de investigación jurídica de la Escuela que constituyen su contexto y sustento, *b)* la participación de connotados juristas pertenecientes a diversas

ticamente desconocido en nuestra historiografía, autor de una propuesta original para que México dejara de ser una colonia dependiente de la metrópoli española. Pampillo destaca el carácter ilustrado del pensamiento del autor, quien conocía a fondo *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu y *El Contrato social* de Juan Jacobo Rousseau, así como las propuestas preilustradas modernas de Francisco Suárez y otros autores de la Escolástica tardía española. El estudio de Pampillo remite a un interesante aparato crítico que facilita la visión panorámica del pensamiento y acción de Talamantes.

El estudio de Eduardo Martínez Albesa sobre la independencia y el ideario político constitucional que se desarrolla en México, de 1810 a 1824, ofrece interesantes y originales reflexiones sobre el pensamiento de personajes que dejaron su impronta en nuestras instituciones. El recorrido por el que nos lleva el autor inicia con la Suprema Junta Nacional Americana constituida en Zitácuaro en 1811, la cual es deudora del pensamiento de Miguel Hidalgo, Ignacio López Rayón, José María Morelos y Pavón y José María Cos. Martínez Albesa nos descubre una interesante veta de lo que él llama "lógica tradicionalista del pensamiento insurgente", que rompe con las interpretaciones lincales a las que estamos acostumbrados. Lo que el autor trata de destacar es no sólo las rupturas a que dio lugar el pensamiento constitucional independentista sino también las continuidades.

Por nuestra parte, nos hemos ocupado de la historia de la argumentación jurídica abordando el tema desde la polémica desatada en la prensa mexicana del siglo XIX. Ahí tiene lugar el ataque y la defensa de la elocuencia en el foro, lo cual parece revelar un proceso de recepción y reticencia de la codificación del derecho en la modernidad.

Por último Valcilda Bezerra de Amorin se ocupa de analizar los problemas que suscita la interpretación de los datos que reportan los estudios sobre las elecciones en Brasil, visto desde una perspectiva de la Historia del derecho.

Estamos seguros que esta obra que el lector tiene en sus manos, puede resultar del interés no sólo de los especialistas en estas materias, sino también del gran público. La historia no es un cúmulo de datos e información, sino un modo de pensar problemas, y en este caso, como suele decir el maestro Jaime del Arenal, una manera de pensar el derecho.

SALVADOR CÁRDENAS GUTIÉRREZ. Coordinador

### La ley natural:

Una explicación interrumpida en la historia

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

#### INTRODUCCIÓN

El estudio de la ley natural ha de arrancar desde la historia. Esta exigencia se debe en parte a que han existido versiones distintas de la ley natural, y la discusión puede desperdigarse en alusiones a conceptos distintos sobre esta ley. También se debe a que ha sido una doctrina que quedó tronchada hace tiempo, cuando se impusieron ideas vulgarizadoras, y parece necesario recuperar hoy las bases más elementales de lo que quedó interrumpido.

La doctrina de la ley o el derecho natural ha sido una creación mediterránea. I En algunos de los países ribereños de este mar se impuso la idea —desde los primeros tiempos de nuestra cultura— de que en la primera constitución del mundo (prima constitutio mundi) no habían existido propiedades privadas y que todos los hombres habrían sido igualmente libres; tampoco habría habido ciudades, ni comercio, ni otras muchas cosas propias del hombre que vive socialmente. Isidoro de Sevilla, en el siglo VII llamaba a estas dos situaciones propias del ius naturale "Común posción de todas las cosas" (Communis omnium possessio) e "Igual libertad de todos", Omnium una libertas. El Obispo de Sevilla usaba estos términos con tal fluidez que lleva a pensar que ésta era entonces una terminología ya consolidada en las Escuelas del Bajo Imperio Romano.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Este estudio abarca un arco histórico muy amplio, en el que son aludidos algunos autores clásicos. Como no es posible indicar en cada caso los lugares de sus obras que saco a colación, he optado por indicar en las notas a pié los estudios en los que he tratado estos temas: allí encontrará el lector la bibliografía, si ése es su deseo. El resto de las notas las usaré para indicar fuentes que no recuerdo haber usado en otros estudios, o que se encuentran demasiado dispersas en otros ensayos. Para este primer capítulo, vid. Historia del derecho natural. Un ensayo, UNAM, México D.F., 1999, pp. 11-80. El desarrollo de la facultad individual en la Escolástica, en F. Carpintero (ed.), "El derecho subjetivo en su historia", Universidad de Cádiz, 2003, pp. 35-288. Historia Breve del Derecho natural. Colex, Madrid, 2000, pp. 13-34.

Ha habido, pues, dos momentos en la vida de la humanidad: uno propio del hombre solitario, sin sometimientos de un hombre a otro y sin proestado de naturaleza (status naturae) o, más simplemente, ius naturale.2 propiedades y del poder político, se le llamó en la Baja Edad Media, el piedades, y el actual. Al estado presocial, anterior a la aparición de las

equitativa, al margen de las costumbres y de los usos morales y jurídicos locales. San Pablo se refiere a ella cuando escribé en Romanos 2, 14-15, frecuente que los juristas usaran indistintamente ambas nociones. Gayo o Paulo tendieron a usar en mayor medida la segunda. Aunque es Hermogeniano, por ejemplo, usan más bien la primera, y juristas como no quedaron recogidas ambas acepciones de la ley natural. Ulpiano y ción del derecho que ordenó hacer tardíamente el Emperador Justiniaporque llevan la ley (natural) grabada en sus corazones.3 En la compilaque los gentiles, que no tienen ley, son sin embargo leyes para sí mismas otra, que entendía a este derecho como una ley que siempre es justa y Junto a esta acepción del derecho natural se desarrolló paralelamente

a cada individuo para ser propietario. La igual libertad de todos siguió utilidad común, no en un derecho innato o natural que correspondiera aunque fuera en calidad de esclavos, que no que fueran sacrificados. porque era mejor que los prisioneros de guerra permanecieran vivos, des, porque la codicia dio lugar a las guerras, y éstas a las esclavitudes, la misma suerte: también terminó cuando se introdujeron las propieda-Moderna. Notemos que al filo de ella, las propiedades se basaban en la mente durante más de dos milenios, hasta bien entrada la Edad des. Esta justificación de la propiedad privada se impuso omnipresentecontinuas, etc.; era mejor, o menos malo, que existieran las propiedadad de nadie en concreto, casi nadie los cuidaría, habría disensiones tencia de las propiedades alegando que si los campos no fueran propiesofistas que le recordaban esta prohibición 'natural', y él justificó la exispropiedades privadas. Aristóteles, por ejemplo, polemizó con algunos La común posesión de todas las cosas imponía la ausencia de las

que los juristas bajomedievales que reelaboraron el derecho romano, y a la igual libertad y el derecho natural fue especialmente fuerte, de forma momentos. El primero fue llamado ius naturale, y la identificación entre los que hoy nos reterimos llamándolos integrantes del lus Commune El racionalismo romano llevó a explicar conceptualmente ambos

explica que fue el derecho de gentes el que introdujo las propiedades, el dujo' las propiedades privadas, las guerras, las esclavitudes, el poder el Derecho de gentes o Ius gentium, que fue el orden jurídico que 'introtural, sino que la ley natural 'era' la libertad natural de los hombres no pensaban que la libertad natural se fundamentara en el derecho naescribían fácilmente, "La libertad, es decir, el derecho natural [...]". Ellos poder político, las ciudades, el comercio, etc., y que este Ius Gentium político, el comercio y el arte de amurallar las ciudades, etc. La 'ley' Ex Esta etapa del derecho natural terminó cuando los hombres introdujeron lus naturale. acabó con la libertad y la ausencia de propiedades establecidas por el hoc jure Gentium (D, 1,1,7) fue decisiva en esta explicación. <sup>4</sup> Este pasaje

#### I. LA ALTA EDAD MEDIA

compendio de los saberes, fue un libro especialmente estudiado. taba la escritura, bien para 'decir' Misa, bien para el rezo del coro ventuales, porque el sacerdote cristiano 'leía' la Misa, y el clero necesidialéctica se mantuvieron algo vivos en las Escuelas catedralicias y con-Alta Edad Media. Durante este tiempo los estudios de lógica, retórica y tros que llamamos -según una terminología alemana consolidada-Occidente. Estos nuevos ocupantes eran analfabetos y desde el siglo V acabaron con lo que persistía del muy debilitado Imperio Romano de latina. Las "Etimologías" de Isidoro de Sevilla, que formaban un breve Persistió, por tanto, un cierto conocimiento de la lengua y de la cultura hasta el siglo XI se extendió una ctapa bastante desconocida para noso-Las invasiones de los pueblos nórdicos, centroeuropeos y africanos

al Cristianismo, se dispusieron a restaurar el Imperio, también políticapuesto de una cultura muy superior. Una vez que se hubieron convertido eran conscientes de que estaban ocupando territorios que habían discion politica, y consiguió momentáneamente una cierta unidad. Pero las gislaba para todos los territorios europeos conocidos entonces; algunos porque la Iglesia Católica era la única confesión religiosa, y el Papa le mente. Desde el punto de vista religioso, la unidad estaba ya conseguida Estado, y que este Estado fue la Iglesia. 5 Carlomagno intentó la unificabases culturales eran endebles: Carlomagno se entretuvo, en su lecho de historiadores no dudan en indicar que durante este tiempo sí existió un Aquellos 'bárbaros' admiraban, sin embargo, a la cultura romana.

glos XII-XVII, en "Anuario de Filosofía del Derecho" XVIII (1975) pp. 263-305. y del siglo XVI en Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los si-<sup>2</sup> Estudié los tipos de 'estados de naturaleza' que usó la ciencia del derecho medieval

viten cogitationibus accusantibus, aut etiam defendentibus", B.A.C., Madrid, 1960 legis scriptum in cordibus suis, testimoniun reddentes illis conscientia ipsorum, et inter se inea, quae legis sunt, faciunt, ejusmodi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex: qui ostendum opus <sup>3</sup> La versión Vulgata expresa: "Cum enim Gentes, quae legem non habent, naturaliter

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Vid. mi estudio "Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela

del derecho natural moderno", en Persona y Derecho XIII (1985) 61 109.

<sup>5</sup> Vid. John N. Figgis, Studies of Political Thought. From Gerson to Grotius, Cambridge University Press, 1956, pp. 4 y ss.

constituía el Sacerdotium, y de la unidad política, que formaba el Regrecho romano en la época carolingia; pero nos hemos de contentar con al Imperio, pero faltaba la unidad jurídica, ya que Europa se encontraba tantes territorios se fueron creando reinos locales, y pronto prevaleció la no más, fundamentalmente en el sur de la actual Alemania. En los res-Imperio Romano-Germánico que, en realidad, permaneció como un reima encarnación del Regnum fue la confusa representación del Sacro num, y permaneció la idea de que habían de ir al mismo paso. La máximiento, también extendido popularmente de la unidad religiosa, que muerte, en tratar de aprender a leer. De todos modos quedó el sentitextos muy fragmentados que indican muy poco. derecho longobardo. Consta que existió un cierto conocimiento del debajo el imperio de varios ordenamientos jurídicos, fundamentalmente el la unidad religiosa y existía una vaga idea de la unidad política gracias idea que expresaba que "Rex est imperator in regno suo". Estaba lograda

### II. LA BAJA EDAD MEDIA

sino que ellos la presentaron como la tuente primordial de toda justicho natural consistía tanto en la igual libertad de todos y en la común posesión de todas las cosas, y que era, además, un orden 'natural' de capítulos del Digesto y de la Instituta. Aprendieron pronto que el derebre el derecho natural que exhiben, fundamentalmente, los primeros del Obispo de Sevilla, y de otro lado tenían a mano las declaraciones sose habían formado en sus estudios preuniversitarios en las "Etimologías" estudiar el derecho romano. Aquellos estudiosos disponían de una doble ron a Bolonia estudiantes de diversas partes de Europa, que deseaban Bolonia un manuscrito del "Corpus Juris Romanorum". Pronto accedietro tema, un Magister Artium llamado Irnerius comenzó a explicar en llaron a partir del primer tercio del siglo XI. En lo que respecta a nuestamente la aequitas es Dios. cia.6 En algunos manuscritos medievales, el Maestro que enseña direcjusticia, anterior a toda institución humana, al que llamaron aequitas herencia que les explicaba lo que era el derecho natural. De una parte, Esta 'equidad' no se circunscribía a lo que hoy entendemos por tal cosa, Las ansias de mejora cultural que latían en los siglos aludidos esta-

Escuelas en otras partes de Europa, y con sus libros, glosando y comentando el derecho romano, crearon un conjunto doctrinal que llamamos Los estudiantes formados inicialmente en Bolonia pronto crearon

VIII (1981) pp. 33-100

omnium possessio" y una aequitas superior y anterior a toda institución culación del Ius naturale con la "Omnium una libertas", la "Communis mente. De la mano de aquellos libros, se extendieron las ideas de la vinaragonesas cuyos jueces supieran latín, fue un derecho aplicado regularseñanza de este orden jurídico,7 y en las ciudades castellano-leonesas y dente. Los reyes de Castilla y Aragón favorecieron especialmente la enpositiva. "Ius Commune" porque fue el derecho realmente común a todo Occi-

en el estudio de la Teología, y los juristas no estudiaban esta ciencia. Se otra parte, los dos ciclos de estudios de las Escuelas de Artes acababan tipo de literatura que había de repugnar a un poeta o a un retórico. Por de latín muy elemental con todo tipo de abreviaturas taquigráficas: un en sus estudios sobre el derecho romano usaron una extraña mezcolanza derecho pronto mostraron una vocación muy abiertamente práctica, y derecho civil. Fue una enemistad comprensible, porque los estudiantes de ni poesía.8 El Papa Honorio III prohibió a los clérigos que estudiaran el ser rudos, incultos, brutos, que no estudiaban gramática, ni retórica, abierta enemistad. Los estudiantes de Artes achacaban a los de Derecho tes y las Escuelas de Derecho, entre las que hubo normalmente una de explicar cómo había sido posible que Dios conculcara los fundamencho natural en manos del Derecho de gentes, y los de Artes se ocupaban de una ley impresa naturalmente en el corazón de los hombres. Los juquitas", la "Omnium una libertas", etc., y los otros estudiosos por la idea das Escrituras. Los juristas estaban preocupados por las figuras de la "aedesde el Corpus Juris, el resto de los escolares partían desde las Sagraprodujo un hecho singular que afectó decisivamente a la doctrina sobre nes con una prostituta. Observo una cierta tendencia en el tiempo, quiza de los egipcios o cuando mandó al profeta Oseas que mantuviera relaciotos de la ley natural cuando ordenó a los hebreos que robaran los bienes ristas estaban preocupados por las 'derogaciones' sufridas por el derela ley natural: mientras que los juristas arrancaban sus conocimientos Pero la Baja Edad Media estuvo escindida entre las Escuelas de Ar-

<sup>6</sup> Vid. mi estudio "El derecho natural laico de la Edad Media", en Persona y Derecho

nia principum Christianorum, L. I, cap. 2, Londini, 1678, § 6. accomodandas esse praecipiunt". De usu et Authoritate Juris Civilis Romanorum, per domi teantur, in legibus tamen suis appellant Leges Romanas, Ius Commune, ad quas leges suas 7 Arthur Duck escribía "Adeo Reges hispani, etsi se ab Imperio Romano liberos profi-

Commentarium longe accutissimum, Lugduni, 1583, p. 52. Bellapertica vivió en el siglo XIII sulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi Principis vista sciatica non facet aliquot rude: is ante subtitles fruit". Potril de Bella pértica lurecon tam scientiam sunt rudes: hoc est contra artistas qui veniunt de paristis et faciunt se subtiles. Quiddam dixit mihi anno praeterito quo ista scientia redidderat ipsum brutum. Deco 8 Pedro de Bellapertica escribía que "Et sic supponit quod omnes qui veniunt ad is-

Pero estas matizaciones sólo las podemos hacer con cierto tono de seguridad en la medida en que desconocemos lo que sucedió realmente en el tiempo que discurre desde el siglo XI al XV. Puestos a puntear temas sin pretensiones de exhaustividad, vemos que el derecho romano portaba en sí dos fermentos muy distintos. A uno lo conocemos más claramente, y se le suele designar como el realismo jurídico romano. En efecto, si observamos los casos que nos propone el Digesto, vemos que cada jurista procuraba individuar los nervios lógicos del problema que estudiaba, pero no de la mano de la lógica formal, sino de las exigencias que se derivan de la situación que estudia, de modo que finalmente declara quien ha de ser considerado responsable o a quien hay que adjudicarle la cosa en litigio; era una labor de ontología jurídica.

de Carlyle. contractualistas, como mostró primero Otto von Gierke y amplió más tartos. No fue extraño que la Edad Media esté plagada de teorías políticas de acuerdo con el derecho natural es el que ha surgido mediante contra como externo. De lo que resulta que el único orden jurídico constituido su consentimiento, y esta obligación es válida tanto en el foro externo (annihilatus) por el derecho civil, se vincula lícitamente cuando presta derecho civil o fundamentadas en él. Pues el esclavo que cstá aniquilado natural, por muchas desigualdades que existan hoy, introducidas por el surgida desde el propio consentimiento. Todos son iguales ante la ley reiteraron que la única obligación adecuada al derecho natural era la obligatio' llegó a ser algo pesada en los juristas del Ius Commune, que ral', que es la contraída voluntariamente. La doctrina de la 'naturalis libertad de todos, concede una gran importancia a la 'obligación natudividualista porque, de la mano normalmente del principio de la igual tuaciones o 'cosas', el derecho de Roma apunta una fuerte tendencia in-Pero junto a esta tendencia a examinar lo que ha sucedido en las si

En la doctrina de la *naturalis obligatio* comprobamos como la ley natural que constituye la libertad de cada individuo, aunque esté 'dcrogada' por el Derecho de gentes, no ha quedado abrogada en el sentido actual de este término, sino que 'revive' (por así decir) cuando se dan circunstancias determinadas. Atendido el derecho natural todos los hombres son igualmente libres, y no existen dos tipos de libertades, una propia del hombre libre y otra propia del esclavo. Por este motivo, cuando se manumite a un esclavo no se le da la libertad, sino que se le devuelve. Del mismo modo, 'revive' la común posesión de todas las cosas en caso de necesidad, y crea el '*ius necessitatis*', porque "en caso de necesidad todas las cosas son comunes". Se trata de un verdadero derecho,

por lo que cuando desaparezca la necesidad, el que ha tomado cosas no está obligado a restituir, porque usó de su derecho.

LA LEY NATURAL: UNA EXPLICACIÓN INTERRUMPIDA EN LA HISTORIA • Carpintero

Esta faceta del derecho romano se vio potenciada extraordinariamento por el derecho canónico porque los canonistas hicieron del derecho subjetivo la manifestación primera del derecho. Bryan Tierney ha estudiado recientemente este tema en canonistas de primera hora. 9 A pesar de lo indicado líneas arriba, los apóstoles de la libertad individual no fueron los civilistas, sino los canonistas. Cuando el investigador examina los "Índices de las cosas y materias" de un canonista bajomedieval, aparecen frecuentemente palabras como dominium, ius ad, facultas, o potestas. Las buscará en vano en las obras de los civilistas; incluso en juristas que estudiaron ambos ordenamientos jurídicos, como fue el caso de Baldo de Ubaldis, prevalece su dimensión civilista y no usa estas expresiones. El único 'ius ad' que aparece en los índices de las obras de los civilistas es el 'ius patronati'.

No sabemos lo que sucedió en la Iglesia que llega al siglo XI. Lo claro es la existencia y operatividad de lo que algunos historiadores llaman el 'constitucionalismo medieval', ya que el clérigo de aquel tiempo se encontraba protegido contra intrusiones en sus competencias: existían y eran afirmados fuertemente frente a las autoridades superiores los derechos de los párrocos, de los obispos, de los abades, etc. Esta mentalidad aparece ligada también a la mentalidad individualista aludida antes, en la que cada individuo se atrincheraba protegido por sus derechos, que llevaba hacia el contractualismo como fundamento de la validez de las leyes. Incluso un autor moderado como Pierre de Bellaperche explica que las leyes civiles y canónicas obligan solamente por el consentimiento de los súbditos. Esta supremacía de las voluntades individuales sobre el orden instituido tenía una concreción más práctica en el principio "Lex non recepta a subditis non est lex"; este principio no fue negado expresamente más adelante, pero sí fue silenciado por los modernos.

Las ideas iusnaturalistas contenidas en el *Corpus Iuris Civilis* y en las obras de los canonistas fueron convergiendo en la afirmación de la libertad individual como el fundamento último más básico de cualquier convivencia imaginable.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Vid. The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625, Scholar Press, Atlanta, Georgia, 1997.

<sup>10</sup> Normalmente he consultado las obras de los juristas y teólogos medievales en ediciones publicadas en el siglo XVI, una vez que se generalizó el uso de la imprenta. En este tiempo, y en el siglo siguiente, al final de cada obra existe un "Índice de cosas y materias" (Index rerum et materiarum necnon vocabulorum peregrinorum) dispuesto en orden alfabético. Es el índice fundamental para estudiar las obras de los juristas que no disponían de orden temático ya que eran obras casuistas.

<sup>11</sup> Vid. Petri de Bellapertica Iureconsulti Gallorum claríssimi.., cit., pp. 85-91.

## III. LA ESCUELA DE LOS NOMINALES<sup>12</sup>

ron ya como los objetos pasivos de los dominios de los seres humanos que niegan expresamente valor alguno. Unificándolos ahora de una forco, etc. Realidades que no podían conocer los juristas romanos por ser nio original que participa del poder creador de Dios, del poder evangélicapacidad para hacer de cada criatura. Un cristiano dispone del domipos profesionales miraba con simpatía a los juristas del Ius Civile. Toque era el fundamento último de la justicia. Ninguno de estos dos gruen general, la naturaleza era lo 'ya-dado', lo no creado inteligentemente profusamente la expresión persona. Notemos que 'las cosas' apareciesobre las cosas que le ha otorgado Dios en el acto de la creación. Usaron capacidades con los términos ya indicados: dominium, potestas, faculque surgen capacidades de hacer para cada persona; designaban a estas cia' (prima justitia Dei, según la expresión que ellos más usan), desde la ma muy amplia, se podría decir que ellos piensan en una 'primera justi-Biel en el siglo siguiente, desprecian las creaciones de los juristas, a las paganos. Scoto y Ockham en el siglo XIV, Gerson, Conrado, Almayn o desde los dominios: el de Dios, de los ángeles y de los demonios, de la memos como caso paradigmático a la obra de Juan Duns Scoto. El parte porque el hombre es ante todo un ser libre gracias al dominio sobre sí y tas. El derecho consiste en el despliegue de las facultades de cada cual halla profundamente presente en las obras de los componentes de esta Lo que normalmente se llama "la visión moderna de la naturaleza" se por el hombre, destinada a ser dominada por la inteligencia humana. Los canonistas y los teólogos pensaban ante todo en esa aequitas

La Baja Edad Media ha sido la época de nuestra cultura en la que ha habido mayor paz y más desarrollo económico. Los escolares del siglo XI, que estudiaban geometría, pronto aprendieron a levantar edificios románicos, y algo después dominaban la maravilla de las construcciones góticas. La Antigüedad apenas conoció lo que era navegar: los barcos romanos o fenicios eran poco más que barcazas movidas por remos; el descubrimiento de América en el siglo XV fue posible gracias a un nuevo tipo de barco, la carabela. Los conflictos militares eran evitados por la Iglesia, mediante prohibiciones o con excomuniones al príncipe cristiano que quisiera promover guerra; la batalla más importante de la Guerra de los Cien Años se saldó con una quincena de bajas. Este estado de cosas, extenso en el tiempo y de prosperidad económica, propició la

aparición de ese *homo ludens*, como lo llamó Huizinga, típicamente medieval. Este hombre juguetón consumía bastante alcohol: los antropólogos calculan, por el tamaño de las *Brauerei* en las aldeas, que el centroeuropeo consumía al menos tres litros y medio de cerveza al día; el hombre mediterráneo consumía casi lo mismo, pero de vino. La fidelidad matrimonial era tenida en poco, e institucionalizaron un tiempo, los Carnavales, en el que estaba permitida socialmente la infidelidad. La conducta personal de los que portaban cargos civiles y eclesiásticos dejaba frecuentemente que desear; a esto ayudaba no poco el nepotismo y la venta de cargos y privilegios públicos.

En este ambiente se fue produciendo un hecho similar al que conoció el Bajo Imperio Romano: algunos cristianos, cansados del ambiente en que vivían, se retiraban a lugares solitarios para dedicarse exclusivamente al trato con Dios. San Benito de Nursia recogió a un grupo de estos ermitaños y les dio una Regla que ordenaba sus vidas. Nació así el llamado 'estado de perfección' (status perfectionis) que inicialmente se compuso de monjes que vivían en monasterios. El rasgo más definitorio de este estado era el 'desprecio del mundo', contemtus (o conptemtus) mundi. Pero con el tiempo los dedicados a esta vida monástica fueron adocenándose, y otros cristianos experimentaron la necesidad de renovarla. A mediados de este período surgieron los frailes, que ya no vivían en monasterios, sino en simples conventos, y que insistían muy especialmente en la pobreza. Emergieron dos órdenes religiosas que vivían de limosnas, las órdenes mendicantes, que fueron las de los dominicos y la de los franciscanos.

contrario, los Hermanos Menores de San Francisco mantenían que "Ni entendían que si alguien actúa sin derecho, obra injustamente. Por el de la vida social y la vertiente económica del hombre. Los trailes de su sus esfuerzos fueron dirigidos ante todo a repudiar las formas usuales mida, se hace propietario de esa comida. neamente esta situación tan singular quedó resuelta legalmente (pero no cada fraile individualmente, ni la Orden corporativamente. Momentáluta. Por la misma razón, los franciscanos no debían poseer nada, ni es decir, que Cristo obligó a los Apóstoles a hacer voto de pobreza abso-Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada, ni en común ni en particular"; la pobreza, pero admitían que ellos habían de usar del derecho porque nunciaban incluso al uso del derecho. Los dominicos también insistían en Orden no sólo no podían ser propietarios de ninguna cosa, sino que relos daños humanos y sobrenaturales que originaba el deseo del dinero, y nes que usaban los franciscanos eran propiedad de la Santa Sede. Pero jurídicamente) por el Papa Nicolás III, que estableció que todos los bielos juristas argumentaban que si un franciscano come su ración de co-San Francisco de Asís tuvo una vivencia especialmente intensa de

<sup>12</sup> Vid. mis cstudios El desarrollo de la idea de liberad personal en el pensamiento medieval. Universidad Panamericana-Editorial Porrúa, México D.F., 2006, pp. 21-80. Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos, t. II. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, pp. 185-295.

en principio actividades puramente 'naturales', sin relevancia directatos, uno natural y otro sobrenatural; trabajar, casarse, tener hijos, eran que sostenía que el ser humano tiene simultáneamente dos fines distintiano, indiferente para la intuición de los bienes y valores; para hacer existía, se adelantó en varios siglos a lo que hoy llamamos visión moderna. Indiqué que Duns, haciéndose eco sin duda de un ambiente que ya natural? Porque la naturalis ratio indica que lo realizado sin derecho es distinguió en esta empresa de negaciones. ¿Y la razón natural, y la ley distinguían bienes muebles e inmuebles, bienes consumibles y no consuascética y a la mística, y no en vano Duns fue un místico destacado. sólo de una forma indirecta; la vida del cristiano quedaba reducida a la paciencia, etc., sus conductas podían tener cierto valor ante Dios, pero mente sobrenatural; en todo caso, si un cristiano vivía en sus ocupaciones posible esta explicación, hizo suya la teoría de la pura natura hominis, 13 na de la naturaleza: para él lo natural es lo que 'está-ahí', sin valor crisinjusto, y que lo que come una persona se hace propiedad de esa persomana y, por tanto, sin valor alguno. Juan Duns, que era franciscano, se mibles, eran puras especulaciones fruto de la soberbia de la razón hu-Hermanos Menores explicaron que las explicaciones de los juristas, que familiares o profesionales, por Amor a Dios, la fortaleza, el sacrificio, la Como este problema no tenía salida racional, los partidarios de los

que nos enseña que robar es malo moralmente; la otra compone la ley siones de la única razón; una componía la ley indicativa (lex indicans), que racional, es decir, en tanto que natural, no obliga a nada porque no moralidad de lo que conocemos mediante la razón, compone como un preceptiva (lex pruecipiens) que ordena no realizar lo que es malo momente', como sería el caso de la maldad del robo? Distinguió dos dimennatural, en tanto que natural. ¿Y lo que nos muestra la razón 'natural tural, del mismo modo que negó valor a la naturaleza, o a cualquier dato tiente de la ley natural que él llama lex praecipiens. El usa el adjetivo obedecer lo que nos muestra abiertamente la razón, este deber sólo puemino; la creación del deber es prerrogativa sólo de Dios, y si hemos de tiene capacidad para crear un 'deber' en el sentido estricto de este térmundo autónomo, que es la esfera de 'lo racional'. Lo racional en tanto ralmente. En su obra está disuelta la idea de que la 'recta razón' y la ta. La fuente por excelencia del deber es el Amor de Dios, que desciende fundamentarse en un mandato de Dios, que es expresado por la vermoral' cuando quiere aludir a la faceta no-sobrenatural de una conducgradualmente desde Dios a lo creado, de forma que todo lo que De forma consecuente, negó valor a la razón natural en tanto que na

venga exigido por el Amor de Dios, y todo lo que 'consone' (consonet) con el Amor divino crea el deber de ser obedecido.

LA LEY NATURAL: UNA EXPLICACIÓN INTERRUMPIDA EN LA HISTURIA • Carpintero

y otro el de la pobreza llevada hasta sus últimos extremos. El problema encontraron una acogida frecuentemente entusiasta y a veces francamás inmediatamente práctico surgió algo después de la fundación de los precio del mundo con el consiguiente menosprecio de todo 'lo natural', se enardecieron y enviaron cartas a toda la Cristiandad afirmando que los franciscanos, y al filo de unas circunstancias concretas, los ánimos mente radical. En el año 1333 se celebraba en Perusia un congreso de Hermanos Menores, cuando se extendieron por toda Europa, en donde Cristo y los Apóstoles no fueron propietarios de nada, ni personal ni coencontraba entonces en París, esperando las aprobaciones eclesiásticas Luis de Baviera, entró en guerra con el Papa. Guillermo de Ockham se más radical de los franciscanos. Algunos de ellos se refugiaron detrás de fe, y hubo de intervenir el Papa Juan XXII, que llamó al orden al sector lectivamente. Esto implicaba sentar en la Iglesia una nueva verdad de para algunos escritos suyos, y tomó parte por los radicales aliados del las fronteras del Sacro Imperio Romano-Germánico, y el Emperador, Nos encontramos ante dos problemas bien definidos: uno el del des

verano su composición. Él adoptó ante la ciencia jurídica la misma acticonsumibles. Lo llamó cl "Opus nonaginta dierum", ya que le llevó un que combatió los argumentos del Papa sobre la propiedad de los bienes conceptos universales, como eran los de bienes consumibles y no consudad tan irreductible que no era posible designarla adecuadamente con civile porque, en definitiva, entendía que cada cosa constituía una entido progresivamente, que, en el caso de la regulación de la conducta del Scoto sólo había reconocido un ens generalissimum que se va concretantud negativa que Scoto, pero desde bases intelectuales opuestas. Pues Emperador. eran los conceptos pretendidamente vinculantes de los juristas, sino el o 'está-ahí'; lo propio de los seres es su haecceidad, su ser-ahí. En la pomibles. Ante una cosa sólo cabe señalarla con el dedo y decir 'ésta' (haec), hombre, era la ley del Amor de Dios. En cambio Ockham rechazó el ius lémica en la que él ocupó la última parte de su vida, lo importante no 'ser-ahí' de la vida sacrificada y santa de cada franciscano. Ockham redactó un escrito largo, bastante prolijo y reiterativo, en el

Notemos que ya tenemos las bases para entender el pensamiento jurídico propiamente moderno. De un lado, el derecho, la vida social y los datos naturales aparecen como realidades adiáforas ante Dios: ellos proponen un orden social en cierto modo secularizado en el contexto más amplio de una naturaleza irrelevante para alcanzar el fin último del hombre. Del otro lado, lo que prima en la *persona* es su dominio o libertad radical, 'anterior' y superior a cualquier ley; pues un ser humano es lo

 $<sup>^{13}</sup>$  Pero las alusiones medievales a esta teoría las encuentro en ablativo plural: puris naturalibus.

y si las leyes civiles generan la obligación de ser obedecidas, era -como y el derecho: este dato es el que justifica las pretensiones de los Hermado en 'el hecho de la comunidad'. explicó Scoto— porque el consentimiento individual se entendía incluiducido a una cascada de dominios propios o libertades de cada persona, nos Menores. El 'derecho' —por llamarlo de algún modo— quedaba resuficientemente libre como para despreciar la vida social, las propiedades

status jurídico o social. Emergieron así personas, dotadas de dominios no les creaba deberes. que podían ejercer ad libitum, sobre el trasfondo de una naturaleza que eran igual e inconmensurablemente personas, con independencia de su cada persona constituye 'la última soledad del ser'. Todas las individuate le añadieron las notas de soledad y dignidad, y Scoto llegó a decir que persona se caracteriza ante todo por su incomunicabilidad. Más adelanse encontraron ante el problema de explicar la Unidad y la Trinidad de teología cristiana de los primeros siglos, ya que los Padres de la Iglesia sona'. La categoría filosófica de la persona había sido una creación de la lidades de naturaleza racional eran personas, luego todos los hombres Dios. Concluyeron que existen tres personas en Dios, y entendieron que la Los Nominales concedieron mucha importancia a la noción de 'per-

glo XVIII. Ellos popularizaron las ideas del dominio original del hombre mana. Tesis que fucron recogidas por los jesuitas españoles de linales les en la formación de la filosofía práctica, del doble fin de la vida husobre sí mismo y sobre las cosas, de la irrelevancia de los datos natura-Gerson, cuyas obras seguían siendo reeditadas por los jesuitas en el simayn, Alliacus, Biel. Un personaje especialmente influyente fue Juan de fueron potenciadas por los parisinos del siglo XV: Gerson, Conrado, Alsido y era el sentido común dominante en las Escuelas. Sus enseñanzas del siglo XVI y comienzos del siglo siguiente. Las enseñanzas de Scoto o Ockham se ajustaban bien a lo que había

### IV. TOMAS DE AQUINO<sup>14</sup>

que vivió en el siglo anterior a Duns y Ockham, y porque la obra de tomistas. 15 Pero el espíritu de fondo de los Nominales es más fácilmente Duns Scoto fue una gran reacción, paso a paso, contra las enseñanzas Cabalmente, el de Aquino debería haber sido estudiado antes, por-

aceptado: el tomismo ha sido un apósito en la cultura europea, que se ahora. En cambio, Tomás de Aquino apenas ha sido ni entendido ni desprendió pronto de él. 16

ejerciendo la presión de un cuerpo —o de la voluntad— sobre otro cuercausas eficientes, siempre según el esquema del antes-después: en priconocían el movimiento propiamente mecánico, de naturaleza impelenma los Antiqui naturales, y el de Aristóteles. Los materialistas sólo rialistas (Empédocles, Anaxágoras, Demócrito, Epicuro), a los que él llaguía del Amor de Dios para orientar su conducta en medio de una natucinco sentidos.17 Este hombre así diseñado solamente contaba con la y acabada, pues ya disponía de su razón, memoria, voluntad, y de sus nada en cuanto que hombre, un hombre que ya era una potentia perfecta hombre como un ser situado en un mundo natural que no le aportaba mer lugar existirían las fuerzas o potencias, que actuarían más tarde te, por el que todas las causas operativas en el mundo habían de ser raleza indiferente cuando no hostil. po o sobre otra voluntad. Era el esquema de Scoto, que entendía al Aquino plantea los dos modelos científicos básicos: el de los mate-

es estudiada desde los cinco sentidos, y sus estudios se centran sobre el ción a si los alimentos se toman crudos o cocinados. Más tarde, el alma comienza por la comida, pues un hombre es lo que come; dedican atensentido del tacto, ya que existen animales, como la oyster o almeja, que Afrodisias - estaremos ante un cuadro más completo. El estudio del alma drinos del Estagirita - Filopón, Simplicio y especialmente Alejandro de los comentarios del de Aquino con las obras de los comentaristas alejansus comentarios al tratado "De Anima" de Aristóteles, y si completamos ininteligible. Su doctrina antropológica más básica viene expuesta en hombre que ha surgido desde su mundo o entorno, fuera del cual es El planteamiento tomista es el inverso.18 Tomás parte desde un

y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos, cit., pp. 43-188. Historia Breve del Derecho Natural. cit., pp. 35-94. 14 Vid. mi estudios El desarrollo de la facultad individual..., cit., pp. 108-172. Justicia

<sup>15</sup> Donde mejor se aprecia esta contraposición continua, que parece llevada como por una antipatía personal hacia Tomás de Aquino, es en la "Suma teológica" de Juan

de Tomás de Aquino. cuestión por cuestión y artículo por artículo, de las explicaciones de la "Suma teológica" Montefortino, Roma, 1728. En ella reproduce las doctrinas de Scoto siguiendo el orden cinnata, juxta ordinem et dispositionem S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronymum de Johannis Duns Scoti Doctoris Subtilis Summa Theologica. Ex universis operibus ejus con-Duns Scoto que realizó Jcrónimo de Montefortino, que apareció publicada bajo el título de

Aquino", en Ars Juris 29 (2003) 13-117. la ley natural", en Dikaiosyne 8 (2002) 11-60. "Los principios de la justicia en Tomás de 16 Sobre estas facetas de la obra de Aquino, vid. mi estudios "Tomás de Aquino ante

de la justicia", en Persona y Derecho 52 (2005) pp. 143-188. so) 27 (2004) pp. 67-108. "Facultas, proprietas y dominium: tres antropologías en la base 17 Vid. mi estudios "Dos nociones históricas de libertad", en Philosophica (Valparaí-

phica (Valparaíso) 35 (2009) pp. 95-120 18 Vid. mi estudio "La 'adaequatio hermeneutica' en Tomás de Aquino", en Philoso-

sólo poseen este sentido y pueden vivir; concluyen unánimemente que el tacto es la principal fuente de certeza del alma humana y el garante, en definitiva, de la fiabilidad de cualquier otro conocimiento. Terminan haciendo una breve alusión a la racionalidad humana.

¿Qué es antes, el apetito o la comida? Les resulta patente que si no existiera comida no existiría el apetito. El hombre dispone de la facultad del oído porque hay sonidos que oír, y de la vista porque hay colores que ver. Conoce poco, y malamente, porque no conoce lo que las cosas son en sí mismas, ya que su conocimiento no sigue la razón de ser de las cosas, sino la razón de 'su' ciencia: se produce ex ratione scientiae, no ex ratione rerum. Éste fue el punto que crispó a Scoto contra Tomás de Aquino en mayor medida. Pues Aquino establece que primero existen los objetos que son conocidos y después las facultades humanas que los conocen, y Duns entiende que este planteamiento de las relaciones entre el hombre y las cosas rebaja la noción misma del hombre. Pues el ser humano ha sido creado por Dios a su imagen y semejanza, y se eleva majestuosamente sobre lo que le rodea. Por el contrario, Tomás había mantenido que "Las potencias se especifican por sus objetos", y que "La razón no mide a las cosas, sino al revés": Ratio non est mensura rerum, sed potitus e converço.

unión del macho con la hembra; el tercer tipo son las propias de la nacon todos los seres, es la de permanecer en el ser; el segundo tipo de en "Suma teológica I-II, q. 94, art. 2, cuando indica que el orden de los nocer a Dios. Su declaración iusnaturalista fundamental viene expresada tural al hombre el apetito sexual no le es menos natural el deseo de cosino mediante fines, que son los fines propios del hombre, pues si es naexplica que Dios no gobierna el mundo mediante órdenes o mandatos, pasiones débiles no puede agradar a los dioses. 19 Las pasiones son realidades siempre en acto, transitivas porque nos llevan a nuestros fines. El de conocer a Dios inclinaciones son las que posee en común con los animales, como es la del hombre. La primera inclinación del hombre, que la posee en común preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales siones débiles, ¿puede agradar a Dios? Contesta que un hombre con con sus fuerzas o pasiones: "Amor est principium omnium affectionum". del hombre es el amor, que es la tendencia que le lleva a vivir de acuerdo que ha surgido desde la naturaleza y vive 'en' ella. La pasión fundamental turaleza racional, como es el deseo de conocer, y máximamente el deseo importancia decisiva en la doctrina tomista, ya que el hombre es un sei La vida del hombre ha de ser apasionada porque un hombre con pa-Como es lógico, la naturaleza y por tanto la ley natural, tienen una

su raíz, el hombre ha de obedecer a Dios porque posee una potentia obeeso expresa que la libertad es la capacidad para ser el principio del proque procedan de voluntades extrañas: siguen sus propios apetitos, y por culto suficiente. Por esto, la ética no tiene carácter imperativo, ya que sus pasiones, inclinaciones o apetitos, tiende directamente hacia Dios, establece que el hombre, al seguir sus propios fines representados en dientialis. Esta mentalidad es extraña completamente para Tomás, que de acuerdo con el racionalismo medieval que quiere explicar todo desde pio movimiento. Para Scoto, los mandatos de Dios obligan al hombre y, esto, no llama al pecador malus o pravus, sino stultus, es decir, tonto o se dejan llevar por caminos que no llevan a ningún lugar relevante; por Normalmente los hombres no desprecian a Dios, sino que normalmente rechaza a Dios mismo, entonces hay que hablar de una aversio a fine ción de lo que nos lleva a nuestro fin, una deviatio a fine, y si un hombre Hoc est tibi faciendum. Obviamente, el pecado es ante todo una desviano expresa: "¡Haz esto!, Fac hoc!, sino "Esto está para que tú lo hagas": ya que todas las cosas, al llegar a su perfección natural, rinden a Dios el necio; ironiza especialmente sobre los avarientos, porque el deseo de las Al seguir estas tendencias, los hombres no buscan cumplir órdenes

uno. La medición de lo debido en el derecho es distinta, porque obedece se adecua a las posibilidades de cada persona; no es arbitrario, sino repersonalmente, porque lo que sería comer normal para Gordus sería deriquezas es infinito. cualidades objetivas-- como profesor. La moral, en cambio, depende sus necesidades personales, sino su comportamiento objetivo -y sus para medir su calidad pedagógica no son sus disposiciones interiores o un buen protesor es bueno como profesor, pero puede ser un mal conmás a cualidades propias de las cosas que no a capacidades personales: masiado para Flacus; el 'justo medio' que hay que calcular en la moral virtud --cuando quiere obrar quantum ad rationem voliti--- actúa siemmucho de la disposición personal, ya que Aquino mantiene que el homductor de automóviles, ya que lo que se toma como punto de referencia lativo, porque se ajusta objetivamente a las necesidades relativas de cada 'medio de la cosa'. Moralmente un hombre puede comer lo que él pueda personales. ca podrá ser un buen protesor, con independencia de sus disposiciones depende más de factores objetivos, y un hombre que sea tartamudo nunpre virtuosamente aunque objetivamente se equivoque. Pero el derecho bre virtuoso, que actúa como virtuoso, esto es, queriendo alcanzar la Diferencia el derecho de la moral por el criterio del medium rei o

De la mano de estas distinciones entra en juego la noción de persona. Los Nominales la usan continuamente, de forma que basta ojear un libro para saber en pocos minutos si su autor era un Nominal o no, según la reiteración en el uso de este término. Los tomistas la usaron muy

<sup>19</sup> Vid. Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu "Summa contra Gentiles", Marietti, Torino-Roma, 1961, § 1362.

el homo larvatus,21 ya que expresa la disposición humana para ser proa usar este término: indica que una persona es la prima substantia de puede ser. fesional, padre o ciudadano, entre todas las cosas que un ser humano física distinta de los demás seres. Por lo demás, indica que la persona es Aristóteles, 20 con los que parece darle a esta noción una densidad metamás que los Nominales en la noción de persona, a pesar de su renuencia adecuarse a la cosa o 'res' de la enseñanza. Pero el de Aquino avanza debe transmitirles, es realmente un mal profesor porque no es capaz de otros: si un profesor no sabe dar a sus alumnos los conocimientos que él buena voluntad, sino de dar a los otros lo que 'realmente' es de esos actuaciones; porque las dimensiones jurídicas no suelen depender de la dad para la buena voluntad en la vertiente propiamente moral de las matizaciones. Tomás reserva esta nota de universalidad o de inmensiba una inmensidad: la del hombre libremente infinito, sin muchas más la 'cosa' de la docencia. El término persona, en los Nominales, designaun hombre es justo, como profesor, es porque se acomoda y sirve para objetos, ya que si el hombre tiene vista es porque hay colores que ver; si Volvamos a una idea ya expuesta: las pasiones se especifican por sus refieren al ser humano usan términos como homo, virtuosus, quis, etc. poco; normalmente la reservan para la teología trinitaria, y cuando se

Si el hombre es un 'ser natural' en el sentido ya aludido, es obvio que la ley natural es la guía más inmediata de su conducta. Vimos los tres tipos de inclinaciones naturales que vivencia todo hombre. Desde el punto de vista de su vertiente racional, el ser humano conoce algunos principios elementales que rebasan el conocimiento que es propio de los animales. Conoce estos principios gracias a una 'participación' de su razón en la mente —por así decir— de Dios. ¿Qué quiere decir el término 'participación'? Tomás explica que lo ha elegido cuidadosamente por su endeblez, ya que el hombre conoce poco, y lo poco que conoce lo adquiere de forma bastante defectuosa: siempre alega, para fundamentar esta deficiencia, un pasaje del Libro de los Proverbios: "Los pensamientos de los mortales son tímidos, y nuestras previsiones son inciertas". Reitera que no conocemos lo que son las cosas en sí, sino que accedemos a ellas observando algunos de sus efectos. Aleja de su doctrina algún tipo de metafísica que pretenda conocer sustancias plenas y acabadas.

20 Vid. Suma teológica, I, q. 29, art. 1. Sobre la persona como "Id quod perfectissimum", vid. Suma teológica, I, q. 29, art. 3.

gen de sus circunstancias (in se et per se, seclusis aliis circunstantiis), se na que entiende que el ser humano puede conocer lo que las cosas son más básico de la doctrina ética. Entendió que se puede llegar al mismo y, después de algunas vacilaciones, acabó rechazándolo como el criterio minó muy extensamente a lo largo de la Prima Pars de la "Suma tcológica pre será bucno ayudar al que está en extrema necesidad. Tomás lo exarespetable, porque siempre será cierto que es malo adulterar y que siemdio 'formal' de la realidad constituye un criterio epistemológico bastante bién un alcance algo distinto a la de 'ex objecto', como veremos. El estudecir la expresión 'subjecta materia', aunque esta expresión tiene tamcir, en sí mismas, en su sustancia e invariabilidad. Lo mismo quiere bién 'formal', ya que el hombre conocería las cosas formalmente, es defundamentan en el criterio ex objecto, que es una epistemológica doctrifin 'por caminos diversos'. 'en sí mismas'. Este modo de considerar el conocimiento se llama tam-Las doctrinas que pretenden conocer las cosas en sí por sí, al mar-

aquellas nociones más básicas no suelen tener capacidad inmediata entre esos principios y las conclusiones que nos hacen falta, ya que elegir los principios considerando las conclusiones. Zanja este tema exmatizada, ya que si concede importancia al momento deductivo, no mecen desde los principios. Pero la actitud del de Aquino es bastante más aplicar han de ser seleccionados a la vista de las conclusiones que hay determinación más próxima. Pero normalmente existe un salto excesivo te esa participación a través de una conclusión más remota o de una mano aplica a sus conductas los principios generales conocidos median-En el Tratado de las leyes de la "Suma teológica" explica que el ser huincluidos en la II-II de la "Suma teológica". No sabemos anticipadamenobserva mejor en los Tratados de la Justicia, y sobre todo de la Prudencia, nos importancia concede al momento inductivo; este último hecho se dería este proceso al revés, y explicaría que las conclusiones se deduque obtener para actuar racionalmente.22 Un espíritu deductivo entenplica en el mismo Tratado de las leyes, que los principios que se han de para determinar univocamente nuestras conductas. Ante este hecho, exlos principios, y otro que se ocupa de las determinaciones. plicando que el hombre posee dos intelectos distintos, uno que estudia te cuando es preciso deducir desde los principios o cuando es necesario Volvamos a la participatio de la razón humana en la razón divina

Opera, Roma, 1570, L. I, Dist. 23, q. I. Más en general, vid. mis estudios "Persona humana y prudencia jurídica", en Ars Jurís 18 (1998) pp. 11-38. "Persona humana y persona jurídica", en Ars Jurís 18 (1998) pp. 11-38. "Persona humana y persona jurídica", en R. Rabbi-Baldi (ed.), Las razones del derecho natural, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 137-172.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Solían contraponer el lecho de Procustes —una cama de piedra en la que estiraba a cada visitante si faltaba, o que se le cortaba si sobraba— a la Regla de Lesbos, regla plúmbea que se ajustaba al tamaño de quien había de medir. Heinecke, latinizado Heineccius se oponía, lógicamente, a la figura de la Regla de Lesbos. *Vid. Elementa juris naturae et Gentium*. Neapoli, 1819, § 5. *Vid.* mi estudio "Principios y normas en el derecho: una alusión intempestiva", en *Anuario de Derecho* (Universidad Austral, Buenos Aires) 4 (1998) pp. 53-88.

diferencia de los otros escolares, aprecia las obras de los juristas romacho. Tomás ha sido el mejor teórico de la jurisprudentia romanista y, a sirva de modelo para sus conductas. No dispone ahora de un código así, cados para crear la esclavitud.<sup>23</sup> Explica, en el mismo Tratado de las leel derecho natural ha constituido la libertad natural de cada persona, y común posesión y la libertad natural. Pues a él le resultaba evidente que todos', y valora la función del Derecho de gentes que ha 'derogado' la constituye la 'Común posesión de todas las cosas' y la 'Igual libertad de nos y del Derecho Común. Conoce y valora el juego del lus naturale, que cas básicas induciendo desde lo que encuentra en esta ciencia del dereobras de los juristas del Derecho Común, y forma sus categorias juridisee dos naturalezas, una la humana más genérica, y otra que es la que perplejidades. Él, de la mano de Aristóteles, explica que el hombre pohombre y le privan de un suelo siempre sólido sobre el que juzgar sin y nunca dispondrá de él, porque la historia y la geografía zarandean al natural puede cambiar porque se le añade alguna institución nueva (enha de cambiar porque cambian la naturaleza y la razón humanas. La ley yes, y en tono algo desafiante, que la ley natural, que es la ley del hombre, le resultaba también obvio que ha habido motivos racionalmente justifiha hecho su cultura de él. Ha bebido su filosofía jurídica libando las que él es preferible a matar a la mujer.<sup>25</sup> neamente su indisolubilidad por el divorcio, y el divorcio era bueno por mentado en esa ley pierde su carácter de institución natural: entonces la tonces cambia 'por adición'), o porque algún instituto que estaba lundaley natural cambia 'por sustracción'.24 El matrimonio perdió momentá Es patente que el ser humano no dispone de un código acabado que

### V. LA ESCOLÁSTICA TARDÍA26

Las Inquisiciones de París y de Oxford condenaron algunas tesis tomistas, y estas condenas eclesiásticas influyeron en la mala fortuna histórica de esta doctrina. Juan XXII rehabilitó a Tomás de Aquino en el

siglo XIV, pero las Escuelas nuestras siempre han tendido a ser nominales. Les ha gustado la representación del hombre como una potentia perfecta que modifica al mundo, y se modifica a sí mismo, mediante su razón que conoce y su voluntad que decide libremente. La filosofía tomista, que concibe a un ser surgido de su entorno, y que precisamente por este hecho está en relación con él por connaturalidad, le ha resultado cuando menos extraña. El criterio del medium rei ha molestado siempre—también hoy—, porque al hombre occidental le ha repugnado ser juzgado desde una instancia ajena a su libertad.

Es muy dificil hablar de tomismo, fundamentalmente por dos razones: una, porque los que llamamos tomistas en la historia, no siempre han sido tales. La otra, porque desde el siglo XVII a hoy se ha vinculado el tomismo a la filosofía de Francisco Suárez, especialmente a la metafisica expuesta en su "Tratado de las Leyes". Es aplicado hablar sobre la metafísica suareziana porque Suárez tiene una lectura muy distinta si en lugar de leer este libro atendemos a sus "Disputaciones metafísicas", pero los universitarios siempre hemos sido perezosos y nos hemos quedado con la opción más fácil, que es la expuesta en el "Tractatus de Legibus". Lo cierto es que muchos universitarios ven a la Escolástica como un movimiento intelectual que arranca desde los orígenes de las Escuelas a finales del primer milenio, y que, salvo las disputas con los nominalistas, forma un cuerpo de pensamiento más o menos coherente que culmina en Suárez, a comienzos del siglo XVII.

a la Universidad de París y al volver, trajo como libro de texto la "Suma en Coimbra, pronto advirtieron diferencias entre Coimbra y Salamanca o bien que inauguraron el siglo XVII, como Francisco Suárez o Leosuele considerar que esta corriente culmina con los jesuitas que cerraescolares que se formaron en Salamanca tomaron contacto directo con teológica" de Tomás de Aquino. Gracias a esta innovación de Vitoria, los mienzos del siglo XVI, de raigambre nominalista, fue a ampliar estudios Francisco de Vitoria, formado en la Universidad de Salamanca a conardo Lessius. Como los jesuitas habían formado su propia Universidad ron el siglo XVI, como Gabriel Vázquez de Belmonte o Luis de Molina parte de ellos no figuran en los manuales de historia de la filosofía. Se damentos de la ética y del derecho, fueron muchos, aunque la mayor colásticos formados en esta escuela, que publicaron libros sobre los funscit Sotum, scit totum": quien conoce a Soto lo sabe todo. Algunos fraiplejo, de amplia erudición: se creó un dicho en Europa que decía "Quis Con Vitoria se formó Domingo de Soto, un hombre inteligente y comtal fue el caso de Miguel Bartolomé Salón o de Pedro de Aragón. Los es les agustinos también participaron en este movimiento de Salamanca, y las doctrinas de Tomás, y sin duda se encontraron influidos por ellas. Hablamos de Escolástica tardía o de Segunda escolástica porque

<sup>23</sup> Los esclavos, mientras tenían dueño, tenían asegurada la comida, el techo y el vestido. Una obra inteligente, realizada sobre este tema, fue el film "Queimada", del joven Marlon Brandon. Cuando los africanos fueron libres se encontraron sin nada. El final fue lógico: un esclavo liberado asesinó a su 'libertador'. Cuando Jhering cita a la esclavitud para hacer ver un ejemplo de relativismo moral histórico, parece no haber entendido este problema. Vid. Der Zweck im Recht. Leipzig, 4a. ed., vol. II, 1094, p. 96.

<sup>24</sup> Vid. mi estudio "La mutabilidad de la ley natural en Tomás de Aquino", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto LXVII (2000) pp. 470-530.

<sup>25</sup> Vid. Sum. Gent., cit., § 2968.

<sup>26</sup> Vid. mis estudios El desarrollo de la idea de libertad personal..., cit., pp. 181-221. Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos, cit., pp. 300-356. Historia Breve del Derecho Natural, cit., pp. 122-140.

y sus integrantes fueron llamados respectivamente Conimbriconses y Salmanticenses.

### VI. TIEMPOS DE CAMBIOS

Un segundo dato para entender el desarrollo de esta escolástica tardía es el afán que pusieron aquellos autores en apurar los fundamentos de la ética. Había motivos para proceder así. Sabemos que el hombre de finales del siglo XV se avergonzaba de su cultura. En este siglo Juan de Gerson intentó que el Papa convocara un Concilio que pusiera orden en la Iglesia, pero sus peticiones no fueron atendidas; se dirigió al Emperador, recordándole que él tenía capacidad para convocar el Concilio, pero tampoco tuvo éxito. En este ambiente de insatisfacción colectiva hubo una revolución cultural y otra revolución religiosa.

El cambio religioso vino de la mano de los Reformadores como Calvino, Lutero o Zwinglio. Antes de esta fecha, otras personas se habían alzado contra el Papa, y éste fue el caso de Valdo, Wicleff o Huss; pero fracasaron porque el ambiente no les fue suficientemente propicio. La crisis que provocó el Renacimiento tuvo sus matices religiosos; hoy cuesta entender este hecho porque usamos con cierta ligereza el término castellano de Renacimiento, pero los alemanes usaban el de Wieder-Geburt, que significa volver a nacer, y está tomado del pasaje evangélico en el que Nicodemo acude a Cristo, y Cristo le indica que es preciso volver a nacer. Nicodemo le pregunta cómo puede un hombre volver al seno de su madre y volver a nacer. Cristo le contesta que es necesario volver a nacer desde el agua y el Espíritu, y Nicodemo entiende inmediatamente. Los Reformadores pretendieron que los cristianos pasaron por este Wieder-Geburt, y se llamaron a sí mismos 'evangélicos' porque pretendían volver al espíritu del Evangelio.

El cambio cultural fue iniciado por los retóricos y grammatici que consideraban que era preciso estudiar más la historia y el derecho romano. 27 Sus tiros fueron ante todo contra los juristas del Ius Commune, que no acababan de dominar medianamente la lengua latina, y que escribían en buena parte mediante abreviaturas taquigráficas. Los grammatici acusaron a los juristas de ser rudos, incultos, bárbaros, indignos de enseñar en ninguna Escuela. ¿Qué decir ante aquel amontonamiento de libros sin orden en las materias (la ciencia jurídica de entonces seguía el casuismo propio del Corpus Juris), en donde cualquiera encontraba opiniones jurisprudenciales para todos los gustos? Pues en los inicios del siglo XVI eran muchos los juristas del Derecho Común que habían

publicado obras extensas, normalmente comentando el derecho de Roma: en una hiblioteca medianamente dotada se acumulaban bastantes metros cúbicos de papel. Era necesario tratar el derecho ordenada y breveniente, y acabar con este desorden. Era preciso usar un latín de calidad. Y, sobre todo, lo más urgente era acabar con la superchería que habían obrado los medievales, que habían sustituido el derecho de Roma por sus propias opiniones.

cieron caso a estas exigencias y cuidaron la lengua, que expusieron tragallicus". Hubo, sin embargo, dos juristas, ambos españoles, que sí tratacultivo del saber jurídico tradicional, tendencia que fue conocida como juristas, porque en el siglo XVI los juristas europeos bien se dedicaron al ocuparse de los fundamentos del derecho y de la justicia, y esta labor la calidad que los ordenamientos jurídicos conocidos. Luego era preciso como de un orden normativo conformador de la realidad social de mayor menzó a hablarse confusamente del derecho natural, del ius naturale, que había suscitado el descubrimiento de América. Por todas partes cocho de la razón natural del hombre. Influyeron también los problemas mano, algo después desdeñaban el derecho romano en nombre del dereen el año 1500 querían sustituir el Derecho Común por el derecho roestudiar el puro derecho romano, el descontento iba más allá. Porque si tados del derecho de forma ordenada, o que volcaron sus esfuerzos en rista más conocido y alegado en el siglo XVI en Europa. Diego de Covarrubias, Obispo de Segovia. Covarrubias fue quizá el ju ron cuestiones básicas: uno fue Fernando Vázquez de Menchaca, y el otro tórica de las fuentes romanas, y compusieron la corriente llamada "Mos "Mos italicus" o bien se entretuvieron con la depuración filológica e hisrealizaron los teólogos de Salamanca y Coimbra. No la realizaron los Pero no nos engañemos. Aunque fueron muchos los juristas que hi-

# VII. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA

Este jurista puede ser considerado el iniciador del derecho natural 'moderno', que años más tarde formó la disciplina llamada *lus Naturale et Gentium*, <sup>28</sup> que acabó desplazando temporalmente al estudio de los otros derechos, como podrían haber sido el derecho romano, el *lus Commune*, o los derechos nacionales. <sup>29</sup> Entendamos esta afirmación en

<sup>27</sup> Vid. mi estudio "'Mos italicus', 'mos gallicus' y el Humanismo racionalista", en Ius Commune VI (1977) pp. 108-171.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Dediqué mi tesis doctoral (1970-75) a estudiar la obra de este jurista enmarcándola en sus precedentes medievales. Dio lugar a un estudio: *Del derecho natural medieval al* derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca, Universidad de Salamanca, 1977.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Así lo afirmaba Immanuel Proeleus en *Grund-Sätze des Rechts der Natur*. Leipzig, 1709, Vorbericht, § 1. Un historiador reciente que explica esta tesis, J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1987, p. 254. Hervada indica, cn este lugar, cómo el *ius naturale* se convirtió en un saber que desplazó a la ética, a la filosofía, etc.

tud de soluciones concretas, fue Andrés de Exea, hacia 1540. que usó la figura del ius naturale como un referente al que referir multiaprovecha y a ti no te perjudica me es lícito") se fundamentaba en este sionalmente que la licitud del usus innoxius ("Todo lo que a mí me turalis obligatio y el ius necessitatis; aunque también entendieron ocaen la compilación justinianea; sus declaraciones habían sido fragmentaciones iusnaturalistas de los juristas romanos, tal como vienen expuestas derecho natural, pero sólo bajo la forma de comentarios a las declarano levantaron el edificio que podrían haber construido. El primer jurista naturae), proporcionaron abundantes elementos de construcción; pero la propia de los hombres que vivían en el estado de naturaleza (status derecho. Ellos, con sus explicaciones sobre la libertad natural, que era poco valor a la figura del *ius naturale*, que únicamente justificaba la *na*tradicciones que encontraban en el derecho que comentaban: concedieron rias, y con trecuencia contradictorias: seguían el mismo orden de consus justos límites: los juristas anteriores se habían ocupado de tratar el

Los teólogos habían tratado sobre las bases últimas de los preceptos de la ley natural. Los Nominales no concedieron ningún valor jurídico a esta ley porque para ellos lo natural, en tanto que natural, no obligaba a nada. Tomás de Aquino sí admitió la existencia de este derecho, y lo estudió en profundidad. Él, formado en la mentalidad romanista de los juristas del *ius civile*, entendía que el derecho natural era una dimensión del derecho que usamos todos los días, que en parte era derecho civil, en parte derecho natural y en parte derecho de gentes. Aquino tenía ante la vista una multitud de tópicos o tropos argumentativos que provenían desde estos tres estratos del derecho, de modo que lo verdaderamente importante era que, al final del proceso —y se aplicaran las reglas que se aplicaran— se obtuviera una solución justa a cada problema.

Fernando Vázquez de Menchaca introdujo dos novedades: una fue considerar que toda fuente para una solución justa constituía derecho natural; por este motivo su obra principal —las "Controversias ilustres", 1560— fundamenta sus soluciones en la autoridad del derecho romano, de los juristas del Derecho Común, o en argumentos de oportunidad, de lógica o de equidad que están fundamentados en citas del derecho romano, de los juristas bajomedievales, en citas de los poetas e historiado res latinos o en las obras de los teólogos nominales del siglo XV: por sus páginas desfilan reiteradamente los Conrado, Gerson, Biel, etc. Exactamente el mismo modo de proceder que siguió Hugo Grocio setenta años más tarde. La otra innovación consistió en que presentó a su obra (de forma muy confusa, sin declararlo expresamente) como formando parte de una ciencia distinta del *ius civile*; una ciencia que en el siglo siguiente fue llamada abiertamente Derecho natural.

sigue un orden casuista agrupando aproximadamente las cuestiones por puso una obra exactamente sistemática, y ni siquiera ordenada, ya que vinculado a los fines que se le encomendaron y no puede ampliar sus aquello que agrada: Utile id quod libet. El mandatario está estrictamente en el contrato de mandato. Estos lines no existen con objetividad, ya que puede ser un mandatario que ha de cumplir los fines que le fueron dados Son siempre derechos individuales. Esto implica que el gobernante sólo minología de 'derechos naturales', jura naturalia, de Instituta 1,2,11. chos naturales que peligraban en el estado de naturaleza. Toma la terpuede tener otro fundamento que su deseo de proteger mejor los derenaturae, y explica siempre que si unos hombres libres deciden perder hacerle frente con todos los medios disponibles. poderes ni siquiera cuando esto redunde en beneficio de los gobernados la función de la sociedad política es buscar la utilidad de todos, y es útil parte de su libertad formando una sociedad política, esa decisión no temas, él parte sistemáticamente desde el individuo libre en el status Si sobrepasa los límites de su mandato, los ciudadanos tienen derecho a Menchaca se declara partidario de los Nominales. Aunque no com-

según Locke, la defensa de la libertad en el uso de las propiedades; seadaequatum: según Grocio y Pufendorf, tal principio fue la sociabilidad: grar estos fines dijeron partir desde un principium unicum, evidens et quisieron exponer filosofías especialmente fáciles y exactas, y para lobasadas en el principium unicum. Pues los autores de la Edad Moderna individuo, Fernando Vázquez inauguró la cra de las filosofías sociales otras,31 por lo que no es posible exponer en pocas páginas el pensamien al ignorante: cualidades distintas y frecuentemente irreductibles unas a la reflexión filosófica en el derecho quedó trivializada. Para un aristoté único fuera distinto según cada cual. 30 Lo cierto es que, desde entonces, moral. Diversos autores de la época les ccharon en cara que el principio pueda hacer realidad su plan de vida individual de acuerdo con la ley discípulos afirmaron la libertad indispensable para que cada persona gún Thomasius el vivere diuturne et foelicissime, mientras que Kant y sus lico la justicia consiste en enderezar lo torcido, regar lo seco o ilustrar Al partir sistemáticamente de la idea de la libertad natural de cada

<sup>30</sup> Vid., entre otros, a Jacobus Fredericus Ludovici, Dubia circa hipothesis de principium iuris naturae eiusdemque vindicias, Leipzig, 1709, Vorbericht, § 1. Johann Fredericus Homberg, en una obra francamente crítica contra esta corriente del derecho natural (la publicó anónima), destacó que estos juegos del principio único "Nihil sunt nisi nugue, contradictiones, et marca semper mendacia", Dubia iuris naturae, Hallae, 1719, § 15. Ludovicus Malquytius expuso sus críticas en Vera non simulata philosophia jurisconsultorum, Hallae Magdeburgicae, 1729.

<sup>31</sup> Traté de aludir a este modo 'tópico' de trabajar de los juristas, que fue el que teorizó Tomás de Aquino en algunos estudios, Vid. "En torno al método de los juristas medievales", en Anuario de Historia del Derecho Español (1982) pp. 617-647. "Nuestros prejuicios

to de Aristóteles, de Tomás de Aquino o de Juan Duns. En cambio, a partir del siglo XVI, podemos exponer el núcleo de la propuesta de un autor iusnaturalista simplemente mencionando su principium unicum y su forma lógico-geométrica de desarrollarlo. Lo mismo sucedió con las doctrinas filosóficas: la filosofía cartesiana se deja entrever explicando el "Cogito ergo sum" y el método axiomático que se sigue del desarrollo matemático de las ideas innatas, o podemos exponer la filosofía científica de Kant aludiendo a los juicios sintéticos a priori. Así han sido posibles las "Historias de la filosofía" que se popularizaron a partir del siglo XIX, cuyos autores entienden que han expuesto suficientemente las explicaciones de algún filósofo dedicándolas unas pocas líneas o, en el mejor de los casos, algunas páginas.

### VIII. LOS ESCOLÁSTICOS

ciones que Fernando Vázquez de Menchaca, aunque sin su base nominal qualis ratio juris. En los temas políticos expusieron las mismas explicaen considerar a la ley general como 'una cierta causa del derecho': alia coincidir en la afirmación del derecho como la cosa justa concreta, y servían para alterar el orden público y sacudir los cimientos de cada rey XVIII les acusaron de haber sembrado doctrinas perniciosas, que sólo les prestigio, les hicieron daño: los autores secularizadores del siglo XVII ni su consiguiente individualismo. (Sus doctrinas políticas, lejos de darhabían refinado antes Pedro de Alvernia o Ricardo de Mediavilla. Vienen la convivencia política sigue los carriles del aristotelismo tal como lo dieron ante todo de las enseñanzas tomistas, y su visión del derecho y de gón, Salón, Báñez, Cano, Oviedo, Zumel, Navarrete y otros más depennecesidad de reformar el derecho desde sus raíces. Vitoria, Soto, Arafluencias: las explicaciones tomistas, las doctrinas de los Nominales, y la pública. Que desconocían los derechos sagrados de los Reyes, etc.). La Escolástica tardía que consideramos ahora estaba bajo estas in-

#### IX. LOS JESUITAS

Puestos a señalar el gran límite donde acaba esta Escuela de Salamanca, lo situaría en la obra de Gabriel Vázquez de Belmonte, hacia

sobre el llamado 'derecho natural'", en Persona y Derecho (1992) pp. 21-200. "Persona y 'officium': derechos y competencias", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto LXXIII (1996) pp. 3-59. "Persona humana y prudencia jurídica", en Ars Jurís 18 (1998) pp. 11-38. "Principios y normas en el derecho: una alusión intempestiva", en Anuario de Derecho (Universidad Austral, Buenos Aires) 4 (1998) pp. 53-88. "Persona humana y persona jurídica", en Persona y Derecho (2000) pp. 19-42. "Principio y norma en el 'lus Commune'", en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII (2005) pp. 283-308.

1590. Belmonte no acepta dos presupuestos básicos tomistas: considerar que actuamos según los fines o gobernados desde ellos, y que el acto práctico fundamental es la conducta concretamente justa. Éstos son pretextos para desobedecer las leyes, porque si para alcanzar un fin —argumenta él— es conveniente adulterar, ¿hemos de decir que el adulterio es bueno en tal caso? Gabriel Vázquez propone, de la mano del criterio ex objecto, considerar la naturaleza objetiva de cada cosa: pues el matrimonio es siempre y en todo caso la misma institución o esencia moral, y por ello siempre ha de ser condenable el adulterio. La ley natural únicamente puede consistir en el conjunto de los preceptos que ordenan las conductas que han de ser necesariamente buenas y que condenan las conductas que han de ser necesariamente malas. Estos preceptos son inmutables, tan inmutables como lo es la naturaleza racional: Manente natura rationali.

sas, y la otra es la libertad natural del hombre. Alfred Dufour no duda aunque sin citarlo expresamente: porque "Así como los astros tienen de no aparezcan esencias racionales que otorguen capacidades para actuar de las cosas surgen libertades para cada individuo porque "¿Qué hay en llamarlo el 'apologeta de la libertad individual'.32 Desde las esencias derechos naturales: una es la naturaleza objetiva e inmutable de las cotó a exponer sus propias ideas. Él considera que hay dos fuentes de los Belmonte no expresa ningún desacuerdo con Tomás de Aquino: se limi-"De justitia et jure". Es más diplomático, y a diferencia de Vázquez de recho para iluminar, los caballos para pastar [...]", el hombre tiene dere-Sigue ahora a Gabriel Biel, reproduciendo literalmente sus palabras, libremente, el ser humano goza en todo momento de su libertad natural da, vista su propio vestido?". Pero aunque en otros momentos de la vida más natural que cada cual coma su propia comida, beba su propia bebicho a realizar libremente todo aquello que no está prohibido. Unos cinco años después Luis de Molina publicó su monumental

Diez años después de Molina publicó Francisco Suárez dos obras básicas para entender la historia de las doctrinas sobre el derecho natural durante la Edad Moderna. Una fue su "Tractatus de legibus" y la otra la "Defensio Fidei". Esta última la redactó por encargo expreso de la Santa Sede, ya que subía imparablemente el prestigio de la monarquía absoluta en toda Europa y los ingleses habían lanzado la teoría del 'Origen divino de los Reyes', que mantenía que el Rey está designado directamente por Dios y a que a los súbditos sólo les cabía la obediencia pasiva y la no-resistencia. Suárez no fue polémico, como Belmonte, ni diplomático como Molina: él, cuando sienta alguna tesis especialmente opuesta a

<sup>32</sup> Le mariage dans l'école allemande de droit naturel moderne du XVII siècle, Paris, 1972, pp. 54-55.

nas deben ser entendidas al modo de derechos subjetivos; él no usa esta de las cosas. Pero Suárez ha dispuesto de más tiempo para pensar estos y los derechos que se derivan para cada individuo desde las naturalezas cho natural son las dos que expuso Molina: la libertad natural del hombre estos autores sólo citan esta obra de Santo Tomás). Las fuentes del dereto Tomás en tal lugar de la "Suma teológica". (Dicho incidentalmente: la enseñanza tomista, explica que esto es así porque así lo establece San ce que, por su naturaleza, los actos interiores del hombre son verdadecia, sin llegar hasta la libertad de expresión. Le era un tema especialreligiones, sino a lo que propiamente llamamos hoy libertad de concienclaramente la libertad de conciencia; no se refiere a la tolerancia de otras ción positiva'. Un tercer rasgo de la doctrina de Suárez es que afirma directamente desde lo que es el hombre, sin necesitar alguna 'institumente este término) como la forma de gobierno más adecuada a la consterminología de los juristas del Ius Civile, que distinguían entre el domisubjectivum sólo aparece en el siglo XVIII.33 Suárez utiliza la expresión terminología: como ha mostrado Alejandro Guzmán, la expresión ius temas y usa una terminología más afilada. Las libertades de las persoargumentativos y echa mano de circunloquios: pero finalmente establemente difícil —la Inquisición estaba activa— y Suárez recorre laberintos titución humana; pues las otras formas de gobierno presuponen una haber apuntado inequívocamente a la democracia (usando expresanio útil y el dominio directo.34 Una segunda aportación de Suárez es 'ius utile naturale', que era la equivalente a la de derecho subjetivo en la mientos de la ideología liberal.<sup>36</sup> lo que piensa.35 Entre Molina, él y Lugo pusieron acabadamente los ciramente internos y que, por tanto, nadie está obligado a declarar sobre 'institución positiva', y la democracia es la forma política que se deriva

do la mentalidad romanista que entendía que al comienzo de las cosas reinaba el ius naturale, que imponía la común posesión de todas las cohombre, a los que Locke llamó derechos innatos. Pero seguía dominan-Estos teólogos hablaban de derechos subjetivos y naturales de cada

ta de Estudios Histórico-Jurídicos 25 (Valparaíso, 2003), pp. 407-443. 33 Vid. "Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo", en Revis-

esta dificultad. Pero, a pesar de las obras de Lugo y de Locke, que pare modo que lo presentó como un derecho natural innato. Era una tesis vinculó directamente el derecho de propiedad al derecho natural, de en el derecho natural, y fue más tarde cuando Juan (Cardenal) de Lugo algo, débilmente, sobre la fundamentación de las propiedades privadas tad primera introduciendo las propiedades. Leonardo Lessius apunto el derecho positivo (el Derecho de gentes), que restringe aquella liberser considerada un derecho innato. Es patente que en el siglo XVII ya derecho de gentes a fin de vivir mejor, por lo que la propiedad no podía sas, de modo que las propiedades individuales las había 'introducido' el ricos del derecho destacados siguieron afirmando la Communis omnium cen responder a una mentalidad extendida en el siglo XVII, algunos teóridad. Pero él mismo proporciona algunas argumentaciones para salvar arriesgada porque —argumenta Lugo— parece que atenta contra la Camolestaba este juego entre el derecho natural que consiste en libertad, y

#### X. UN BALANCE

malmente pretextando explicar la filosofía tomista, echaron mano de de Molina, que, como notaba Hervada, es el más jurista de este grupo de bién lo hizo, aunque parezca extraño dada su condición de teólogo, Luis bifarie intelligitur [...] la doble fuente de los derechos naturales de los individuos. Ius naturale tesis de Juan Duns Scoto y de sus discípulos del siglo XV, y mantuvieron blo como el titular primario de la soberanía política. Los jesuitas, norderecho como lo es justo en cada caso concreto y en la afirmación del pueteólogos. Los Salmanticenses se cerraron en torno a la concepción del Fernando Vázquez de Menchaca habló en tonos jurídicos y tam-

eliminar esas páginas: pero el libro permanecía en las bibliotecas. Esta si la cita era más extensa, la circunscribía con un trazo de tinta y pegadoxia, el censor se limitaba a tachar con tinta las trases inadecuadas, y y si una obra jurídica escrita por un reformado contenía alguna heterores: la ciencia del derecho del Ius Commune fue profundamente dialógica. convivencia científica se perdió a comienzos del siglo XVII, ya que todos ba un papel sobre ella; si eran páginas enteras recurría a las tijeras para La Inquisición católica vivió igualmente este aprecio por la racionalidad inteligencia, y toda opinión debía ser contrastada con las de otros auto-Durante la Baja Edad Media y el siglo XVI hubo gran aprecio por la

car los usutructos. usufructuario. Hoy hemos perdido esta terminología, que era francamente útil para explito, que corresponde al propietario del inmueble, y el dominio útil, que es el del enfiteuta o 34 En los censos y en los usufructos existían dos tipos de dominio. El dominio direc-

dore Deo in decem libros distributos. Conimbricae, 1612, L. III, cap. 11, y en L. III, capítu-35 Suarez se ocupa de la libertad de conciencia en su Tractatus de legibus ac legisla-

vista de Estudios Histórico-Jurídicos XXV (2003) pp. 341-373. 36 Vid. mi estudio "Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo", en Re

prudentiam naturalem nova methodo elaboratam praesumptis opinionibus altisque ineptis vacuam sistit, cap. III, Hallae Magdeburgicae, 1715, §§ 12-22. 37 Fue el caso, entre otros, de Gundling. Vid. Via ad veritatem cujus pars tertia turis-

los bandos extremaron sus actitudes, y esto influyó muy directamente sobre el destino histórico de las obras de los autores que he mencionado. En las zonas católicas desapareció el buen saber hacer de Felipe II, que distinguió entre la Fe cristiana y las doctrinas políticas; bajo los reinados de su hijo y nieto, la Inquisición, ahora demasiado vinculada al poder político, condenó las obras que mantenían que el pueblo es el titular primario de la soberanía, por lo que se dio la paradoja de que los estudios de Juan Roa Dávila, que reproducían tesis de los teólogos españoles del siglo XVI, no llegaron a ser publicados.

Estas actitudes se distanciaron porque entró en juego un lactor nuevo: los protestantes se sinticron en la necesidad de crear una nueva rasaban las obras de los paganos, de los Padres de la Iglesia, Scoto, Aquicatólica. Cuando Lutero hablaba de la ratio corrupta, a la que llegaba a zón que sustituyera a la existente, que desde el siglo I, había sido cita continuamente a los juristas y escolásticos españoles; pero conforobra de Grocio? Sencillamente porque Grocio fue protestante. El fue un con el "De jure belli ac pacis" de Hugo Grocio (1625). ¿Por qué esta lectual protestante entendió que tal razón se manifestó por primera vez vez en la historia una razón verdadera, no corrompida, y el mundo inteno, o los teólogos españoles. Era necesario crear y exponer por primera no llamaron razón corrompida a toda racionalidad, sino a la que exprela que posiblemente él llegó a pensar, porque los evangélicos modernos pojadas de estas citas. me avanzó la historia, las sucesivas ediciones de esta obra se vicron deshombre respetuoso, y sus páginas están plagadas de notas en las que llamar la prostituta diaboli, lanzó una exigencia de más envergadura de

Por otra parte, los universitarios de las zonas católicas no concedieron apenas importancia a los libros del nuevo *ius naturale et gentium*; cosa singular, porque fueron los católicos españoles los que hicieron andar a esta disciplina. Los juristas permanecieron en el ámbito del *Ius Civile* y del *Ius Canonicum* y, como refrendar esta actitud, publicaron, con cierto tono beligerante, la primera gran enciclopedia jurídica de la historia, conocida como el "*Tractatus Universi Juris*". <sup>38</sup> El desarrollo de la *Juris Naturalis Disciplina*, que conformó decisivamente el pensamiento político y jurídico de los últimos cuatro siglos, fue obra de los reformados, y pronto adquirió un matiz abiertamente confesional: ocuparse del estudio del derecho natural apareció de hecho como una ocupación propia de los protestantes.

Pero no todas las tensiones se pueden explicar desde el enfrentamiento de los cultivadores del *Ius Commune* con los tratadistas del nuevo

> con claridad, tomaron como bandera la defensa o el rechazo de la meta-Derecho natural, ni desde las tensiones de los Reformados con los Catóen el status naturae y el pacto social por el que crearon la sociedad polítiy los no creyentes se encaminaron por el camino que había trazado Feruna ley natural tan inmutable como lo es la misma naturaleza racional, taron los creyentes y los secularizadores.39 Como nadie podía hablar los ateos; muy pronto, desde el segundo tercio del siglo XVII, se enfrenlicos. Emergió un factor distinto, que fue la aparición (encubierta) de cuando está prevista en la ley una pena para el caso de su incumplimiende los supuestos materialistas; ellos mantuvieron que existe deber jurídico obedecer a las leyes, porque el deber es una 'cualidad' inexplicable desca. Además, los secularizadores negaron pronto la existencia del deber de nando Vázquez de Menchaca cuando hablaba de los hombres aislados física esencialista que suponían en Suárez, y los creyentes hablaron de cuando se ha incumplido el deber previamente existente. 40 Solamente al to; los conservadores les echaron en cara que más bien se aplica la pena lectuales apuntaban descaradamente hacia la filosofía moral kantiana, final de la vida de esta escuela, cuando los vectores de las fuerzas inteber en un sentido más adecuado al término.41 Höpfner, Weber, Schott y otros trataron de recuperar la noción de de-

¿Qué quedó, de hecho, de esta escolástica tardía, en la Edad Moderna? Grocio, Pufendorf, Locke, dispusieron de una excelente formación escolástica que la habían adquirido en los libros de estos autores; aunque Samuel Pufendorf y John Locke se esforzaron por presentar una filosofía distinta de la de Suárez. No lo consiguieron, porque los tropos y giros, las categorías y las figuras filosóficas que usan continuamente son las escolásticas. Paradójicamente, Locke estableció una filosofía fenomenista y sensista, pero sus argumentaciones están repletas de las distinciones entre causa eficiente y causa final, materia y forma, sustancia

40 Vid. mi estudio "Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico", en Obligatoriedad y derecho. XII Jornadas de Filosofta Jurídica y Social, Universidad de Ovie-

do, 1991, pp. 151-182.

41 Vid. Ludwig Julius Fredericus Höpfner, Naturrecht des einzelnen Meschen, der Gesellschaften und der Völker, 2a. ed., Gieβen, 1783, § 7. Adolph Dietrich Weber, Systematische Entwickelung der Lehre der natürlichen Verbindlichkeit, Schwerin, Wismar und Bützow, 1784, § 1. Como puede observar clottor, me atengo a la grafia alemana de aquella época. B. Christoph Frederic Schott, Dissertationes iuris naturalis, vol. I, Dissertatio III, Erlangen, 1784, p. 101. Schott fue el más claro en oponerse a las nociones al uso del deber, y en establecer que la obligación brota desde la estructura misma de la razón: fue sin duda un predecesor claro de Kant.

<sup>39</sup> Vid. mi estudio "La Modernidad jurídica y los católicos", en Anuario de Filosofía del Derecho V (1988) pp. 383-420. Hacía notar Otto von Gierke que en este tiempo las ideas religiosas lo decidieron todo. Vid. Johannes Althusius und die Entwicklung de naturechtlichen Staatstheorien. Reproducción de la 7a. ed., Scientia, Aalen, 1981, p. 56.

<sup>38</sup> Su título completo era el de Tractatus illustrium in utraque tum pontificii, tum caesari juris facultate jurisconsultorum, Venecia, 1584.

y accidente, elementos simples y compuestos, etc. Emplea continuamente las formas gramaticales compuestas por el sujeto-verbo-predicado, o sujeto-verbo-complemento directo, y otras muchas que no son inteligibles fuera del marco escolástico. En Locke es especialmente patente que se sirvió de las figuras escolásticas para demostrar que tal filosofía no puede existir. Hume incurrió en la misma contradicción: al final de su ensayo sobre el conocimiento humano explica su horror cuando ve las bibliotecas llenas de libros de filosofía de los escolásticos. Esos libros, se pregunta él, contienen argumentos basados en los números y las figuras? No. Pues deben ir a la basura. Pero Hume tampoco quiere reparar en que él publicó varios estudios extensos en los que no argumenta nunca sobre las figuras ni los números: si hubiera sido consecuente con las exigencias que él imponía a los demás, él mismo no debiera haber redactado ni una sola página.

En el plano de la teoría política, los escolásticos no fueron superados durante la Modernidad. Grocio retrocedió frente a Suárez en la carrera por ganar las formas políticas democráticas, ya que el holandés no quiso hacer del contrato la categoría necesariamente universal para explicar cualquier régimen político. Pufendorf no aportó gran cosa. La mayoría de los autores del derecho natural moderno fueron defensores de la monarquía absoluta. Los que defendieron un régimen político constitucional no superaron ni a Vázquez de Menchaca ni a Suárez. Solamente Rousseau lanzó una propuesta realmente nueva y, por este helamente Rousseau lanzó una unalmente como la 'Anti-Ilustración'.

Pero los escolásticos fueron proscritos. Menchaca sí fue citado por algunos autores protestantes, pero los teólogos no: en los ambientes 'progresistas' de la Edad Moderna, la cita de un escolástico hubiera supuesto una descalificación fulminante. Sólo los creyentes recurrieron expresamente a ellos, y el politólogo más ampliamente citado del siglo XVII, el suizo Ulricus Huber, extrae sus enseñanzas de Vitoria, Soto, etc. Pero el hecho de que hoy ni aparezca su nombre en las historias del pensamiento político indica el alcance de la venganza que la Ilustración tomó contra él.

# XI. LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL MODERNO<sup>42</sup>

El siglo XVII fue el momento en el que todos comenzaron a hablar del derecho natural. Hasta entonces había vegetado en las sombras de los comentarios de pasajes puntuales del Digesto y de la Instituta, o en

autores, por considerar que el derecho natural era una faceta y un secsobre el método de la ciencia del derecho, tal como los publicaron acabar también con las monarquías y establecer Estados 'republicanos' gio de la monarquía absoluta; pero las ideas individualistas y contrac-Rey. Los siglos XVII y XVIII aumentaron extraordinariamente el prestidisponían de vigor jurídico, tal vigor sólo se podía deber al permiso del y la distinción entre la autoridad de los juristas y la potestas del poder rizadoras. Debía desaparecer la pluralidad política del Antiguo Régimen también el jurídico o legislativo), y lo que demandaban las ideas seculadel derecho usual entonces. Porque estaban subiendo imparablemente to histórico quería cambios que no podían scr abordados desde la ciencia tor más del ius civile, trataron también la ley natural. Pero este momenprecisamente sólo eso: estudios de metodología jurídica en los que sus Joachim Hopper, Albertus Bolognettus o François Conan, 44 pero eran breves reflexiones de los teólogos. 43 En el siglo XVI aparecieron estudios tualistas que ya estaban vigentes en la Baja Edad Media terminaron por por el gobernante local: explicó que si el Ius Commune y la costumbre lidez jurídica a todo el derecho que no fuera el legislado expresamente político.45 El mismo Suárez acentuó fuertemente esta unidad, y negó valas exigencias del Estado (con su necesidad de imponer un poder único,

Pero que nadic se acerque al pensamiento iusnaturalista moderno pretendiendo encontrar ideas claras y compartidas. Éste fue el primer momento de la historia próxima en el que se manifestaron los ateos, como reconocemos ya en algunas denuncias de Suárez<sup>46</sup> y en las quejas de Pascal en sus "Pensamientos".<sup>47</sup> Los ateos no se manifestaron abiertamente, ya que esto hubiera sido impensable tanto en las zonas católicas como en las protestantes, en las que funcionaban eficazmente las

<sup>42</sup> Vid. mis estudios El desarrollo de la idea de libertad.., cit., pp. 221-262. Historia Breve del Derecho Natural, cit., pp. 167-238.

<sup>43</sup> El único jurista que dedicó unas cincuenta páginas a este tema fue Pedro de Bellaperche (Petrus a Bellapertica), en el "Proemium" a su *Lectura Institutionum*, ya citado.

<sup>44</sup> Vid. M. J. Rodríguez Puerto, La modernidad discutida: Jurisprudentia frente al tusnaturalismo en el siglo XVI, Universidad de Cádiz, 1998.

<sup>45</sup> Uno de los mejores estudios sobre esta démarche del Estado sigue siendo el de Henry Michel, L'idée de l'État. Essay critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la Révolution, 3a. ed., París, 1898.

<sup>46</sup> Vid. Suárez escribía que "Unde constat, Politicos qui doctrinam illam suudent principibus saecularibus, si sentiant id eis licere, et iure posse talia praecepta, quae sunt contraria religione verae ... haereticis esse, vel certe atheos, quod verosimilius est". Tractatus... cit., L. III, cap. 12, § 5. El adverbio verosimilius es bastante expresivo. Jules Delvaille explicaba que "Le guerres de religion avaient aussi laissé comme conséquence una certaine tendence à l'athéisme: et il avait de nombreux athées à l'époque immédiatement à Descartes". Essay sur l'histoire de l'idée de progrés jusqu'à la fin du XVIII siècle, Alcan. Paris, 1910. p. 177.

<sup>47</sup> También a Gundling le extrañaba la extensión del ateismo entre los ingleses. Vid. Erläuterung über Samuelis Pufendorfii De Officio hominis et civis, L. I, cap. IV, Hamburg, 1744, § 8.

respectivas Inquisiciones. 48 Se produjo un juego de confusiones en el que el criterio distintivo estuvo en aceptar o no la base metafísica de la ley natural: indiqué que los creyentes siguieron la metafísica de los jesuitas, y los secularizadores el nominalismo que de hecho fue vulgarizado por Fernando Vázquez de Menchaca. Encontramos, así, bastantes libros sobre el derecho natural que dicen fundamentarse en la inmutabilidad metafísica que es propia de cualquier objetividad racional, otros que juegan con el binomio del "Ius naturale seu libertas-Lex quae constringit". Y otros muchos que son francamente ambiguos. Aristóteles fue condenado sin juicio porque como advertía Samuel Christian Hollmann, "Lutero, después de la Reforma, consideró que la doctrina moral de Aristóteles era enemiga de la Fe cristiana". 49

son fundamentalmente de tres tipos: reconoce la existencia de unos priña") y a los escolásticos ya mencionados. Las bases de sus argumentos pación de la razón humana en la razón de Dios;51 otras veces parte meros principios de la razón práctica que proceden desde una partici-Menchaca en tono especialmente entusiasta ("gloria inmortal de Espa estrechamente a los juristas y teólogos españoles: cita a Vázquez de lectura destinado al gran público culto, no sólo al universitario. Siguió mente con la pretensión de exponer todo el derecho: era un libro de de cierta calidad, es erudito, y sus contenidos están expuestos ordenadamás, hay que tener en cuenta que su estudio está redactado en un latín ponderación porque, por ser protestante (arminiano), publicó un estude ignorar la historia: diversos estudiosos alemanes ya destacaron, hace dio que podía ser recomendado en las Universidades reformadas. Adetiempo, su poca originalidad. 50 Grocio fue alabado por encima de toda Pero ya hemos visto que esta tesis solamente puede mantenerse a costa con "Los tres libros del derecho de la guerra y de la paz" de Hugo Grocio Tradicionalmente se ha entendido que el derecho natural comenzó

49 Iurisprudentia naturalis primae lineae. Gottingae, 1751, § 24.

desde el individuo aislado en el estado de naturaleza, que no tiene más patrimonio que su libertad natural, y llega a alguna modalidad del contractualismo, 52 o bien dice exponer verdades racionales inmutables, al modo de Vázquez, Molina y Suárez, a los que cita continuamente. Él asume la doctrina del *principium unicum* y dice partir desde las exigencias de la sociabilidad humana. Como el orden racional es inmutable y cognoscible por todos, y en mayor medida si procede deductivamente desde el principio de la sociabilidad, indica en el parágrafo 11 de los "Prolegómenos" de esta obra suya que quiere proceder con exactitud, al modo de los matemáticos. 53

Sus formas de proceder no se diferenciaban gran cosa de los autores anteriores: ¿Se propuso Hugo Grocio lanzar un libro sobre el derecho natural? No parece que pretendiera esto, aunque tampoco parece que renunciara a esta pretensión. Homberg indica que, a pesar de que la opinión pública consideraba que la *Iuris Naturalis Disciplina* comenzó con Grocio, llamaba la atención las pocas veces que este autor menciona al tropo del derecho natural.<sup>54</sup> Además, Weidler destacaba que descuidó en exceso el método que hubiera sido exigible en un iusnaturalista, <sup>55</sup> cosa que no era para extrañar porque una primera autoridad del nuevo derecho natural, Daniel Nettelbladt, entendía que Christian Wolff fue el primer filósofo que dio forma sistemática al *ius naturale*, <sup>56</sup> Por otra parte, nunca estuvo claro qué quería decir la expresión derecho natural: Achenwall —el maestro más conocido de Kant en temas jurídicos— explicaba que el derecho natural era filosofía moral.<sup>57</sup> Georg Samuel Madihn entendía, aún en 1767, que esta noción estaba poco clara en la doctrina existente.<sup>58</sup>

<sup>48</sup> Immanuel Proeleus no dudaba en afirmar, aún en 1709, que el ateísmo debía ser castigado. Vid. Grund-Sätze des Rechts der Natur, cit., cap. IV, § 5.

<sup>50</sup> Vid. Por ejemplo, a Joseph Kohler, "Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. Jahrhunderts", en Archiv für Rechts und Wirtschaftphilosophie X (1916-17). Un cstudio anterior, más amplio y rompedor, fue el de K. Kaltenborn, Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius naturae et Gentium sowie der Politik in Reformationszeitalter, Leipzig, 1848. Aunque este estudio permaneció muy en solitario durante casi un siglo.

<sup>51</sup> Esta vinculación de los fundamentos de la justicia a la teología le costó cara: por ella fue rechazado por parte de los iusnaturalistas posteriores. Andrea Adam Hochstor explicaba que "Dicunt Grotius et Kulpisiis, cum iisque aliis, preacepta iuris naturalis decreto legis aeternae niti, nobis vero per dictamen rectae rationis innotescere. Quae phraseologia ut antiqua est, sic minime contemnenda, si recte capiatur". Collegium Puffendorfianum super libris duobus De officio hominis et civis, Tübingen, 1710, § XXIII. Gundling le reprochó que, con su criterio del fomento de la sociabilidad, se remitfa a la santidad de Dios. Vid. Erläuterung.., cit., L. I, cap. 3, § 1. Heineccius, aparentemente tan moderado, le reprochó

haber tenido en cuenta a los escolásticos. Vid. Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii de iuris belli ac pacis libros III. Berolini, 1744, pp. 52-53.

de iuris belli ac pacis libros III. Berolini, 1744, pp. 52-53.
52 Scgún Henricus Kochler, el derecho se explica en Grocio solamente a partir de los pactos. Vid. Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII. Francofurti ad Moenum, 1738, § 736.

<sup>53</sup> Daniel Nettelbladt indicaba que Grocio había expuesto ordenadamente, pero no sistemáticamente. Según él, el primero que dio forma sistemática al derecho fue Christian Wolff. Vid. Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis. Hallae Magderburgicae, 3a. ed., 1767, § 33.

<sup>54</sup> Vid. Dubia.., cit., cap. VI, § 38.

<sup>55</sup> Vid. Institutiones Iuris Naturae et Gentium methodo geometricae digestae collatoque sparsim iure positivo illustratae. Vitenbergae, 1731, Praefatio, p. 8.

<sup>56</sup> Vid. Historia literaria iuris naturae incluida en el "Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis", cit., § 30.
57 Vid. Ius Naturae in usum auditorium, cit., § 51. Además, Kant dependió de Baum-

<sup>5/</sup> Vid. Ius Naturae in usum auditorium, cit., § 51. Además, Kant dependió de Baumgarten, Ius Naturae. Hallae Magdeburgicae, 1763, y de Johann August Schletwein, Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahren Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfascungen Gießen 1784

sungen, Gieβen, 1784. <sup>58</sup> Vid. Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur. Hallae, 1767, §§ 2 y 5.

poder político, y que existía el derecho de oponerse, violentamente, si fueto era el esquema por el que necesariamente había de entenderse todo cos, porque los escolásticos españoles habían establecido que el contrapersonae competens. En cambio, fue más conservador en los temas políticomo una 'cualidad moral que compete a la persona': Qualitas moralis rcs. Su mayor novedad consistió, quizá, en que Suárez había llamado a dos distintos; hay que atenerse a lo que existe en cada caso, quod accidere poder a un príncipe, y que este pacto pudo haber tenido formas y contenitado de naturaleza, celebran un pactum subjectionis por el que ceden el estas conclusiones: se limita a indicar que los hombres, para salir del esra necesario, al principe que actuara injustamente. Grocio no llega a la libertad individual una 'quasi qualitas moralis', y Grocio la expuso

singular, 60 y pronto aparecieron comentarios sobre ella, en las que cada al que se acogieron los creyentes, como en general los conservadores. comentarios. 62 El "De jure belli ac pacis" fue con el tiempo el paraguas riores, aparecieron no sólo comentarios, sino comentarios sobre los ple, o equívoco.61 Como indicaron irónicamente algunos autorcs postecomentador glosaba cada palabra que podía tener un significado múlti-Reitero que sobre la obra de este holandés gozó de un prestigio muy

que veinte años después comenzaron a publicarse las obras de Thomas sia católica el Kingdom of Darkness. Hubo de atacar con fuerza la teoría cialmente la aristotélica y la de los autores españoles, y llama a la Igleacabó imponiéndose. Hobbes condena a toda la cultura existente, espeaparecieron estudios dirigidos contra él,63 pero su método fue el que prolongado hasta nuestros días. Fue rechazado por muchos, y pronto bes tue, en definitiva, el gran triunfador de la Modernidad que se ha Hobbes que era manifiesta (aunque no expresamente) materialista. Hobcon rigor propiamente 'científico', más allá de las actuaciones simplejurídica y política existente porque estaba basada en la prudencia, y él meticus) de estudiar el derecho y la sociedad política.64 tratado de geometría. Él inauguró lo que se ha llamado más tarde el yor medida, la geometría: sus "Elements of Philosophy" constituyen un mente prudenciales. Para él, la ciencia era la aritmética y, quizá en marechaza las conclusiones prudenciales y declara que es preciso proceder modo geométrico' (mos geometricus) o cl 'modo aritmético' (mos arith-Fue necesario este punto de referencia para los conservadores por

o derecho natural; este tipo de vida es peligroso e incómodo porque falestado de naturaleza en el que los hombres sólo disponen de su libertad niciones militares permanentes.65 Abandonados al ius naturale, la vida mas— cuando viajamos, y que las fronteras entre los reinos tienen guarsólo reconoce que buscamos compañía -a ser posible de gentes de arta policía propiamente urbana. No es especialmente pesimista, sino que por las "leges, quae constringunt". En efecto, supone la existencia de un momento un "ius naturale seu libertas" que es corregido posteriormente Sigue el esquema típicamente medieval que afirma en un primer

la democracia como "persectissima societas". Vid. op. cit., L. II, cap. V, § 34. duni Batavorum, 1711, Praefatio ad Lectorem. Sin embargo, esto no le impedía calificar a pulo de Grocio, que el pueblo no podía recuperar el poder que había cedido al príncipe. Vid. Institutiones Iuris Naturae et Gentium ad methodum Hugonis Grotii conscriptae. Lug-Philipus Reinhard Vitriarius mantenía, con toda lógica ya que confesaba ser discí-

usum auditorium. Göttingen, 1774, p. 41. Aquí mantiene que Oldendorp, Winckler y Conring (juristas del siglo XVI y de comienzos del siglo XVII) habían sido solamente predecesores del holandés. manteniendo que Hugo Grocio había sido el padre de esta disciplina. Vid. Ius Naturae in 60 Achenwall, en época tardía, cuando ya había más elementos de juicio, seguía

na. Antes, Philip Reinhard Vitriarius había indicado que era excesiva la distancia que sead Lectorem. paraba a Pufenforf de Grocio. Vid. Institutiones Iuris Naturae et Gentium..., cit., Praefatio los opuso a los comentadores de Pufendorf. Vid. Iurisprudentiae Naturalis, cit., Prolegome-61 Samuel Christian Hollmann expuso quienes fueron los comentadores de Grocio, y

dés. Vid. Einleitung in das Natur-und Völkerrecht. Copenhagen und Leipzig, 1748, Vorrede. cho natural!) también se ocupó en reseñar quienes habían sido los comentadores del holan-62 Ludwig Freiherr von Holberg (iun danés que participó en el movimiento el dere

sind bereits so viele Comentarii über den Grotius vorhanden, daß es desselben mit der Zeit mentariorum Commentarii, geschrieben worden". Einleitung.., cit., Vorrede des Verfassers wie dem römischen Rechte ergeben wird, worüber nicht allein Commentarii, sondern Com bemüth das Falsche in diesem Werke zu verbessern, und das Mangelhafte zu erzsetzen, und es Männer, unter denen Gaspar Ziegler und Heinrich Boecler, die vornehmsten sind, haben sich Holberg fue duro en su juicio sobre estos comentadores: "Eine große Anzahl gelehrte

philosophicae et Elementorum Philosophiae Hobbesiana Refutatio. Lubeca et Francofurti 1683. La primera edición fue en el año 1672. El más conocido fue el de R. Cumberland con su De Legibus Naturae disquisitio

cánica', en las páginas 37-38 de esta obrainstructa. Hallae Magdeburgicae, 1747, p. X. Lo mismo hizo Daries en sus Institutiones... matemático, con entusiasmo. Vid. De optima iurisprudentiam practicam docendi methodo de las causas eficientes. Vid. Vernünftige Gedanken von der Menchen Thun und Lassen. Ha claraciones sobre el 'mos geometricus': Wolff, por ejemplo, sólo admitía el juego universal ser demostrado del mismo modo que los números y las líneas. Fueron abundantes las deque Dios no nos puede haber mandado nada que no sea cierto, y si es cierto ha de poder Esta obra apareció anónima en 1756. Praefatio, p. X. Vid. sus críticas a esta filosofía 'mcla. Vid. Quaestiones Juris Naturae Septem ad amoliendas opiniones quibusdam erroneas cit., § 469, Scholio 1. Thenius demunciaba la 'filosofía mecánica' que proponía esta escue llae Magdeburgicae, 1723, 2a. cd., § 337-380. Nettelbladt acogió a este método, según él 64 Homberg, en sus Dubia.., cit., cap. VIII, § 7, exponía que estos autores entendíar

mini lupus. Esta expresión no aparece en las obras de Hobbes, y tampoco responde a su 65 Para describir su actitud se ha usado algunas veces la expresión latina Homo ho-

seguir los Laws of reason los hombres abandonan el ius naturale y codo por el gobernante de cada momento. sedición invocando algún principio de justicia supuestamente conculcarra, y descarta la posibilidad de que alguien pueda provocar otra nalista. Pero este hombre había sufrido dos guerras civiles en Inglateaquel derecho primero: la visión de Hobbes de las leyes es siempre pemienzan a vivir bajo un poder común que dicta leyes coercitivas de juntos de razonamientos para vivir mejor, si es que se quiere esto. Al bros que él escribe fundados en estas leyes, constituyen solamente conél explica expresamente que se tratan de recomendaciones, y que los liimperativos y no crean ningún deber en el sentido estricto del término son contenidos mentales del hombre, sin explicación ulterior. No son poder común que asegure la concordia cívica. Estas 'leyes de la razón chos, y el más importante es el que 'indica' que es mejor someterse a un remediar este estado de cosas surgen los Laws of reason, que son mues incómoda y, en definitiva, se nos volvería "poor, short and nasty". Para

no puede afirmar que eso que él está viendo 'es' un caballo, y que todos mark en el cerebro, etc. Como rechaza la idea misma de las sustancias, él ma alteración en sus extremidades nerviosas, se les producirá la misma que todos los hombres, cuando vean esa misma cosa, sufrirán la mis-Pero si Hobbes observa un caballo, no está en condiciones de afirmar bro, en donde produce una 'marca', mark; el cerebro reelabora distintas producida por la percepción de cada objeto hasta la masa gris del ceredades nerviosas, los ojos, por ejemplo; los nervios llevan esta alteración bre los demás o sobre el resto de lo que existe. El conocimiento según ha de partir desde lo que él sabe por sí mismo, sea sobre él mismo, soque podemos designar como 'solipsismo epistemológico'; un empirista tarde, fundamentalmente en el positivismo lógico del siglo XX, que es la mismo. Incurre en otra contradicción que mostró su importancia más dad completamente distinta del poder que cada individuo posee sobre si que el poder creado mediante el contrato posee una naturaleza o cualisólo reconoce inicialmente el ius naturale de cada individuo pero afirma los hombres, al ver eso mismo, han de ver necesariamente un caballo.66 'marcas' gracias a su poder de reflexión y produce un contenido mental Hobbes comienza por las impresiones de los objetos sobre las extremi-Para fundamentar esta tesis incurre en una contradicción, ya que

No trató de imponer un Estado totalitario. Ciertamente, su obra más conocida, el "Leviathan", fue decididamente polémica, y ofrece elementos de juicio para pensar en un Estado-cárcel. Pero el conjunto de su obra ofrece una visión muy distinta: la de un hombre preocupado por la seguridad personal y por evitar los abusos del poder. Él propuso, cien años antes que Montesquieu, la división del Estado en tres poderes, el legislativo, judicial y ejecutivo.67 Era un buen hombre que trató de que reinaran en su patria la seguridad y la justicia.

ser conocida por un método distinto y que cada serie de objetos se deja expresaba el criterio del subjecta materia, a saber, que cada cosa ha de a los medievales porque ellos partían desde el espíritu de fondo que conducían a absurdos. Estos problemas no habían preocupado gran cosa el investigador trataba de explicarlas racionalmente (matemáticamente) gcométricas eran incompatibles con la aritmética porque cada vez que La razón era clara: desde muy antiguo se sabía que algunas figuras ideas innatas porque desconfiaba de los datos que ofrecen los sentidos. rias', es decir, a lo que podía ser medido según el número, el peso y la en los cuerpos naturales, que quedaba reducido a sus 'cualidades primacientíficos estaban proponiendo 'regularizar' lo que era posible estudiar rentemente inductivo (Galileo) o ante todo axiomático (Descartes). Ambos figura. Descartes proponía 'razonar' deductivamente partiendo desde nueva para la creación de un saber natural más preciso, ya fuera prefecos. En cambio, Galileo y Descartes estaban ofreciendo una plataforma taba ante todo en la escasa fiabilidad científica de los métodos escolástien el momento más oportuno, porque la 'Crisis del Barroco' se manifesparecían definitivamente perdidas en la marcha de la historia. Lo hizo Pero relanzó las ideas de Empédocles, Demócrito o Anaxágoras, que

<sup>66</sup> La 'realidad' de una cosa centra las percepciones de los distintos sujetos en torno a esa cosa, de modo que es la cosa concreta la que unifica las percepciones fenoménicas que reciben los hombres. Pero al declarar que únicamente nos llegan fenómenos, no hay ningún motivo por el que nadie pueda afirmar que los fenómenos que él recibe son los mismos que llegan a los demás hombres. Este problema fue conocido como el 'solipsismo' (epistemológico).

Ha agobiado a los empiristas de todos los tiempos. Hegel desdeñó a la filosofía empirista alegando esta insuficiencia. Él explicaba que "Lo que yo sicnto solamente es mío, me pertenece a mí como individuo particular; pero como la lengua expresa siempre lo universal, yo no puedo expresar lo que es un sentimiento mío exclusivamente. Lo que no puede ser nombrado ni comunicado, es decir, las sensaciones y los sentimientos no es lo que hay de más importante ni más real; es, por el contrario, lo más insignificante y lo menos verdadero. Cuando yo digo: lo individual, este individuo, aquí y ahora —todas estas frases son universalidades, y bien que por todos y cada uno, aunque se trate de un aquí y ahora sensibles, se quieren designar cosas individuales, todas estas palabras, designan lo general". Enzyklopādie der philosophischen Wissenschaften, Zweiter Teil, § 254. Cito por la edición de Sunkamp, Frankfurt am Main, 1970, § 20. La traducción es mía.

También ha estado presente ante los empiristas del siglo XX, como vemos en una de las principales obras de Ayer: "Problemas fundamentales de la ciencia", que fue traducido al castellano algo tramposamente como "Problemas fundamentales de la filosofía". Los necempiristas del siglo XX no lograron superarlo. De hecho, este tema ha sido una de las razones fundamentales del derrumbamiento del positivismo lógico.

67 Vid. De corpore politico, London, 1840, p. 134.

conocer en medida distinta.<sup>68</sup> Alejandro de Hales (o de Alés), medio siglo antes de que publicara Tomás de Aquino, comprobaba que la geometría era incompatible con la aritmética,<sup>69</sup> y esto no le preocupaba gran cosa.

son estas líneas. La ciencia de comienzos del siglo XVII se veía abocada observa que él no ve claro este postulado. 70 Sin embargo, los sentidos de existe tal vinculación lógica entre sus postulados y sus axiomas, que día haber duda. El problema de la ciencia, aunque no quedó resuelto, sí cias que él hace expresamente van dirigidas contra la poca fiabilidad de dos. Muchos estudiosos de su obra no reparan en que todas las denunde la razón. Descartes optó por la razón (matemática) frente a los sentia un dilema: o negar la evidencia de los sentidos, o negar la evidencia nunca han podido ser estudiadas matemáticamente; el mismo Hobbes como una de las mayores conquistas de la razón humana: ellos eran como tre Galileo y Descartes la nueva ciencia apareció en toda su grandeza. fue zanjado momentáneamente. Cuando Newton limó las asperezas enñirse al tratamiento de las cualidades de las cosas sobre las que no polas figuras geométricas. La única forma de evitar este problema fue cela vista y del tacto nos proporcionan una noción inequívoca de lo que El postulado V de Euclides define las líneas paralelas: pero las paralelas todo apoya a todo: luego no se podía negar algo sin negar la totalidad. la garantía científica de que el sol saldría todos los días. En esta obra ma consistía ante todo en que los "Elementos" de Euclides aparecían Pero siglos más tarde este tema volvió recurrentemente. El proble-

Hobbes trasplantó anticipadamente este método a las ciencias humanas. Se declaró decididamente empirista y fenomenista porque éste era el único modo de 'regularizar' los temas humanos. Desde el materialismo subyacente a esta actitud filosófica, él pudo obtener la apariencia de un método exacto porque eliminó las notas propiamente humanas:

no existe la libertad, y si hemos de hablar del alma, ésta sólo puede consistir en 'un cuerpo fino, trasparente, sutil'. 71 Al establecer el binomio "Ius seu libertas-Lex quae constringit" no fue nada original: pero éste ha sido el esquema de la mayor parte de las teorías iusnaturalistas, o de las teorías sobre la justicia, desde el siglo XVII a hoy. Lo usó Hobbes y lo usan hoy, cada cual a su modo, Buchanan, Nozick o Rawls.

# XII. LA LÍNEA IUSNATURALISTA TRIUNFANTE

Tras las obras de Suárez y de Hobbes hubo pocas innovaciones. La conciencia colectiva europea permaneció desorientada ante el nuevo derecho natural. El mismo rótulo de 'derecho natural' no apareció siempre claro en las obras que hoy consideramos que formaron parte de la Escuela del derecho natural. El joven Samuel Pufendorf tituló su primera obra "Elementos de jurisprudencia universal", y se acumularon títulos como "Jurisprudencia general"; "Derecho natural", "Ius Commune".72 Solamente a finales del siglo XVIII se impuso el título genérico de Derecho natural (Naturrecht), que pronto fue entendido como sinónimo de Filosofía del Derecho (Rechtsphilosphie o Philosophie des Rechts). Hegel, por ejemplo, títuló a su "Filosofía del derecho" como "Filosofía del derecho o derecho natural [...]".73 Cito terminología alemana porque la Escuela del derecho natural fue sacada adelante por alemanes protestantes. Entre el medio centenar de autores conocidos durante la Edad Moderna, sólo encuentro a un católico, el Barún von Ickstatt.74

### XIII. SAMUEL PUFENDORF

De hecho, Samuel Pufendorf jugó un papel especialmente importante en el afianzamiento de este sabcr jurídico nuevo. Crearon para él la

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Hermann Conring indicaba aún, algo tardíamente, en el primer tercio del siglo XVII, que "Cum demonstrationem omnium non aeque exacta sit ratio [...]" Propolitica, sive Brevis Introductio in Civilem Philosophiam, L. I, cap. V, Helmstadt, 1763, p. 50.

<sup>69</sup> Alejandro de Hales, en el siglo XIII, dudaba de la adecuación de la geometría a la matemática, y nos escribía que "Similiter de Geometria; non enim videtur, quod sensibiles lineae sunt tales, quales sunt illae, de quibus determinati cum enim omnis scientia sit circa rerum, et multa, quae dicit Geometra, non sunt vera, in sensibilis lineis, videtur quod aliae sunt lineae Geometriae, alia sensibiles, et aliae figurae ambarum: multo enim rectum de numero sensibilium, nec rotundum est tale, quale est illud, de quo determinat Geometra, quia non habent proprietates illius: circulus enim secundum Geometram tangit planum in puncto; circum autem sensibile non tangit res, hoc est planum in puncto; ita quod aliae sunt proprietates verum Mathematicarum, et aliae et rerum sensibilium". In Duodecim Aristotelis Metaphysicae Libros dilucidissima Expositio, Venetiis, 1572, p. 60 D. El tema ya lo había introducido en la p. 8 A.

<sup>70</sup> Escribe que están descritas en Euclides "But I do not find that parallels in general are anywhere defined". Elements of Philosophy, London, 1839, p. 189.

<sup>71</sup> Vid. De corpore político, cit., p. 309.

<sup>72</sup> Hubo perífrasis, ciertamente, para todos los gustos. Michael Heinrich Reinhardt publicó su Dissertatio philosophica de iure positivo universali. Vitembergae, 1729. Georg. A. Madihn habló del Ius Publicum Universale. Hallae Magdeburgicae, 173. Johann August Henricus Ulrich tituló a su obra Initia Philosophia Iusti seu Iuris Naturae. Jena, 1783. I. F. L. Schrodt expuso su Systema Iuris Publici Universalis. Bambergae, 1780. Nicolás Jerónimo Gundling nos expresaba que "Gleich zu Anfang des bemeldten "Discours" p. 1 tadelt er dem Grotium und Pufendorfium, daß sie bald 'civilia', bald 'Ius Naturae', bald 'Ius Gentium' proponiert". Erläuterung über Samuelis Pufendorfii De Officio hominis et civis, Vorrede, Hamburg, 1744, p. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> El título completo, según la traducción de J. L. Vermal, es Principios de Filosofía del derecho o Derecho natural y Ciencia política. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973. A este tema dediqué mi estudio "Naturrecht' y 'Rechtsphilosophie", en Anuario de Filosofía del Derecho III (1987) 243-397.

<sup>74</sup> Publicó dos obras: Meditationes praeliminares de studio iuris ordine atque methodo scientífica, Wiceburgi, 1731, y Elementa iuris Gentium, Wiceburgi, 1740.

primera cátedra de Derecho natural que ha existido, en la Universidad de Heidelberg. Marcó un hito en la historia de la reflexión sobre la ley natural porque a partir de la difusión de su obra, los pensadores se dividieron entre los que seguían a Grocio y los que le seguían a él. Sus propios discípulos le asociaron con Hobbes.<sup>75</sup>

a François Conan. A los teólogos, ninguno. Pero, como notaba Carl Schcionalista: aparecen continuamente citas de historiadores y poetas latisus teorías. El usa el mismo modo de presentar sus argumentos que algo exterior al hombre mismo: sólo existen fines en los artefactos hu-En este grupo de autores las leyes, también la ley natural, aparece como tos divinos? Putendort no contesta, aunque sus discípulos sí lo hicieron.77 tiendo, robando, etc. ¿Por qué existe el deber de obedecer estos preceplo que si Dios lo hubiera dispuesto así, los hombres obrarían bien minca, declara que los contenidos de estos mandatos son contingentes, por los mandatos de Dios a los hombres. Como no admite una base metafísicompone de 'entes morales' (entia moralia) que están constituidos por so en sus "Disputaciones metafísicas", y explica que la ley natural se nunca a este teólogo, él sigue la teoría del 'ser modal' que Suárez expumitt, él sólo fue el heredero de Suárez.76 Efectivamente, aunque no cita nos. De los juristas anteriores sólo menciona a Vázquez de Menchaca y Vázquez de Menchaca y Grocio, al que llamé hace años Humanismo ra-No se puede hablar de su teoría iusnaturalista, sino sólo en plural

No acepta el criterio del 'medium rei': del mismo modo que Suárez, dispone que la 'materia' de las cosas, opus non videtur en las consideraciones jurídicas.<sup>79</sup> En el momento de hacer justicia, el hombre sólo dis-

pone de los mandatos que Dios nos ha dictado contingentemente. Pero los mandatos de Dios se agotan pronto, porque la prohibición de robar no especifica si un interés del doce por ciento debe ser considerado usurario. Del mismo modo que Grocio, él propone concretar los contenidos de cada precepto divino siguiendo universalmente las exigencias de la sociabilidad (sociabilitas) humana, ya que presenta a un hombre en el estado de naturaleza que es algo petulante, engreído, dado a buscar su propio provecho y mal dotado para la cooperación social. Éste hombre es débil para subsistir por sí mismo (alude a la humana imbecillitas) y es mejor que forme sociedades con otros iguales que él.

¿Cuáles son estos entia moralia que extrae desde la exigencia de la sociabilidad? Pufendorf demuestra de hecho poseer una extensa formación en los libros de teología moral que habían publicado los escolásticos, porque desgrana miles de recetas morales que expone ordenadamente, según los temas, y en las que no es nada original, aunque presenta los contenidos morales como aportaciones suyas: ya indiqué que él no cita a ningún escolástico. Entre el principio general de la sociabilidad y estas soluciones concretas, no suele haber conexiones: la sociabilidad permanece en el plano programático.

vida de más calidad que la propia del 'status naturae'; si el derecho es de limitar el derecho natural para crear las condiciones para llevar una que para Hobbes (y del mismo modo que para buena parte de los escodes necesariamente constrictivas de aquella libertad originaria: de ahí la y que acaban con la libertad que es propia del derecho natural. En él, el desaparece una vez creada la sociedad política, y fue lógico que Otto natural' es una contradicción en los términos. El derecho o ius natural libertad y la ley es siempre constricción de la libertad, la expresión 'ley va, es decir, creada voluntariamente por los hombres, y su función es la lásticos anteriores al siglo XVI), la ley es una realidad únicamente positi derccho natural y la libertad son la misma cosa, y las leyes son realidadad política, momento en el que irrumpen las leyes, que son coercitivas duo, y que acabó cuando los hombres decidieron constituirse en socieoportunos. Presenta un derecho natural, que es libertad de cada indivireiteradamente, pero del que prudentemente se aparta en los momentos Buena parte de su obra es un continuo diálogo con Hobbes, al que cita basada en el juego de la contraposición entre las nociones de ius-lex. de Pufendorf, "Los ocho libros del derecho natural y de gentes". Porque frase "Ius seu libertas, lex quae constringit". Para él, del mismo modo junto a la teoría de los 'entes morales', él desarrolló paralelamente otra Esta es la cara que presenta superficialmente la obra más conocida

<sup>75</sup> Tal cosa hizo Nicolás Jerónimo Gundling en Erläuterung.., cit., L. cap. I, § 3, p. 21. Michael Heinrich Gribner mantuvo expresamente que Pufendorf era discípulo de Hobbes. Vid. Principiorum iuris prudentiae naturalibus libri IV. Vitembergae, 5a. ed., 1724, cap. IV, § 6. Thenius mantuvo que Pufendorf había entendido la qualitas moralis propia del derecho natural al modo de Hobbes. Vid. Quaestiones.., cit., Quaestio I, p. 17, nota a pié. En este mismo lugar opina que Schmauß y Thomasius son discípulos suyos.

<sup>76</sup> Vid. Escritos políticos. Trad. F. J. Conde, Doncel, Madrid, 1975, p. 17. También expuesto en El concepto de lo político. Trad. E. Molina y V. R. Crisafio, Folios Ediciones, Buenos Aires, 1984, p. 80.

Buenos Aires, 1984, p. 80.

77 Según Johann Eberhard Roesler, Dios manda porque es el Creador. Vid. Institutiones Iurisprudentiae Naturalis, L. 1, cap. II, Tübingen, 1756, § 2. En estos nominalistas el poder se disuelve en una cuestión de fuerza.

<sup>78</sup> Así Johannes Georg Daries, Institutiones Iurisprudentiae Universalis in quibus omnia Iuris Naturae Socialis et Gentium capita ... método scientifica explanantur, 6a. ed., Jenae, 1764, § 17.

<sup>79</sup> Vid. mi estudio "El cambio decisivo en la jurisprudencia: Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral", en *Iustitia* (Instituto de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires) I (1997) pp. 361-383. También en Historia del derecho natural. Un ensayo, cit., pp. 232-143. Suárez ya había mantenido esta tesis en su *Tractatus de legibus*, cit., L. II,

cap. 5, § 8. En el l. II, cap. 17, art. 6, había explicado que el contenido del precepto es sólo materiam contractam por la ley.

von Gierke lo llamara un *ius inutile*. Su teoría sobre el derecho natural acaba siendo una teoría sobre los requisitos de la legislación positiva. <sup>80</sup> Concede mucha importancia a la *persona* en el mismo sentido que los Nominales de la Baja Edad Media. <sup>81</sup>

envidia. Tuvo muy fuertes enfrentamientos con sus compañeros de Uniprincipales enemigos, usando todas las formas posibles del desprestigio, incluidos los temas personales que no eran de conocimiento general. El su falta de base metafísica frente a los luteranos, que habían hecho suya de Uppsala. Comencé a leerlo porque entendí que trataba de defender ya que tuvo tuertes enfrentamientos con los luteranos de la Universidad extenso, al que tituló "Eris scandica", es decir, "La pelea escandinava", tólica. Su vida fue una continua polémica, y compuso un libro, también crearon para él la cátedra en la Universidad de Heidelberg, que era caél llamó —desde las primeras líneas del 'Praefatio' de su obra— Regnum nales que no las explicaciones concretas. Advierto al lector que es difícil momento de juegos de equívocos, importaban más las actitudes persola personalidad de Pufendorf era muy distinta de la de Grocio: en aquel Siempre descalifica a su enemigo del momento acusándole ante todo de más maltratado fue Nicolás Beckmann, porque había sido amigo suyo Pero el libro tiene una factura distinta: va atacando, uno a uno, a sus la metafísica tan rígida que mostró Suárez en su "Tratado de las leyes". Tenebrarum a la Iglesia Católica: cosa singular habida cuenta de que Hobbes había llamado Kigdom of Darkness a la cultura aristotélica, pero lanza insultos en cada una de sus páginas, stupidus el más frecuente. leer a Pufendorf y sentir simpatía por él. Es un hombre grosero, que poco original.<sup>82</sup> Pero estaba destinada al éxito porque todos sabían que versidad, que le acusaban de comportarse él con sus disidentes como la Inquisición española trataba a sus heterodoxos. Como hace notar José López Hernández, la obra de Putendort fue

Sin embargo, Samuel Pufendorf tiene un prestigio fuerte en la historia del pensamiento jurídico. Fue especialmente apreciado por los secu-

80 Así lo entendieron, ya en el siglo XVIII, Gottlob Hufeland, Versuch über den Grundsatz des Naturrechts. Leipzig, 1785, p. 131, y Johann Chr. Hoffbauer. Recht und Moral..., cit., p. 5.

larizadores de la Ilustración, y este hecho llega hasta hoy. La historia del derecho natural posiblemente más conocida, la de Hans Welzel, presenta casi a la cultura sobre la ley natural pivotando entre antes y después del Baron de Pufendorf. Es comprensible porque Welzel —aunque catedrático de derecho penal— hizo su tesis doctoral sobre este autor. Es comprensible, sobre todo, porque Welzel vivencia una muy peculiar antipatía contra la Iglesia católica y contra los ámbitos culturales que de algún modo pueden ser asociados a ella; por este motivo, fundamentalmente insulta a Aristóteles —atribuyendo a su doctrina unos fallos que no encuentra el lector directo de las obras del Estagirita— cuando debiera haber aludido a lo realmente muy poco que Aristóteles expuso sobre la ley natural; trata igualmente a San Agustín, a Tomás de Aquino, y a todo el que no le parece lo suficientemente moderno como para entroncar con Pufendorf.

#### XIV. EL ILUMINISMO

comienzos del siglo XIX que se revolvieron contra las teorías del derecho ca en las Universidades y lideró el cambio jurídico y político. Todos eseste siglo la disciplina del Derecho natural se convirtió en la hegemónicompulsivamente los fundamentos últimos de la ética y del derecho. En del derecho romano idealizado según el gusto del momento. exponen sistemas jurídicos enteros suelen dejarse llevar por alguna idea ya estaban en marcha y propusieron sistemas enteros de derecho natumasius, o quienes quisieron influir en los procesos codificadores que dos como Burlamachi, servidores de la monarquía absoluta como Thola vida a pactos, como Gundling o Koehler, autores francamente modera-Wolff, los que reducían los fundamentos de todas las manifestaciones de Compitieron en esta empresa los materialistas, los racionalistas como nes que partían desde los individuos aislados en el 'status naturae'.83 natural, identificaban la doctrina del derecho natural con las explicaciodiante un pacto social. Esto fue así hasta tal punto que los teóricos de en el estado de naturaleza, y la vida social posterior que es creada metos autores partieron desde el estado prosocial del hombre, representado tores confusos, como fue el caso del citado Wolff o de Heinecke. Los que ral, como hicieron, de formas distintas, Nettelbladt o Daries. Hubo au-El siglo XVIII entró en una dinámica que le llevó a estudiar casi

Las ideas que Hobbes puso en marcha fueron desarrolladas por John Locke y David Hume, aunque de formas distintas. Locke fue un

cit., p. 5.

81 Desde que se generalizó la tesis de Grocio sobre la 'Qualitas moralis personae competens', los iusnaturalistas dejaron abundantes declaraciones sobre la 'persona moral'. Vid., entre otros muchos, a Wolff, Grundsätze der Natur-und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhänge herleiten werden. Hallae, 1757, § 96. También Daniel Nettelbladt, en su Systema, hizo frecuentes referencias a la 'persona moral', y él mismo nos muestra hasta qué punto se habían vulgarizado estas explicaciones, porque defiende esta qualitas moralis al mismo tiempo que muestra su admiración por Thomasius, que la negaba. Vid. op. cit., § 32.

tiempo que muestra su admiración por Thomasius, que la negaba. Vid. op. cit., § 32. 82 Vid. Historia de la filosofia del derecho clásica y moderna. Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 262-282.

<sup>83</sup> Vid. Mi estudio Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa, Actas, Madrid, 1993.

mación escolástica. y reiterativa, que no constituye precisamente un monumento a la elegancia literaria. En su forma de argumentar se nota claramente su foruna obra, el "Tratado sobre el entendimiento humano", extensa, prolija, decir una última palabra. ¿Fue realmente un materialista? Compuso personaje extraño (del mismo modo que Hume) sobre el que es difícil

Se aparte de los cartesianos y afirma reiteradamente que no existen las esas 'cosas': hay que suponer que tales cosas son los fenómenos mismos. que conocemos: el hombre se encuentra a solas con el mundo de sus dos, sin que sepamos qué tipo de realidad es la que soporta esos datos básica es que únicamente conocemos 'fenómenos' a través de los sentiyor parte de su obra filosófica a negar también las sustancias: su tesis más de los accidentes que conocemos por los sentidos. Locke dedicó la maideas innatas.85 'ideas'.84 Conocemos por el "power of things", pero no sabemos que son tendiendo bajo este término aquellas cosas que son portadoras últimas Thomas Hobbes había negado la existencia de las 'sustancias', en-

suficiente dinero puede comprar más tierras. Comienza en clave 'sociael gobierno civil". Comienza indicando que un hombre sólo puede poses que se habían enriquecido con el librecambio, como Holanda, e hizo deros, como son la plata y el oro. Cuando una persona ha acumulado el rrompan, y nada más adecuado que cambiarlos por metales no pereceperecederos, que ha de cambiarlos por otras cosas antes de que se cotudio, explica que el agricultor se encuentra con el problema de los frutos seer las tierras que él sea capaz de trabajar.86 Más adelante en este eslo que pudo para mostrar la bondad de este sistema económico. lista' y acaba su "Ensayo" en términos capitalistas. Él admiraba a los paí-Expone su doctrina jurídico-política en el "Segundo ensayo sobre

a heredar, antes que ninguna otra, y junto con sus hermanos, los bienes propiedad", que consiste en mantener que cada persona tiene el derecho pierda con su muerte. Establece lo que él llama "la ley fundamental de la Si un hombre ha acumulado dinero o tierras, no tiene sentido que las

si ha negado la existencia de ideas innatas y el conocimiento de las suses el derecho innato del ser humano. Un cierto espíritu crítico al leer su recho a la igualdad, a la libertad individual en el uso de las propiedades, vaguarda de las propiedades. Como dirá algunos años después Adam constituye una contradicción. una función requerida por la libertad en el uso de las propiedades. Pero, Smith, la sociedad existe para proteger al rico contra el pobre.87 El dede sus padres, y que la sociedad ha sido instituida ante todo para la saltancias, su afirmación del derecho natural individual a la propiedad "Segundo ensayo" lleva a pensar que la libertad personal existe como

siste en una cadena, con movimiento eterno, de causas eficientes que esta obra quedó establecida la máquina universal: todo el universo conque era tan incomprensible como Dios mismo. todos tuvieron en cuenta que esta visión del mundo excluía no sólo a de suponer un Dios fuera de la máquina: un Deus ex machina. Pero no ba de sobra en este plantcamiento mecanicista, y los creyentes hubieron los materialistas ya habían hecho suya la idea de la máquina. Dios estaespacio infinito era 'el sensorio de Dios'. Pero perdió el tiempo porque ción de esta obra, un tratado de tcodicea o teología natural. Para él, el daban a su doctrina, Newton publicó, como apéndice a la segunda ediactúan impeliendo mecánicamente. Viendo el uso que los materialistas Dios sino también a los hombres: les resultó un Homo extra machina Por los mismos años publicó David Newton sus "Principios". En

natural que sitúe fines ante los hombres, carece de sentido. benéficas, como es la benevolencia o simpatía, y que es mejor para tolos otros materialistas como Helvetius o d'Holbach, la idea de una ley dos tomentar todas las instituciones que las aumenten. En él, como en Locke, y negó cualquier derecho innato. Él observó que hay pasiones basta conocerlas. Como es lógico no incurrió en la contradicción de vimiento que se mueven de formas incomprensibles para los hombres: las de Hobbes o Locke. Para él todo son partículas de materia o de mo-David Hume estuvo más bajo la influencia de Newton que no bajo

gen a la sociedad política para defender mejor sus derechos. A lo laraislados en el estado de naturaleza y que, mediante un contrato dan orineral, dominaron las ideas contractualistas que parten desde individuos que han aparecido desde 1750 a hoy, no presentan gran interés. En geponerse en el siglo XX, y las teorías éticas, o sobre el derecho natural necesario volver a Hume. Tiene razón, porque el empirismo volvió a imeran tres: la libertad, la igualdad y la propiedad. Como un decreto de go del siglo XVIII entendieron que los derechos naturales del hombre Indica hoy MacIntyre que para retomar la discusión sobre la ética, es

se con rapidez. pide perdón por utilizarlo, y lo usa porque le parece que es el más cómodo para expresar-El término idea es completamente inadecuado en este contexto filosófico. Locke

que una transformación del protoelemento sensación". Filosofía de la Ilustración. Trad. E. Imaz, F. C. E., México, 1984, p. 41.

86 Burlamachi participaba de esta misma opinión. Vid. Élements du droit natural, ble. Lo que solemos oponer como fueras superiores del espíritu [...] no es en verdad más realidad psíquica [...] no es en el fondo sino una repetición y transformación de una determinada cualidad fundamental. que ya se halla implícita en la más simple impresión sensi-85 Cassirer explicaba que lo que "Ahora se muestra que todo lo que denominamos

Lausannne, 1788, p. 10.

<sup>87</sup> Vid. Lectures on Jurisprudence, Oxford Clarendon Press, 1978, p. 404

Reichkammergericht prusiano había condenado el uso de la expresión derechos del hombre (Menschenrechte) por sus connotaciones revolucionarias, los alemanes usaron la expresión notablemente más tosca de derechos originarios, Urrechte. Los ciudadanos creaban un Estado de Derecho (Rechtsstaat), es decir, un Estado cuya función era la de proteger los tres derechos naturales del hombre.

Los ensayos de los iluministas dieron vueltas reiteradamente a la figura del estado de naturaleza, del contrato social y de los fines de la sociedad creada mediante este contrato. Así, el derecho natural se fue definiendo como una disciplina académica que se caracterizaba por partir desde los individuos aislados en el status naturae. Como en el transcurso de un siglo las aguas se habían calmado algo, hubo quienes volvieron a tratar el tema del deber jurídico y estudiaron más calmadamente la estructura del acto moral. Estos estudios fueron frecuentemente obras de profesores de matemáticas. Los que expusieron sistemas de derecho natural, que abarcaban indistintamente el derecho privado y el público, configuraron un derecho romano idealizado que fue presentado como el derecho natural de la razón.

sus cargos. Echaba de menos las Ciudades-Estado griegas, compuestas vivir, la primera mitad del siglo XVIII. Todos cran personas mediocres rales. Sucedía que él tenía mala opinión del tiempo que le había tocado se apiñaran frente a sus enemigos. La propuesta de Rousseau sería inincon su doctrina que igualaba a los hombres, era una religión para esclaque se defendían detrás de las máscaras de su dinero, de sus títulos o de hombres crean el poder político para defender mejor sus derechos natutración porque se situó en las antípodas de quienes entendían que los adulta en Francia. Juan Jacobo es conocido a veces como la Anti-Ilusbo Rousseau, ciudadano de ginebra que pasó la mayor parte de su vida cundiendo por toda Europa con gran fuerza. vos. Era preciso volver hacia la idea de una patria en la que los hombres puestos a morir por sus murallas, sus leyes y sus dioses. El Cristianismo, por hombres de corazón de león que tanto mataban como estaban disteligible al margen del sentimiento del patriotismo, que entonces estaba El estudio más interesante del siglo XVIII fue quizá el de Juan Jaco

La degeneración actual comenzó con el establecimiento de las propiedades privadas: el primero que clavó un palo en el suclo y dijo "Esto es mío" y encontró gente lo suficientemente necía como para creerle, ése comenzó a arruinar al género humano. Los hombres en el estado de naturaleza no eran ni buenos ni malos, porque no poseían moralidad: vivían indiferentes los unos a los otros, buscando cada cual su propio provecho. La moralidad es necesariamente creación social, pero no en el sentido en que hoy los filósofos conductistas consideran la creación de las morales positivas, sino en el sentido más estricto que entiende que la moral verdadera consiste en buscar el interés verdaderamente

común a todos los hombres. Este interés compone la 'voluntad general' o volunté générale, que siempre ha existido, de modo que cuando se vota en la Asamblea no tanto se la crea como se la desvela. Ciertamente, en ocasiones se producen votaciones, pero sus resultados no son fiables porque los votos suelen estar dirigidos por el dinero o por los prejuicios; a la voluntad que resulta de las urnas, él la llamó voluntad de todos', volunté de tous, y su juicio sobre ella es bastante negativo. La verdadera volunté générale se obticne despojando a los intereses de los hombres de lo que tienen de personal, para acabar encontrando el interés verdaderamente común a todos.

Las exigencias de la idea de la unidad gravitan pesadamente sobre el pensamiento de este ginebrino. Parece dar por sentado que si la sociedad posee una sola dirección, los actos de voluntad políticos han de ser necesariamente justos. Combate por igual a los individuos y a las 'sociedades intermedias' que se interponen entre los sujetos y el Estado. Pero si la voluntad general no se obtiene mediante las votaciones, centonces cómo? A partir de un cierto momento de su "Du contrat social" acaba reclamando la obediencia al Estado como entidad unitaria, sin más especificaciones. Con Rousseau desapareció definitivamente la doctrina política del Antiguo Régimen, con su pluralidad de centros de poder y con la distinción de la auctoritas propia del derecho y la potestas que ejerce el poder político.

cada ciudadano una vez iniciada la sociedad política, y que la función sorium de cada individuo se transformaba en un ius peremptorium de daron argumentos para explicar el derecho. Entendió que el ius provital forma a la 'persona jurídica', juristische Person,88 que apenas le queobtención del contenido de los actos morales individuales, y realzó de su persona y de sus propiedades. Kant y sus discípulos contribuyeron en en el desierto, para que cada ciudadano pueda disponer libremente de para que cada uno estuviera en condiciones de llevar a cabo su p¹ r de del poder era la de asegurar la eficacia de los derechos de cada cual ral. Dedicó la mayor parte de sus esfuerzos a explicar la estructura y la Cabeza de Jano"89 repiten monótonamente que la sociedad política es una vida personal. Los algo más de cuarenta kantianos que historié cn "La territorios de habla alemana. fuerte medida a afianzar las ideas liberales y iusnaturalistas<sup>90</sup> en los 'sociedad de seguros' (eine Assicuranzanstalt), como lo son las caravanas Kant no añadió nada nuevo a la teoría dominante del derecho natu

<sup>88</sup> Vid. mi estudio "La independencia y autonomía del individuo: los origenes de la 'persona jurídica'", en Anuario de Filosofía del Derecho (1987) pp. 477-522.
89 Universidad de Cádiz, 1989.

<sup>90</sup> Bergbohm aludía a la culminación del insnaturalismo en Kant sus discípulos. *Vid. Das Naturrecht der Gegenwart.* Lcipzig, 1892, p. 114. En la p. 198 de este estudio, explica que Kant fundó lamedor escuela del derecho natural que había existido.

49

Los franceses, al margen de Rousseau (si es que puede ser considerado francés) no contribuyeron gran cosa a la cultura iluminista de la Suley natural. Los países mediterráneos como Italia y España tampoco. Los ingleses propusieron la filosofía empirista, y algo más tarde las doctrinas éticas utilitaristas, pero tampoco añadieron ningún dato decisivo al desarrollo de esta idea moderna. Las reacciones de los de la Isla fueron más bien anti-iluministas, y Lord Shaftesbury, Lord Kames, Adam Ferguson, Francis Hutchenson, David Fordyce, James Harrington, y corotros, ofrecieron unas doctrinas, parcialmente coincidentes, cuyo condel

junto compone una de las mayores creaciones culturales de Europa.

Hubo autores que no fueron escolásticos ni se añadieron a las filas de la Escuela del Derecho Natural Moderno, como fue el caso de Giambattista Vico, Johann Eisenhart o Gustav Fr. Gaertner. <sup>91</sup> Fueron autores formados en la metafísica tomista y en el espíritu jurisprudencial, que trataron de poder orden entre la metafísica rígida y sustancialista de los escolásticos y las ideas excesivamente individualistas de los iusnaturalistas de su tiempo. Pero las suyas fueron voces en el desierto, como habían sido, en el siglo anterior, las de Ulricus Huber o Johannes Althusius: sobre ellos recayó un *altum silentium*.

### XV. LA ESCOLÁSTICA MODERNA92

Los escolásticos llegaron hasta el siglo XIX en decadencia pero con bastante fuerza en los Seminarios y Universidades católicas. Sus libros publicados en los siglos XVII y XVIII se acumulan en una biblioteca medianamente surtida. 93 Pero la cantidad de publicaciones de escolásticos de este momento que encontramos en alguna biblioteca bien surtida no se corresponde con su ajuste a lo que demandaban los tiempos y la ciencia. Permanecieron divididos entre Salmanticenses y Conimbricenses, pero su actitud fue ante todo epigonal, sin añadir casi nada nuevo a las aportaciones de los cabezas de escuela. El pensamiento de Tomás de Aquino se fue perdiendo, aunque todos hablaran de él y pretendieran

exponer las ideas del Aquinate. El gran triunfador fue Francisco Suárez, Suarezius noster, como lo llamaba Ignatius Schwarz. Leticia Cabrera ha explorado la escolástica del siglo XVIII y sus conclusiones llevan a lo indicado: falta de vigor creativo, repliegue sobre las propias escuelas sin entrar siquiera a discutir con Descartes o los empiristas, y dominio de la vulgarizada metafísica suareziana. 95

Aún en el siglo XVIII hubo pensadores escolásticos de cierto vigor, como fue Anselm Desing, pero este resto de fuerza se perdió a lo largo del siglo XIX. Estos escolásticos estaban tan influidos por los moldes argumentativos de su tiempo, que casi todos comienzan sus estudios examinando primero los derechos individuales (es decir, a los derechos del hombre en el estado de naturaleza) para pasar después al estudio de los derechos sociales, que son los derechos del hombre viviendo en sociedades como la familia o la sociedad política. Hicieron suyo el esquema que distinguía el "Derecho natural absoluto", que se ocupaban del estudio del individuo en general (absolutamente, al margen de alguna relación social), y el "Derecho natural hipotético", que estudiaba las relaciones humanas bajo la 'hipótesis' de suponer al hombre viviendo en alguna sociedad. Ignoraron las explicaciones sobre el derecho natural anteriores al siglo XVII.

Tras la Revolución y tras la imposición generalizada de las ideas materialistas tal como se desprendían desde un conocimiento superficial de la mecánica de Newton, los autores escolásticos de este momento fueron personas a la defensiva y sin conocimiento de la filosofía clásica ni moderna: ignoraron por igual a Tomás de Aquino como a las razones que habían movido a Descartes o a Hume para establecer sus teorías. Los Prisco, Liberatore, Taparelli d'Azeglio, Ortí y Lara, etc. fueron personas que consideraron que estaba subvertido el orden moral social y que echaron sobre las espaldas de Lutero el origen de los males que aquejaban al mundo moderno. Su estilo es frecuentemente grosero, y normalmente eliminan la validez de algún sistema filosófico simplemente denunciando alguna pretendida contradicción en la base de ese sistema. Hay que hacer una excepción con Jaime Balmes. 96

¿A qué se debió esta falta de vitalidad de los escolásticos? Una persona tan poco sospechosa de simpatías 'progresistas' como fue Álvaro d'Ors, explicaba que el declive de las Universidades católicas comenzó cuando Felipe II prohibió a los estudiantes españoles que fueran a estudiar a Universidades extranjeras, por miedo a que tomaran contacto con

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Johann Eisenhart publicó *De usu principiorum moralis philosophiae in iure civili condendo et interpretando Commentarius*. Helmstadi, 1726, y Gaertner, mucho más tarde, *De summo juris naturalis problemata*, Bonn, 1838, que es, sorprendentemente, una obra de base aristotélica.

<sup>92</sup> Vid. mis estudios Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos, cit., pp. 362-380. Para el siglo XIX, op. cit., pp. 381-407.

<sup>93</sup> Debo buena parte de mi trabajo a la Biblioteca Episcopal de Córdoba, conocida ahora como Biblioteca Diocesana. Los obispos cordobeses fueron por lo general personas ilustradas que adquirieron los libros más importantes que se publicaron entre los siglos XVI al XVIII. La magnífica estructura de trabajo que se sigue en esta Biblioteca facilita notablemente el estudio.

<sup>94</sup> Vid. Institutiones Iuris Universalis, Naturae et Gentium, Augustae, 1743, Instructio I.

<sup>95</sup> Vid. Modernidad y Neoescolástica: Anselm Desing, Universidad de Cádiz, 2002.

<sup>96</sup> Vid. los datos aportados por Enrique V. de Mora Quirós, El pensamiento político de Jaime Balmes, Universidad de Cádiz, 2003.

las ideas de los protestantes. Efectivamente, cualquiera comprueba cómo en poco tiempo el vigor intelectual de Francisco de Vitoria o de Domingo de Soto, remozado desde bases distintas por Luis de Molina o Francisco Suárez, cedió a la tendencia a conformarse con lo fácil, como eran pequeñas obras —frecuentemente bajo forma de apuntes de paternidad desconocida— que usaban las categorías filosóficas escolásticas, cuyos autores pretendían explicarlo todo intelectualmente sin moverse de su mesa de trabajo. Desde pronto circularon entre los universitarios y los seminaristas apuntes breves que respondían a lo indicado. Con razón explicaba Gibbon, en el Prólogo a su historia sobre el declive de Roma, que el clero español era el más ignorante de Europa, ya que tenía a nadie que le contradijera.

#### XVI. EL SIGLO XIX

cido las doctrinas sobre el derecho natural. Como la Modernidad había cas, Europa quedó desencantada con las novedades que habían introduun solo legislador inapelable. De hecho, en España la palabra Estado calmente laica tal como se mostró históricamente, imponía considerar estar sujeto a las exigencias de la ley natural, y la idea del Estado, radide un solo poder legislativo, ya que entendía que todo legislador había de entonces no había sido posible porque la Iglesia condenaba la existencia el Estado como la única instancia legislativa, ejecutiva y judicial. Hasta gen, y fue el esfuerzo colectivo, aunque no unánime, por hacer realidad tiempo ha sido el más caótico de nuestra cultura. Este caos tuvo un orio no. ¿Qué propuso el siglo XIX?: no sería aventurado afirmar que este saber pronto, según afirme o niegue el status naturae, si es iusnaturalista desde el estado de naturaleza, basta ojear un libro de esta época para recho natural demostraron sus virtualidades prácticas en 1789. En fue utilizada por las izquierdas en este tiempo; las derechas preferían el Francia, la Revolución dio paso a Napoleón, y tras la guerras napoleóni; término de nación. identificado el derecho natural con el estudio del hombre que partía Las ideas revolucionarias contenidas en algunos de los libros del de-

El Estado impuso la unidad. España fue hasta 1830 un conjunto de ayuntamientos casi independientes; el Rey formaba parte de la Casa Real, estaba sometido a ella, y en ella influían también los nobles y los eclesiásticos. Desde que el general Riego impuso al Rey el Estado parlamentario (1820), la Capital del Estado fue controlando progresivamente la vida de los municipios; finalmente acabó quitándoles sus bienes (los 'propios') y su capacidad de imponer impuestos (los 'arbitrios'). Lo mismo hizo con la Iglesia y con las órdenes religiosas, mediante varias desamortizaciones. Es patente que aquellas personas estaban convencidas de que la autoridad de una sola instancia crcaría por sí sola la racionali-

dad política que era imposible con la fragmentación de los centros de poder. Crearon por fin, después de varios decenios de disputas, la Escuela Superior de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, cuya función principal era crear la red radial de las comunicaciones nacionales en torno a Madrid.

Francia estuvo marcada por las secuelas de la Revolución de 1789. Napoleón fue derrotado finalmente, pero había dejado a Francia unificada también en el plano educativo porque la 'Universidad imperial' (que abarcaba todos los grados de la enseñanza) era única y obligatoria para todos los franceses: todos ellos estudiaban los mismos textos, y el procedimiento para la selección del profesorado era idéntico en todos los casos. Jurídicamente quedó unificada mediante el Code Napoleon, que fue desarrollado a lo largo de tres generaciones por la Escuela de la Exégesis. Los franceses de este siglo entendieron que el Código, que había recogido algunas exigencias revolucionarias elementales, agotaba lo que se podía decir sobre el derecho natural. Con las unificaciones legales y educativas, en Francia se impuso lo que hoy llamamos positivismo jurídico de Estado, y el Estado francés, especialmente amplio y numeroso, pasó a ser considerado el Estado paradigmático.

pero lo único claro es que en ella hubo pocas cosas claras.97 el Tribunal Supremo norteamericano. Entre Austin y Holland compusie de Austin han sido de hecho, durante más un siglo, ley vinculante para ce", pero esta obra no fue exactamente un estudio jurídico, sino pretedespués publicó Thomas Erskine Holland sus "Elements of Jurisprudenciar el derecho romano, y en sus "Lectures" (publicadas póstumamente ron lo que se llamó "Escuela Analítica" del derecho, Analytical School yor popularidad que la de Austin. Pero da que pensar que las "Lectures (aunque a su modo peculiar) el Estado, la obra de Holland gozó de marentemente político. Como en Inglaterra se estaba también formando pendio de derecho romano, especialmente bien explicado. Algunos años las instituciones jurídicas romanas una a una: su obra fuc un gran comen 1830), trató de ofrecer lo que debería saber todo jurista, examinando rrolló su docencia en la Universidad de Londres. Él trató de quintaesenpragmática, John Austin estudió en Tübingen con Gustav Hugo y desase formaban en los bufetes de los abogados de forma excesivamente cas— a ser la mayor potencia mundial poco después. Como los lawyers de habitantes —que era su población durante las guerras napoleónila industria y del comercio. Pasó en poco ticmpo de poseer seis millones La Inglaterra decimonónica estuvo dominada por las exigencias de

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Así, C. K. Allen, Legal Duties and other Essays in Jurisprudence, Clarendon Press, Oxford, 1931, p. 13.

Los Estados alemanes siguieron unos caminos convulsos. Los kantianos impusieron el liberalismo iusnaturalista de la mano de lo que entonces se consideraba que era el derecho natural, que ellos llamaban "Metaphysik des Rechts", "Naturrecht" y a veces "Reine Rechtslehre". Aunque, de hecho, la expresión "Derecho natural" (Naturrecht) devino sinónima en muchos casos de la de "Filosofia del derecho" (Rechtsphilosophie). Repudiaron el derecho natural que ellos conocían, que era el derecho natural moderno filtrado por los discípulos de Kant, por su excesivo individualismo; en su lugar quisieron leyes más solidarias que corrigieran los abusos de la incipiente sociedad capitalista; la noción cristiana de la caridad —o lo que había permanecido de ella— estuvo presente en este rechazo del individualismo posesivo, y Bismarck, que fue el creador de la seguridad social, llamaba a las tres leyes que la crearon 'caridad práctica'.

gado de derechos, Hegel entendió que en cada concreción normativa que peligraba con crear un hombre sólo preocupado por sí mismo, carque han perjudicado el prestigio de su obra. No fue panteísta. Pero la docempeño le llevó a hablar sobre la autoridad del Estado en unos tonos autoridad del Estado alemán sobre las ideas de los revolucionarios; este malos momentos, el tiempo del Sturm und Drang, y quiso reivindicar la tiana, y él llamó 'derecho abstracto' al derecho natural propuesto por Savigny. La filosofía de Hegel fue una reacción contra la doctrina kanderecho civil en derechos subjetivos de los individuos.98 Él participó tedor, pero en su "Curso de derecho romano actual", aunque tiende a agrupor medio centenar de estudiosos. Fue un destacado político conservaromano de la Edad Media", una obra que ahora intenta ser prolongada histórica más extensa y profunda que la que él expuso en "El derecho especialmente complejo y contradictorio; nadie ha realizado una labor trina hegeliana fue malentendida y desdeñada. Savigny fue un personaje habitaba un destello divino, que era el creador del deber. Le tocó vivir los iluministas y los kantianos; frente a la 'persona jurídica' kantiana. damentador más expreso y extenso de ella fue Heinrich Ahrens. nuemente en el movimiento de la Escuela Histórica del derecho; el funpar las reglas jurídicas en torno a las instituciones, también disolvió el Aparecieron personalidades gigantescas y extrañas, como Hegel o

Quisieron hacer realidad la unidad racional que entonces estaba sobreentendida en la idea del Estado. A los alemanes le molestaba el espectáculo de su patria, dividida en varios Estados, regidos con frecuencia por ordenamientos jurídicos que muchos consideraban anticuados. La misma idea del Káiser providente, solamente vinculado a sus deberes

anacrónica. Miraban con envidia a Francia, en donde Napoleón había exigencias de la igualdad propia del derecho natural. Se suele decir que españoles quisieron un código civil que tradujera al derecho positivo las copió ad pedem litterae el régimen administrativo francés). Alemanes y tamentos. (España, igualmente admiradora del régimen napoleónico, en lo político-administrativo a través de la homogeneización de los terri te el Código civil; en la educación mediante la 'Université Imperiale', y impuesto la unidad racional; en el derecho la había conseguido mediancon la patria, con su servicio incondicional a sus súbditos, les resultaba todos que habían de ser necesariamente racionales. unido, representado en su parlamento, había de dictar leyes iguales para nistrativo. A la conciencia colectiva le resultaba evidente que el pueblo ron en Francia, tanto en lo más propiamente jurídico como en lo admiantihistórico: todos buscaron el derecho natural codificado, y se inspiraderecho natural. Es posible, pero el siglo XIX más que historicista fue las ideas historicistas influyeron en el desprestigio de la idea general del torios del Estado mediante su unificación y posterior división en depar-

Los alemanes quisieron inducir las categorías jurídicas básicas que han de estar presentes en todo ordenamiento jurídico y crearon tardíamente la escuela de los Allgemeine Grundbegriffe. Seguían la idea inspiradora de la Analytical School inglesa, aunque en clave germánica; porque John Austin había intentado extraer las categorías que habían de estar necesariamente presentes en todo derecho privado, mientras que los alemanes trataron de hacer una teoría de los conceptos jurídicos más elementales de lo que ellos llamaban cl Staatsrecht, es decir, del derecho constitucional, administrativo y fiscal. En realidad, componían la teoría jurídica del Estado. Su situación era distinta a la del Reino Unido y a la de Francia, ya que ellos estaban bajo la 'dictadura' del Káiser, y esto condicionó su visión del Fstado: los dos grandes teóricos del 'Staatsrecht' del siglo XIX, Gerber y Laband, estuvieron al servicio del régimen del Emperador.

Algumos quisieron reavivar la llama del derecho natural, pero no conocían otra doctrina iusnaturalista que la moderna; para suplir sus deficiencias buscaron recetas filosóficas únicas que tuvieran capacidad para enjuiciar a toda la legislación unitariamente, y el derecho natural acabó, en las manos de algunos de ellos, siendo una 'Ciencia de la legislación', *Gesetzgebungswissenschat.*<sup>99</sup> Sólo muy tarde, a comienzos del siglo XX hubo un renacimiento de los neokantianos, y el más conocido fue Rudolf

<sup>98</sup> William Markby notaba que algunas personas como Lassalle advertían este extraño giro interno en las explicaciones de Savigny. Vid. Elements of Law considered with reference to Principles of General Jurisprudence, 6a. ed., Oxford, 1871, p. 33, nota a pie.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Bergbohm escribía que "Die Systeme des Vernuntsrechts enthielten stets mehr Rechtskritik und Rechtspolitik, als wirkliche Rechtsphilosophie. Unter seinem Denckmantel wurde eine gewaltige kritische Arbeit geleistet; unter seinem Namen wurden die Ideen jener Zeit über die Grundlagen einer umfassenden Neuordnung dem allgemeinen Verständis nahegebracht. Es war ein wirksames Mittel im Kampfe um die Gestaltung des Rechts, noch nicht

Stammler. Pero su influencia fue prácticamente nula en comparación con el moldeamiento de las cabezas que había operado la mentalidad que hizo posible al Estado.

a tres guerras civiles. Finalmente triunfó la ideología liberal, que hizo de entre los liberales y los 'tradicionalistas' que, sólo en España, dio lugar de vista respecto de Alemania. Estuvo operativa, además, la oposición otra de vejez. Los otros Estados fueron muy atrasados desde este punto de cada nación. la Capital de cada Estado el centro legislativo, administrativo y judicial Bismark mediante tres leyes, una de enfermedad, otra de accidentes y dias' que viciaban la formación de la voluntad general, y sus líderes mento. Los sindicatos obreros fueron vistos como 'sociedades intermeles. Alemania fue el primer Estado que tuvo seguridad social, que creó tueron perseguidos, especialmente en Francia, como si fueran criminaguo Régimen se llevó consigo las instituciones de previsión social que muy desiguales en sus oportunidades de vida. La desaparición del Antiproclamó a los ciudadanos iguales en derechos, pero siguieron siendo abandonó la ciudad. Fue lógica esta agitación, porque la Revolución los gremios y las de los pósitos, y en su lugar no quedó nada por el mohabían existido, fundamentalmente la de las órdenes religiosas, las de represión que siguió a la Comuna de París cuando el ejército prusiano ciales que a veces fueron acallados con mano dura; baste pensar en la socialistas. Además de la agitación permanente hubo varios estallidos so-El siglo XIX estuvo estremecido por la pugna entre los liberales y los

#### XVII. EL SIGLO XX

Los liberales habían extirpado las ideas de una ley natural y de una moral objetiva; 100 en su lugar entró el mito de una "Legislación, cierta, única y universal". Antonio Rosmini-Serbati se quejaba de que cuando él indicaba a sus amigos que las leyes, además de estos caracteres, habían de ser justas, ellos sonreían y le decían: "¿Tú crees que nosotros queremos leyes injustas?". 101 Europa vivió a lo largo del siglo XIX bajo la inercia de algunos aspectos de la moral cristiana y vemos, por ejemplo, como Carlos Marx no sólo ni se planteaba la licitud del aborto, sino que ni admitía el divorcio. Pero la secularización había ya dado sus fru-

tos en los años 30 del siglo XX, y lo sucedido en el Pacífico y en Europa supuso un revulsivo para la conciencia colectiva.

LA LEY NATURAL: UNA EXPLICACIÓN INTERRUMPIDA EN LA HISTORIA • Carpintero

ses secularizadoras. do, y se han desarrollado (al menos hasta hace poco tiempo) desde baes el carácter personal del ser humano: los derechos humanos han nacipueden afirmar esa realidad máximamente ontológica o metafísica que el hombre es persona; cosa que no pueden hacer porque los laicistas no cualquier persona con sentido común— si sus defensores afirmaran que absolutos, y serían admisibles para un cristiano —como en general para chos serían admisibles para un jurista si no fueran presentados como están dominados por teorías sobre los derechos humanos; estos deretución internacional que afirma esta ley. Los otros foros internacionales Católica para hablar hoy de la ley natural, porque ella es la única instiescolásticos de los siglos XVII y XVIII. Es necesario referirse a la Iglesia siguieron interpretando las doctrinas tomistas por las explicaciones de Molina y Suárez, y entienden a la ley natural como la entendieron los la Universidad de Lovaina. 102 El problema fue que estos neoescolásticos tomismo, impulsado por León XIII, y tuvo su centro más significativo en Pero la carga iusnaturalista de este movimiento fue escasa. Nació el Neomenéutica, cosa que hicieron Werner Maihoffer o Arthur Kaufmann. Diversos autores alemanes se introdujeron por el camino de la her-

Pero es necesario recurrir a una idea de la ley natural o a una teoría de la justicia. La palabra misma de justicia ha estado desprestigiada durante mucho tiempo porque, como expresaba Carl Bergbohm "Nos preguntan si no *sentimos* que hay que guardar la palabra dada, respetar los bienes ajenos, castigar a los malhechores. Esta forma falsa de generalizar nos hace perder el camino de la inteligencia. Nadie, absolutamente nadie *siente* igual". <sup>103</sup> Aparte de que las cuestiones más básicas de la

selbst ein Recht". Das Naturrecht der Gegenwart, cit., p. 209. Hace matizaciones, en este mismo sentido, en su obra Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, cit., pp. 204-220.

<sup>100</sup> Vid. mis estudios Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa, cit., per toum. y la parte histórica de Una introducción a la ciencia jurídica. Civitas, Madrid, 1988.

tum, y la parte histórica de *Una introducción a la ciencia jurídica*. Civitas, Madrid, 1988.

101 Él se quejaba amargamente de que cuando él decía a sus amigos que, además de estas notas, esa legislación debía ser justa, ellos le respondían: "Credi tu che noi vogliamo le leggi ingiuste?". *Filosofia del Diritto*, Milano, 1841, p. 3.

<sup>102 ¿</sup>No supone demasiada presunción descalificar a autores como Corts Grau, Olgiati o Delos? El lector debe hacer la prueba por su cuenta: si lee los textos, breves, de Tomás de Aquino sobre las leyes (I-II de la "Suma teológica") encontrará declaraciones sobre el cambio de la ley natural, sobre la variabilidad de la razón y de la naturaleza humana, sobre cómo los principios han de ser seleccionados en función de las conclusiones que es preciso obtener, sobre cómo lo que es bueno y virtuoso para un hombre porque le es proporcionado, eso mismo es malo y vicioso para otro porque le es desproporcionado, etc. Estos textos son un enigma desde la perspectiva tradicional de la ley natural en Tomás de Aquino. El único camino para entenderlos es lecrlos a la luz de la doctrina del *lus Commune*, en la que vivía el de Aquino, y contextualizarlos con lo que Tomás expone en otras obras suyas, como el Comentario a la ética y, especialmente, con los que explica en los tratados sobre la insticia y la prudencia en la II-II de la "Suma teológica"

tratados sobre la justicia y la prudencia en la II-II de la "Suma tcológica".

103 "Sie fragen uns, ob wir es denn nicht 'fühlten', das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Übelthäter bestraft werden müssten und dgl. Diese einerseits abstrakte falsch generalisierende Weise verschliesst jedoch den Weg zur Einsicht. Niemand, schlechthin niemand 'fühlt' dergleichen". Cfr. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig, 1892, p. 467.

justicia no se resuelven en sentimientos —con razón escribía Tomás de Aquino que la justicia no es cuestión de pasiones—, 104 aunque se expresen frecuentemente a través de ellos, si alguien entiende que puede ser lícito castigar a los inocentes o proceder al genocidio por razones raciales, entiende mal. Sin necesidad de llegar a estos ejemplos extremos todos observamos que es incondicionalmente injusto que se califica al profesor de Teoría del Derecho, como profesor de esta asignatura, por su habilidad como conductor de automóvil: cada 'cosa' requiere su medida propia, y el profesor debe ser calificado desde su actividad docente. Las palabras de Bergbohn más parecen ser propias de un fanático que se ha dejado llevar por la dinámica enloquecedora de sus ideas.

cada individuo. Pero, aparte de las dificultades de establecer desde bama un noúmeno o cuasi-noúmeno, que ordena respetar la igualdad de cación o lenguaje, y que todo lenguaje ha de consistir en un diálogo. ellas sigue dominando la tendencia típicamente iusnaturalista-moderna exigencias iniciales de igualdad y las reglas concretas que obtienen desses empiristas un noúmeno cuyas exigencias obligan a todos, entre las una estructura formal del lenguaje (una 'pragmática formal'), que for-Continente dominan las de Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas, que enla palabra dada: realidades que no solamente son distintas sino a veces mar todas las relaciones jurídicas; como indiqué antes, se les escapa que tan decisivo no ha habido ruptura entre las Edades Moderna y Contempaz de enjuiciar la justicia de todo el ordenamiento legal; en este punto que entiende que un solo dato normativo ha de ser universalmente cavamente. 105 Se plantea un problema parecido al de determinar cuantos de aquellas exigencias primeras existe un hiatus insalvable argumentatipar de los que toman parte en él, es necesario suponer la existencia de Como la regla principal de cualquier diálogo es la igualdad de particitienden, desde sus bases empiristas, que el mundo humano es comuniirreductibles unas a otras. Entre estas teorías nuevas de la justicia, en el lo justo consiste en pagar las deudas, en asistir al enfermo, en cumplir búsqueda de una sola explicación que posea por sí sola fuerza para norporánea: ambas han seguido bajo el mito de la 'teoría', es decir, de la A falta de derecho natural, han aparecido 'teorías de la justicia'. En

wart, cit., también en la p. 467, repite exactamente la misma idea.

Sin embargo, en esta misma obra explica que "Mord hingegen bleibt immer Mord und ewig rechtswidrig und strafbar [...] der Vertrag sei ein ewiges Rechtsinstitut, das überall und

constante en el hombre. 104 Vid. Suma teológica, II-II, q. 58, art. 9.

immer unter gleichen Hauptnormen stellt", op. cit., p. 415. ¿Entonces? El se lanzó a sí mismo este problema, y no lo contestó. Al contrario, en la p. 417 reitera que no hay nada

ángeles caben en la cabeza de un alfiler. Además, estas teorías, al afirmar un consenso ideal que no se confunde con las decisiones expresadas en los votos de las urnas, implican un peligro para la libertad personal; en ellas se reproduce el eterno problema que vemos en Rousseau: si lo expresado tácticamente deja que desear (efectivamente, con frecuencia no es lo descable), ¿quién será el que exprese el consenso verdaderamente racional? 106 En Norteamérica han aparecido los contractualismos de Nozick, Buchanan o Rawls. Buchanan justifica el orden que existe, un tanto al modo darwinista. Nozick parte desde la existencias de las propiedades privadas en el estado de naturaleza y no parece que supere a Locke. Rawls nos propone, en definitiva, tratar a nuestras propias pretensiones como trataríamos las de los demás suponiendo que no conocemos nuestra situación en la sociedad.

¿Son admisibles estas peticiones de principio? Vivimos un momento en el que la conciencia colectiva sabe que ha desaparecido el paradigma científico universal de la mecánica clásica: las explicaciones de Newton han caído bajo los descubrimientos de Bohr, Planck o Heisenberg. Las pretensiones universalizantes de las matemáticas, tal como se manifestaron aún en el siglo XX con Hilbert han quedado arruinadas por las teorías de los axiomas limitadores de Gödel. El hombre de hoy, acostumbrado a la seguridad que le proporcionaba la mentalidad subliminalmente operativa de la máquina universal, se ha quedado sin ideas que fundamenten sus hábitos intelectuales. Muchos confunden la caída del materialismo con la anarquía, y han surgido las teorías del pensamiento débil o las ideas sistemáticas basadas en la autopoiesis de todo lo que es, tal como expuso Maturana y hoy desarrollan especulativamente Luhmann o Teubner. 107

Hoy no convence la idea de una ley natural inmutable compuesta por naturalezas racionales eternas, porque es difícil apreciar tal inmutabilidad en los contenidos de la ley natural Ya que hablamos de la Iglesia católica, una persona ve cómo durante un milenio han prevalecido los derechos de la objetividad de la Fe sobre las ideas personales: de ahí la Inquisición. Sobre el préstamo con intereses recaía una prohibición veterotestamentaria, y sólo fue despenalizado en el último tercio del siglo XVIII por un decreto del Santo Oficio, ratione temporum habita. Durante mucho tiempo se ha entendido que el poder político había de estar

<sup>105</sup> Este hecho ya fue advertido por los críticos de la Escuela moderna del derecho natural que, como sabemos, también proponían fórmulas breves y solitarias. Johann Gottlob

Thenius escribía que "Sed valeat modos mea demonstratio adversus eos, qui cum Pufendorfio Iuris Naturae in novum ius socialitatis per metamorphosis fabulosum transformant". Quaestiones Juris Naturae.., cit., p. 51.

<sup>106</sup> Vid. mi estudio "Consenso de los filósofos y libertad personal", en Anuario de Filosofia del Derecho 19 (2002) pp. 255-282.

<sup>107</sup> Vid. una presentación del problema en mi estudio "Métodos científicos y método del derecho: una historia superada", en Persona y Derecho 62 (2010/1) pp. 20-58.

vinculado a la Iglesia; pero ahora se aconseja lo contrario. San Pablo recordó a Onésimo sus deberes como esclavo, pero hace tiempo que la Iglesia condena la esclavitud. Estas medidas no son anecdóticas, ya que tratan de los fundamentos de la libertad personal, de la vida económica y de la vida política.

A finales del siglo XX han aparecido autores, normalmente aristotélicos o tomistas, que han adoptado una actitud más ajustada a las fuentes y menos 'escolástica'. Tal es el caso de Michel Bastit. Tal ha sido el caso de A. MacIntyre, que se mueve sobre una base pesadamente aristotélica. En el área de lengua española han hecho contribuciones valiosas Javier Hervada o Carlos-Ignacio Massini. Más recientemente han publicado John Finnis y R. P. George. Un rasgo común a todos ellos es —entre otros— el intento de superar la rigidez cadavérica que adquirió la doctrina del derecho natural en los libros de Luis de Molina y Francisco Suárez que presentaron un mundo de esencias racionales que el hombre ha de obedecer porque él es también un ser racional.

porque en buena medida ha de ser inducida desde las necesidades humanas en la historia. Posee un cierto momento inductivo o consecuena cada ser a alcanzar, con todas sus fuerzas, la plenitud de su vida: 108 no Tomás de Aquino afirmó que la naturaleza es la fuerza interior que lleva una actitud ecologista según el ecologismo vulgar hoy tan de moda. Pero está ahí ya-dado, y en el mejor de los casos sólo se atreverá a mantener dominado por el prejuicio de afirmar a la 'naturaleza' como algo que si ha surgido desde su entorno, está llamado 'naturalmente' a forman ductas a leyes del pensamiento puro; más bien habría que decir que taentorno: no es una 'naturaleza racional' que haya de adecuar sus concordar. El ha surgido desde su entorno y en cierto modo vive para su existiera comida no habría apetito; el hombre tiene el sentido de la vista Además, la comida es necesariamente anterior al apetito, porque si no cialista que no es absoluto, pero del que tampoco se puede prescindir. más de Aquino llamó en algunos momentos a esta ley 'la ley del hombre ca su legítima autonomía frente a las construcciones intelectuales. Toa la ley natural no se ajusta al hombre: el hombre es un ser que reivindiparte de ese entorno, que le pertenece. Quien quiera secularizar estará plurales y diversos, que son bienes para él por 'connaturalidad', porque les leyes no existen. El ser humano busca 'su' bien, es decir, sus bienes porque hay colores que ver, y posee memoria porque hay cosas que re-Además de ser desmentido por la historia, este modo de considerar

es algo ya-dado o un *ordo factus*, sino algo a hacer, un *ordo factivus*. El hombre no se mueve por órdenes o mandatos externos a él mismo: en tal caso no tendría el deber de obedecerlos: él trata de perseguir lo que 'él' ha de llegar a ser de acuerdo con lo que es.

quedó interrumpida hace siglos. racionales inmutables. Una tradición doctrinal que, como ya indiqué cherarse vergonzosamente tras los derechos humanos o tras órdenes ese entorno, un hombre que es guiado por finalidades y no por mandapequeña mancha en la epidermis de la cultura nuestra. La idea de un contra su contrario. He indicado que la cultura tomista ha supuesto una razón humana cuando salta desde un aspecto de la realidad rebotando muchos y parece que han agotado las posibilidades de la dialéctica de la aristotélicas, y muchas más. Los experimentos intelectuales han sido el segundo milenio hemos rescatado doctrinas platónicas, materialistas, muchos derechos expresan verdades inesquivables. ¿Entonces? Durante saco de los derechos humanos contiene exigencias muy distintas, pero soluto: nunca será lícito condenar a un inocente y tampoco será nunca tos. Se trata de recuperar esta idea para la filosofía práctica, sin atrinhombre que ha surgido desde su entorno y que en cierto modo vive para lícito —en principio, salvo circunstancias extrañas— robar o mentir. El Es difícil que alguien esté convencido por un relativismo moral ab-

<sup>108</sup> Tomás reitera que la naturaleza es el principio intrínseco del movimiento de cada ser. Vid., entre otros lugares, Suma teológica, I, q. 29, a. 1. Lo que es natural no se conoce abstractamente, sino sólo desde las operaciones y los efectos. Vid. Suma teológica, I, q. 76, a. 1. Quizá su declaración más orientadora es la expuesta en Suma teológica, I, q. 39, a. 2, cuando explica que la naturaleza designa el principio del acto (natura designat

principium actus) y que la esencia viene desde lo que se es: "essentia vero ab essendo". Es lógico que mantenga que lo natural es lo máximamente voluntario. Vid. In IV Sententiarum.., cit., L. II, Dist. 39, q. 1, a. 1.