

HISTORIA Y DERECHO NATURAL

Francisco Carpintero

*SUMARIO: 1. La noción usual del derecho natural en la actualidad. 2. La idea corriente sobre la mutabilidad de la justicia 3. Inventos modernos: el nuevo derecho natural **light**. 4. Los juristas hicieron teoría del método jurídico. 5. La imbricación del derecho natural y del derecho positivo. 6. Giambattista Vico y Anselmo Desing explican cosas juiciosas en el siglo XVIII. 7. Esta mentalidad en los inicios de la Edad Contemporánea. 8. ¿Qué ha sucedido?; 8.1. Luis de Molina; 8.2. Francisco Suárez. 9. Unas reflexiones finales.*

El auditorio universitario tiene la idea de que el derecho natural ha consistido siempre en una doctrina que ha expuesto a través de la historia que tal derecho es un ordenamiento inmutable y eterno. Indico «doctrinalmente» porque el derecho natural no es a modo de un cuerpo físico que pueda ser percibido por los sentidos: luego su existencia sería doctrinal, esto es, existiría en la medida en que está recogido en los libros y en las mentes de la comunidad jurídica. Realmente, tampoco el derecho positivo (pocas expresiones más ambiguas que ésta) existe a modo de cuerpo físico que pueda ser conocido indubitadamente por los senti

afirmación decidida de unos principios tan inmutables y permanentes como las naturalezas de las cosas, y esto es lo que habrían mantenido los grandes juristas bajomedievales, y los teólogos de este mismo tiempo, como Tomás de Aquino.

Cuestiono este planteamiento porque las cosas no han sido así. Ciertamente, en la historia ha habido una línea «blanda» iusnaturalista, que arranca de Christian Wolff y que, a través de Nettelbaldt, Darjes o Heineccius, llega hasta el siglo XIX; ellos sí propusieron esa especie de ordenamiento jurídico ideal, eterno y paralelo al derecho de los hombres mortales, que no era sino derecho romano idealizado. En el plano más propiamente filosófico, Christian Wolff se distinguió en la afirmación de unas inmutables y normativas naturalezas de las cosas, y los teóricos católicos que reaccionaron en pleno siglo XVIII contra el nervio secularizador de la cultura (pienso en Ignatius Schwarz, Anselmo Desing o Juan Francisco Finetti) mantuvieron igualmente las bases metafísicas del derecho natural, de forma que la aceptación de la metafísica llevaría sin más a la tesis de un derecho natural que se derivaría desde la objetividad de lo que existe. Y si reparamos en que estos estudiosos se suelen fundamentar en las explicaciones de Francisco Suárez, ¿quién puede dudar del enraizamiento histórico de este fundamento metafísico del derecho natural?

El autor de estas páginas no pone en duda el fundamento metafísico de la justicia, y precisamente a ello dedicó un libro, hace ya años ¹. Pero el hecho de que la experiencia jurídica muestre que derecho y moral no pueden ir separados sin más, que la justicia es algo más que un simple ajuste de intereses privados, no implica ya que no debamos distinguir dos vertientes de la razón humana, la teórica (apta para la metafísica) y la práctica, que es el terreno sobre el que se asientan la mayor parte de las decisiones humanas, y que es algo refractaria a las inmutables naturalezas de las cosas, quizá más propias del pensamiento metafísico. Quien no capte las

¹ *Derecho y ontología jurídica*. Actas. Madrid, 1994.

diferencias entre ambas dimensiones de la misma razón humana, quedará tan desconcertado como los que no entienden esta necesaria distinción, que no es propia de ninguna filosofía especialmente escolástica, y que, cada cual a su modo, la han mantenido autores tan distintos como Aristóteles y Max Horkheimer.

Si el conocimiento simplemente teórico queda para la razón teórica y el conocimiento práctico (práctico deriva de «praxis», no de pragmático) se reserva para la mayor parte de las decisiones humanas prácticas o morales, la doctrina del derecho natural redactada bajo esta distinción, ha de incluir su noción del derecho natural en la contingencia propia de la estructura prudencial de la vertiente práctica de la razón.

1. LA NACIÓN USUAL DEL DERECHO NATURAL EN LA ACTUALIDAD

El rótulo de derecho natural suele ir asociado, de hecho, a la afirmación, o a la negación, de unas supuestas normas de justicia que se consideran inmutables y eternas. En este sentido, Hans Kelsen, el impugnador infatigable durante casi todo el siglo XX de cualquier idea iusnaturalista, o de cualquier idea afirmadora de una justicia más allá de cualquier arbitrio, nos indica: «De las muchas significaciones que adopta la palabra “Naturaleza”, especialmente en su forma adjetival “natural”, para convertir de modo proteico su sentido en el opuesto, con lo que natural pasa a significar tanto como “justo”, “exacto”, “adecuado”, viene aquí al caso ante todo aquello que resulta de su contraste con “artificial”. Cuando se dice: una ordenación “natural”, se piensa en una ordenación no basada en la voluntad humana, insuficiente por serlo; no creada “arbitrariamente”, sino dada “por sí misma”, y en algún modo objetiva, es decir, existente con independencia del querer humano subjetivo pero, no obstante, accesible al hombre como hecho fundamental, susceptible de ser conocida por el hombre; de un principio fundamental no producido originariamente por el entendimiento humano o la voluntad humana, pero susceptible de ser reproducido por ellos. Ese hecho objetivo, ese principio

fundamental, es la “Naturaleza” o —en su expresión religioso-personificativa— Dios»².

«Sólo el contraste —prosigue Kelsen— entre derecho natural y derecho positivo permite entender la esencia tanto del uno como del otro. También el derecho positivo es una ordenación de la conducta humana; pero se distingue del “natural” en que es sólo “artificial”, esto es, creado por el hombre, y en cuanto tal aparece como simple obra humana. En tanto que procede de la insuficiente voluntad humana, se presenta siempre, respecto del “natural”, como más o menos “arbitrario”. Y, por eso, en contraste con aquél, no es necesariamente justo, sino también injusto en alguna medida. En la ordenación “natural” encuentra la ordenación “artificial” positiva la medida de su valor o desvalor. Según el grado de su coincidencia o contradicción con el derecho natural, el derecho positivo es —contemplado desde el punto de vista del derecho natural— un derecho bueno o malo, justo o injusto»³. Para acabar de completar este cuadro, Kelsen nos advierte: «A la idea del derecho natural como una ordenación “natural” corresponde el que sus normas sean tan evidentes como las de la Naturaleza, Dios, o de la Razón; y que por ello no necesite de ninguna coacción para realizarlas»⁴.

Felipe González Vicén desarrollaba más pormenorizadamente esta tesis, unos años más tarde, cuando escribía: «Hasta que aparece la “filosofía del derecho” a comienzos del último siglo, la reflexión filosófica sobre el derecho había sido metafísica y ontología jurídicas, es decir, lo que tradicionalmente venía llamándose “derecho natural”. Desde que, en la crisis de la *polis* ateniense, los sofistas contraponen a las leyes creadas por los hombres otras leyes “no escritas”, de validez intemporal y revestidas de sanción inmanente, la especulación jurídica se mueve en una línea uniforme

² Kelsen, Hans, «La idea del derecho natural», en *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Trad. de F. Ayala. Editora Nacional. México, 1979, p. 17.

³ *Op. cit.*, p. 19.

⁴ *Ibidem*, p. 20.

hasta finales del siglo XVIII»⁵. A través de esta idea sobre el curso de la historia de la filosofía práctica hemos creado la idea de un ordenamiento jurídico natural eterno e inmutable por estar fundamentando en bases «metafísicas y ontológicas» —como indica González Vicén— que discurriría paralelo, en la historia, junto con los derechos positivos que se han ido sucediendo.

Para mantener su tesis, González Vicén cita a Grocio, quien, en el conocido texto de los *Prolegomena* de su *De iure belli ac pacis*, promete al lector ofrecerle un sistema de derecho natural completo y acabado, que tendría la misma exactitud de las verdades matemáticas. Al filo de testimonios de este tipo, González Vicén explica: «Estos principios supremos, junto con las consecuencias implícitas en ellos, no solamente constituyen —como la denominación “derecho natural” parecería indicar— “un” derecho al lado de otro u otros derechos, sino que representan, al contrario, “el” derecho en absoluto, un sistema de normas válidas por sí mismas, que constituyen el canon y medida de validez de toda ordenación humana de la convivencia. El derecho natural inmutable, situado por encima o más allá de la historia, es, en realidad, el único derecho, y las regulaciones de las comunidades humanas en el tiempo, si son derecho, sólo lo son de un modo que pudiera llamarse derivativo, como deducción o concreción de aquél»⁶.

Las tesis de Kelsen y González Vicén parecen ser dos. Por una parte, que la teoría sobre el derecho natural que ha existido desde los tiempos de los sofistas hasta la Edad Contemporánea, ha seguido una línea uniforme, y que ha consistido, fundamentalmente, en estudios de naturaleza ontológica o metafísica que, precisamente por esta índole suya, sólo podían producir un conjunto de normas «naturales» tan inmutables y eternas como el «ser» en el que se fundamentaban. De otro lado, según la forma de pensar que encarnan estos autores, las teorías iusnaturalistas habrían propuesto, durante

⁵ «La filosofía del derecho como concepto histórico», en *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de la Laguna, 1979, pp. 212-213.

⁶ *Ibidem*, pp. 213-214.

milenios, unos ordenamientos jurídicos completos que habrían discurrido paralelos a «las regulaciones de las comunidades humanas en el tiempo», según la expresión de González Vicén. Esta tesis, así expuesta, «llevó la idea del derecho natural a un grado tal de racionalización, que parecía olvidar las múltiples variedades de circunstancias concretas en que lo jurídico se manifiesta históricamente», explica Rodríguez Molinero. Estas circunstancias fueron la causa de que la reacción promovida por la llamada Escuela histórica en la primera mitad del siglo XIX fuera, no sólo normal y previsible, sino incluso necesaria ⁷. Ciertamente, esta explicación sumaria de Rodríguez Molinero puede ser enriquecida con nuevos datos acerca de la crisis del llamado por su época «derecho filosófico», pero no es ahora el momento de entrar en este problema ⁸.

Quisiera llamar la atención sobre la forma redonda, prácticamente exacta, como es presentada la historia de las ideas jurídicas: frente a unos sistemas de derecho natural puramente teóricos, fundamentados en el «ser» inmutable, que reclamaron para sí la patente exclusiva de la justicia, aparece —plenamente justificada— una reacción histórica que negó tales sistemas *a priori* en nombre de la experiencia histórica y de la libertad humana. Pero es de temer que tanta precisión sólo se ha conseguido a costa de reelaborar los datos que nos suministran las fuentes, de modo que esta presentación fácil de la idea del derecho natural y de su fracaso histórico sólo ha existido, así presentada, en las mentes y en los estudios de algunos investigadores.

2. LA IDEA CORRIENTE SOBRE LA MUTABILIDAD DE LA JUSTICIA

Estos autores contraponen siempre el derecho natural con pretensiones de exactitud eterna, al derecho positivo que únicamente está basado en el arbitrio personal o colectivo de los hombres en la historia. Este otro dato, el del arbitrio como fundamento único del derecho

⁷ «Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo». *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1973, p. 67.

⁸ Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Actas. Madrid, 1994.

positivo, sí parece más exacto históricamente: en las filas positivistas en la época en la que triunfa la tesis del derecho racional (al final de la Ilustración), porque Kant y sus discípulos dicen hacer metafísica del derecho (*Metaphysik des Rechts*), teoría pura del derecho⁹ (*Reine Rechtslehre*), etcétera. Es decir, siempre regulaciones racionales *a priori*, como si fueran partes de una analítica trascendental, a través de las cuales hubiera de ser filtrado el derecho existente para saber si es «correcto» (*richtig*, o *zweckmässig*), o no. Pero fue típico de Kant y su dilatada Escuela no saber dar razón de por qué obliga el derecho positivo realmente existente, que se mueve en un plano de la realidad que poco tiene que ver con los esquemas *a priori* de la metafísica jurídica¹⁰. Porque para ellos, el derecho «positivo» no era cognoscible *a priori*, sino objeto de un conocimiento *a posteriori*, y además estaba expulsado del campo de la racionalidad pura: este último terreno estaba reservado únicamente a la metafísica del derecho.

Aquí comienza la oposición usual entre el conocimiento filosófico y el conocimiento normal, que ha provocado que se derramen ríos de tinta intentando explicar las diferencias entre la filosofía del derecho y la simple ciencia del derecho. Porque, cabalmente, el conocimiento filosófico de estos autores sirve de poco: indicaba el primero de los kantianos, Theodor Schmalz, que la teoría metafísica del derecho es tan poco útil en los juzgados y audiencias como la teoría metafísica de los cuerpos lo era en las fábricas. De este modo, en ese mundo puramente fenoménico y separado de la razón, que es el del derecho históricamente existente, la racionalidad no tenía entrada. El derecho histórico pertenece al Mundo de los sentidos (*Sinnenwelt*), porque ha sido expulsado del ámbito del deber o racionalidad, ya que el único móvil que existe para obedecerlo (su *Befolgungsmodus*), es el miedo a la pena¹¹. Es decir, el derecho, por

⁹ Vid. la obra de G.E.A. Mehmel, *Reine Rechtslehre*. Erlangen, 1815.

¹⁰ G. Dulckeit reparó extensamente, y con precisión, en este problema. Vid. *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Leipzig, 1932, *per totum*. Una exposición más resumida de este problema, en mi estudio *La cabeza de Jano. La teoría jurídico-política de la escuela kantiana*. Universidad de Cádiz, 1989, capítulo V, titulado: «El problema del derecho positivo».

¹¹ Además de los estudios de Dulckeit y mío mencionados, el lector puede ver los de H-G. Deggau, *Die Aporien der Rechtslehre Kants*. Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, y el de K. Pribram, *Die Entstehung der individualistischen Socialphilosophie*. Leipzig, 1912.

la falta de racionalidad necesaria *a priori* de sus contenidos, posee unos contenidos de naturaleza «arbitraria».

La Edad Moderna sustituyó el término libertad (*libertas*, *Freiheit*) por el de arbitrio (*arbitrium*, *Willkühr*), contundiendo ambos, y el problema para nosotros es que esta tesis fundamental de la modernidad en el derecho, llega hasta nuestros días. De este modo llegamos a un dilema que nos hace un chantaje continuo: o aceptamos ese derecho natural que vive al margen de la historia, o hay que reconocer que la altisonante palabra «justicia» no es más que la capa que echamos sobre nuestras creencias, sentimientos, valoraciones o prejuicios. Hablo de un dilema porque el lector sabe que los griegos llamaron así a toda figura retórica que consiste en proponer una pregunta, o un planteamiento de la cuestión, en la que, se conteste lo que se conteste, el que contesta sale perdiendo. Y este planteamiento de las relaciones entre derecho natural e historia es dilemático porque, planteadas así las cosas, no es aceptable ninguno de los dos términos a que nos vemos obligados a avocar.

No olvidemos que en la vida académica sucede algo parecido a lo que expresa una regla fundamental de la estrategia militar: el que logra elegir el terreno (es decir, el que logra imponer su planteamiento del problema), tiene ganada la batalla. Yo no pretendo tanto llevar al lector a mi propio planteamiento (eso solamente demostraría que trato de hacer una demostración de ingenio) como insinuar que puede haber, y ha habido, un modo de situar el problema de la justicia, o del derecho natural, que nada tiene que ver con el punto de partida que Kelsen, por ejemplo, ha representado.

3. INVENTOS MODERNOS: EL NUEVO DERECHO NATURAL LIGHT

Como nuestras mentes son proclives a funcionar tanto bajo el dilema de la alternativa, como con figuraciones geométricas, parece que si no aceptamos ni uno ni otro extremo, se impone necesariamente una vía intermedia. De este modo, para cuadrar este círculo habría que mostrar que las soluciones jurídicas han de apoyarse en una base

metafísica, pero que esta metafísica es histórica, y así llegaríamos a un derecho natural existencialista, por ejemplo, del tipo del que representaba Werner Maihofer después de la Segunda Guerra Mundial.

Desde luego, este empeño es poco serio, porque la metafísica nunca se ha ocupado de lo que es contingente. En este forcejeo por coonestar la metafísica con el dato histórico, contingente, algunos miran a las propuestas más recientes sobre el derecho natural del mismo modo que se contempla a un hombre maduro con *jeans*, que quiere presumir de jovencito. Porque, en este caso, se trataría de un iusnaturalismo que quiere presumir de joven y adecuado a los tiempos y así llegamos a un derecho natural *light* que quiere intentar la aventura imposible de cuadrar la idea del derecho natural (que se supone siempre inmutable) con las exigencias variables de la historia. De esta forma se buscaría un producto vendible que sólo será vendido, de hecho, a quienes ya están dispuestos previamente a aceptarlo. Planteadas así las cosas, me parece que una tarea que procede es la de averiguar si la historia ha discurrido realmente así. Si existió en los libros de los juristas un derecho natural eterno, severo y serio, que sería «teológico» y sobre el que teorizaron especialmente los teólogos.

Porque bien pudiera suceder, a la vista de cómo discurrió la historia, que la tesis que afirma inmatizadamente la existencia de un ordenamiento jurídico natural inmutable haya sido un invento de los filósofos, no de los juristas, de las edades Moderna y Contemporánea. En tal caso sería especialmente interesante volver la vista atrás para comprender cómo unos juristas de formación prudencial, que afirmaban los *prima principia* de la razón práctica compatibilizaron la historia con el derecho y, en general, con la justicia. Y si esto es verdad, y no me refiero a una verdad lógica o simplemente histórica, sino a una explicación de la realidad práctica del hombre que se adecua a esa vida cotidiana que todos vivimos, entonces estaremos en condiciones de entender mejor la historicidad de lo que es justo, ya se le llame justicia o derecho natural. Y, además, como corresponde dar a cada uno lo que es suyo, esta doctrina del derecho natural dejaría de ser vista como un oportunista con *jeans* y, lejos de esta imagen, mostraríamos que es una persona adulta, por cierto, ni severa, ni seria, ni inmutable, que posee

una alcurnia más linajuda que las filosofías constructivistas a la moda. Es decir, que la alegría, la apertura a la vida y el sentido común se encuentran más presentes en esos aparentes libros viejos que no en los constructos racionalistas actuales, que se le presentan al investigador como demasiado serios, demasiado severos y, sobre todo, demasiado desligados de la vida, como hacia notar Schmalz a propósito de la metafísica del derecho kantiana.

4. LOS JURISTAS HICIERON TEORÍA DEL MÉTODO JURÍDICO

Si entramos en la historia, vemos que Johann Oldendorp, que fue uno de los primeros juristas en hacer indagaciones sobre las cuestiones jurídicas más generales, en el primer tercio del siglo XVI, no contrapuso el derecho natural al derecho positivo. Al explicar el parágrafo *Sed naturalia* de la *Instituta*, en donde está escrito: «Los derechos naturales siempre permanecen firmes e inmutables», Oldendorp explica que estos *iura naturalia* fundamentales, que constituyen los «primeros principios» de la actuación práctica, se encuentran grabados en el corazón y en la mente de los hombres, porque son tablas vivas de la ley e imagen de Dios¹². Sigue, pues, unos carriles que se aproximan a la noción de San Pablo del derecho natural que, a su vez, parecen abonar la tesis según la cual el derecho natural sólo puede ser un conjunto de principios conocidos de forma directa por todos los hombres. Abordar el estudio de este tema era un problema serio: la Baja Edad Media siempre anduvo titubeante, tanto en los juristas como en los teólogos, sobre si considerar derecho natural únicamente a los primeros principios que constituyen la conciencia moral, o si entender tal derecho mucho más ampliamente. Quizá para no enredarse en este problema, Oldendorp dedicó poca atención al estudio del estricto *ius naturale*, en su capítulo correspondiente, y sus ideas iusnaturalistas las

¹² «Sed ubi nam sunt talia iura per divinam providentia constituta? Certe in corde, et in mente hominis, velut in quibusdam vivis tabulis ad imaginem Dei creatis». Cfr. *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis*. Edición de Vindebonae de 1758. La edición original es de 1539.

encontramos preferentemente en sus explicaciones acerca de la naturaleza del derecho positivo o *ius civile*.

Él entiende que la definición de Ulpiano del derecho como *ars boni et aequi* (definición que él refiere al derecho positivo) es correcta porque «el derecho civil no es más que una determinación del derecho natural»¹³. Efectivamente, todo el derecho se presenta ante Oldendorp como una determinación (*determinatio*), de los principios generales naturales, de origen divino, de modo que, desde tales principios, naturales y divinos a la vez, se procede hasta el derecho positivo: los *capita humanarum*, es decir, el derecho de gentes, las *constitutiones* de los magistrados y las costumbres de cada nación¹⁴. Consecuentemente, el *ius civile*, esto es, el derecho positivo propio de cada comunidad política, que se extiende a las diversas y diferentes circunstancias humanas, que se manifiesta en las sentencias de los magistrados, no es sino una determinación probable del derecho natural¹⁵. Así, según Oldendorp, no existe un derecho natural que sea cosa distinta del derecho positivo, ya que este último no es más que una concreción o determinación de los primeros principios naturales y divinos¹⁶, de modo que tanto los primeros principios prácticos como los resultados concretos de la razón humana aplicada a las circunstancias se funden en un solo tipo de derecho: el propio de la *Jurisprudentia* o ciencia del derecho, llamada entonces *civilis scientia*. Por este motivo, explica que cuando encontramos las palabras «es injusto» (*incivile est*) no nos referimos en especial a una trasgresión contra el derecho natural

¹³ «Recte quidem ille; Nam ius civile nihil aliud est, quam determinatio iuris naturalis». Cfr. *Eisagoge...*, cit., Titulus IV, § I.

¹⁴ «Denique ex his intelligere potes, quid sit, quod dixit idem Ulpianus: Ius est ars boni et aequi. Si ars: ergo constat ex praeceptis, sed praecepta oportet esse certa... Quenam est ista levis. et simplex via, nisi incipere primum a naturalibus, et divinis praeceptis? deinde progredi ad capita humanarum, et demum ad alias gentium, et Magistratum Constitutiones, et mores patrios». Cfr. *Eisagoge...*, cit., Epilogus, § V.

¹⁵ «Ius enim positivum est sententia magistratus, quae ex variis rerum mundanarum circumstantiis extendit, et determinat ius naturale probabili quadam ratione». Cfr. *Eisagoge...*, cit., Epilogus, § XII.

¹⁶ Es posible que la referencia de Oldendorp a los *divina principia*, terminología que no encuentro en los otros autores de esta época, se deba a su condición de protestante, con el consiguiente biblicismo propio de los reformados.

o el derecho positivo, sino contra el derecho que usamos hoy, que es aquel que nos enseña la *civilis ratio*¹⁷. Esta «razón civil» es la razón humana, la única razón jurídica que existe, que nos enseña lo que es justo o injusto, con independencia de si el intérprete se remite, para fundamentar la justicia o la injusticia de una decisión, al derecho natural o al derecho «civil»: en cualquier caso, la *ratio* es la misma.

Conrado Lagus, otro jurista «culto» de mediados del siglo XVI, explica que la «doctrina del derecho» se ocupa de explicar las causas por las que estamos obligados a obedecer las normas jurídicas¹⁸. Como era usual en aquel tiempo, él entiende la obligación o el deber de obedecer al derecho en el sentido teológico-moral corriente en el siglo XVI, de modo que la «compulsión» para obedecer al derecho positivo no proviene primariamente, como pretende Kelsen refiriéndose a estos autores¹⁹, de la coacción física, sino que tal compulsión posee ante todo una naturaleza moral. El problema que preocupa a Lagus es el de la causa suficiente para que una norma jurídica pueda pretender exigir obediencia; no basta, según él, con el estudio del simple derecho existente históricamente, pues un estudio tal sería simplemente histórico²⁰. Lagus apunta a dos elementos de la vigencia o validez jurídica: la causa filosófica y la forma histórica. Notemos ahora que Lagus hace descender las causas jurídicas al plano del derecho positivo o del derecho civil, es decir, al de la *Jurisprudentia* que, como ya hemos visto a propósito de Oldendorp, sigue siendo considerada como una *divinarum atque humanarum rerum notitia*, en donde no hay distinción nítida entre los

¹⁷ «Inde toties in iure reperies haec verba: incivile est: item neque naturale, neque civile est: hoc iure hodie utimur: civilis ratio suadet». *Cfr. Eisagoge...*, *cit.*, Epilogus, § 12.

¹⁸ «Proinde neminem spero improbatum nostrum consilium, quod doctrinam iuris in haec duo genera controversiarum distinguimus, ut alterum dicamus versari circa inquisitionem causarum, propter quas nos illi obstricti necessario pareamus». *Cfr. Methodica iuris utriusque traditio*. Lugduni, 1562, p. 3.

¹⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 22, entre otros lugares.

²⁰ «Alterum verum consistere in perquirendis formis quas in singulis negotiorum et delictorum humanorum speciebus pro iure observare leges volunt... Caeterum prior pars doctrinae iuris est philosophica, hoc est, verum, et rationes omnis iuris quantum humana mens assequi potest, inquirens. Altera pars doctrinae iuris, quam diximus praescribere iuris formas... historica est». *Cfr. Methodica iuris...*, *cit.*, p. 3.

elementos «naturales» o provenientes del derecho natural, y el *ius civile* de origen humano. De hecho, Lagus, cuando se pregunta por las causas del derecho alude a *quacumque a natura, publica autoritate, aut consuetudine, sive moribus utentium probantur*²¹. Las causas «naturales», de origen divino, quedan revueltas con las que son de origen humano, tales como los mandatos de la autoridad pública o las costumbres jurídicas, a las que informan. No existe, pues, un plano superior al derecho positivo, que sería el del «derecho natural», desde el que las normas del derecho civil derivaran su validez específicamente jurídica. Existe únicamente la *Jurisprudencia*, que es el arte (*ars*) de la justicia y de la equidad y que, lejos de escindirse en una razón «natural» y necesaria, y en otra «humana» o arbitraria, se nutre de una única *ratio* que contiene en sí todos los elementos de la argumentación jurídica. Lagus pone explícitamente de relieve esta idea cuando explica que el derecho natural está constituido por el *sensus naturae* y por el juicio de la razón²², de la misma razón de la que procede y en la que se fundamenta el derecho de origen humano. Por este hecho, los datos «naturales» no constituyen axiomas desde los que se derivara la validez de unas reglas deducidas desde ellos; se trata, más bien, de *principios* (en aquella época llamados *regulae*) que se encuentran en todos los niveles y planos del razonamiento, haciendo posible una corrección constante, y no solamente *ab initio*, del argumento en cuestión.

De hecho, Jean Corasius, cuando se plantea el tema de los axiomas jurídicos supremos, indica que tales *axiomata* no proceden tanto de la Naturaleza (*non tam Naturae*) como de la razón y de la autoridad civiles, esto es, del uso común de los mortales, de modo que la difusión y aceptación de que gozan hacen innecesaria cualquier demostración de ellos²³. En la jurisprudencia existe una sola razón, la *civilis ratio*, que acoge a todo tipo de axiomas o *regulae*,

²¹ *Methodica iuris...*, cit., p. 7.

²² «Nam cum ius naturae sit, quic quid ex naturae sensu, et iudicio rationis, nos aliis debere intelligimus». Cfr. *Methodica iuris...*, cit., p. 21.

²³ «Iuris principia secundaria, sunt certa quaedam axiomata, et definitiones, seu regulae, quae non tam Natura, quam civile aliqua ratione et autoritate, aut communi mortalium usu, per hominum animus diffunduntur, quae et si plerunque vera sunt, nec valde egeant demonstratione». Cfr. *Tractatus de iuris arte*. Coloniae Agrippinae, 1582, p. 99.

sean positivos, sean provenientes de los primeros principios de la razón práctica, que era lo que entonces entendían preferentemente por derecho natural aquellos juristas de formación romanista.

La *civilis prudentia* es, pues, un arte de argumentar, en el que los principios, axiomas o *regulae*, que confluyen con las normas de origen positivo, tienen un estatuto normativo deliberadamente impreciso, de modo que la *civilis ratio* abarca en sí tanto los datos «naturales» como los positivos, porque, en definitiva, todos ellos están puestos al servicio de la justicia del caso. Nicolás Vigelius (al ocuparse de la gran moda del siglo XVI, la *sistematización* del derecho) nos explicaba que es un error intentar buscar las causas en las leyes, como algunos pretendían hacer; es preciso buscar las leyes de las causas²⁴, ya que las causas son infinitas. Porque aunque algunos reconocen que es preciso tener en cuenta —en el momento de la decisión jurídica— a los tiempos y a las personas, esos mismos entienden, sin embargo, que las causas dependen, tipificadas, de los tipos o géneros de problemas²⁵. Este planteamiento es incorrecto —mantiene Vigelius—, porque existe una multitud infinita de causas, de modo que si las causas las situamos en las personas, habrá tantas causas como hombres²⁶. Por tanto, la razón civil (la *civilis ratio* que hace posible el derecho y la justicia) opera simultáneamente con principios y normas jurídicas, y no importa gran cosa que tales normas y principios provengan del *ius naturale* o del *ius civile*.

Corasius habla de *principia secundaria*, y esto podría llevar a pensar que existen unos «principios primarios del derecho natural», desde los que se derivarían estos otros principios secundarios; no es así. Los principios primarios a que este autor alude son simplemente los que expone Ulpiano, los más genéricos imaginables y, por ello, su función argumentativa es escasa o nula: «Tres ergo sunt Iuris praeceptiones, Honestè vivere, Alterum non laedere, et Ius suum cuique tribuere». *Cfr. op. cit.*, p. 96.

²⁴ «perperam faciunt, qui causas in circumstantiis considerant, non ad genus universum referunt, et sic non causas legibus, quae generaliter conscriptae sunt, sed leges causas, eas in pravos sensus detorquentes accomodent, ignari omnes causas sine hypotheses ex aliqua thesi pendere». *Cfr. Ratio iuris discendi compendiosissima simul et respondendi de Iure omnium certissima*. Francofurti ad Moenum, 1598, p. 38.

²⁵ «Nam etsi incurunt tempora et personae, tamen intelligendum est non ex iis, sed ex genere quaestionis pendere causas. Sed hoc nihil ad me». *Cfr. Ratio iuris discendi.... cit.*, p. 41.

²⁶ «Illud ad me, ac multo etiam magis ad vos, Cotta noster et Sulpitii: quomodo nun se istorum artes habent, partimescenda est multitudo causarum, est enim infinita. Si in personis ponitur, quot homines, tot causae». *Cfr. Ratio iuris discendi.... cit., ibidem*.

Quizá para conjurar el peligro de la reducción a las leyes dictadas por el poder político, y de la sustitución del razonamiento prudencial por una argumentación axiomático-deductiva, la segunda mitad del siglo XVI y el primer tercio del siglo siguiente ven aparecer una serie de obras en las que la jurisprudencia romanista, por primera vez en la historia, toma conciencia de sí misma y analiza su forma de proceder. Así comienza lo que podemos llamar abiertamente la filosofía del derecho. Francisco Conan, Pierre de la Grégoire, los hermanos Joaquín y Gregorio Hopper, los hermanos Bolognnetus, Hermann Conring o Hugo de Roy ofrecieron unas explicaciones del método jurídico que es preciso volver a recordarlas hoy ²⁷.

Pierre de la Grégoire, más conocido como Gregorius Tholosanus, explica que los «derechos naturales» (*iura naturalia*) a los que alude el párrafo de la Instituta *Sed naturalia quidem iura*, son, ciertamente, incorruptibles e inmutables, tal como indica el texto romano. Pero así como es natural nacer, también es natural que, al sobrevenir causas contrarias, algo se corrompa por estas mismas causas ²⁸. «Y yo observo —escribe Tholosanus— en el derecho natural, que este derecho es inmutable en la medida en que permanece como derecho, esto es, mientras que lo justo natural (*iustam illud naturale*) tiene razones y equidad que lo constituyen en justo; y, ciertamente, cambia, si cambiados los fundamentos de las razones y de la equidad, lo justo desaparece (*iustum dissoluitur*). Cosa que sucede cuando las razones que lo constituían en justo, sobrevenidas causas nuevas, comienzan a disminuir y son superadas por otras de mayor equidad, de modo que lo que antes era provechoso comienza ahora a ser nocivo y pernicioso» ²⁹.

²⁷ Sobre estos temas en estos juristas, es básico el estudio de M. Rodríguez Puerto, *La modernidad discutida: Jurisprudencia frente a jurnaturalismo en el siglo XVI*. Universidad de Cádiz, 1999.

²⁸ «Neque naturalia omnia quae sunt, incorruptibilia vel inmutabilia sunt. Quinimo, sicut naturale est nasci: sic per contrariis advenientibus causis, naturale est per easdem causis corrumpi». Cfr. *Syntagma iuris universi*. 4a edición, Venecia, 1593, Pars II, Liber XI, § 7.

²⁹ «Atque in iure naturali et illud observo, ius naturale esse immutabile, quandiu ius remanet, hoc est, quandiu iustum illud naturale habet rationes et aequitatem, quibus iustum dicitur: verumtamen et mutabile erit, quando subortis columnis rationes et aequitatis, iustum dissoluitur. Quod accidit, quando rationes, qua aequum statuebant, aliis subortis causis novis, incipiunt minui, et superantur alia maiore aequitate: ut si quod antea proderat, alio adminiculo incipiat esse nocivum et perniciosum». Cfr. *Syntagma...*, cit., Pars II, Liber XI, § 8.

Tholosanus no concibe en modo alguno al derecho natural como un ordenamiento jurídico *simpliciter* inmutable. Más bien al contrario, «lo justo natural» parece que, según él, lo constituye el jurista a la vista de las circunstancias que aconsejan una decisión mejor que otra, de modo que esta justicia «natural», por venir constituida y determinada por las circunstancias, cambia al compás de ellas según un criterio de utilidad. Tholosanus, al escribir así, no establecía una tesis nueva: él únicamente estaba expresando el viejo deseo jurisprudencial de considerar al derecho de gentes como el derecho natural «propio del hombre», según habían opinado casi todos los juristas y teólogos. El derecho natural, ciertamente, con su conjunto de principios fundantes de la conciencia, aparecía como una realidad que «está ahí» objetivamente, y por ello inmutable. Pero como resultaba duro tener que dejar fuera del derecho natural todo aquello que los hombres hemos constituido justamente en la historia bajo la presión de las circunstancias (porque las circunstancias son «naturales», y la razón que discurre ante ellas también es «natural»), ahora proclamaron abiertamente que el *Jus Gentium* es el verdadero derecho natural. Se cumplía así el deseo de Pedro de Bellapertica, expresado tres siglos antes ³⁰.

El jurista que más contribuyó a fijar los términos del problema fue Francisco Conan. Los juristas romanos habían expresado la

³⁰ Bellapertica, coetáneo de Tomás de Aquino, había explicado en su comentario a la *Instituta*, que existe un núcleo básico del derecho que debía ser llamado *derecho divino*. El resto de lo que se entiende como derecho natural no goza de la inmutabilidad de aquel derecho divino, sino que cambia en la historia, por lo que existe un derecho natural de pasado, de presente y de futuro. Él escribe: «Unde quod hic dicitur iura naturalia immutabilia sunt. Verum est per similia. Sed iura civilia mutabilia: quia per similia sua mutari possunt... Sed ius naturale tolli potest per aliud simile sibi non per ius dissimile. Sic intelligunt iura allegata. Isti subtiliter loquuntur tamen non bene dicunt. Dicunt enim quod per aliud ius dissimile potest ius naturale tolli non per se ipsum. Istud est contra rationem citius deberet tolli per sua similia quam per sua dissimilia iuxta illud: nihil tam naturale est: quam unumquodque dissolui eo genere quo ligatum est. Nil tam naturale». *Petri de Bellapertica Iureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratiss. Principis, Commentarium longe acutissimum*. Lugduni, 1586, p. 105. Tres páginas más adelante condensa esta tesis: «Ideo ius naturale primaevum non potest immutari et ius naturale quod appellatur jus gentium. Sed sine causa non potest». Lo decisivo es que exista una «causa» suficiente: «Si sine causa introducta non valet, sed est magis corruptela». Esta doctrina de las causas *supervinientes* está referida a todos los tipos del derecho, también al derecho natural: «Sic intelligo omnia iura istius materiae». *Petri de Bellapertica...*, cit., pp. 108-109.

idea de que el derecho que usamos hoy es en parte derecho natural, en parte derecho de gentes, y en parte derecho civil. Esto implicaba afirmar que nuestras instituciones jurídicas actualmente vigentes participan de algún modo de estos tres órdenes jurídicos, y era necesario explicar este hecho. Conan, viendo lo que todos veían, y explicando lo que nadie explicaba, escribió con singular soltura: «Este pasaje de Aristóteles me ha enseñado que no puedo ordenar mi pensamiento si no atribuyo una doble naturaleza al derecho natural, una basada en la equidad, y otra en la utilidad. El primer derecho —el basado en la equidad— se dice que es derecho natural verdadera y propiamente, que es el que prescribe a todos los hombres la razón natural, y que es inmutable y eterno. El segundo derecho, que es tal porque versa sobre la utilidad... no ha sido constituido tanto por la naturaleza misma como por el juicio de los hombres; y, sin embargo, es una parte del derecho natural»³¹.

Parece, en el contexto de este pensamiento, que el derecho natural, por expresarse también a través de la utilidad social, que es cambiante, sólo puede existir de forma nomotética, como derecho natural «en concreto», según ha explicado el propio Tholosanus. En tal caso, explica este autor, no cabe la menor duda de que el derecho natural está siempre presente en el derecho positivo (civil), de modo que si las leyes son concordes con la razón, dado que la razón misma es algo natural, el derecho (*ius*) es al mismo tiempo natural y civil y, así, hablamos del derecho natural *in concreto*, por razón de su contracción a esta o aquella ciudad, de lo que resulta que es tanto derecho natural como positivo³².

³¹ «Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non *Videtur* explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Ius illius dicitur ius naturale vere et proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit, estque aeternum... quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars est». *Cfr. Commentariorum Juris Civilis libri X*. Basel, 1652, Liber I, Cap. 6, § 4.

³² «Ut non dubitetur ius naturale et in iure civili esse, verum in illo concreto appellationem civilis dominari. Et tamen si sanctiones civiles non sunt consonae rationi, ius non faciunt, quantumvis ita nominatur, sed corruptelam: si autem consentiant cum ratione, cum ea naturalis sit, ius quoque civile, et naturale hoc modo erit, et in concreto dici poterit, et ratione contractionis ad illam vel illam civitatem, ius naturale et civile quoque». *Cfr. ibidem*.

Hugo de Roy, también discípulo —en el sentido amplio de la palabra— de Francisco Conan, nos advierte que el derecho no se determina únicamente a partir de las opiniones de los juristas (él se refiere a los juristas romanos y del *Jus Commune*) sino que hay que buscar tanto el asenso de los filósofos como de los teólogos, cuyas razones valen indistintamente en la *Jurisprudentia*³³. Esta perspectiva en la que la decisión jurídica aparece también como una *humanarum atque divinarum rerum notitia*, ya nos indica que De Roy tiene ante la vista un saber jurídico unitario en el que no será posible diferenciar siempre un plano «natural» y otro «positivo». Esta tesis la expresa este jurista francés a través de un discurso profundo y denso, lleno de matices. *Iustum esse quod quaeritur*, plantea De Roy: Buscamos lo que es justo. A diferencia de otros autores de esa época, a este autor no le interesa describir o definir qué es el derecho natural, qué es el derecho de gente o qué es el derecho civil, como solía ser usual entonces. Ni mucho menos se preocupa, como habían hecho los escolásticos españoles, de explicar el triple escalonamiento de Ley eterna, Ley natural y Ley civil. Él se ocupa únicamente de lo que «es justo», de modo que el derecho de gentes, o el civil, o el natural, aparecen solamente como dimensiones o vertientes de la determinación concreta, aquí y ahora, de lo que «es justo», esto es, del *jus*. En un pensamiento apretado, como es el usual de su obra, De Roy nos explica que aquello que ha sido *introducido* a causa del bien público y común de los hombres, «posee una causa perpetua, y natural» de justicia³⁴. Este bien es equitativo a causa de su bondad pública, es necesario debido a la equidad, y es justo en razón de su necesidad, porque la razón natural se adapta a lo que es voluntad de Dios³⁵. No distingue un plano humano, propio del derecho positivo, y otro plano sobrenatural, que vendría

³³ «Illud autem non determinandum existimavi absolute ex Sententia Iurisconsultorum, ne iudices in propria causa iure meritoque refellerentur: verum etiam firmamentum quaesivi ex assensu Philosophorum, ac Theologorum, quorum ideo rationes indistincte admiscui». *Cfr. De eo quod iustam est*. Hildesii, 1653, Prolegomena.

³⁴ «Nam quod ob bonum publicum ac commune hominum commodum introductum est, perpetuam iusti causam habet, et naturalem». *Cfr. De eo quod iustum est, cit.*, Liber II, Titulus Primus, § 2.

³⁵ «Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob bonitatem necessarium, ob necessitatem iustum, quia rationi naturali, ac divina voluntate congruum est». *Cfr. ibidem*.

a ser el del derecho natural. Porque la determinación del *iustum*, según De Roy, es tarea natural y sobrenatural a la vez, que origina un plano moral en el que se produce la vinculación en conciencia, ya que «así como la razón natural no nos falta en lo que es necesario, la voluntad divina tampoco nos abandona en lo que es racional»³⁶.

«De lo dicho consta con suficiente claridad que se puede decir que aquello que es útil, es justo y, efectivamente, así es, siempre que sea honesto, es decir, concorde con el derecho divino moral, o por lo menos no contrario a él»³⁷. Introduce la exigencia del *honestum*, añadida a lo que es justo, por la necesidad de refutar las tesis de Aristipo y de Carnéades, a las que se refiere De Roy, que mantuvieron que toda la justicia se resuelve en utilidad, de modo que despreciaron todos los derechos y obligaciones (*officia*) naturales, universales y morales, de todos los hombres, porque mantuvieron que nada, por naturaleza, es justo o injusto, honesto o deshonesto, lícito o ilícito, sino que todo dependía del arbitrio y del poder humanos, destruyendo —según De Roy— el nombre mismo de «derecho»³⁸. En realidad este jurista tiene ante la vista el espíritu colectivo que dio lugar, por los mismos años que él publicó su obra, a la doctrina de Hobbes. De Roy mantiene que el *utile* ha de ser completado con el *honestum*, de modo que cuando lo útil es justo, sincero, honesto, no nocivo en todas sus partes, entonces se adecua constante y perpetuamente a la recta razón y a los mandatos jurídicos divinos³⁹. Hugo de Roy no parte «desde arriba», desde la Ley Natural, para determinar lo que es justo; por el contrario, él procede desde las

³⁶ «Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus». *Cfr. ibidem*.

³⁷ «Ex relatis satis evidenter potest, quatenus id, quod utile est, iustum dici potest, et revera sit: nimirum quatenus honestum, hoc est, quatenus iuri divino morali consentaneum, vel saltem illi non contrarium. *Cfr. De eo quod iustum est, cit.*, Liber II, Titulus Quartus, § 1.

³⁸ «Quocirca ab Aristipo et Carneade dissentimus, qui omnem Justitiam utilitatis nomine complexi sunt. Irridentes omnia iure et officia naturalia, universalia, moralia, omnium hominum, ac ratiocinatum communia. Quippe nihil natura, aut per se iustum vel injustum, honestum vel turpe, licitum vel illicitum putabant; sed arbitrio ac potestate humana ex utilitate metiendum, spreto omni omnino iuris nomine». *Cfr. De eo quod iustum est, cit.*, Liber II, Titulus Quartus, § 3.

³⁹ «Etenim ut utile iustum sit, sincerum sit, honestum, atque omni ex parte innoxium: conveniens constanter et perpetuo rectae rationis principiis, et divini iuris praeceptis». *Cfr. loc. cit.*, §, 3.

circunstancias humanas, *ex circumstantiis*, como aparece escrito con frecuencia, para, desde la naturaleza de estas circunstancias (es decir, su necesidad, utilidad, honestidad), determinar lo que es justo de acuerdo con el derecho natural y el derecho de origen humano, esto es, con la justicia. Lo que es necesario y útil para la sociedad, escribe De Roy, eso es justo en máximo grado, siempre y cuando sea honesto ⁴⁰. La utilidad, por sí sola, no es el criterio definitivo; es preciso que las exigencias de la utilidad vayan acompañadas de la licitud o del imperativo ético, siempre que el plano ético tenga en cuenta las circunstancias de las personas, tiempos, lugares y las provenientes de otras consideraciones, exigencia a la que nos obliga el derecho natural (*la natura*), ya que esto es lo más racional ⁴¹. El plano ético viene dado, en un primer momento incompleto, por los principios más generales de la razón práctica; estos principios serían como una dimensión, necesaria aunque insuficiente, de la garantía de la justicia de las decisiones ⁴². «La causa de todos los males de los hombres —nos advierte— procede, como advirtieron los antiguos, de no saber aplicar aquellas nociones comunes a los casos singulares, porque, efectivamente, no es lícito aplicar la justicia entre los mortales sin tener en cuenta las cosas singulares, las personas, las circunstancias, los lugares, y todo aquello que en general es vario y diverso» ⁴³.

¿Cómo es posible adecuar lo que es inmutable a lo que es vario, diverso y contingente? La solución, advierte De Roy, nos la ha proporcionado Conan, que ha explicado que los preceptos (*Principia*) son inmutables y perpetuos, pero que su uso es mutable y variable,

⁴⁰ «Quod autem magis necessarium ac utile fuerit communi societati, illud magis iustum prestandum est, prehabita ratione ac consideratione honestatis». *Cfr. De eo quod iustum est, cit.*, Liber II, Titulus Septimus, § 1.

⁴¹ «Post deinde, in ordine considerandum est illud, ad quod Personarum, temporis, loci, aliarumque rerum ac circumstantiarum ratione maxime obligamur natura. Quoniam illud magis est rationale». *Cfr. ibidem*.

⁴² *Vid.* el extenso § 2 de *loc. cit.*

⁴³ «Illud nimirum est causa hominibus omnium malorum, non posse communes illas notiones applicare singularibus. Enimvero Justitia inter mortales administrari nequi absque ea applicatione, quae singulis et rebus, et personis, et locis, et circumstantiis, earumque varietatibus summopere convenire debet». *Cfr. ibidem*.

de modo que estos principios varían según la naturaleza de las cosas y de las circunstancias ⁴⁴. La cualidad de justo de un acto, o de una decisión, se induce —parece indicar De Roy— desde lo concreto, con ayuda de los preceptos más generales de la actuación práctica. «Nosotros sostenemos y juzgamos —escribe este autor— que la justicia no existe en los preceptos o en las leyes, sino que las leyes y los preceptos se constituyen desde la justicia» ⁴⁵. Efectivamente, la justicia es algo distinto de las normas legales, según el pensamiento de este francés; él afirma que son las circunstancias las que mandan sobre el caso, de modo que, desde ellas, se selecciona o se crea la norma aplicable. Ningún precepto se puede aplicar unívocamente, como lo demuestra la sabiduría divina cuando nos indica en el libro del *Eclesiastés*, capítulo 3, que «todo tiene su tiempo» (*omnia tempus suum habere*) y, así, hay un tiempo para amar y otro para odiar, hay un tiempo para la paz y otro para la guerra; es preciso discriminar, por tanto, para saber lo que es justo, y para ello hay que examinar las circunstancias de las cosas, de los tiempos, de las personas, de los lugares, etcétera ⁴⁶.

No existe lo bueno y lo malo según una división tajante y decisiva de la ley. «Una razón no difiere de otra esencialmente, sino por más o menos» ⁴⁷. Para un jurista educado en el saber prudencial, como es el caso de Conan o De Roy, la elección práctica no es una

⁴⁴ «Omnis itaque nostra difficultas in applicatione congrua sita est. Etenim «Ius ipsum quidem (Connani iterum verba sunt dict. loco) per se nudum et apertum est, sibi constans et iam tum a Principio sui generis aeterna lege definitum: sed ipsum ad usus hominum et mores, qui varii sunt et incerti accommodare et difficile est, et arduum... Ex quibus statim colligemus unam et maximam praeceptorum proprietatem esse; Praecepta esse immutabilia, et perpetua, sed usum eorum mutabilem esse ac variabilem variante rerum natura et circumstantiarum statu». Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Septimus, § 3.

⁴⁵ «Etenim illud sustinemus et omnino verum putamus, Justitiam non esse in praeceptis legibusve sed praecepta legesque ex Justitia constitui». Cfr. *De eo quod iustum est*, cit., Liber II, Titulus Septimus, § 2.

⁴⁶ «Cui non inconveniens est, quod August de legis naturalis immutabilitate censuit, cum existimat legem naturalem immutabilem esse, licet in applicatione eius ad varias materias vel occasione possit esse variatio. Id quod omnino voluit divina sapientia Ecless». c.3 *Vid.* «omnia tempus suum habere». Non diligere tantum, sed et odisse. Non pacem habere tantum, sed quandoque et bellum. Non servare tantum sed etiam occidere. Quae perite dijudicanda sunt, ut iusta sint, examinatis circumstantiis rerum, temporum, Personarum, locorum, atque ita deinceps omnium, quae considerationem efflagitant». Cfr. *De eo quod iustum est*, Liber II, Titulus Septimus, § 7.

⁴⁷ «ut sem per una ratio ab alia non differat; nisi ut magis et minus». Cfr. *ibidem*.

decisión normalmente entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor. Para todo o casi todo hay buenas razones, que lo aconsejan y lo desaconsejan simultáneamente; por este motivo, según De Roy, en toda institución jurídica existe siempre, y al mismo tiempo, justicia e injusticia ⁴⁸.

5. LA IMBRICACIÓN DEL DERECHO NATURAL Y DEL DERECHO POSITIVO

Estos juristas romanistas no solamente no experimentaron la necesidad de crear un *corpus* de derecho natural que fuera independiente del derecho positivo o *ius civile*, sino que ellos mismos, como hemos observado en De Roy y Tholosanus, entendían que «lo justo» natural se forma desde la circunstancia histórica y contingente que, en principio, parece el terreno propio del derecho positivo. En consecuencia, en cierto modo el derecho, de origen humano voluntario es previo, y condición *sine qua non* para que el jurista pueda determinar lo que es justo «naturalmente». La única instancia no positiva de la *Jurisprudencia* o del derecho (en este contexto no tiene sentido distinguir entre derecho natural y positivo) viene constituida por los *praecepta* y *principia* más generales de la razón que naturalmente conoce el hombre, pero bien entendido, como destaca De Roy, que tales *principia* no se «aplican» sin más a la realidad humana, sino que es ésta, formada por las circunstancias peculiares de cada problema, la que selecciona el *Principium* (amor-odio, guerra-paz) que se tendrá en cuenta. Por este motivo, no podemos considerar a estos principios generales como formando un *corpus* independiente de las circunstancias humanas. Existen, ciertamente, al margen de la voluntad del jurista, pero es éste el que determina, entre los muchos *principia* distintos y contrapuestos, cuál es el que tendrá en cuenta y, en consecuencia, el que aparentemente será «aplicado». Lo que vienen a afirmar estos juristas es que la personalidad propia de las acciones humanas, es un elemento que concurre necesariamente con la normatividad e idealidad de las exigencias más genéricas del derecho y de la justicia. Si la personalidad se despliega ante una necesidad real, lo que es necesario posee una «causa perpetua y universal», es

⁴⁸ Vid. *De eo quod iustum est, cit.*, Liber II, Titulus septimus, § 7, a propósito de la *praescriptio*.

HISTORIA Y DERECHO NATURAL

«equitativo», y es «justo». Los principios no se imponen en la grandeza de su sublimidad, como instaurando una tiranía de lo universal sobre lo concreto: aparecen más bien como mendigos que piden que se les tenga en cuenta en el problema. La razón del jurista será la que decida su inclusión o no en la *solutio* del caso.

En este asumir, por parte de las circunstancias concretas, los principios generales, se forma la *Jurisprudentia*, el derecho o *ius*. Un jurista como Conan, Tholosanus o De Roy se hubiera quedado muy sorprendido si alguien les hubiera preguntado si su solución concreta estaba fundamentada en el derecho positivo, o en el derecho natural. Ellos conocían una única ciencia o saber, al que daban el nombre de «arte» (*ars*) en razón de su plenitud, porque contenía en sí todo lo que el jurista necesitaba, sin necesidad de pedírselo en préstamo a la dialéctica, la filosofía o la teología: *nota quod sola iuris scientia habet caput et finem*⁴⁹. En la *Jurisprudentia*, los principios generales de la razón moral y jurídica, y las exigencias de las circunstancias concretas, colaboraban para un único saber, que no era natural ni positivo, a menos que, haciendo hasta cierto punto un juego de palabras, lo llamasen, como hacía Tholosanus, por ejemplo, el derecho natural *in concreto*. La razón del hombre aplicada a los problemas concretos jurídicos constituía la *civilis ratio*, que ya tenía en cuenta los preceptos que pertenecían al *honestum*, y que serían aplicados —tenidos en cuenta—, o no, según demandaran las circunstancias del caso.

El derecho «positivo», es decir, el *ius civile*, comprende el derecho natural posible, y por este motivo Hermann Conring escribía: «El derecho justiniano posee no solamente los preceptos civiles, sino también los naturales, ya que la razón es siempre común a cualquier *corpus* de leyes que se use en una ciudad»⁵⁰. En el mismo sentido, Nicolaeus

⁴⁹ Odofredo escribía: «Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Justin. De alia arte. Non. Hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur». Cfr. *Commentaria*, comentario núm. 18 a la «Prima constitutio», palabras «Omnem Reipublicae», p. 4 de la edición de Lyon, de 1550.

⁵⁰ «Ad vero observandum est, Ius illud Justinianum non solum civilia sed etiam naturalia et gentium iura comprehendere; quae communis est ratio omnis legum corporis, quo aliqua civitas utitur». Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera iurisprudentia*. Helmstadii, 1663, p. 140.

Beckmann, uno de los juristas más agudos de la segunda mitad del siglo XVII, prefiere hablar, para referirse al derecho natural de *Regulae iuris generales*⁵¹, con lo que destacaba la vocación del derecho natural hacia el derecho positivo. Efectivamente, las reglas del derecho natural son reglas «generales», no circunscritas a ninguna comunidad política determinada⁵², que concurren con otras reglas, también generales, en la resolución de un problema jurídico. Entenderemos mejor esta función de las reglas generales si tenemos en cuenta que la filosofía, del mismo modo que el derecho natural, no constituía para estos autores un cuerpo de conocimientos distinto del conocimiento normal. El conocimiento del derecho «natural», del mismo modo que el conocimiento «filosófico» en general, no implicaba un conocimiento de rango superior al conocimiento usual universitario. Este derecho no era otra cosa que una garantía más de corrección del derecho, que no era ni «positivo», ni «natural». Al ser la filosofía según Beckmann un «razonar bien sobre las cosas que ocurren»⁵³, el *ius naturale* era, en una de sus dimensiones más constitutivas, interpreto yo, una garantía de «proceder bien en el derecho que nos ocupa».

Sin embargo, las explicaciones de estos juristas estaban condenadas momentáneamente al fracaso. Los progresistas de la época demandaban una mayor valoración de la individualidad personal, y la jurisprudencia romanista, que normalmente partía desde el análisis de las situaciones dadas, no se prestaba a este fin. El derecho romano y el espíritu que él representaba estaban de más, estorbaban en la construcción del nuevo hombre que pretendía la Modernidad. Fernando Vázquez de Menchaca publicó en 1564 sus *Controversias ilustres*, libro en el que propone, por primera vez en la historia, la mayor parte de las tesis y postulados iusnaturalistas específicamente modernos, tales como la consideración exclusiva del individuo

⁵¹ «REGULAE IURIS GENERALES. Hic circa regulas generales accurate observandum, quod ius naturae habeat quaedam prima principia, quorum veritas homini statim absque ratiocinatione patet: idem ius naturae habet etiam quasdam conclusiones minus notas, ex primis iuris naturae principiis per ratiocinationem deductas». Cfr. *Doctrina iuris ex iure naturae, Iure Gentium, Canonico, Divino, Iure Civile Romano, Iure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*. Jena, 1678, voz 490. Se trata de un diccionario jurídico.

⁵² «Bene ratiocinare circa ea, quae occurrunt». Voz 318 de la *Doctrina iuris...*, cit. de Beckman.

⁵³ «Philosophari est bene ratiocinari circa ea, quae occurrunt». Cfr. Voz 434 del *Doctrina iuris...*, cit.

aislado en el «estado de naturaleza», la formación de la sociedad mediante un contrato social, la concepción de la sociedad política como una *societas assicuratoria* de los derechos naturales de cada individuo, derechos que, según él, eran desconocidos en la mayor parte del mundo, todo ello en el marco del consiguiente individualismo jurídico. Pero Vázquez ha quedado tan sólo como un precedente significativo y valioso, en parte porque él no asumió las exigencias sistemáticas que se estaban lanzando a la ciencia jurídica desde comienzos de siglo: sus *Controversias ilustres* eran aún demasiado deudoras de las obras casuísticas romanas y medievales. Y, en parte, porque se adelantó en muchos años a su época. Más tarde, cuando Hugo Grocio publique el *De iure belli ac pacis*, la jurisprudencia nueva que pretendía exponer esta nueva Idea del derecho, se reconocerá y tomará conciencia de su propia identidad gracias a esta obra de Grocio, que no se despega de Vázquez de Menchaca sino en la simple exposición de sus contenidos, ya que Grocio pretendió hacer un libro sistemático. No consiguió esto último, porque el *De iure belli ac pacis* deja mucho que desear desde el punto de vista sistemático, pero la ordenación externa que este holandés dio a su escrito fue suficiente para adquirir el prestigio necesario. De este modo, la *Juris Naturalis Scientia* comenzó a andar autónomamente al final del primer tercio del siglo XVII.

Entretanto, es decir, en los años que discurren aproximadamente desde 1570 a 1650, los juristas del *Jus Commune* hicieron un gran esfuerzo por explicarse a sí mismos y a sus lectores el método que ellos mismos seguían. Gracias a este hecho, y gracias también a las consideraciones que hicieron a propósito del «derecho natural», tema que inexcusablemente debía ser tratado entonces porque estaba muy de moda, disponemos hoy de un conjunto de explicaciones acerca de la naturaleza del *ius naturale* especialmente valiosas.

Ciertamente, los escolásticos españoles que integran la Segunda Escolástica habían realizado a lo largo del siglo XVI una extensa y profunda teorización acerca de las cuestiones fundamentales del derecho. Francisco de Vitoria y Domingo de Soto fueron relativamente fieles al espíritu medieval y tomista. Pero los restantes teólogos centraron sus explicaciones preferentemente en el tratado de las leyes contenido en la I-II de la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino. Por este motivo, sus obras son especialmente

relevantes para todo lo que hace referencia al origen, fundamento, naturaleza y límites del poder político, así como de sus leyes, pero estos escolásticos no centraron su atención en la estructura interna del razonamiento jurídico. Fueron más bien filósofos del poder político que no del derecho. A pesar de que solían titular a sus tratados con el rótulo de *De iustitia et iure*, poco encontramos en ellos acerca de la justicia y del derecho, de la *Jurisprudencia*, fuera de las obras de Francisco de Vitoria y de Domingo de Soto. Por este motivo, era más claro Suárez cuando titulaba a su obra más conocida como *Tractatus de Legibus*. Pero sucedía que en el cambio de siglos, del XVI al XVII, se había perdido de vista a la ciencia del derecho (*civilis sapientia*) y, bajo el influjo racionalista específicamente moderno, lo que se imponía era hablar de las leyes del «Estado» que ya se estaba configurando en el plano doctrinal. Estas leyes habían de crearse según unas exigencias antropológicas, y el tratamiento de estas exigencias componía lo que llamaban el *Jus Naturale* como la nueva ciencia comprensiva de la moral, la teología y el derecho.

6. GIAMBATTISTA VICO Y ANSELMO DESING EXPLICAN COSAS JUICIOSAS EN EL SIGLO XVIII

Con Pufendorf y sus discípulos, especialmente con Thomasius, Wolff y Gundling se terminó por entender al derecho natural —cosa que hasta entonces no se había producido— como un saber sobre el derecho, aparte y distinto, del *ius civile*. Como un saber o una *scientia* que, por poseer un rango especialmente supremo o fundamental, era normativo para el derecho humano prudencial y voluntario. De este modo se fue configurando la existencia de dos planos en el derecho: el plano del derecho humano-voluntario, que se trataba de un derecho arbitrario, y el plano del derecho natural. Lógicamente, lo que cabría preguntarse es si este derecho natural que se desarrolló de la mano de Pufendorf tenía capacidad para llegar a ser realmente derecho, o si más bien se trataba de una metafísica del derecho (por usar la jerga kantiana) que trataba de hacer posible doctrinalmente el Estado liberal moderno y su legislación.

Giambattista Vico se encontraba con una herencia difícil de asumir para quien estuviera familiarizado con el derecho, al margen de las lucubraciones filosóficas del *ius naturale*. El momento histórico

en el que él escribe, en el primer tercio del siglo XVIII, corresponde a un absoluto predominio del iusnaturalismo específicamente moderno, que pretendía una regla de oro para la formación «correcta» del derecho positivo (como fue el caso de Pufendorf y su escuela), o un ordenamiento jurídico natural que sustituyera al *ius civile*, como pretendieron Darjes, Nettelblatt, Heineccius, etc., que prepararon las codificaciones exponiendo derecho romano idealizado.

Vico no participó en ninguna de estas dos opciones: él estaba educado en la tradición romanista que atendía a la utilidad que se muestra en la historia y explicaba que en el derecho existe una parte que es inmutable: «El derecho natural llamado *Fas* es inmutable». «Este derecho, en tanto que procedente de la verdad eterna (*dal vero eterno*)⁵⁴ fue llamado sabiamente por los latinos *Fas*, como derivado del *Fatum*, esto es, del orden eterno de las cosas, como lo define San Agustín»⁵⁵. Completa esta idea escribiendo: «El fundamento de la sociedad humana es el conocimiento de la naturaleza social. La metafísica es la madre de la jurisprudencia». Florentino sitúa por fundamento de toda sociedad humana el conocimiento de nuestra naturaleza sociable: dado que, dice él, la naturaleza ha puesto entre nosotros un tal ligamen y casi parentesco, se deduce de él que no es lícito que un hombre ponga insidias a otro hombre. Ésta es la íntima filosofía o el conocimiento, de otra manera, de la naturaleza humana, de la que Cicerón intentaba extraer los principios de la «jurisprudencia»⁵⁶. En otros momentos, alude a los

⁵⁴ Es difícil traducir el término *vero* en Vico. Él parte en todo momento de la distinción entre el *vero* y el *certo*. Provisionalmente podemos entender que el *vero* representa la instancia metafísica, inmutable, mientras que el *certo* es el momento de la verosimilitud, de la utilidad, es decir, el del derecho.

⁵⁵ «Il Diritto naturale detto ancora Fas è inmutabile. Questo diritto como procedente del vero eterno fu sapientemente detto da Latini Fas dal Fato, che è a dire l'eterno ordine delle cose, come lo diffinisce S. Agostino». Cfr. *De universo iuris uno principio et fine uno liber unus*. Trad. de E. Amante. Napoli, 1841, p. 71.

⁵⁶ «Il fondamento dell'umana società... è la cognizione della natura sociale. La Metafisica è madre della Giurisprudenza. Florentino pose per fondamento di ogni società la conoscenza della nostra natura socievole: dappoiché, egli dice, la natura ha posto tra noi un cotal ligame e quasi parentado, ei se nel vuol dedurre, punto non esser lecito che l'uomo insidi all'altro uomo. E questa è l'INTIMA FILOSOFIA o in altro modo la cognizione dell'umana natura da cui tentava Cicerone di trarre i principi della Giurisprudenza». Cfr. *op. cit.*, p. 72.

principios inmutables del derecho natural para referirse a la licitud de repeler la violencia con la violencia, la unión de los dos sexos, la procreación de los hijos y su mantenimiento⁵⁷. Se limita a repetir las normas elementales del *ius naturale* propias de la *jurisprudencia* romana, sin que en ningún momento apunte la existencia de un ordenamiento jurídico natural, fuera de estos principios generales.

El retórico napolitano explica que «nosotros veremos que los hombres fueron destinados no sólo a comunicar con los demás la razón y el *verum*, sino también la utilidad común según la equidad buena (*l'equo buono*), es decir, según exige el mismo *verum*»⁵⁸. El dato más relevante que aporta esta tesis reside en que Vico —siguiendo muy estrechamente la jurisprudencia— hace de la utilidad (que es el campo del *certum*) una parte del *verum*. En consecuencia, el *utile* no queda relegado al campo de lo «puramente humano», del derecho «arbitrario» del que hablaron los modernos, sino que lo útil se convierte en una parte de lo justo, esto es, de la única justicia que conocemos los hombres, que no es ni natural ni positiva exclusivamente, sino que abarca ambas categorías. «Porque, por la misma naturaleza social del hombre —escribe Vico— nace una doble sociedad natural de cosas, una del *vero*, y la otra del *equo bono*»⁵⁹. De este modo, lo equitativo o lo útil (no hay distinción en Vico entre estas dos realidades cuando las refiere al derecho) se funden en una única categoría, que es la de la naturaleza social del hombre, la del *iustum*. El peculiar genio de Vico —al que desgraciadamente no siempre acompaña su talento— le hace llegar a decir que el «*certo* es una parte del *vero*»⁶⁰, con lo que deshace la posibilidad de cualquier construcción jurídica que se construya a espaldas de las necesidades históricas y contingentes de los hombres. Vico, que

⁵⁷ *Vid. De universi iuris...*, cit., pp. 116 y 119.

⁵⁸ «Ma noi vedremmo che gli uomini furono destinati a comunicar cogli altri non solo la ragione e il vero, ma anche la loro utilità secondo l'equo buono ossia lo stesso vero». *Cfr. De universi iuris...*, cit., p. 72.

⁵⁹ «Quindi per la stessa social natura dell'uomo nasce una doppia società di cose l'una dal vero l'altra dell'equo bono». *Cfr. ibidem*.

⁶⁰ «Il certo è parte del vero». *Cfr. De universi iuris...*, cit., p. 127.

siempre se opuso a cualquier contractualismo, reitera esta idea expuesta explicando que «el hombre está destinado por naturaleza no a buscar su propia utilidad, como hacen los animales, sino a hacer partícipe de ella a los otros hombres. Y siendo su primer deber cultivar la sociedad del *verum* y de la razón, él fue creado por Dios para comunicar la utilidad según el *verum* y la razón»⁶¹. En el capítulo LX de su *De universi juris*, comentando esta tesis, llega a afirmar que *Ogni società poi non è altro che la comunicazione della utilità*.

El fundamento básico del derecho es la utilidad, esto es la satisfacción de las necesidades históricas de los hombres. Como la sola prosecución de la utilidad puede llevar a inmoralidades, a falta de humanidad, Vico mantiene, como era usual en su época, que la utilidad debe estar normada por la *onestà*, por las reglas más estrictamente morales de la razón práctica⁶². Él entiende que la utilidad y la honestidad son partes o facetas de la justicia universal, de modo que así como la virtud universal dirige a la prudencia, a la templanza y a la fortaleza a combatir el egoísmo, la justicia universal dirige a la prudencia, a la templanza y a la fortaleza para que regulen la utilidad⁶³. De este modo, el derecho o la justicia, explica Vico, se va haciendo. Efectivamente, el napolitano, que es profundamente intelectualista, explica que la misión última del hombre es conocer, de modo que la vida humana no es otra cosa que conocimiento; y en esta función se contienen todas aquellas cosas que los Estoicos llamaron «consiguientes» o

⁶¹ «adunque l'uomo è per natura destinato non a procacciar solo la sua utilità, com'è delle bestie, ma ancora a far di essa partecipi gli altri uomini. Ed essendo suo primo debito coltivar la società del vero e della ragione, egli dunque fu fatto da Dio per comunicare le utilità secondo il vero e la ragione». *Cfr. De universi iuris...*, cit., p. 64.

⁶² «Quella utilità che riguarda il corpo, come corporea che ella è, è caduca; ma l'onestà come quella che costa dell'eterno vero, è certo eterna ed appartiene alla mente». *Cfr. De universi iuris...*, cit., p. 67. Vico reproduce aquí, con distintas palabras, las dos dimensiones del derecho natural a que ya aludiera Francisco Conan, una basada en la equidad, que es inalterable, de origen divino, y otra fundamentada en la utilidad común, que es históricamente mutable, pero, que, del mismo modo que la primera, también compone el derecho natural.

⁶³ «Come la universale virtù spinge la prudenza, la temperanza e la fortezza a combatter la cupidità; cosí la giustizia universale comanda alla prudenza, alla temperanza ed alla fortezza che rigolino l'utilità». *Cfr. De universi iuris...*, cit., p. 99.

consentáneas a la naturaleza. «Estas cosas pertenecen a la verdadera vida del hombre, que no es otra cosa que lo que el hombre va haciendo (*che va l' uomo facendo*) de forma conveniente a su naturaleza, o de conformidad a la vida social, que es donde la verdadera vida del hombre está conservada»⁶⁴.

Vico dedicó mucha atención a la *ratio* que hace posible el derecho, ya que él intuía que aquellos que mantenían la existencia de un *ius naturale* paralelo al derecho positivo, hacían esto posible porque, en definitiva, utilizaban dos «razones», una para el derecho positivo, y otra para el derecho natural; cosa que a él le parecía evidentemente absurda. Tocó este tema en varias ocasiones, fundamentalmente en los capítulos comprendidos entre el LXXXIII y el LXXXV de la obra que cito. El problema que plantea una y otra vez es si es posible una «razón natural» al margen de la *civilis ratio*, o si esta última razón puede desenvolverse al margen de la razón natural. En una primera aproximación explica que en la razón «natural» debe buscarse solamente «la razón civil», esto es, la utilidad común, ya que tal razón civil, puesto que está dirigida a dictar la utilidad pública, ha de ser tenida como parte de la razón natural⁶⁵. Ciertamente, escribe él, existe un derecho natural «primitivo» que es tenido en cuenta siempre que interpretamos el derecho establecido según *l'equo buono*. Las exigencias morales más elementales componen, según Vico, un derecho natural invariable, el campo del *verum* en el derecho. Pero no es admisible que este *verum*, que daría lugar a un derecho natural «primitivo», se desarrollara independientemente del *certum* jurídico; más bien sucede que este *certum*, cuando se desenvuelve según el *aequum bonum*, da lugar a un

⁶⁴ «In quella parte poi con cui l' uomo vuole il conoscere, ch'è la vita propria dell' uomo, assecondò egli non è altro che conoscere, in questa parte io dico si contengono quelle cose che son detta dagli Stoici stessi conseguenti, o cose alla natura consentanee. Appartengono esse alla vera vita dell' uomo, ch'è a dire elle non esser altro che ciò che va l' uomo facendo convenevolmente alla natura umana, o in conformità alla vita sociale, onde la vera vita dell' uomo vien conservata». *Cfr. De universi iuris...*, cit., p. 119.

⁶⁵ «L' uno e l' altro dunque di costoro con questo certamente dir volle esser cosa importuna cercare dall' autorità la ragion naturale: e può doversi solo in essa indagar la ragion civil, ovvero la utilità comune... la qual ragion civile, perchè è rivolta a dettare la pubblica utilità, tener si dal qual parte della ragion naturale». *Cfr. De universi iuris...*, cit., p. 128.

derecho o justicia positivo, al que Vico llama a veces el derecho natural secundario. Pero esta razón civil (la *civilis ratio* de los juristas romanistas) forma parte de una razón «más universal», que comprende en sí todo tipo posible de derecho.

Efectivamente, la utilidad común crea el derecho de acuerdo con las exigencias del *honestum*. La razón que hace posible esta captación de la utilidad y de la honestidad es la misma. Por este motivo, afirma Vico, las leyes posteriores derogan sólo aparentemente a las leyes anteriores, ya que, en realidad, no hacen sino reafirmarlas. Estas leyes nuevas, explica Vico, no son más que las mismas leyes primitivas que ahora se vuelven más complejas en razón de las «buenas ocasiones», ampliándose o restringiéndose⁶⁶. La íntima racionalidad de la vida humana, que se diversifica según los tiempos y lugares, se manifiesta de la mano de la utilidad común, de la necesidad, porque no existe una razón para el hombre en abstracto y otra para el hombre histórico. Todo tratado de derecho positivo contiene, pues, necesariamente, los principios del derecho natural y, así, escribe Vico: «Podemos extraer con seguridad los principios del derecho natural de los escritos de los juristas “romanos”, quienes primero interpretaron las leyes según la razón civil, siendo así que bajo el Principado lo habían hecho según la razón natural, aunque en verdad esto fue hecho según la razón civil»⁶⁷. Es posible que el lector quede algo confundido con este juego de palabras sobre las razones civil y natural. Vico quiere indicar que la *civilis ratio* de la *Jurisprudentia*, contiene en sí la razón natural, es decir,

⁶⁶ «Da ciò, che si è finora ragionato, ben s’inferisce che ogni interpretazione del diritto stabilito fatta secondo l’equo buono rispetto a quel diritto che essa prende ad interpretare è quello istesso che esser vediamo il natural diritto secondario riguardo al diritto primitivo. Ancora cotale interpretazione da una ragione più universale procede, la quale comprendendo in sè la ragione del diritto stabilito va poi nella nuova specie di fatto aggiungendo la forma del diritto alla volontà del legislatore. Il perchè le leggi necessarie posteriori in apparenza per che derogino alle leggi primitive, ma nel fatto con più forza la raffermano; imperocchè non sono veramente altro che le stesse primitive leggi, diversificandone solo in quanto che queste per quelle buone occasioni... vie più addivengono ampie o si dispiegano». *Cfr. De universi iuris...*, p. 131.

⁶⁷ «Nè si può con sicurezza trarre i principj del diritto naturale dagli scritti di Giureconsulti, i quali prima interpretarono le leggi secondo la ragion civile; e quando sotto il principato l’abbiamo fatto secondo la ragion naturale, pure in verità fu fatto secondo la ragion civile». *Cfr. De universi iuris...*, *cit.*, p. 21.

los principios morales más elementales de la razón práctica, que cobran vida cuando disponen de una materia (las «buenas ocasiones» que vienen dictadas por la utilidad común) a la que poder aplicarse. De este modo, aunque dentro de la *civilis ratio* pueda distinguirse una parte invariable compuesta por los *prima principia* de la razón práctica, y otra parte de hecho cambiante, ello no implica que existan dos razones distintas que produjeran normas también diferentes, una que daría lugar al derecho de hecho existente y otra al derecho natural.

En este sentido, añade Vico que le admiran esos doctores que van disputando entre ellos acerca de si estas tres máximas (las que expuso Ulpiano: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo) son preceptos del derecho natural o de la *Jurisprudencia*. Se trata solamente de nociones naturales que la naturaleza ha ido esculpiendo en nuestros ánimos, desde las que arranca la única ciencia del derecho que existe: son verdaderamente principios de una ciencia legítima, porque son nociones de una naturaleza común⁶⁸. Toda la necesidad es natural, esto es, susceptible de ser inteligentemente abordada y resuelta por los hombres en cada momento, y esta presunción de racionalidad alcanza a las instituciones existentes. La razón no procede «artificialmente» sino que «los fundamentos de la jurisprudencia son la razón y la autoridad política, junto con las reglas que nacen de la autoridad y que ella aplica a los hechos. Desde estos dos fundamentos, la razón procede con necesidad natural, *da necessità di natura*»⁶⁹. Y por este hecho, podemos distinguir, como los Estoicos, un derecho natural primario,

⁶⁸ «Mouvono dunque a maraviglia que”dotti i quali van tra loro disputando, e pongono ogni sforzo per istabilire che quelle tre massime altro non siano se non precetti del diritto naturale o del giusto, nè mai assiami del diritto civile o della giurisprudenza. Il che egli no vorrebbero sostenere per quello stesso che riconoscono... que” precetti non esser altro che talune naturali nozioni che la natura andò formando, e diremo scolpendo negli animi nostri; quasichè la giurisprudenza fosse un”arte che tutto avesse il suo fondamento ne”precetti e in niun modo nella dimostrazione... talchè dovessero trarsi i suoi principî fuori del Diritto naturale, mentre essi sono veramente principî di una legittima scienza, perchè sono nozioni di una comune natura». *Cfr. De universi iuris...*, *cit.*, pp. 79 y 80.

⁶⁹ «I fondamenti della giurisprudenza sone la ragione e l”autorità; e le regole che ne nascono, essa applica, a”fatti. Di questi due fondamenti la raggione procede da necessità di natura». *Cfr. De universi iuris...*, *cit.*, p. 10.

que se ocupa del dominio de la razón y de los afectos, de aquel otro derecho que fue llamado derecho natural secundario que se ocupa de la tutela del consejo. Lo que no se puede hacer es lo que hizo Hugo Grocio, que distinguió, contra toda razón, estos dos derechos, separándolos ⁷⁰. El *honestum*, esto es, «los principios de la naturaleza», son la materia de todo derecho voluntario, y el derecho natural secundario es la forma del derecho, de modo que si faltase este último, todo derecho voluntario sería inexistente ⁷¹.

No puede, pues, existir un conjunto de principios «naturales» que, a modo de axiomas, den lugar a un derecho natural deducido. El derecho natural primitivo (por seguir la terminología de Vico), también llamado «los principios de la naturaleza», es y funciona a modo de tópicos que están presentes continuamente, en tanto que instancias permanentes correctoras, en todos los planos del razonamiento jurídico. De este modo, tales principios y el derecho voluntario, se imbrican mutuamente. Las decisiones humanas, sin tener en cuenta el *honestum*, son actos arbitrarios, pero los principios de la honestidad, por sí solos, carecen de existencia concreta y real. Una exposición de regusto hegeliano. Planteadas así las cosas, Giambattista Vico da un giro muy personal, único, al de la cuestión de la inmutabilidad del derecho natural. ¿En qué consiste tal inmutabilidad?, se pregunta él mismo. San Agustín, escribe Vico, nos explica: «Dios, con una ley inmutable, va defendiendo la libertad de arbitrio que nosotros tenemos» ⁷². De este modo, Vico introduce la libertad y la historia en la médula del derecho natural: del conjunto de su

⁷⁰ «Adunque la tutela de”sensi e la libertà degli afetti componono senz”alcun dubbio quel diritto naturale che gli antichi interpreti chiamavano diritto primario, e gli Stoici principî di natura; comme el dominio della ragione, l”equabilità degli afetti, la tutela del consiglio corrispondono a quell”altro naturale diritto che fu detto secondario... Or poichè Ugo Grozio contro ogni ragione fu di credere che questi due diritti così distinti veramente tra loro diversificassero». *Cfr. De universi iuris...*, *cit.*, p. 115.

⁷¹ «Laonde come il diritto naturale primitivo o i principî della natura sono la materia di ogni diritto volontario, cosí il diritto naturale secondario o i conseguenti di natura sano la forma di ogni diritto volontario, la quale, se tutta mancasse, sarebbero i diritti volontari al tutto nullo». *Cfr. De universi iuris...*, *cit.*, p. 123.

⁷² «S. Agostino, il quale spesso scrive che Iddio con una legge immutabile va difendendo la libertà di arbitrio che noi abbiamo». *Cfr. De universi iuris...*, *cit.*, p. 124.

obra resulta claro que el derecho natural o lo justo naturalmente es una coparticipación humana y divina en la historia.

Anselmo Desing, a mediados del siglo XVIII, examinó detenidamente estas exigencias del *ius naturale et gentium*, aunque no parece conocer la obra de Vico, un profesor de retórica demasiado limitado al ámbito napolitano. Desing, del mismo modo que Tholosanus, Hopper o Conring, no pretende hacer un tratado que se ocupe exclusivamente del derecho positivo, o al que califique de derecho natural, según la moda de la Ilustración. En este sentido, Desing se opone a la primera de las pretensiones de los que quieren hacer *ius naturale*, es decir, un derecho distinto del *ius positivum* que trata la ciencia del derecho. Por ello siguiendo una crítica que ya se había hecho a los nuevos tratados del derecho natural, Anselmo Desing explica que el fundamento del derecho no puede ser un solo signo o principio, como pretenden los iusnaturalistas, sino que ha de haber una pluralidad de puntos de referencia ⁷³. La razón, apunta Desing, puede errar, por lo que ella sola no puede ser la regla del derecho natural, y es preciso tener en cuenta una diversidad de reglas, a través de las cuales alcanzamos mediatamente la razón. Él no cree en la fuerza inmediata de una Razón que se mostraría inequívocamente a través de unos principios y unos razonamientos hechos desde aquellos principios; explica, más bien, que mediante muchas y diversas ayudas podemos atisbar lo que es racional ⁷⁴. De esta forma, siguiendo la tradición tomista —Desing cita frecuentemente a Tomás de Aquino— la razón no aparece como regla o medida, sino como aquello que es regulado y medido. Es regulado

⁷³ Vid. su *De iuris naturae larva detracta*. Monachii, 1753, capítulo V, Thema XIV, que lo titula «Plura signa».

⁷⁴ Escribe a este respecto que «Ratio igitur cum posse errare, et non recta esse, non est solum iudicium Iuris naturae, sed eidem opus est regulis, quas ipsa ratio immediate attingat, et quibus mediantibus attingat voluntatem Dei». Cfr. *Iuris naturae...*, cit., capítulo V, Thema XXVIII. Desing alude a la voluntad de Dios, aunque es cosa extraña en los juristas de formación prudencial, porque toda la época, desde hacía mucho tiempo, aludía a la Voluntad de Dios como fundamento último del derecho natural. De este modo resolvía el racionalismo jurídico moderno el problema de la obligatoriedad del derecho natural. Sobre este último punto, vid. mi estudio *La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal*, en «Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en homenaje del Prof. José María Rojo Sanz». Valencia, 1996, vol. I, pp. 41-58.

por la prudencia, que tiene como fundamentos más básicos los primeros principios de la razón práctica, que no provienen de la misma razón (la razón, en estos autores, no es más que un instrumento que no da razón de sí mismo) sino que tienen un origen divino⁷⁵. La jurisprudencia, que es la única ciencia del derecho o saber jurídico real, versa sobre las acciones de los hombres, que son históricas, contingentes. Sobre ella no cabe, pues, una certeza matemática, del tipo de la que pretendían los iusnaturalistas de la época, sino que únicamente proporciona una certeza moral, que sabemos que es la indicada cuando, ahora, no alcanzamos una certeza mayor sobre el tema discutido⁷⁶. Ésta es la regla de oro que proporcionaba el prior de la comunidad de benedictinos de München: hallar una «certeza probable».

Desing no acepta los postulados sobre los que estaba construido el derecho natural moderno, tal como el del *status naturae*, ya que no tiene en cuenta la realidad actual porque parte desde un inexistente hombre aislado. Si el escritor escribe —explica él— para un estado que no existe, su labor es *otiosa*, puesto que no es práctica⁷⁷. El derecho natural es la disciplina del hombre viviendo en sociedad⁷⁸, y este hombre se rige por unas leyes en las que ya está contenido el derecho natural, tal como sucede en el derecho romano⁷⁹. «Cuando los derechos naturales se adecuan a la ciudad, de modo que en un Estado actual tales derechos están contenidos en las leyes positivas, el

⁷⁵ «Sic iussit Rex David, Psalmum 4, v. 6 statim vero Multi dicunt: Quis ostendit nobis bona? sive unde intelligimus, quid sit iustum, quod sacrificemus Deo? Et respondit illis rex: Signatum est super nos lumen vultus tui Domine». Se remite a Tomás, *Suma Teológica*, I-II, q. 19, art. 4. *Cfr. Iuris naturae...*, cit., capítulo V, Thema XXV.

⁷⁶ «Actio moralis non requirit certitudinem Physicam, aut demonstrationem Metaphysicam, vel Mathematicam; cum ea ne possit quidem habere, quippe quae versetur in contingentibus: sed ad agendum sufficit certitudo moralis, id est talis, qua maiorem nunc non possum habere». *Cfr. Iuris naturae...*, cit., capítulo V, Thema XI, § 2.

⁷⁷ «Iuris naturae disciplina, quae scribitur pro nullo statu existente, otiosa est. Quia non est practica». *Cfr. Iuris naturae...*, cit., capítulo III, Thema II.

⁷⁸ «Iuris naturae disciplina potest scribi pro diversis statibus humanibus, quos capite I numerabimus... In omnibus his statibus perdurat Status Naturae, non aufertur, sed tantum circumscribitur et perficitur». *Cfr. Iuris naturae...*, cit., capítulo III, Thema III.

⁷⁹ Titula el Thema II del capítulo VII: «Leges civiles saepe indicare possunt iura naturae, praecipue leges Romanae».

derecho natural consiste en el mismo derecho positivo (*ius civile*), y no se le puede explicar, en la docencia, antes del derecho positivo. En este sentido, Heineccius entiende que el *Ius Civile Romanorum* es el mismo derecho natural aplicado a las acciones de los hombres»⁸⁰. Siguiendo ideas similares a las de Vico, Anselmo Desing explica extensamente que el derecho natural es el derecho positivo de cada Estado, que no existe un derecho basado en la sola Razón, como pretendían los iusnaturalistas de entonces, sino que se requiere la intervención autoritativa del poder público⁸¹. Y es que las leyes civiles o derecho positivo existente poseen fuerza normativa (*obligant in conscientia*), «porque no son sino declaraciones del derecho natural»⁸².

Y si es importante el momento racional, también lo es el momento histórico: la ley jurídica no puede ser un simple consejo.

Resulta claro, en este pensamiento que aún perduraba en el siglo XVIII, y que se perdería en mayor medida durante el siglo XIX, que el derecho natural es la razón humana aplicada a los asuntos prácticos que ha de resolver, siempre que esta razón no esté corrompida. Por este motivo, Desing afirma que el derecho natural, en los grandes juristas que aún perduran como modelo —él se refiere a Bartolo y Baldo— no es otra cosa que la razón de estos autores⁸³.

Quisiera reparar en el hecho de que Bellapertica, Oldendorp, Conan, De Roy, Vico o Desing, expresan lo mismo, dicho casi con las mismas palabras. No pertenecían a una misma escuela (¡desde Bellapertica, que escribe en el siglo XIII a Desing, que vive en el siglo XVIII!) y, excepto De Roy, que se proclama discípulo de Gregorius

⁸⁰ «Iura autem naturalia ut congruunt civitati, sive ut ea in moderno statu exercenda sunt circumscripta legibus positivis, consistunt in ipso iure civile, neque adeo ante ius civile discenda sunt. Ex ipsius enim Heineccius sententia Ius civile romanum est ipsum ius naturae actionibus hominum applicatum». Cfr. *Iuris naturae...., cit.*, capítulo IV, Thema XXII, § 3.

⁸¹ Vid. el capítulo IX, Thema IV y V de *op. cit.*

⁸² «Ita leges civiles humanae, modo non ad evertendam naturam, aptae sint, obligant in conscientia; quia non sunt nisi declarationes iuris naturae». Cfr. *Iuris naturae...., cit.*, capítulo I, Thema 5, § 8.

⁸³ «Ius Naturae: Ius Naturae! Tanta sapientia turgent rana quavis rudiores Bartoli et Balbuli. Est autem illis pro iure naturae sola sua ratio, quippe qua ipsa ipsissima ratio est». Cfr. *Iuris naturae...., cit.*, Proemium, § 21.

Tholosanus y de Francisco Conan, los posteriores no parecen conocer siempre a los anteriores. Vico se oponía a Hugo Grocio. Desing polemizaba con Pufendorf y sus discípulos. Pero sí tenían en común el rasgo fundamental: abordaban el estudio del derecho «desde dentro», su formación era específicamente jurídica y pretendían explicar más abstractamente la génesis y desarrollo, la estructura y el fundamento de las cuestiones concretas de la justicia. Es decir, reflexionaron sobre el derecho y dejaron de lado la ciencia política, que es un saber bastante ajeno al jurista. La reflexión sobre «lo justo» vincula mucho y deja poco margen para la imaginación: quizá por este motivo sus explicaciones son tan parecidas.

7. ESTA MENTALIDAD EN LOS INICIOS DE LA EDAD CONTEMPORÁNEA

Los juristas que inauguran la Edad Contemporánea, en plena crisis otoñal de la teoría del derecho natural moderno⁸⁴, tenían las cosas difíciles, porque la confusión se había adueñado de los intentos de reforma de los estudios del derecho. Durante dos siglos se había hablado en las cátedras universitarias de Centroeuropa de «estados de naturaleza» y «contratos sociales», y la teoría sobre el derecho positivo —fuera éste entendido como el derecho romano o como el conjunto de las leyes generales dictadas por el monarca nacional— había quedado extremadamente descuidada, como amargamente se quejaba, por ejemplo, un jurista como J.A.L. Seidensticker⁸⁵.

A esta *iusnaturalización* —valga el barbarismo— de toda la ciencia jurídica, hay que añadir un segundo factor: la confusión a que había llegado la doctrina del nuevo derecho natural en el último tercio del siglo XVIII, perdido entre varias teorías procedentes de escuelas distintas. Efectivamente, de un lado, después de dos siglos de hablar del derecho natural, algunos de los últimos ilustrados

⁸⁴ A esta crisis dediqué mi estudio «Nurrecht und Rechtsphilosophie», en *Anuario de filosofía del derecho III* (1986), pp. 243-297. Un estudio posterior es *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, *cit.*

⁸⁵ *Vid. Geist der juristischen Literatur von dem Jahre 1796*. Göttingen, 1797, *per totum*.

efectivamente acabaron creyendo en la existencia de un ordenamiento jurídico natural que no necesitaría de ninguna sanción positiva. De este modo, el joven Gottlieb Hufeland, explicaba que en la clasificación de las ciencias jurídicas, primero debía enseñarse el *Naturrecht*, y sólo en segundo lugar el *Positives Recht*, que se descomponía, según él mismo indicaba, en a) *Recht der Römer*, b) *Kanonisches Recht*, y c) *Deutsches Recht*⁸⁶. El mismo K.A. von Martini, ministro de la emperatriz de Austria para la legislación, enseñaba: «Las leyes naturales son como verdades matemáticas, que son deducidas, según las reglas de la Razón, desde principios innegables»⁸⁷. Pero, por otra parte, el sector mayoritario de los iusnaturalistas veía en la doctrina iusnaturalista únicamente una guía formal para la creación de un derecho positivo «correcto». En este sentido, Hoffbauer, una vez que había abandonado, ya muy tardíamente, las filas kantianas, explicaba que «el derecho natural de estos filósofos no es otra cosa que una teoría de la legislación jurídica positiva, en la medida en que se fundamenta en principios jurídicos»⁸⁸.

Así pues, era difícil incluso delimitar las relaciones entre el derecho natural y el positivo, porque ni siquiera estaba claro qué era el derecho natural. Y hay que añadir que algo parecido sucedía con el derecho positivo, ya que bajo este nombre muchos juristas aludían fundamentalmente al derecho romano —como era el caso, por ejemplo, de Gustav Hugo—, mientras que otros, como sucedía con Johann Stephan Pütter, se referían más bien al conjunto de la legislación positiva vigente en cada nación, dictada por la autoridad local. Para los franceses, el derecho positivo era su código. Cuando

⁸⁶ Vid. sus *Beiträge zur Berichtigung und Eiweiterung der positiven Rechtswissenschaft*. Jena, Zweiter Stück, 1801, p. 39.

⁸⁷ «Die natürliche Gesetze sind einfach, deutlich und hinlänglich bekannt. Wer die Natur der Dingen beobachten, und seine Vernunft gebrauchen will, dem werden sie überall unverkennbar aufstossen... Die natürlichen Gesetze sind wie mathematische Wahrheiten nach den Regeln der Vernunft aus unlängbaren Grundsätzen hergeleiten worden; sie sind also mathematisch gewiss». Cfr. *Lehrbegriff des Naturrechts*. Wien, 1799, pp. 121-122.

⁸⁸ «Das Naturrecht dieser Philosophen ist nicht anders, als eine Theorie der bürgerlichen Gesetzgebung, so weit diese auf Rechtsgrundsätze beruhet». Cfr. *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit dargestellt*. Hallae, 1816, p. 6.

comenzó la Escuela de la Exégesis, con Durantón, añadieron al código los comentarios doctrinales: pero hasta casi finales del siglo XIX se movieron con la ilusión de que todo el derecho era desarrollado desde el Código Napoleón. Éste no era el momento más propicio para clarificar los conceptos del derecho natural y positivo, y sus relaciones mutuas.

Sin embargo, no faltaron autores que mostraron lucidez en momentos de confusión colectiva. De este modo, Johann Friedrich Reitemeier, mantuvo, en 1785, que el derecho que está vigente en un Estado se compone, simultáneamente, de preceptos del derecho natural, que son universales o iguales para todos los hombres, y normas relativas a, y dependientes del lugar y del tiempo, que unas veces son aceptadas, y otras son rechazadas⁸⁹. No existe una diferenciación tajante entre los principios del derecho natural y las normas del derecho positivo, mantiene Reitemeier, sino que en las circunstancias reales en las que se encuentran las personas, las familias y los Estados, los principios del derecho natural reciben una determinación (*Bestimmung*) positiva y concreta⁹⁰.

La doctrina de Gustav Hugo es muy personal y difícilmente encuadrable en tendencias preexistentes del pensamiento jurídico. Él entiende que el derecho proviene del azar, de hechos extraños a la voluntad del hombre, de conquistas realizadas por los pueblos más fuertes, pero también procede de la superioridad de la inteligencia (¿cómo traducir *Ueberlegenheit an Einsichten?*), de modo que, mientras la fuerza tiene una función más relevante en la

⁸⁹ «Die Grundsätze der Vernunft sind die Richtschnur für den Gesetzgeber bey Abfassung seiner Vorschriften. Sie führen ihn alle dahin, dasjenige zu verordnen, was in allem Betracht für den Staat das Beste ist. Unter diesen Grundsätzen sind einige allenthalben anwendbar, unveränderlich und jedem Vernünftigen einleuchtend; es sind dies die Grundsätze des Naturrechts, deren Gebrauche hauptsächlich bey der Bestimmung des Rechts im Stande der Freyheit eintritt. Andere Grundsätze erlauben keine so allgemeine Anwendung, sondern sind nach Verschiedenheit der Lagen und Umstände bald zu befolgen bald zu verwerfen» *Cfr. Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*. Göttingen, 1785, p. LIII.

⁹⁰ «In den individuellen und fortdauernden Lagen, worin sich Personen, Familien und Staaten in innern und äussern Verhältniss befinden, erhalten die Grundsätze des natürlichen Rechts durch die sogenannte Gewohnheit, und in gebildeten Staaten durch ausdrückliche Gesetze, eine positive Bestimmung». *Cfr. Encyclopädie...., cit.*, p. 20.

configuración del derecho público, la inteligencia y la capacidad de intelección de los juristas es fundamentalmente la que configura el derecho privado⁹¹. Fue relativamente corriente —lo adelanto desde ahora— que un sector de los juristas alemanes relevantes del siglo XIX viera en el derecho público el campo en el que se despliega la fuerza, imponiendo sus reglas organizativas de la sociedad, más o menos arbitrarias, mientras que el derecho privado quedaría como el sector específicamente jurídico, difícilmente variable y, por consiguiente, donde podemos encontrar con mayor facilidad los principios del derecho natural.

Hugo no considera en ningún momento al derecho natural como un ordenamiento paralelo al derecho positivo que, en defecto de éste, rellene sus lagunas. En este sentido, aunque reconoce la existencia de insuficiencias en el derecho positivo, se opone a que se considere al derecho natural como un ordenamiento jurídico complementario o subsidiario⁹². El derecho natural que él intuye⁹³ debe ser aprehendido desde la experiencia, desde esa experiencia jurídica que es esencial en cualquier manejo del derecho positivo⁹⁴.

⁹¹ «Alle positive Recht kommt von Schicksal, dem Zufalle, (der Gottheit, der Vorsehung) her, durch Uebermacht der Stärke (Eroberung) und anerkannte Ueberlegenheit an Einsichten, auf Seiten derer, die einen Satz desselben wollen, verbunden mit Angewöhnung und Consequenz, als Grundlagen der menschlichen Natur. Durch die Macht wird hauptsächlich das öffentliche Recht bestimmt, durch Zutrauen zur Einsicht derer, die sie damit abgeben, das Privatrecht». Cfr. *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Berlín, 1799. 1. Band. Einleitung, § 7.

⁹² «Kein positives Recht kann je ganz vollständig seyn. Die unentschiedenen Fragen werden nach der Analogie desselben positive Recht, wenn dieses nicht gar zu wenig consequenz ist, zum Theil auch wohl nach der Analogie ähnlichen und benechbarer Rechte beantwortet, niemahls aber nach dem blossen sonst genannten Naturrechte, d.h. nach der blossen Metaphysik der Rechtslehre überhaupt, welche schlechterdings bey jedem positiven Rechte dieselbe seyn muss» Cfr. *Lehrbuch...., cit.*, Einleitung, § 9. El lector puede apreciar en este texto la influencia de la malentendida, por parte de Hugo, doctrina kantiana sobre el derecho; una vez que ha configurado como lo ha hecho al *Naturrecht*, es incongruente que lo designe, kantianamente, como *Metaphysik des Rechts*.

⁹³ Las obras de Gustav Hugo no son un modelo de claridad, y se han prestado a interpretaciones muy distintas. L. A. Warnkönig, por ejemplo, entendía que Hugo negó la existencia de cualquier derecho natural, y que su actitud se parecía bastante a la de Bentham. *Vid.* Notax. Tiendo a pensar que la noción de *utilitas* de Hugo era más jurídica que no filosófica o benthamiana: Warnkönig, demasiado imbuido en los campos generales y abstractos de la naciente filosofía del derecho, no captaba estos matices.

⁹⁴ «Ein solcher Naturrecht muss von den Erfahrungssätzen ausgehen, die bey jedem positiven Rechte wesentlich sind». Cfr. *Lehrbuch...., cit.*, § 116.

En este momento, a comienzos del siglo XIX, tan confuso y sincrético, es preciso proceder con cuidado para no confundir la doctrina jurisprudencial del derecho natural con los movimientos ya existentes que abogan por una *Philosophie des positiven Rechts*, o que, por mantener tesis historicistas, pretendían ver una justicia inmanente en cada institución jurídica positiva e histórica. Así, por ejemplo, J. H. Zirkler mantiene que la *Rechtsphilosophie* debe ser abstraída de lo que es positivo, de modo que sea una ciencia de la pura forma o de la lógica (del derecho ⁹⁵, y esta «forma» o esta «lógica» jurídicas han de poseer una naturaleza general y universal ⁹⁶. Es patente que Zirkler no describe lo que se había entendido por derecho natural, sino que es uno de los pioneros de la doctrina de los «principios jurídicos fundamentales» ⁹⁷, que tan amplia fortuna tuvo en el ámbito de la filosofía jurídica anglosajona bajo la forma de la Escuela Analítica del derecho ⁹⁸. Del mismo modo, cuando Paul Johann Anselm Feuerbach nos indica que la filosofía, en el derecho, no es creadora (*schaffend*), sino solamente configuradora (*bildend*), porque se encuentra vinculada a una materia determinada ⁹⁹, parece moverse dentro de una teoría semejante. Por su parte, Warnkönig o Stahl parecen tener fe en una suerte de justicia ínsita en todo tipo de institución existente históricamente.

Un autor especialmente sincrético por romántico, que parecía querer contentar a los seguidores de la filosofía del derecho positivo, y también a los historicistas, y que asume verbalmente algunas tesis del saber prudencial sobre el derecho, fue Julius Schmelzing. Este jurista se enfrenta a la tradición iusnaturalista conocida en el primer tercio

⁹⁵ «Rechtsphilosophie ist abstrahiert von dem, was unsere Wissenschaft Positives hat, eine blosse Wissenschaft der Form oder Logik». Cfr. *Revision der wichtigsten Lehren des Positiven Rechts*. Giessen und Wetzlar, 1807, p. 3.

⁹⁶ «Woher sonst die Zufälligkeit einer jeden rechtlichen Entscheidung neben der Allgemeinheit und Nothwendigkeit, welche der unverletzliche Character des Rechts sind?». Cfr. *Revision...*, cit., p. 8.

⁹⁷ Vid. F. González Vicán, *Estudios de filosofía del derecho*, cit., pp. 66 y ss.

⁹⁸ Sobre la «Analytical School» y sus relaciones con las demás metodologías jurídicas propuestas en el siglo XIX en Inglaterra, Vid. Notax Bryce.

⁹⁹ «Die Philosophie, so ferne sie sich in die Grenzen einer positiven Wissenschaft begibt, ist nicht schaffend, sondern nur bildend. Sie ist da gebunden an einem gegebenen Stoff». Cfr. *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft*. 1810. He usado la edición de Surhkamp, Frankfurt/Main, 1948, p. 27.

del siglo XIX, y se opone, en consecuencia, a la idea de un derecho natural que, por ser el derecho del *status naturae*, fuera anterior a la comunidad política. A él le parece contradictorio pretender que tal derecho habría existido fuera del Estado pero que, ahora, sería parte integrante del derecho del Estado. O bien suponer —como según él hacen la mayoría de los escritores de estos temas— que existiría un derecho para el estado asocial del hombre, y otro derecho para la vida humana en sociedad. Si la fuente de ambos derechos, el natural y el positivo, es la Razón, ¿debe comportarse esta razón contradictoriamente según la refiramos al derecho positivo o al natural? ¹⁰⁰. La tesis que Schmelzing sostiene reiteradamente es que el derecho positivo no está bajo ni sobre el derecho natural, sino que lo positivo debe ser el derecho natural mismo aplicado a cada Estado individual, el intento vivo de realizar la Idea eterna del derecho en la individualidad viviente del Estado ¹⁰¹. En otros momentos parece acercarse a la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales cuando explica que el derecho natural, en su acepción más estricta y elevada, es la consideración filosófica y el tipo de exposición de todas las relaciones jurídicas y de todos los institutos jurídicos, según sus conceptos puros, que están vigentes en el Estado fenoménico ¹⁰². Más adelante, en la página 39, reitera que la ciencia del derecho natural no puede ser considerada como existiendo junto al derecho positivo, sino que

¹⁰⁰ «Man wäre keineswegs in die Nothwendigkeit versetzt worden, das Natur-Recht ausserhalb des Staates zu suchen und es doch öfters wieder auf eine ganz ungereimte und widersprechende Weise als integrierenden Theil der positiven Rechte im concreten Staate habe gelten lassen müssen. Nie wäre man, wir sovieler staats-wissenschaftliche Schriftsteller auf den Gedanken gerathen, das gewisse Rechts-Verhältnisse nur im Natur-Rechte, dass andre dagegen nur in den positiven Rechten, also nur in concreten Staate, im Staate der Erscheinung... Die Quelle dieses sogenannten Natur-Recht ist ja doch die Vernunft. Die Quelle des positiven Rechts aber eben sie; also müsste die Vernunft sich im positiven Gesetze ian Beziehung auf das Natur-Recht contradictorisch ankündigen?». *Cfr. Ueber das Verhältniss des sogenannten Natur-Rechts zum positiven Recht, zur Moral und Politik*. Bamberg und Würzburg, 1813, p. 15.

¹⁰¹ «Das positive Recht steht also nicht unter und nicht über dem Natur-Rechte, sondern Ersters soll das auf den individuellen Staat angewandte Natur-Recht selbst seyn, der lebendige Versuch zur Realisierung de ewigen Rechts-Idee durch die lebendige Individualität der Staaten». *Cfr. Ueber das Verhältniss...*, *cit.*, p. 26.

¹⁰² «Das Natur-Recht kann demnach in seiner eigentliche wahren und höheren Bedeutung nur als: die philosophische Betrachtung- und Darstellung-Weise aller in dem Staate der Erscheinung gültigen Rechts-Verhältnisse und Rechts-Institute nach ihren reinen Begriffen (Grundbegriffen) erklärt werden». *Cfr. Ueber das Verhältniss...*, *cit.*, p. 33.

ha de ser pensada, en cada Estado concreto, como parte integrante de éste; pues en cada legislación positiva residen los principios y las verdades fundamentales y generales, en tanto que declaraciones externas de la razón iusfilosófica¹⁰³. Julius Schmelzing, contradictorio y confuso por no renunciar a ninguna posibilidad, no es exactamente un representante de la jurisprudencia. Sirva su testimonio para saber lo que no estudiamos.

Nicolaeus Falck, posiblemente, junto con Savigny, el jurista alemán más influyente de la primera mitad del siglo XIX alemán, rechazó rotundamente la posibilidad de la existencia de un derecho filosófico que, tal como mantenían los kantianos especialmente, pudiera ser objeto de un conocimiento apriorístico, ya que con esta forma de consideración del derecho no captamos su naturaleza ética y, con ella, el carácter específico del derecho¹⁰⁴. «Pues el derecho solamente llega a su peculiar forma de existencia cuando un poder externo da vida a ciertos principios, un poder al que nosotros llamamos Estado»¹⁰⁵. De estas consideraciones resulta, escribe Falck, que un «estado de naturaleza» inventado arbitrariamente, que debiera haber existido antes de que el hombre viviera políticamente, no puede ser algo ni verdadero ni operativo¹⁰⁶. Si la existencia del derecho sólo es posible en el Estado, explica Falck, el derecho natural, caso de que admitamos su existencia, ha de ser algo distinto a un derecho racional o a una teoría de las relaciones sociales en el «estado de naturaleza» por lo que únicamente puede consistir en

¹⁰³ «Die Natur-Rechts-Wissenschaft in diesem Sinne kann daher nimmer als neben dem positiven Rechte, als solches integrierend, in einem concrete Staate gedacht werden. Denn in jeder positiven Gesetzgebung liegen ja ohnedem die allgemeinen Principien, die allgemeingüttliche Grund-Wahrheiten der Natur-Rechts-Wissenschaft, als veräusserliche Aussprüche der rechtsphilosophierenden Vernunft». *Cfr. Ueber das Verhältniss...*, cit., p. 39.

¹⁰⁴ «Dass Rechtsprinzipien nicht aus der Vernunft abgeleitet werden, oder ein Gegenstand apriorischer Erkenntnis seyn können, geht schon daraus hervor, dass es unmöglich ist, bei solcher Betrachtungsweise über das Gebiet ethischer Begriffe hinaus zu kommen, und den eigenthümliche Character des Rechts zu finden». *Cfr. Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, en «Kieler Blätter» für 1819, Ersten Band, p. 7.

¹⁰⁵ «Denn das Recht kommt erst in seiner eigenthümliche Gestalt hervor, wenn eine äussere Anstalt zur Gewährleistung gewisser Grundsätze gegeben ist-eine Anstalt, die wir Staat nennen». *Cfr. ibidem*.

¹⁰⁶ «Hieraus erhellet zugleich, dass die Betrachtung einer erdichteten Naturzustandes, der dem Leben der Menschen in der Staatsverbindung vorhergegangen seyn soll, weder etwas Wahres noch Brauchbares liefern könne». *Cfr. ibidem*.

un conjunto de normas que son operativas «en el derecho de» un Estado, pero que no han sido creadas por el Estado mismo ¹⁰⁷.

En consecuencia, el derecho natural no puede ser entendido como un ordenamiento jurídico ni anterior al Estado ni paralelo a éste. Falck se plantea largamente el problema de las lagunas en el derecho ¹⁰⁸, y explica que éstas han de ser resueltas, no por el sentimiento de justicia o de equidad del juez, sino por ese conjunto de verdades jurídicas (*Rechtswahrheiten*) que existen necesaria y tácitamente, al margen de la voluntad del legislador, en todo ordenamiento jurídico. Existe, pues, una *allgemeine Rechtslehre* o ciencia jurídica natural, que ha de ser deducida desde las necesidades de la vida, y que ha de volverse inmediatamente hacia la vida práctica ¹⁰⁹. Estos principios jurídicos fundamentales componen la parte inmutable del derecho, según Falck, la parte estrictamente científica, que no está sometida al arbitrio del legislador. Escribe: «Ante todo, el jurista debe estar preocupado por mantener la parte estrictamente científica del derecho fuera del influjo de las leyes, a fin de obtener un margen para un desarrollo del derecho libre y racional. El resultado de esta fundamentación científica es lo Permanente y lo Eterno (*das Bleibende und Ewige*), que se encuentra al margen del cambio histórico; todo lo demás, por el contrario, está sometido al cambio del tiempo, a las opiniones políticas e incluso al simple arbitrio» ¹¹⁰.

En un sentido parecido al de Falck, Gustav Hugo explicará tardíamente, en la edición de su *Manual de 1819*, que el derecho

¹⁰⁷ «Wird das Daseyn des Rechts nur als im Staate möglich gesetzt, so muss das natürliche Recht, falls ein solches anzunehmen ist, etwas Anderes seyn, als ein Vernunftrecht oder als die Theorie der geselligen Verhältnisse in Naturzustande, und es bleibt kein andern Begriff übrig, als der Inbegriff solcher Normen, die zwar in einem Staate practisch sind, aber nicht durch den Staat selber hervorgbracht worden». *Cfr. ibidem*.

¹⁰⁸ *Vid. Allgemeine Betrachtungen...*, *cit.*, pp. 8-12.

¹⁰⁹ «Eine allgemeine Rechtslehre oder natürliche Rechtswissenschaft hingegen muss sich unmittelbar den Rechtsverhältnisse des Lebens zuwenden, und ihre Forschungen nach andern Regein leiten». *Cfr. Allgemeine Betrachtungen...*, *cit.*, p. 15.

¹¹⁰ «Vor allen Dingen soliten die Rechtsgelehrten bemüht seyn, den reinwissenschaftlichen Theil des Rechts von dem Einflusse der Gesetze frei zu erhalten, und für eine freie, rationelle Entwicklung Raum zu gewinnen. Das Resultat dieser wissenschaftlichen Ergründung ist doch allein das Bleibende und Ewige, dasjenige, welches frey sein kann von geschichtliche Einwirkungen; alles Andere dagegen ist dem Wechsel der Zeiten, der politischen Ansichten und oft sogar einer reinen Willkühr unterworfen». *Allgemeine Betrachtungen...*, *cit.*, p. 16.

natural proporciona unas relaciones jurídicas que ningún derecho positivo puede proporcionar por sí solo y, de forma similar a la de los juristas medievales, Hugo mantiene que el derecho natural es contemplado como un derecho positivo general (*ein allgemeines positives Rechts*) que puede ser modificado en determinados extremos, pero nunca en su totalidad ¹¹¹. La singular concisión de Hugo no permite exponer más ampliamente su pensamiento.

Lo peculiar de estos autores, frente a la tradición ilustrada, es que entendían al derecho natural como una parte del derecho positivo que ya existe y que, sin embargo, no debe su validez a unos fundamentos positivos. M. Tonsen se expresa, a este respecto, con bastante precisión. Según este autor, existe la ciencia de un derecho positivo general (*die Wissenschaft eines allgemeinen positiven Privatrechts*), que es la que él propone. Tal ciencia se diferencia del derecho natural (*Naturrecht*), de la *Philosophie des positiven Rechts* o de la ciencia de la legislación (*Gesetzgebungswissenschaft*), en que estas últimas ciencias solamente proponen los criterios a tenor de los cuales un conjunto de reglas debe ser elevado a preceptos ¹¹², y él, en cambio, propone considerar las normas que ya poseen fuerza legal, las que componen el derecho natural, que son aquellas normas que, aunque deben ser consideradas como parte de las reglas que tienen fuerza positiva, no se justifican, sin embargo, por un fundamento jurídico-positivo ¹¹³. Estas normas, prosigue Tonsen,

¹¹¹ «Das Naturrecht sollte juristische Verhältnisse angeben, die um deswillen kein positives Recht angeben kann, weil keine Obrigkeit da ist, und ohne Obrigkeit doch alles nur auf Treu und Glauben, auf Moral, beruht... Das Naturrecht sah man als ein allgemeines positives Recht an, welches von dem weniger allgemeinen zwar abgeändert werden könne, aber nicht immer abgeändert sei». *Cfr. Lehrbuch des Naturrecht*. 4ª edición. Berlín, 1819, § 30.

¹¹² «Die Wissenschaft eines allgemeinen positiven Privatrechts sucht auf eine doktrinale Weise zu begründen und abzuleiten derjenigen Theil des positiven Privatrechts, welcher nicht zum geschriebenen Gesetz und zum Gewohnheitsrecht gerechnet werden kann. Diese Doktrin 1) Unterscheidet sich also von denjenigen Wissenschaften, welche man gewöhnlich unter den Namen von Naturrecht, Philosophie über das positive Recht, und Gesetzgebungswissenschaft begreift— von den beiden letztern, indem nur die Gründe enthalten, warum eine bestimmte Summe von Regeln zu gesetzlichen Vorschriften erhoben werden könne». *Cfr. Grundsätze eines allgemeinen positiven Privat-Rechts*. Kiel, 1828, p. 1.

¹¹³ «hier aber von Normen die Rede seyn wird, sie schon an sich gesetzliche Kraft haben; vom Naturrecht, indem dieses, wenn auch in demselben zum Theil von Regel gehandelt wird, welche für sich positive Gültigkeit haben, dieselben doch nicht durch ein positiv-rechtliches Fundament begründet». *Cfr. ibidem*.

aunque se muestran fácticamente a través de una voluntad legisladora, no necesitan de una declaración expresa o de un acto de publicación para poseer fuerza vinculante ¹¹⁴. Estas normas se diferencian del resto del derecho positivo esencialmente en que las leyes escritas y las costumbres jurídicas varían necesariamente con la cultura de cada pueblo, mientras que éstas, por el contrario, son inmodificables, y, de hecho, rara vez sufren alguna modificación ¹¹⁵.

Con lo expuesto hasta ahora puede apreciarse la existencia de una corriente de juristas, en pleno siglo XIX, que supera tanto las corrientes que postulan el origen arbitrario de todo ordenamiento jurídico, como la concepción trivial y usual del derecho natural que lo contempla como un ordenamiento jurídico inmutable que discurriría paralelo al derecho «positivo». Friedrich Fischer publicó, sobre este tema, en 1837, una de las obras más completas de la primera mitad del siglo XIX, solamente superada por la de Arnold Möhl.

Fischer indicaba que existían, en 1837, dos tendencias fundamentales en la teoría jurídica. Por un lado estaba el derecho racional, *Vernunftrechts*, al que también llama derecho natural racionalista, que se presentaba como un sistema jurídico construido *a priori*, desde la razón pura, y que únicamente consideraba al derecho realmente existente como objeto de su posible crítica, pero en modo alguno como una fuente de conceptos jurídicos ¹¹⁶. En oposición a esta doctrina del

¹¹⁴ «Denn die Doktrin, von der hier behandelt wird, enthält theils solche Normen welche, wenn sie auch in einem legislativen Willen factisch nachzuweisen sind, doch welche eine wörtliche Erklärung noch einen Publikationsact zu ihren verbindlichen Kraft erfordern; wie z.B. die Verpflichtung niemanden ohne rechtlichen Grund in der Disposition über seinen Körper zu stören». *Cfr. Grundsätze..., cit.*, p. 3.

¹¹⁵ «Der hier aufzustellende Theil des positiven Rechts unterscheidet sich daher von den übrigen wesentlich dadurch, dass letztere (das geschriebene Gesetz und Gewohnheiten) sich mit den steigenden und sinkenden Cultur eines Volks, bei einer Veränderung der äusseren und innern Bedürfnisse desselben, nothwendig verändern; bei jenen, dagegen, welcher einem Wesen nach veränderlich ist, nur zufällig und unter bestimmten positiven Bedingungen eine Veränderung statt finden». *Cfr. Grundsätze..., cit.*, p. 6.

¹¹⁶ «Unter Vernunftrecht oder rationalistischen Naturrecht verstehen wir ein Rechtssystem, welches a priori konstruirt, oder rein aus der Vernunft und ihren Ideen heraus abgeleitete und entwickelt seyn will; welches somit das wirkliche und historische Recht und die positiven Rechtsverhältnisse nur als Gegenstand seiner Kritik, auf keinerlei Weise aber als Quelle seiner Rechtsbegriffe ansieht». *Cfr. Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Basel, 1837, p. 11.

derecho natural, la filosofía del derecho positivo situaba al derecho existente históricamente como la única fuente de conceptos jurídicos, por lo que la filosofía jurídica quedaba reducida al análisis y desarrollo de los principios y verdades contenidos en el derecho existente históricamente¹¹⁷, tal como venía proponiendo la *Jurisprudence* inglesa desde Bentham y Austin.

Fischer entiende que el racionalismo (*Rationalismus*) que representó Kant no llegó a sospechar, en su desprecio y minusvaloración del derecho positivo existente¹¹⁸, que existe un derecho natural que se hace vigente en las sociedades humanas con necesidad inconsciente, por sí solo y de forma instintiva, a través de la naturaleza de las cosas, que se muestra mediante la inspiración del legislador¹¹⁹. De hecho, escribe Fischer irónicamente, la humanidad no ha tenido que esperar a que llegaran los iusnaturalistas, y mucho menos a los moralistas, para saber qué es justo. El derecho y la moral son, al mismo tiempo que realidades racionales, productos naturales que proceden del impulso humano puro, adecuado y natural, así como del genio de cada pueblo y de las épocas, de la naturaleza de las relaciones humanas, tal como se nos muestran por sí mismos¹²⁰.

Los ataques de Fischer fueron dirigidos, fundamentalmente, contra la Escuela del derecho natural racionalista, a la que suele llamar *Rationalismus*. Apenas tiene en cuenta o critica a la *Philosophie des*

¹¹⁷ «Im strenge Gegensatze hiermit betrachten die Philosophen des positiven Rechts das historische oder wirkliche gewordene Recht als die einzige Quelle der Rechtsbegriffe, wonach konsequenter Weise die Rechtsphilosophie in einer blossen logische Analyse und Fortentwicklung der dem historischen Rechte zu grunde liegenden Grundsätze und Rechtswahrheiten bestehen müsste». *Cfr. ibidem*.

¹¹⁸ *Vid. op. cit.*, p. 13. Aquí vierte juicios fuertes contra el derecho natural «racionalista» y, más en concreto, contra Kant.

¹¹⁹ «Von einem Naturrechte, das sich in der menschlichen Gesellschaft mit unbewusster Nothwendigkeit geltend gemacht, und die rechtliche Verhältnisse der Menschen, wie von selbst und instinkartig, durch die Natur der Sache, und durch Inspiration des Gesetzgeber, erzeugt hätte, hat der Rationalismus keine Ahnung». *Cfr. Ueber..., cit.*, pp. 13-14.

¹²⁰ «Die Menschheit hat nicht [sic en el original] aus den Naturrechtslehrer gewartet, so wenig als auf den Moralisten, um erst von ihnen zu erfahren, was Recht und Sitte sey, und sich darnach zu achten; sondern Recht und Sitte sind eben so sehr, als sie Vernunftideen sind, auch Naturgewächse, die aus dem reinen, gesetzmässigen und naturnothwendigen Grunde der menschliche Triebe, aus dem Genieus der Völker und Zeitalter, und aus der Natur der menschlichen Verhältnisse, wie sich von selbst ordnen». *Cfr. Ueber.... cit.*, p. 17.

positiven Rechts. Él explica reiteradamente que el derecho natural es tarea de la reflexión (del *Nachdenken*) sobre la Realidad, no el resultado de un pensamiento (*Denken*) pretendidamente puro o *a priori* ¹²¹. La reflexión humana debe versar, pues, sobre el derecho real e históricamente existente, y también sobre el sentimiento de la justicia, pero sobre el sentimiento, *Gefühl*, objetivo, no sobre las ganas o el arbitrio (*die Gelüste, Willkühr*), caprichoso ¹²².

El derecho natural es, pues, una realidad estrictamente jurídica, según Fischer, no una tarea «racional», que se desarrolla y perfecciona según el grado de desarrollo de los pueblos ¹²³. No es admisible un derecho natural general, vigente para todas las épocas y todos los pueblos, que —así entendido— solamente sería un derecho pobre de los comienzos más groseros; al contrario, cada pueblo posee «su» derecho natural, que avanza con el tiempo ¹²⁴. Esta perfectibilidad del derecho natural es una consecuencia del hecho de que no existe una línea fija que delimite definitivamente las fronteras entre la moral y el derecho. Al contrario, con el progreso de la humanidad, esta línea se desvanece cada vez en mayor medida, de modo que la ley jurídica natural acoge en forma creciente contenidos morales, que elevan a la humanidad a alturas superiores ¹²⁵.

Arnold Möhl representa un pensamiento parecido al de Fischer, aunque, quizá sin tanta fe en el progreso moral de la humanidad. Este autor indica que el derecho natural no puede consistir en un sistema

¹²¹ En la p. 23 de *op. cit.* hace una crítica a Hegel porque, tras reconocer la necesidad de lo que es en y por sí (*an und für sich*) verdadero, hace regresar el derecho a las inseguras regiones del pensamiento, con lo que concibe al derecho natural —sinónimo en Fischer del derecho justo— como una tarea del pensamiento, y no de la reflexión sobre la necesidad del derecho: «nicht durch blosses Nachdenken über seine naturnothwendigen Erscheinungen begründen wollte».

¹²² «Leider ist mit der Berufung auf das Gefühl auch in der Rechtsphilosophie viel Unfug getrieben worden, indem, statt strenger Beobachtung und Analyse des allgemeinmenschlichen Rechtsgefühles, subjektives Gelüsten und willkürliche Meinung ist geltend gemacht worden». *Cfr. Ueber...*, *cit.*, p. 35.

¹²³ *Vid.* la p. 27 de *op. cit.*, en donde comienza a tratar de la «Perfektibilität des Naturrechts».

¹²⁴ «und es gibt ebenso kein allgemeines, für allen Zeiten und Völker geltendes Naturrecht, welches nur ein armseliges Unrecht des rohesten Anfangs seyn könnte. Jedes Volk hat sein Naturrecht, das wieder mit der Zeit fortschreitet». *Cfr. Ueber...*, *cit.*, p. 69.

¹²⁵ «Verhältniss des Naturrechts zur Moral: dass diese Gränzlinie keine Feste ist, sondern mit dem Fortschritt der Menschheit sich nach und nach verschiebt. Denn das ist eben die Aufgabe des sittlichen Fortschritts des Menschengeschlechts, dass das Sittengesetz nach und nach wieder zum Naturgesetze, dass die Menschheit zur anderen höheren Natur werde». *Cfr. Ueber...*, *cit.*, p. 66.

jurídico-filosófico, que ordenara y dedujera todas las instituciones jurídicas según un criterio sistemático. No pueden existir unas pandectas iusnaturalistas que acudieran en auxilio del derecho positivo cuando éste no pudiera resolver un problema ¹²⁶. *Recht ist ein sittlicher Begriff*: el derecho es un concepto moral, establece Möhl programáticamente. Como realidad moral que es, no puede ser separado de la moral en general, pues la misión de la vida del hombre, en su conjunto, es vivir de acuerdo con la ley moral. El origen de esta ley, de la que el derecho es una parte, no es un invento de los hombres, sino que le es dado a éstos. Porque el derecho, como ha explicado Göschel, tiene un origen religioso ¹²⁷. Möhl alude de vez en cuando a una idea del derecho, a que se encaminaría o debería dirigirse a todo el derecho históricamente existente; un resultado de este tender continuo hacia la justicia, es que todo derecho histórico es incompleto, imperfecto. La filosofía del derecho positivo, que ha desarrollado Hugo, es un auxiliar valioso del derecho natural, pues permite disponer de criterios —basados en la utilidad— para mejorar el derecho existente ¹²⁸.

¹²⁶ «Das Naturrecht kann und soll nicht ein philosophisches Rechtssystem aufstellen, in welchem alle unter den Menschen vorkommenden Verhältnisse und Anstalten von einem philosophischen Gesichtspunkte aus systematisch angeordnet und deducirt werden; es soll eben so wenig eine Art von naturrechtlichen Pandekten sein, aus welchem die in einem positiven Rechte nicht entscheidenen Fälle in subsidium entscheidenen werden könnten, es soll blos die höchsten Idee des Rechts, welche aller positiven Gesetzgebung zur Basis dienen, entwickelt». *Cfr. Ueber das Naturrecht*. Mannheim, 1841, p. 26.

¹²⁷ «Recht ist ein sittlicher Begriff und kann von der Moral nicht getrennt werden. Dem moralische Gesetze gemäss zu leben ist die Pflicht des Menschen, ihm Ansehen und Bedeutung zu verschaffen ist Pflicht der menschliche Gesellschaft, ist ihre Aufgabe, ihr Zweck. Der Ursprung dieses Gesetzes, das Recht also, kommt nicht von den Menschen, es ist ihnen gegeben, und darnach ihre Handlungen, ihre Verhältnisse zu ordnen. Das Recht ist, wie Göschel sagt, nicht von den Menschen gekommen, es ist zu ihnen gekommen. Das Recht hat daher eine religises Ursprung». *Cfr. Ueber das Naturrecht, cit.*, p. 32.

¹²⁸ «Die Philosophie des Rechts, wie dieselbe zuerst Hugo bearbeitet hat, ist nämlich die Prüfung, die Kritik der in den positiven Rechte vorkommenden Instituten und Anordnungen, inwiefern dieselben die höchste Idee des Rechts gemäss sind oder nicht gemäss sind. Das unvermeidliche Resultat dieser Prüfung wird hier freilich sein, bei der Unvollkommenheit alles Menschlichen, auch in positiven Rechte die Anwendung und Durchführung der höchsten Idee des Rechts nur unvollkommen ist, dass sich gegen Alles viel einwenden lässt, dass fast nichts den höchsten Ideen des Rechts ganz gemäss ist, dass fast Alles nur provisorisch, nicht preemtorisch rechtlich ist, dass Alles nur Stückwerk ist, dass es aber noch um Vieles schlechter sein würde ohne positives Recht, dass ohne dasselbe von Realisirung der höchsten Idee des Rechts gar keine Rede sein könnte. Die Philosophie des positiven Rechts wird zum Resultate haben mit den Positiven zu versöhnen, und wir den Nutzen haben, die beste Anleitung zur Verbesserung des bestehenden Rechts zu geben, hauptsächlich durch den höhern Blick auf das positive Recht überhaupt, den sie uns verschafft. Die Prüfung aber und Kritik des positiven

Las teorías usuales sobre el derecho natural que partían desde el *status naturae* no sirven para explicar la realidad jurídica porque solamente en la sociedad se realiza la vida del hombre y, con ella, su libertad, su dignidad, su propiedad, y en ella es donde la fuerza humana, que tiende hacia su desarrollo, es un derecho que es admitido y que debe ser afirmado. En consecuencia, no podemos hablar de derecho antes de la existencia de la sociedad humana, y los llamados «derechos fundamentales» (*Urrechte*) no existen; tales *Urrechte*, como se les suele llamar, no son otra cosa que las condiciones necesarias del existir físico y moral del hombre, de las que él dispone en sociedad, sin las cuales no puede el hombre ser pensado como hombre¹²⁹. Existen, pues, unos principios que son el fundamento de todo derecho posible. Por este motivo, las leyes positivas no pueden ser consideradas como la fuente única del derecho: el derecho existe antes que las leyes, y sólo a través de éstas es convertido en reglas¹³⁰. Por esta razón, un código es como una gramática, pues del mismo modo que la gramática presupone una lengua, así la ley presupone el derecho¹³¹.

Möhl también distingue dos elementos en el derecho, uno permanente y eterno, y otro cambiante, aquél de naturaleza moral, éste de índole política. El primero, afirma Möhl, igual que Conan, es eterno e inmodificable, y el otro es variable, pues moral y política, que son los componentes de todo derecho positivo, se comportan entre sí como fin y medio. El componente moral del derecho existe

Rechts setzt immer jedoch das Allgemeine voraus, welches nothwendig dabei zum Grunde liegen muss und dieses Allgemeine eben ist das Naturrecht». *Cfr. Ueber das Naturrecht, cit.*, pp. 27-30.

¹²⁹ «Mit dem Naturrechte wesentlich verbunden ist aber die Philosophie des positiven Rechts. Diese verhält sich zu dem Naturrecht, wie sich der besondere Theil zu allgemeinen Theil verhält». *Notax.*

¹³⁰ «Erst durch in der Gesellschaft wird die Thatsache des Lebens, der Freiheit, der menschliche Würde, des Besitzes ein Recht, wird die Macht und das Vermögen des Menschen zur Aeusserung und Entwicklung seiner physischen, moralischen und intellectuellen Kräfte ein Recht, welches anerkannt und behaupten werden soll und muss. Vor aller menschlicher Gesellschaft kann daher von keines Rechten, es kann nicht von sogenannten Urrechte gesprochen werden. Was man Urrechte nennt, sind nichts als die Bedingungen des physischen und moralischen Daseins des Menschen, mit welchen er in der Gesellschaft dasteht, ohne welche das Mensch als Mensch nicht gedacht werden kann». *Cfr. Ueber das Naturrecht, cit.*, p. 41.

¹³¹ «Die Gesetze können aber das Recht nicht machen. Das Recht ist vor den Gesetzen bereits vorhanden und wird nur durch sie in Regeln gebracht». *Cfr. Ueber das Naturrecht, cit.*, p. 48.

independientemente del consenso de los hombres, mientras que la dimensión política del mismo está sometida a lo que los hombres acuerden, y varía según los pueblos y los tiempos, de modo que se puede decir, con Aristóteles, que constituye la medida para todo aquello que no es igual ¹³².

En oposición a las doctrinas iusnaturalistas, especialmente a la kantiana, este jurista nos explica que el derecho subjetivo, entendido como una facultad que el hombre posee para hacer u omitir, se corresponde, ciertamente, con una obligación por parte de los otros hombres. Pero no se trata, como mantenía Kant, de la obligación que corresponde a los demás de respetar esa libertad en el sujeto actuante, sino de una obligación previa a la facultad, que es la que la legitima, de modo que, donde no existe obligación, no se puede hablar de derecho: ése es solamente el campo de la fuerza ¹³³. Esto implica que la obligación o la dimensión normativa, le adviene al derecho desde la moral. Frente al derecho natural anterior, que distinguía entre obligaciones perfectas (las jurídicas) y las imperfectas, que serían las morales, Möhl establece que *an und für sich* todas las obligaciones son obligaciones perfectas: si una obligación no es «perfecta», el hombre no tendría ningún deber de obedecerla ¹³⁴. Todos los intentos de distinguir derecho y moral deduciéndolos de principios

¹³² «Ein Gesetzbuch ist gerade wie eine Grammatik; so wie diese die Sprache voraussetzt, so jenes das Recht». *Ueber das Naturrecht, cit.*, p. 48.

¹³³ «Bei allen positiven Gesetzgebung muss übrigens ein beharrliches und ein bewegliches Element unterscheidet werden, jenes ist das moralisch, dieses das politische. Das erstere ist ewig und unveränderlich, das letztere wandelbar und veränderlich, denn Moral und Politik, welche die Bestandtheile eines jeden positiven Rechts sind, verhalten sich wie Zweck und Mittel. Der moralische Bestandtheil des Rechts besteht unabhängig von der Uebereinkunft der Menschen, hingegen der politische Bestandtheil des Rechts beruht auf der Uebereinkunft der Menschen und ist nach Verschiedenheit der Zeiten und Völker verschieden und man kan denselben, um mit Aristoteles zu reden, wie die Maase betrachten, welche auch nicht allenthalben gleich sind». *Cfr. Ueber das Naturrecht, cit.*, p. 72. Como puede apreciarse repite, casi con el mismo tenor, las ideas que ya encontramos en Conan, Tholosanus y Hugo de Roy.

¹³⁴ «Recht im subjectiven Sinne, als das dem Menschen seiner Natur und seinen Verhältnisse nach Zukommende, als die Befugniss des Thuns und Lassens, als die Freiheit des Handelns und Nichthandelns, kann von einer gegenüberstehenden Obliegenheit, einer correspondirenden Pflicht in Andern nicht getrennt werden. Recht und Pflicht bedingen sich gegenseitig». *Cfr. Ueber das Naturrecht, cit.*, p. 39.

supremos distintos, han estado condenados al fracaso, como ya demostró Flatt, pues toda obligación tiene fuerza vinculante (es una *Zwangspflicht*), y todo derecho es un derecho vinculante y coactivo¹³⁵. Por tanto, moral y derecho poseen una fuente unitaria, que es la noción de obligación o deber, y corresponde al Estado establecer, de acuerdo con su finalidad específica, qué obligación (moral) debe ser elevada al plano jurídico¹³⁶. La legislación jurídica, explica Möhl, toma sus contenidos desde la moral, y esto nos hace ver que derecho y moral no tienen como contenidos distintas obligaciones, sino las mismas. Sucede que el Estado dota a algunas obligaciones de coercibilidad, y de aquí surge la diferencia entre obligaciones jurídicas (*Rechtspflichten*) y obligaciones morales (*Liebespflichten*)¹³⁷.

La fuente y el tronco unitario del derecho y de la moral, la unidad original de la *obligatio*, ha sido una constante de la jurisprudencia occidental durante muchos siglos. Haber comprendido, como hizo Möhl en solitario, en medio de una época que no le era propicia, que no puede existir una facultad sin derecho, derecho sin deber previo, es un mérito singular.

8. ¿QUÉ HA SUCEDIDO?

Hemos tenido una reflexión sobre el derecho que ha recogido las necesidades históricas como parte del derecho natural. Además, esta reflexión ha sido la más extensa, geográfica y cronológicamente. Es procedente interrogarnos sobre el transcurso de nuestra historia del

¹³⁵ «An und für sich nämlich sind alle Pflichten vollkommene Pflichten, der Mensch soll aber seine Pflichten erfüllen, es giebt hier keinen Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Pflichten. Da nun jeder Pflicht ein Recht gegenübersteht, so giebt es auch an und für sich keinen Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Rechte. An und für sich giebt es nur grössere oder geringere, wichtigere oder minder wichtige Pflichten und Rechte, sie sind nur dem Grade, nicht dem Wesen nach unterscheiden». *Cfr. Ueber das Naturrecht, cit.*, p. 51.

¹³⁶ «Alle Versuche, den Unterschied zwischen Rechten und Pflichten aus einem obersten Grundsätze zu deducieren, sind verunglückt, wie dies Flatt überzeugend nachgewiesen hat. Jede Pflicht sollte eigentlich eine Zwangspflicht, jedes Recht ein Zwangsrecht sein». *Cfr. ibidem*.

¹³⁷ «Es ist daher die Aufgabe des Staats, gemäss seinem Zwecke, welcher in der Beförderung der sittlichen Vollkommenheit besteht, diejenigen Pflichten zu Zwangspflichten zu machen, welche zur Erreichung dieses Zweckes wesentlich nothwendig, oder doch sehr fördern sind». *Cfr. ibidem*.

pensamiento, para conocer los factores que han determinado la pérdida de esta mentalidad, de modo que la Edad Contemporánea ha entendido que sólo puede existir un derecho natural inmutable porque está fundamentado en la naturaleza de las cosas, o un derecho positivo que puede acoger en su seno cualquier contenido sin perder por ello su carácter jurídico.

La época que transcurre del siglo XII al siglo XVI es de predominio del *Jus Commune*. Sin duda, Tomás de Aquino fue su mejor teórico (aunque él no fue jurista), y corresponde a los historiadores actuales rescatar la explicación íntegra de Aquino sobre el derecho, que ha quedado detenida en el estudio del triple escalonamiento de leyes (Ley Eterna, Ley Natural, Leyes humano-positivas) y en la noción de la Ley natural como una *participatio* de la razón humana en la Ley Eterna de Dios. Todo esto es cierto, pero es incompleto, y no basta con releer los tratados de la prudencia y de la justicia contenidos en la II-II de la *Suma Teológica*: también en el tratado de las leyes que expone la I-II de esta obra aparecen bastantes declaraciones que no pueden ser asimiladas si el estudioso comienza usando exclusivamente como hipótesis hermenéutica de estos textos el escalonamiento aludido de las leyes y la participación humana en la razón divina. Otros teóricos relevantes de la forma de trabajar el *Jus Commune* han quedado aludidos: Bellapertica, Oldendorp, Conan, Tholosanus, etcétera. Sus explicaciones fueron menos extensas, ordenadas y profundas que las de Tomás de Aquino, pero no menos claras.

Durante siglos han convivido dos tipos de escuelas en Europa: las que culminaban sus estudios en las asignaturas propias de la teología de entonces, a cuyos saberes llamamos genérica e imprecisamente «escolásticos», y las escuelas de derecho, muy alejadas de aquellas otras. La enemistad gremial fue continua durante varios siglos, y el Papa Honorio III prohibió que los clérigos estudiaran en las escuelas de derecho. Crearon dos tipos de saberes distintos, el escolástico representando ante todo la *subtilitas*, y el jurídico la rudeza. Durante mucho tiempo, el único autor dedicado a la filosofía y a la teología que se interesó por el derecho, fue Tomás de Aquino. Por el contrario, Duns Escoto despreció el trabajo de los juristas. Pero sucede que, a

partir del siglo XV, los escolásticos se interesaron por los fundamentos del derecho: solamente por los fundamentos y nociones primeras, porque ellos despreciaban el trabajo minucioso y detallista de los juristas, siempre analizando problemas concretos a las luces del *Corpus Juris* y de los comentarios y glosas de otros juristas. Juan de Gerson y Conrado de Summerhart, sobre las trazas de la filosofía escotista, negaron la capacidad del hombre para penetrar en la naturaleza de las relaciones sociales (con lo que atacaron decisivamente la validez del saber jurídico romanista), y entendieron que el derecho se manifiesta ante todo como una *potentia seu facultas* sobre la propia persona y los propios actos.

Ya solamente faltaba aplicar esta nueva mentalidad a la entraña del estudio jurídico. El proceso por el que esta nueva forma de razonar sobre las libertades de la persona entró en la ciencia jurídica, aunque brusco, fue lento. Los humanistas atacaron la *Jurisprudencia* existente, a la que vieron como un *ars iniquitatis*, y propusieron lo que los historiadores alemanes llaman una nueva «idea del derecho», basada ante todo en la «equidad natural». Al rechazar las exigencias de las objetividades socialmente vigentes, sólo quedaba la persona humana, la *persona ut persona*, que se oponía a la noción entonces tradicional de persona jurídica, que ante todo mentaba unas exigencias iguales para todos los incluidos en la misma situación: así, frente a la heteronomía que acarreaba toda objetividad, opusieron la autonomía de una persona que es libre para disponer sobre su propio cuerpo y sus propios actos. El primer jurista que abordó esta empresa fue Fernando Vázquez de Menchaca, en sus *Controversias ilustres* (1664), un libro que se anticipó en casi un siglo a su época. Pero lo que no hicieron los juristas, o lo hicieron a medias, lo consumaron los teólogos, porque en España hubo un reverdecimiento de los estudios escolásticos en el siglo XVI que dio lugar a lo que llamamos II Escolástica, o Escolástica Tardía Española. Lo inició Francisco de Vitoria a comienzos de siglo, y lo afianzó Domingo de Soto. Estos dos teólogos (que se decían tomistas) fueron más o menos fieles al espíritu tomista y medieval. Tras la generación intermedia compuesta por Medina, Cano, Lugo, Báñez, Salón y Aragón, llegó la última generación de escolásticos, integrada por jesuitas: Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco

Suárez. Del mismo modo que los anteriores, también estos últimos se proclaman tomistas, cosa más patente en ellos porque los Estatutos de la Compañía de Jesús imponían a sus miembros la obligación de seguir la filosofía de Santo Tomás. Pero estos teólogos españoles no tanto discuten con Tomás como con Escoto, Gerson y Conrado: un juicio que hay que matizar mediante un estudio más individualizado. Pero podemos afirmar que así como los primeros de aquellos teólogos tendieron a ser tomistas, los últimos tenían al tomismo por una filosofía superada. Y la escena escolar se llenó, de manos de Luis de Molina y Francisco Suárez, de inmutables naturalezas de las cosas y de derechos naturales de libertad. Puede parecer contradictoria la afirmación simultánea de ambas realidades: tan contradictoria como cierta.

Pero el avance del siglo XVI fue avance en doctrinas que postulaban que la bondad o maldad de las conductas surge *ex objecto*, esto es, que las acciones son buenas o malas en sí mismas al margen de las circunstancias: una tesis muy ajena a la enseñanza tomista, que solamente tomaba el criterio *ex objecto* como uno más entre otros. Gabriel Vázquez de Belmonte pasó a la historia por este objetivismo extremo que incluso postulaba que el «deber ser» nacía desde el «ser», de modo que desde la maldad de una conducta brotaba sin más su prohibición¹³⁸. Era el triunfo del criterio *formaliter*, que atendía a las cosas en sí y por sí mismas, que lo reconocemos igual en Vázquez de Belmonte que en Herbert de Cherbury y, poco después, en Hugo Grocio. Es el mismo criterio que seguía Luis de Molina, quizá el más jurista de este grupo de teólogos, que merece una mención especial.

8.1. Luis de Molina

Molina ha pasado a la historia más por sus aportaciones teológicas que no jurídicas. Influyó mucho en la teología católica del siglo XVII, como reconocemos en los ataques de Pascal contra los jesuitas, normalmente llamados por él «molínistas». Luis de Molina

¹³⁸ Vid. J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., pp. 232-235.

entiende que si la obligación nace «de la naturaleza del objeto» (*oritur a natura rei*, como sucede con la ayuda al que está en extrema necesidad, o con la prohibición de mentir, robar o adulterar) entonces pertenece al derecho natural; si la obligación no nace de la naturaleza de la cosa, sino de la voluntad del que ordena, entonces corresponde al derecho positivo humano. Igual que Gabriel Vázquez, él entiende que la naturaleza de la cosa es normativa por sí, de forma que la orden o prohibición se sigue sin más desde la índole de la conducta ¹³⁹. Entiende, además, que desde las naturalezas de las cosas surgen capacidades de hacer para cada persona, como son las de usar las cosas propias, comer el alimento de uno, vestir el propio vestido, etc. ¹⁴⁰. Así, desde las objetividades de las naturalezas de las cosas se derivan derechos naturales subjetivos para cada persona.

Pero la noción de derecho subjetivo que Molina usa más frecuentemente apenas se relaciona con las naturalezas de las cosas. Da a entender que la manifestación primera del derecho es el derecho subjetivo porque, aparte de su insistencia en las «*facultates*», escribe expresamente:

«No veo el modo cómo pueda ser definido más cómodamente el derecho en esta acepción, que si dijéramos que es la facultad de hacer, de obtener o de insistir, o de comportarse de cualquier otro modo que, si fuera impedida sin legítima causa, se haría injuria al que la posee» ¹⁴¹. Del contexto se desprende que no se limita a analizar una de las varias manifestaciones de la vida jurídica, sino

¹³⁹ «Regula ergo generalis ad dignoscendum, num aliquid ad jus naturale, an ad positivum pertineat, haec est. Si obligatio oritur a natura rei, quae praecipitur aut prohibetur, quia Videlicet in se est necessaria, ut fiat, ut est subvenire extreme indigenti, vel quia in se est illicita, et mala, ut furari, adulterari, mentiri, tunc praecipio pertinet ad jus naturale; si verior obligatio non oritur a natura rei quae praecipitur aut prohibetur, sed a praeepto et voluntate prohibentis... pertinet ad jus positivum». *Cfr. De justitia et jure opera omnia*. Venetiis, 1614, Tractatus Primus, Disputatio 4.

¹⁴⁰ «Facultas, quod ex natura rei habet uniusquisque, ad utendum rebus suis, ut ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem... est jus de quo modo loquimur». *Cfr. de justitia...*, cit., *De justitia...*, cit., Secundus, Disputatio 1.

¹⁴¹ «Nec Video posse jus in ea acceptione aliter commodius deffinire, qua si dicamus; Est facultas aliquid faciendi, sive obtinendi, aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui sine legitima causa, contraveniatur, injuria sit eam habendi». *De justitia...*, cit., Tractatus Secundus, Disputatio 1.

la fundamental, que debe ser entendida sobre el patrón del derecho real de propiedad: «La facultad de uno para insistir y persistir en la posesión de sus cosas es el *jus* del que tratamos»¹⁴². Porque el derecho en general no es otra cosa que la facultad a una cosa, como si decimos que los caballos tienen derecho al pasto, las estrellas a iluminar, los distintos elementos a subsistir en sus lugares¹⁴³. El derecho es algo que nos es debido, de lo que somos dueños, al modo de los *jura in re*¹⁴⁴. Y este *dominium* no es entendido con restricciones, sino *simpliciter*, como el que tiene un señor sobre las cosas que son suyas¹⁴⁵.

Con él echa a andar, de forma aún poco precisa, la doctrina de los derechos subjetivos naturales individuales. Trata este tema extensamente en la *disputatio* 1 del *Tractatus* II del *De justitia et iure*, en donde se propone examinar una nueva noción del derecho. Esta noción nueva la forman las facultades que posee cada ser humano para actuar de acuerdo con la naturaleza de cada conducta o relación, como es el derecho a comer la propia comida, a vestir el propio vestido, a pasear cada uno por su casa o por la calle¹⁴⁶. Éstas son facultades que nacen desde la naturaleza de la cosa *ex natura rei*. Presentando así el tema, podría pensarse que quiere aludir a las competencias que brotan desde las exigencias objetivas de cada conducta: no es así, porque todos los ejemplos que proporciona se refieren muy directamente al uso inmotivado del propio arbitrio, que presenta como una facultad que surge «desde las cosas

¹⁴² «Item facultas uniusquisque insistendi, aut persistendi possessione rerum suarum, est jus, quo nunc tractamus». *Cfr. ibidem*.

¹⁴³ «Jus non aliud esse quam facultatem quamcumque ad rem quamvis, dominiumque cum jure recurrere, esseque non solum in bestiis, ut in equo ad pastum sumendum, sed etiam in rebus cognitione carentibus, ut in astris ad illuminandum, in elementis ad consistendum in suis propriis locis, etc». *De justitia...*, *cit.*, *Tractatus Secundus*, *Disputatio* 3, col. 33.

¹⁴⁴ «Quia vero nihil magis nobis est devinctum, quam id, cujus sumus domini, jura, quae circa res quarum sumus domini habemus, earumdem rerum comparatione, in primis ac praecipue appellantur jura in re». *Cfr. De justitia...*, *cit.*, *Tractatus II*, *Disputatio* 2.

¹⁴⁵ «dominus enim est, quid habet aliquid suum simpliciter». *Cfr. De justitia...*, *cit.*, *Tractatus II*, *Disputatio* 3.

¹⁴⁶ «Facultas, quae ex natura rei habet uniuscuiusque, ad utendum rebus suis, ut ad comedendum proprium cibum, ad induendam propriam vestem, ad decerpenda ex arboribus suis poma, ad ambulandum in propria domo, aut in via publica, est jus de quo modo loquitur». *Cfr. De justitia...*, *loc. cit.*

mismas». «Del mismo modo, la facultad que tiene cada uno para insistir y persistir en la posesión de las cosas que son suyas, es el derecho del que hablamos... Igualmente, la facultad de que dispone cualquiera, *ex natura rei*, para recibir gratis algo que procede de la liberalidad de otra persona, es el derecho del que estamos hablando»¹⁴⁷. Realmente, al filo de los ejemplos que él proporciona abundantemente, parece que la «naturaleza de la cosa» de la que habla no es sino la voluntad libre o el arbitrio de cada cual.

Él considera que todos estos casos constituyen un derecho, *jus*, porque los considera ante todo desde el punto de vista de la injusticia que produciría su impedimento: ¿puede alguien impedir a otra persona que use legítimamente las cosas que son suyas? Introduce el adjetivo *legitimus*, pero en un contexto diferente al romano: porque en la ciencia jurídica romanista, *legitimus* es lo adecuado a la ley, y Molina usa este término para referirse a todo impedimento de la propia voluntad no suficientemente justificado. Porque él reitera, insistentemente, que todos nosotros tenemos ese derecho «del que hablamos» cuando alguien, que sin legítima causa nos impidiera su ejercicio, nos cause una «injuria»¹⁴⁸. Porque resulta evidente que quien nos impida comer lo que es nuestro, o vestir nuestro vestido, o pasear por la calle, sin haber causa suficiente para ello, está cometiendo una injuria contra nosotros. Porque lo que es derecho, *jus*, se mide ante todo desde lo que es *iniuria*, ya que el derecho y la injuria poseen la misma razón de ser, la misma *ratio*¹⁴⁹. El derecho vendría constituido por aquel conjunto de facultades que posee cada persona que no le pueden ser prohibidas sin incurrir en arbitrariedad.

Se percata de que está proponiendo más unas *qualitates personales* que no unas relaciones jurídicas mensurables por la ciencia del derecho. Porque la ciencia jurídica trabaja sobre relaciones

¹⁴⁷ Cfr. *ibidem*.

¹⁴⁸ «Item facultas uniuscuiusque insistendi, aut persistendi in propria possessione rerum suarum, est jus, quod nunc tractamus: quoniam si sine legitima causa illi contraveniatur, per expulsionem illi a possessione, infertur eidem injuria». Cfr. *ibidem*.

¹⁴⁹ «Jus quippe, ut dictum est, est quasi mensura iniuriarum, in eoque ratio iniuriarum est posita, quod sine legitima causa contraveniatur juri quod quis habet». Cfr. *ibidem*.

realmente medibles, y las cualidades personales son iguales para todas las personas. Aborda muy modestamente este problema declarando que si se contraviene una facultad de alguien porque existe causa legítima, esta facultad, considerada en sí (*in se spectata*), no desaparece. En el ejemplo clásico del depósito de armas que hace una persona que después enloquece, la no devolución de ese depósito no destruye la facultad que tiene esa persona: *ei non reddatur, nec proinde facultati, quam alioquin ad id habet, illa de causa contraveniatur, nec tollit facultatem in se spectata esse jus illius nec fit iniuria*¹⁵⁰. Y no prosigue esta argumentación.

Es consciente de que está argumentando sobre supuestos que no considera el *Corpus Juris*, y si la justicia siempre ha sido considerada como dar a cada uno lo que es suyo, ahora, cuando «lo suyo» no se refiere a otra persona, sino ante todo a la facultad jurídica que tiene cada cual para hacer lo que quiera con su arbitrio, ¿cómo seguir hablando de justicia? Él mismo explica que si alguien come la comida que es de su propiedad, todos sabemos que tiene derecho a ése uso: pero no es un acto de justicia, porque ese acto no se refiere a otra persona. No siempre el que ejerce un derecho hace un acto de justicia. Sin embargo, como si alguien sin causa legítima le impidiera eso le causaría una injusticia, hay que decir que siempre que se causa una injusticia (como impedir que alguien coma su comida o vista su vestido), se supone la existencia de un derecho; entonces decimos que una persona usa de su derecho, pero no que ejerza un acto de justicia, porque la justicia se relaciona con otra persona, y este tipo de actos no consideran a los demás¹⁵¹.

En su línea innovadora, disuelve el cálculo jurídico en la comprobación del título por el que se posee un *dominium*, de modo que si alguien quiere mostrar un título jurídico ha de exhibir el «título»

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ «Secundum est. Non semper eum, qui exequitur id, ad quod habet jus, exercere actum justitiae; tamen si is, qui sine legitima causa contravenit jus alterius, semper, ut dictum est, in injustitiam incidat, v. g. qui vescitur cibo suo, induitque proinde uti jure suo: non tunc exercet actum justitiae: eo quod justitia sit ad alterum, is vero eiusmodi actibus nequaquam alterum respiciat». *Cfr. ibidem*.

por el que dice poseer ese derecho o *dominium*. Ningún jurista hubiera discutido esta tesis, pero la novedad de Molina reside en que la presenta como la raíz y origen de todo derecho¹⁵², y eso no lo hubiera hecho un jurista, que hubiera expuesto una doctrina mucho más amplia de la *causa juris*. Pero el tema de la causa jurídica parece no preocuparle cuando trata del derecho positivo humano, porque su tendencia es atribuir toda institución o solución racional a la Ley natural, y dejar para el derecho positivo las regulaciones discrecionales sobre temas indiferentes moralmente. En modo alguno ve en la sociedad humana una recreación histórica de la obra de la creación en la que el hombre coopera con Dios: más bien contempla un mundo humano que nada tiene que ver directamente con la realidad sobrenatural, que por esto mismo no se mueve por racionalidades sino por órdenes de los superiores, porque él entiende que ambos órdenes (el natural y el sobrenatural) tienen su propia legalidad¹⁵³. Si la actuación humana está perfecta en sí y se desenvuelve en consecuencia al margen de la potencia divina, fueron comprensibles las imprecaciones de Pascal contra los «molinistas».

El siglo XVI asiste a varios hechos decisivos. Uno, el avance de las ideas monárquicas, de forma que, como indica John Neville Figgis, *From 1500 the tendency of advancing civilization is a tendency towards pure monarchy*¹⁵⁴ y desaparece así el «estado de derecho» típicamente medieval. Los tratados sobre la justicia y el derecho ceden el paso a los que tratan de las leyes, como reclama un poder que tiende a ser único y hegemónico. Otro, el de la intolerancia religiosa, porque la religión tiende cada vez más a ocupar todos los ámbitos de la vida, y el espíritu elástico del hombre medieval se

¹⁵² «Explicatio iure et dominio, dicendum est breviter quid nomine tituli juris, et domini intelligatur. Radicem igitur ac originem, unde dominium, aut jus quodvis oritur, appellant jurisperiti titulum domini aut juris... Legitima electio alicujus in cathedram, episcopatum, aut beneficium, esse quippiam horum legitime collatum alicui, est titulus domini, aus juris cathedra, episcopatus aut alterius beneficii. Dixi, eam rationem fundandi, quae est velut radix et origo». *De justitia...*, *cit.*, Tractatus Secundus, Disputatio 4, col. 39.

¹⁵³ «Potestas duplex est. Laica videlicet, et Ecclesiastica. Quo loco animadvertendum est, esto homo conditus non esset in finem supernaturalem per media supernaturalia comparandum, sed solum finem naturalem, adhuc tunc distingui ejusmodi duplex potestas». *Cfr. De justitia...*, *cit.*, Tractatus Secundus, Disputatio 21, col. 96.

¹⁵⁴ *Studies on Political Thought. From Gerson to Grotius*. Cambridge University Press, 1956, p. 46.

desvanece ante la coherencia llevada hasta sus últimas consecuencias¹⁵⁵. En contradicción con estos hechos está el innegable afianzamiento de las ideas romanistas sobre la libertad natural del hombre en el *status naturae*, que ya estaban recibiendo un cauce conceptual a través de los discípulos de Duns Escoto, omnipresentes en los escolásticos españoles de este tiempo. Cabe preguntarse qué función cumplía el *objetivismo* ético que observamos en Gabriel Vázquez y Luis de Molina que se introduce de lleno en el siglo XVII de la mano de Francisco Suárez. Todo parece indicar, sin que podamos afirmar nada rotundamente, que estos últimos escolásticos quisieron establecer un terreno de disputas neutral, en el que los derechos del hombre quedaran asegurados por la objetividad de las normas morales y del derecho natural. Suárez, al mismo tiempo que habla de la libertad natural del hombre como una *quasi qualitas moralis*, crea la figura del derecho subjetivo natural (el *ius utile naturale*) que provendría de una intersección de la norma objetiva con la titularidad de las personas concretas.

8.2. Francisco Suárez

Francisco Suárez, cuya obra llena los primeros quince años del siglo XVII, pasa por ser el teólogo que corona los esfuerzos de la Escolástica Española Tardía que arranca de Francisco de Vitoria. Si consideramos que Suárez es el último autor relevante entre estos escolásticos (pues Escobar o Lessius no pueden ser equiparados a Vitoria, Soto o Suárez), este juicio puede ser admisible. Pero si queremos ver en esta escolástica una línea de pensamiento más o menos unitaria que traspasa todo el siglo XVI y se adentra en el XVII, entonces el juicio ya no parece tan exacto.

Quizá lo primero que llama la atención al leer a Suárez es el nuevo tono expositivo que él usa: expresiones como *formuliter*, *absolute*, *necessarium*, *a priori*, *intrinsicamente*, *proprie loquendo*, *ex terminis necessarium*, *per se*, *ex rei natura*, *ex vi rationis*, *iuxta naturalem*, y otras por el estilo

¹⁵⁵ Nos indica James Lorimer que en los territorios reformados, las iglesias locales controlaron la vida de forma mucho más dogmática que lo había hecho la Iglesia Católica. *Vid. The Institutes of Law*. Edimburgh, 1880, 2ª ed., p. 174.

forman el cañamazo retórico que él ofrece para exigir credibilidad. Tomás de Aquino usaba normalmente el verbo *oportet* para obtener el vehículo que le permitía avanzar en sus argumentaciones, y los juristas del *Jus Commune* solían hacer lo mismo con el *quaero*, al menos en el inicio de sus *quaestiones*. El nuevo tono pretendidamente apodíctico del jesuita nos indica que ya no estamos frente a la reflexión usual ante el derecho o la experiencia jurídica, sino ante un nuevo discurso que pretende sobre todo normar la realidad, porque es la verdad estrictamente necesaria *a priori*. Es el tono del nuevo jusnaturalismo que nace en la Edad Moderna.

Es lógico pensar que Suárez siga a Tomás de Aquino, porque las entonces Constituciones de la Compañía de Jesús imponían esta obligación a sus miembros. Pero las relaciones entre él y Tomás son externamente paradójicas. Cuando sienta doctrinas en las que se aparta *toto coelo* de la visión tomista del derecho natural, entonces se remite expresamente a la obra del Aquinate. Cuando no es así, se refiere a los *thomistae* como seres lejanos¹⁵⁶.

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

Seguir esta inteligencia de la Ley natural suponía entenderla únicamente a modo de un mandato que descendía desde Dios a los hombres. Desde luego, Tomás de Aquino y los juristas bajomedievales la habían entendido así, pero no solamente así. Porque junto a esta noción de la Ley natural habían tenido en cuenta tanto las «inclinaciones naturales» de los seres humanos como las necesidades humanas en la historia,

¹⁵⁶ Vid. por ejemplo, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore in decem libros distributos*. Conimbricæ, 1612, L. I, cap. 5, § 1, o L. I, cap. 13, § 6.

de modo que si a veces la Ley natural presentaba un cariz deductivo, a veces también aparecía como una realidad inducida desde lo contingente e histórico. Suárez no sigue este planteamiento porque él sólo considera una ley *per essentiam*, que es la Ley Eterna, y todas las demás leyes lo son únicamente *per participationem* de aquella primera ley¹⁵⁷. En este universo tan intelectual no tienen cabida los requerimientos de la vertiente sensitiva del hombre, ya que según Suárez la ley natural no se regula por la conveniencia a la naturaleza sensitiva, sino por su adecuación a la racional, y los apetitos «naturales» han de ser considerados solamente como materia *contractam* por la racionalidad¹⁵⁸. Porque la ley es una realidad que solamente puede pertenecer a la naturaleza intelectual, esto es a la mente¹⁵⁹, y en el súbdito la ley sólo puede consistir en un acto mental¹⁶⁰. Por ello las inclinaciones de los sentidos no pueden ser entendidas «formalmente», como si ellas midieran, sino «participativamente», como lo que es medido por la ley¹⁶¹.

Ciertamente —prosigue Suárez— Santo Tomás, en la I-II, q. 95, art. 4 tiene otro enfoque acerca del problema: pero es que, como explicaba ya Conrado, Tomás se ha dejado influir por la forma de hablar de los juristas¹⁶². Por eso entiende Santo Tomás —explica Suárez— que la inclinación según el apetito no puede ser llamada ley¹⁶³.

¹⁵⁷ En el L. II. cap. 4, § 7 del *Tractatus*, por citar sólo un lugar entre otros muchos, escribe: «Unde haec lex sub utraque consideratione est effectus legis naturae... quia haec etiam lex, prout est in ipso legislatore, est lex per participationem. Item a manat a potestate data ab ipso Deo, ad Rom. 13. Habet etiam vim obligandi quatenus nititur in principiis legis aeternae, quale est, obediendum esse a superioribus. “Denique quia ut sit recta, debet esse conformis legi aeternae”. Antes había escrito: «Ratio autem generalis reddi potest, quia lex aeterna est per essentiam, et omnis alia lex est per participationem; ergo necesse est, ut omnis alia lex sit effectus legis aeternae». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 4, § 5.

¹⁵⁸ «Quia lex naturalis non regulatur per convenientiam ad naturam sensitivam; sed et rationalem. Sensitivam autem respicit solum ut contractam, et speciali modo perfectum per differentiam rationalem». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 17, § 6.

¹⁵⁹ «Legem esse aliquid pertinens ad naturam intellectualem... Est ergo lex aliquid ad mentem pertinens». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 4, § 2.

¹⁶⁰ «Lex in subdito solum residet in actu mentis». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 4, § 5.

¹⁶¹ «non formaliter, ut lex est mensura, sed participative, ut solet dici de mensurato per legem». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 1, § 3.

¹⁶² «Atque talium interpretatur Con. ...ubi ita exponit Juristarum opinionum, ut dicit, Divum Thomam loquantur fuisse more illorum, licet Philosephi aliter loquantur». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 17, § 4.

¹⁶³ «Unde sentit D. Thomas, inclinationem appetitus secundum se non vocari legem». Cfr. *ibidem*. Continúa escribiendo que solamente pueden ser consideradas leyes «quatenus ex lege Dei puniente privata est rectitudine originalis justitiae propter peccatum originale: Nam hoc modo inclinatio fomitis non est mere naturalis, sed est poena peccati». Suárez sigue la teoría platonizante de las dos naturalezas en el hombre, la racional y la sensitiva, y esta última sólo tiene relevancia por el pecado. Cuando alude a la «lex privata Dei» se refiere a la Ley Eterna. No perdamos de vista que frecuentemente redefine los términos.

Es lógico este pensamiento porque aunque ocasionalmente manifiesta que la naturaleza racional es creación contingente de Dios (porque solamente Dios es necesario) ¹⁶⁴, pronto abandona este tipo de declaraciones, y hace ver que la Ley natural es inmutable, incluso para el propio Dios. Unas veces expresa que Dios está atado por sus propias leyes porque Él no puede contradecirse ¹⁶⁵; pero pronto abandona estas argumentaciones como más ingenuas y manifiesta que la Ley natural es perpetua tanto *ex parte mentis, in qua scripta est*, como *ex parte objecti*, ya que las conductas que ella regula tienen «necesidad intrínseca» porque prohíben las cosas que son por sí malas y ordenan las cosas que son «necesarias por sí»; y lo que es necesario es perpetuo, y por tanto inmutable ¹⁶⁶.

De forma similar a como había argumentado Gabriel Vázquez, sostiene que la Ley natural no puede cambiar, ni en todo ni en parte, mientras permanezca la naturaleza racional con el uso de la razón y la libertad ¹⁶⁷. Y esto se prueba porque, ya consideremos el derecho natural en Dios o en el hombre, este derecho es una propiedad intrínsecamente necesaria que fluye desde la naturaleza humana ¹⁶⁸. ¿Por qué razón tales principios han de fluir *necesariamente* desde la naturaleza humana? Tomando terminología escotista (a pesar del poco aprecio que dice tener hacia Escoto y Juan de Gerson) declara que estos principios son necesarios y «de perpetua verdad» porque son evidentes por sí mismos, y porque son necesarios «ex terminis» ¹⁶⁹. Quizá la última razón de este objetivismo ético se encuentra en el último argumento alegado, el «nota ex terminis», porque cuando afronta el tema en toda

¹⁶⁴ Vid. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 3, § 2.

¹⁶⁵ Vid. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 9, § 2.

¹⁶⁶ «Lex naturalis etiam dici potest absolute perpetua, quia ex parte mentis, in qua scripta est, perpetuitatem habet. Et aliunde ex parte objecti secludit intrinsicam necessitatem: prohibet enim quae intrinsece mala sunt, et praecipit quae per se necessaria sunt; quod autem est necessarium, perpetuum est; et ideo immutabilis dicitur». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 10, § 1.

¹⁶⁷ «Dico igitur, proprie loquendo, legem naturalem per se ipsam desinere non posse vel mutari, neque in universali, neque in particulari, manente natura rationali cum usu rationis, et libertatis». *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 13, § 2.

¹⁶⁸ Vid. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 13, § 1.

¹⁶⁹ «De priori patet, quia leges hujus sunt necessariae, et perpetuae veritatis: complectitur enim hoc jus principia morum per se nota... omnia autem haec perpetua veritatis sunt, quae veritas principiorum non subsistit sine veritate talium conclusionum, et principia ipsa ex terminis necessaria sunt». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 13, § 3.

su radicalidad declara que, como la bondad o maldad *consurgent ex consonantia, vel dissonantia* con la naturaleza racional, no puede suceder que un acto sea por sí *dissonus, et consonus*, porque nunca resultan relaciones opuestas desde un mismo fundamento ¹⁷⁰.

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

Pero el carácter moderno de la doctrina de Suárez se muestra también en la extensión de la Ley natural a las conclusiones más próximas que se extraen desde los primeros principios. Porque la Edad Media y el espíritu romano, reservaron el carácter de «natural» solamente para los *prima principia* de la razón práctica, y el resto de las normas y principios fueron atribuidos bien al derecho de gentes, bien al derecho civil. Suárez, en cambio, reitera que la objetividad de la Ley natural se muestra de forma especial en la inmutabilidad de las conclusiones más concretas, porque la ley es una regla para las operaciones, y los primeros principios no son verdaderas reglas sino en la medida en que se dirigen a los actos concretos ¹⁷¹. Éste es un tema al que da bastantes vueltas para concluir siempre lo mismo (cosa rara en él): que componen derecho natural, *ex propria rei natura*, todas aquellas conductas que se derivan por hilación evidente desde los principios naturales ¹⁷², de forma que si

¹⁷⁰ «Nam cum bonitas, vel malitia consurgant ex consonantia, vel dissonantia actus ad naturam rationalem, fieri non potest, ut idem actus cum eisdem conditionibus sit per se dissonus, et consonus, quia non resultant oppositae relationes ex eodem fundamento». *Cfr. Tractatus..., cit.*, L. II, cap. 15, § 30.

¹⁷¹ «Imo si proprie loquamur, magis exercetur lex naturalis in his principiis, vel conclusionibus proximis, quam in illis principiis universalibus, quia lex est regula proxima operationibus; ille autem communia principia non sunt regula, nisi quatenus per particularia determinantur ad singulis species actuum, seu virtutum». *Cfr. Tractatus..., cit.*, L. II, cap. 7, § 7.

¹⁷² *Cfr. Tractatus..., cit.*, L. II, cap. 19, § 2.

la *illatio* es evidente, las conclusiones obtenidas desde los principios evidentes por sí mismos pertenecen al derecho natural¹⁷³. Esta forma de argumentar, plagada de evidencias, fue la del derecho natural moderno en general, de modo que Pufendorf (al otro lado de la *ortodoxia*) no dudaba en escribir que todo lo que él exponía se deducía desde la sola razón natural¹⁷⁴.

Notemos que aparece ahora un problema nuevo: al insistir tanto en el carácter evidente de la justicia, y atribuir al derecho natural todo lo manifiesto en este campo, el derecho natural acapara toda justicia o bondad posible, de modo que el derecho positivo, creado por los hombres, no puede exigir obediencia desde sus contenidos (que serían arbitrarios o convencionales) sino sólo desde una peculiaridad de origen: sería un derecho obligatorio porque está ordenado por la persona o sociedad que posee la *jurisdictio* adecuada. Más adelante veremos que Suárez disuelve toda obligatoriedad del derecho positivo en la relación de *dominium* o *jurisdictio* que el legislador tiene sobre las personas a las que ordena. Es decir, toda regla que posea una causa objetiva para existir compondría parte de derecho natural, y el derecho positivo queda como lo impuesto por vía de autoridad sobre temas moralmente indiferentes. Por este motivo se enfrenta a François Conan, que admitía una justicia contingente y variable en la historia, pero igualmente objetiva; Suárez le contesta que si una norma está ordenada *ex vi rationis* es de derecho natural¹⁷⁵.

Sucede que Francisco Suárez considera que toda ley es siempre un mandato de una voluntad superior. Ciertamente, la ley indica las conductas adecuadas, pero la *ratio legis* consiste solamente en un acto de *imperium*. Sus declaraciones normativistas son extensas y prolijas. Frente al objetivismo un tanto platónico del tipo de Gabriel Vázquez o de Herbert de Cherbury, él mantiene reiteradamente que

¹⁷³ Vid. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 17, § 9.

¹⁷⁴ Vid. *De jure naturae et gentium libri octo*. Frankfurt am Main, 1688, L. IV, cap. 7, § 9.

¹⁷⁵ «Nam si praecipuntur, erunt de jure naturali, si ex vi rationis praecipuntur; vel de jure civili, si praecipuntur ex humana voluntate potestatem habente». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 18, § 1.

para que lo bueno ¹⁷⁶ pase a ser debido es necesario el acto de una voluntad superior que lo ordene como tal ¹⁷⁷. Su planteamiento para introducir el problema es lógicamente impecable: la ley puede ser entendida en un doble sentido, como consejo y como precepto, pero *proprie loquendo* la ley no puede ser sino aquella que induce a la *obligatio*, para lo que no basta un consejo ¹⁷⁸. De hecho, las Sagradas Escrituras nos hablan de la voluntad de Dios, como sucede en el Salmo 32: *Notat fecit vias suas*, en el Salmo 142: *Doce me facere voluntatem tuam*, en la oración dominical o en la oración de Jesús en el huerto: *Non mea voluntas, sed tua fiat* ¹⁷⁹.

No le quedan claros al lector los motivos de Suárez para mantener un imperativismo tan fuerte. A veces tiene presente lo que sucede en un sector del derecho canónico, en el que las conductas impuestas no se derivan desde la consideración sin más del ser humano, sino que son altamente arbitrarias o discrecionales, como sucede con los religiosos, que no pueden hablar o no pueden salir de su casa sin el permiso del superior ¹⁸⁰. Desde luego, los ejemplos jurídicos concretos que aduce Suárez están tomados siempre del derecho canónico; pero este derecho es poco representativo de la experiencia jurídica, porque el *Credo* no dice nada sobre los derechos de los párrocos, cardenales o canónigos, por lo que la mayor parte de las regulaciones canónicas respondían más a consideraciones de tradición (especialmente en aquella época) y de conveniencia que no a exigencias de las relaciones mismas. En tales casos resulta evidente que las regulaciones tienen eficacia para obligar a los súbditos únicamente por la voluntad del superior, que hace *necessarias* las conductas, como sucede con las leyes del ayuno ¹⁸¹. En

¹⁷⁶ Las conductas «buenas» existen ya establecidas en la mente del legislador. *Vid. Tractatus..., cit.*, L. II, cap. 1, § 1. Pero la ley tiene un «doble status», a saber, como establecido en la mente del legislador y como ordenado por un acto de *imperium*.

¹⁷⁷ «El segundo “status” de las leyes consiste “quoad substantiam suam in ipsa voluntate”. *Cfr. Tractatus..., cit.*, L. II, cap. 1, § 6. En *op. cit.*, L. I, cap. 5, § 19, escribe más precisamente que «At vero obligatio legis, non nisi ex voluntate legislatoris oriri potest... quia in his omnibus includitur intentio obligandi».

¹⁷⁸ *Vid. Tractatus..., cit.*, L. I, cap. 1, §§ 7 y 8.

¹⁷⁹ *Vid. Tractatus..., cit.*, L. I, cap. 5, § 9.

¹⁸⁰ *Vid. Tractatus..., cit.*, L. I, cap. 20, § 9.

¹⁸¹ *Vid. Tractatus..., cit.*, L. I, todo el cap. 2.

otros momentos, Suárez adopta una visión como más pragmática y explica que solamente la voluntad del superior tiene poder para mover eficazmente la voluntad de los súbditos, por lo que la ley es ante todo una *intimatio voluntatis*¹⁸². Pero esta argumentación resulta extraña en un teólogo que trata ante todo de buscar la racionalidad última de las relaciones humanas.

Nos pone sobre un camino más convincente cuando indica que «todo ser moral depende de la libertad»¹⁸³, porque de forma aun confusa Suárez parece entender, de un modo parecido al kantiano, que las nociones de libertad y moralidad son indisociables. Él reclama libertad para el autor de la ley, de forma que hasta la Ley Eterna es también «libre»¹⁸⁴. Aunque no encuentra la argumentación suficiente para relacionar, como él pretende, libertad y deber, mantiene (como postulado, aunque lo presenta como dato evidente por sí) que toda ley es un acto de gobierno, esto es, de dominio y jurisdicción¹⁸⁵. No era ésta la visión anterior de la ley, que tendía a concebirla más como un *opus rationis*. Frente a ella, Suárez declara que «el *imperium*, en cuanto a su sustancia, consiste en la misma voluntad»¹⁸⁶. Este tipo de declaraciones se va haciendo más frecuente y rígido conforme avanza el *Tractatus de Legibus* y en el L. III, cap. 4 § 7 rechaza el valor jurídico del *Jus Commune* porque las *leges civiles* de que se compone tal derecho no han surgido desde la voluntad del superior político¹⁸⁷.

¹⁸² Vid., por ejemplo, *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 15, § 14 y L. II, cap. 2, § 2.

¹⁸³ «quia omne esse morale pendet ex libertate». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 2, § 11.

¹⁸⁴ «Et haec ratione, etiam in lege aeterna veram est, quod supra diximus, nullam legem, ut sic, esse simpliciter necessariam, quia aeterna lex, quatenus liberi est, non est simpliciter necessaria». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 3, § 4.

¹⁸⁵ «Lex est actus gubernationis, et domini, seu jurisdictionis». Cfr. *Tractatus...*, L. II, cap. 1, § 1.

¹⁸⁶ «nam imperium quoad substantiam suam in ipsa voluntate consistit, ut dixi». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 1, § 6.

¹⁸⁷ «Tertio colligitur ex dictis, loquendo ex natura rei, seu iuxta naturalem, et ordinarium cursus humanorum rerum, nullas esse leges civiles universaliter latas pro toto orbe, quae omnes homines obligent... loquimur item de legibus, quae per potestatem naturalem ferri possunt... Tales ergo leges quasi ex intrinseca conditione postulant, ut universales non sint: ratio a priori est, quia nulla est potestas legislativa, quae habeat jurisdictionem in totum orbem». Cfr. *loc. cit.* Es interesante la equiparación que realiza expresamente entre el discurso *ex natura rei* y el *naturaliter loquendo*.

Él asimila *potestas*, *dominium*, *proprietas* y *jurisdictio*, como ya hiciera antes Conrado de Summerhart. Declara que la ciudad tiene poder para dar leyes en la medida en que tiene jurisdicción, y la razón de ello es que la potestad para legislar es la misma jurisdicción¹⁸⁸. Se mueve con estas nociones, identificándolas, pero sin dar razón de por qué han de considerarse idénticas cuando nos referimos a la capacidad legislativa. Solamente reitera que la potestad legislativa es una *proprietas* de la comunidad política¹⁸⁹.

Pero este imperativismo a ultranza plantea un problema: si lo bueno o malo depende de la voluntad del superior, ¿cómo saber objetivamente, esto es, al margen de las decisiones voluntarias, lo que corresponde a cada uno? Plantea este tema claramente, y da a entender que no existe el cálculo del *medium rei* en el derecho, porque la «materia de la virtud» se constituye ordenando y prohibiendo, como sucede con el precepto del ayuno o el de oír misa los días festivos¹⁹⁰. En general, está dominado por la idea que entiende que aunque la ley requiere una materia sobre la que trata, de forma que se puede hablar de una «causa *quasi* material», las variaciones que se producen sobre esta materia «no afectan para nada a la consideración moral»; pues la ley tiene también una causa eficiente, y desde ella es de donde puede perder su fuerza de obligar, o quedar en suspenso¹⁹¹.

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

¹⁸⁸ Vid. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 9, § 19.

¹⁸⁹ Vid., por ejemplo, *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 11, § 7.

¹⁹⁰ Vid. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 17, § 7.

¹⁹¹ «Secundo dicendum est, mutationem legis dupliciter accidere posse. Uno modo quasi ab intrinseco ex defectu materiae, seu causa conservantis. Secundo ab extrinseca contrarii agentis... Ratio prioris membri est, quia lex requirit causam quasi materialem, circa quam versetur, et ideo si illa desit, concludit obligatio legis, licet ipsa possit manere in mente legislatoris. Sed haec mutatio nihil ad morale considerationem refert». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. I, cap. 20, § 2. Las cursivas son mías.

tiene un derecho a la cosa o que el operario tiene derecho a su salario¹⁹². Así es como debe entenderse la «ley» *justitia* del *Digesto*, en el título *De justitia et iure*, porque en este lugar se dice que la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, esto es, de «entregar a cada uno aquello que a él le corresponde»¹⁹³. Su atrevimiento le parece excesivo y aclara en el parágrafo 7 que «el derecho significa lo mismo que ley, puesto que son nociones convertibles, y se reputan como sinónimas». Pero un autor progresista de una época que llevaba entonces más de cincuenta años proclamando los *jura naturalia* del individuo no puede contentarse con esta sencilla equiparación entre *jus* y *lex*, aunque añada que la *facultas* nace desde la ley. En realidad, lo que parece estar en juego es la noción misma de facultad jurídica, que había quedado anticuada, pues la facultad mienta la pretensión que tiene una persona de acuerdo con las leyes existentes, y el momento histórico parecía requerir la superación de la figura de la facultad jurídica (siempre dependiendo de la objetividad legal preexistente) para adentrarse por un camino más individualista, como era el de la *qualitas moralis* que ante todo consiste en libertad personal, que no necesita de una ley previa¹⁹⁴.

La palabra *jus*, explica Suárez, es equívoca¹⁹⁵. «A veces *jus* significa la facultad moral a una cosa, o sobre una cosa, sea un verdadero dominio o alguna participación de él, que es el objeto propio de la justicia, tal como consta por Santo Tomás en la q. 57, art. 1»¹⁹⁶. «A veces *jus* significa la ley, que es la regla de la actuación justa y que constituye en las cosas una cierta equidad, y que es la *ratio* del mismo derecho según el modo anterior»¹⁹⁷. Pero al llegar a este punto corta

¹⁹² «Et iuxta posteriorem, et strictam juris significationem solet proprie jus vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam; sic enim dominus rei dicitur habens jus in re, et operarius habere jus ad stipendium». *Cfr. loc. cit.*, § 5.

¹⁹³ «Atque hoc modo sumi videtur jus in 1. “justitia” ff de just. Et iur. Cum dicitur justitia esse virtus, quae ius suum unicuique tribuit, id est, id tribuens unicuique quod ad illum spectat». *Cfr. ibidem*.

¹⁹⁴ *Vid. J.J. Megías, De la facultad moral a la cualidad moral*. Notax.

¹⁹⁵ «Quia vero haec vox aequivoca est, oportet illam distinguere». *Cfr. Tractatus..., cit.*, L. II, cap. 17, § 2.

¹⁹⁶ *Vid. Tractatus..., cit., ibidem*.

¹⁹⁷ «Aliquando jus significat legem, quae est regula juxta operandi, et in rebus quandam aequitatem constituit, et est ratio ipsius juris priore modo ut dicit D. Thomas dicto art. 1, ad 2». *Cfr. ibidem*.

bruscamente el hilo previsible del discurso y escribe que «para tener nombres breves, que podamos usar, al primero lo podemos llamar *jus utile*, y al segundo *honestum*, o al primero *jus reale* y al segundo *jus legale*»¹⁹⁸. Ambos derechos pueden ser divididos en natural, de gentes y civil, y «llamamos *jus utile naturale* a aquel que nos lo proporciona la misma naturaleza, o que proviene con ella, como cuando decimos que la libertad es de derecho natural»¹⁹⁹.

Aparece la tesis romana de *Libertas est de jure naturali*, o *Libertas, id est jus naturale*, pero en un contexto muy distinto al romano. Porque en el *Corpus Juris* la libertad individual es como un bien constante que corresponde a toda persona por el mismo hecho de serlo, pero que se recorta automáticamente según las exigencias objetivas de cada *officium*. De forma que si a veces hay que arrancar desde la libertad personal, a veces también hay que arrancar desde otras consideraciones que no tienen por qué fomentar la indeterminabilidad del arbitrio que tiene su fundamento en la irresponsabilidad de las acciones. Pues si el espíritu romano tiene a la vista más las *competencias* de cada cual según el tipo de relación que en ese momento lo vincula con otro u otros, Francisco Suárez se está refiriendo ahora a todo el abanico de los actos de por sí «indiferentes», de cuyo ejercicio no hay que rendir cuentas. El tema lo había introducido anteriormente, cuando establece una *lex permissiva originaria*, al escribir que «podemos dudar de si los actos indiferentes están permitidos por alguna ley, porque no vemos ninguna ley que los permita positivamente, sino sólo negativamente, porque no están prohibidos, y parece que esto no es suficiente»²⁰⁰. «Sin embargo, podemos decir que ellos están propiamente permitidos por la ley natural, porque la ley natural no es meramente negativa sobre esos actos, sino que los juzga positivamente y dispone que sean indiferentes»²⁰¹.

¹⁹⁸ «Unde et habeamus brevía nomina, quibus uti possimus, primum vocare possumus jus utile; secundum honestum; vel primum jus reale, secundum legale». *Cfr. ibidem*.

¹⁹⁹ «Nam jus utile naturale dicitur, quando ab ipsa natura datur seu cum illa provenit, quomodo libertas dici potest ex jure naturali». *Cfr. ibidem*.

²⁰⁰ «De indifferentibus autem operibus dubitari potest, an dici possint permitti lege aliqua, quia nulla esse videtur, quae positive illa permittit, sed tantum negative, quia non prohibet, nec praecipit illa quod non videtur esse satis, ut dixi». *Tractatus..., cit.*, L. II, cap. 16, § 8.

²⁰¹ «Nihilominus dici possunt proprie permitti per legem naturalem, quia lex naturalis non mere negativa circa illa se habet, sed etiam positive judicat, et disponit talia esse indifferentia». *Cfr. ibidem*.

En tono más suave expone en el libro II del *Tractatus* que en el derecho natural existen muchas conductas que se pueden hacer lícitamente por la fuerza de la misma Ley natural, porque no están prescritas ni sus contrarias prohibidas, y entonces decimos que se da un derecho natural *concesivium*, como es el derecho a casarse, a retener y a conservar la propia libertad: todo esto es *honestum*, porque lo concede el derecho natural, sin ordenarlo. Y la razón es que la razón natural no sólo dicta lo que es necesario, sino también lo que es lícito²⁰². Obviamente, el adjetivo *honestum* ha cambiado de significado: ya no es lo que se puede realizar moralmente, sino el *jus utile naturale* que genera un verdadero derecho «natural» a exigir una conducta de los demás.

Realmente, cuando Suárez se refiere al derecho natural no lo hace como los juristas del *Jus Commune*, que solían aludir a la *restitutio in integrum* o a los *tria praecepta juris* que expuso Ulpiano. Suárez, salvo muy raras excepciones, siempre identifica al derecho natural con la libertad natural del hombre, y esto cuando trata de la noción del derecho, de qué es el derecho natural, o incidentalmente, sin venir a cuento. Así al tratar del derecho del cuerpo político a su propia determinación, explica que *Atque eadem proportione sicut libertas data est cuiusque homini ab auctore naturae...*²⁰³. Esta libertad natural la configura reiteradamente sobre el patrón del *dominium*, entendido éste como el derecho real de propiedad: *haec proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu jura...*²⁰⁴. Pero al hacer esta mixtura de tesis romanas con categorías escolásticas, a Suárez se le plantea un problema singular: los juristas romanos habían expuesto en los primeros títulos del *Digesto* y de la *Instituta* que el poder político, con sus relaciones de jerarquización y subordinación, destruía la libertad individual que es propia del derecho natural, por lo que añadían

²⁰² «Quia in jure naturali multa sunt, quae honesta fieri possunt ex vi legis naturalis, quae non praecipuntur, nec contraria prohibentur, et ita etiam dari potest jus naturale concessivum, quale est jus ducendi uxorem, jus retinendi, et conservandi propriam libertatem: hoc enim honestum est, et illud jus concedit, non praecipit... Et ratio est, quia naturalis ratio non solum dictat, quid necessarium sit, sed etiam quid liceat». Cfr. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 18, § 2.

²⁰³ *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 3, § 6.

²⁰⁴ *Tractatus...*, cit., *ibidem*.

que en este punto, el derecho natural estaba derogado por el derecho de gentes, que era la instancia que había «introducido» el poder político, entre otras cosas. Pero un escolástico aún dependiente del siglo XVI había de ser aristotélico, y esta mentalidad romanista vulgar, muy divulgada por las escuelas, no podía servirle de inicio de su argumentación. Había servido a Fernando Vázquez de Menchaca, muy lleno de cultura humanista pero ayuno de filosofía escolástica.

Ante este problema, Suárez inicia un largo alegato. El origen del tema es si las leyes creadas por los hombres pueden obligar en conciencia a su cumplimiento: parece que sí, porque la sociedad es connatural al hombre, y el que está obligado al fin lo está también a los medios. Pero Juan de Gerson, haciéndose eco de las ideas romanistas, mantiene que no obligan así. Existe motivo para dudar, porque el hombre —explica Suárez— es libre por naturaleza, y no está sujeto a nadie, sino solamente a su Creador, de lo que hay que concluir que el *principatum humanum* es contra el orden natural e incluye tiranía²⁰⁵. Pero el poder político es necesario para la vida humana, y por ello es honesto. Conviene observar que la multitud de los hombres no está regida por ángeles, ni tampoco inmediatamente por Dios mismo, sino que la «ley ordinaria» opera a través de causas segundas proporcionadas²⁰⁶. Luego, contra Gerson, que proporciona una doctrina que se acomoda muy bien a las herejías de los tiempos que corren²⁰⁷, es preciso mantener que las leyes humanas obligan en conciencia a su cumplimiento. Pero parece que esta explicación de corte tan tradicional no es adecuada a los tiempos nuevos, por lo que Suárez añade inmediatamente que «aunque el hombre no ha sido creado ni ha nacido sometido a la potestad de un príncipe humano, ha nacido con capacidad para el sometimiento (por así decir). Por lo que el acto de sometimiento, aunque no pro-

²⁰⁵ Vid. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 1, § 1.

²⁰⁶ *Cfr. loc. cit.*, § 5.

²⁰⁷ Así trata a Juan de Gerson. Vid. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 12, § 12, en donde escribe: «dico explanationem hanc in illo sensu esse erroneam, et conformem doctrinam haereticorum hujus temporis: evertet enim veram potestatem civilem legislativam». El autor de esta doctrina, la que mantiene que las leyes humanas no obligan en conciencia, es Gerson.

cede inmediatamente de la naturaleza, tampoco va contra lo que ordena el derecho natural»²⁰⁸. Una *via media* entre el aristotelismo y las ideas romanistas que desarrollaba Fernando Vázquez, y que no hace sino reproducir en cierto modo la solución de Gerson para explicar la obediencia del hombre a Dios: el género humano dispone de una *potentia obediencialis*.

Estas explicaciones sincréticas de Suárez, en las que anuda tesis de la escolástica aristotélica con otros postulados que parecen más propios de las explicaciones del escotismo sobre las leyes, a los que une novedades propias de la Edad Moderna, plantean problemas. No problemas derivados de las exigencias del rigor o la coherencia, porque Suárez no es coherente consigo mismo, y la única forma de explicar su doctrina sobre el derecho consiste en partir simultáneamente de varias nociones distintas del *jus*. En la base de este irenismo está sin duda su visión del ser humano como acabado y completo en sí mismo; un ser que, en un segundo momento distinto del primero, ha de tender hacia Dios. Porque cuando el jesuita habla de la doble naturaleza del hombre no se refiere tanto a la natural y a la sensitiva, como a la natural y a la sobrenatural. «La teología enseña sobre la Ley natural que el hombre tiene una doble naturaleza, y una doble luz de la razón. En primer lugar tenemos la pura naturaleza o la sustancia del alma racional, y consecuentemente una luz connatural según la razón. En segundo término está la naturaleza de la gracia infundida al hombre, de la que se sigue la luz divina y sobrenatural de la fe»²⁰⁹. Luego la Ley natural es doble: una, la puramente natural, otra la *simpliciter* sobrenatural²¹⁰.

Más adelante explica que la Revelación de Dios al hombre es doble, la natural y la sobrenatural, por lo que el ser humano tiene

²⁰⁸ «quia licet homo non sit creatus, vel natus subjectus potestati principis humani, natus est subijcibilis ei (ut sic dicam). Unde actu illi subijci, licet non sit immediate a natura, non est etiam contra jus naturale praecipiens». *Tractatus...., cit.*, L. III, cap. 1, § 11.

²⁰⁹ «Circa legem ergo naturalem docet Theologia, hominem secundum duplicem naturam, et duplex rationis lumen considerari possit. Primum secundum puram naturam, seu substantiam animae rationalis, et consequenter secundum rationis lumen illi connaturale; secundum iuxta naturam gratiae desuper homini infusae, et secundum divinum, ac supernaturalem lumen fidei». *Cfr. Tractatus...., cit.*, L. I, cap. 3, § 10.

²¹⁰ *Vid., loc. cit.*, § 11.

un fin igualmente doble, uno que conoce por la luz natural de la razón, y otro según el Decálogo ²¹¹. Frente a Fortún García, quien en el primer volumen del *Tractatus Universi Juris* reiteró la unidad de las dimensiones natural y sobrenatural del ser humano, hay que decir que esta opinión de Fortún es nueva, y singular, confusa en sus palabras y sin sentido ²¹². «Porque si tú dices que la naturaleza del hombre se ordena a la felicidad sobrenatural como a su fin último, de forma que todas las potencias naturales de esta naturaleza se ordenan al mismo fin, yo respondo que una cosa se puede ordenar de dos modos a ese fin último. Uno, *per intrinsecam habitudinem*, y el otro “por la sola relación”, o por un poder extrínseco» ²¹³. Esta terminología es nueva: expresiones como «por hábito intrínseco», «por la sola relación», y otras, no las encontramos en la escolástica de los siglos XIII y XIV. Y es nueva también la forma de argumentar si atendemos a sus contenidos materiales porque Tomás de Aquino a veces se refiere a la naturaleza del hombre, pero rara vez. Normalmente tiene en cuenta la naturaleza de cada acción concreta según sus circunstancias, por lo que en lugar de una única y monótona *natura hominis*, resalta más en sus obras la variedad, diversidad (y a veces irreductibilidad) de los actos del hombre. Suárez, tal vez porque quiere considerar las cosas *in se, formaliter*, al modo de los filósofos ya modernos, reduce la diversidad de leyes a una única noción imperativista de ley, y a ésta la fundamenta sin más en la «naturaleza del hombre». De modo consecuente con estas declaraciones, Suárez entiende que el hombre tiende hacia dos «felicidades» distintas, una natural y otra sobrenatural. Para fundamentar esta escisión se remite a la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino, I-II, q. 99, art. 3 ²¹⁴.

²¹¹ *Vid. Tractatus...*, *cit.*, L. II, Praefatio.

²¹² «Non: Nihilhominus haec opinio Fortunii nova est, et singularis, ortaque est ex quaedam verborum confusa, et indistincta significatione, seu aequivocatione». *Cfr. Tractatus...*, *cit.*, L. III, cap. 11, § 4.

²¹³ «Sed contra: Dices, ipsa hominis natura ordinatur ad supernaturalem foelicitatem, ut ad finem ultimum, ergo etiam potentiae omnes naturales hujus naturae ordinantur ad eundem finem. Respondeo dicendum dupliciter possi aliquid ordinari in ullum finem ultimum; uno modo per intrinsecam habitudinem; alio modo per solam relationem, vel imperium extrinsecum». *Cfr. Tractatus...*, *cit.*, L. III, cap. 11, § 4.

²¹⁴ *Vid. Tractatus...*, *cit.*, L. III, cap. 11, § 6.

Si el hombre dispone de una *pura natura* perfecta al margen de Dios, la filosofía moral y la teología moral han de ser distinguidas cuidadosamente. Porque Santo Tomás enseña que si un acto es moral y por ello humano *eo ipso*, porque es malo al desviarse de la recta razón, por esto mismo es pecado²¹⁵. Pero en realidad, aquí Tomás distingue el pecado cuando es contra la recta razón, y el pecado en cuanto es ofensa a Dios, y del primero se ocupa el filósofo moral, y del segundo el teólogo²¹⁶. Una de las intuiciones básicas tomistas, que es la síntesis entre lo humano y lo sobrenatural, porque el hombre es un ser *redditus ad Deum* sin distinción entre naturaleza natural y sobrenatural, la refuta expresamente, citando a Tomás. Lógicamente, sobre el hombre recaen dos tipos de leyes, las humanas y las divinas, ambas originadas en la voluntad de los respectivos superiores, y la noción de unos bienes que por el hecho de serlo son fines normativos de las actuaciones humanas, se le escapa completamente.

Francisco Suárez, con su noción del derecho como un *praeceptum* imperativo, o como un *ius utile naturale* que compone una *quasi qualitas moralis libertatis*, puso las bases para la nueva ciencia del derecho, llamada a partir de Hugo Grocio «derecho natural», que estalló inconteniblemente con Samuel Pufendorf a mediados de siglo.

El gran triunfador del siglo XVII fue Francisco Suárez. Su filosofía fue barrida por lo general por los sistemas filosóficos sensistas y fenomenistas que arrancaron de Locke, pero durante el siglo XVII y aún buena parte del XVIII, Suárez fue el dominador indiscutido en los ambientes moderados²¹⁷. Pero es un autor complejo y complicado, que oculta casi tanto como muestra. En las historias

²¹⁵ «Unde si actus sit moralis, et humanus eo ipso, quod est malus propter deviationem a recta ratione, est etiam peccatum, ut docet D. Thomas I-II, q. 21, arl. 2». *Cfr. Tractatus...*, cit., L. II, cap. 6, § 13.

²¹⁶ «D. Thomas I-II, q. 71, a. 6 ad 5 distinguere peccatum ut est contra rationem, et ut est offensivum Dei, et priore modo considerari a Philosopho morali; posteriori autem modo a Theologo». *Cfr. loc. cit.*, § 8.

²¹⁷ *Vid. A. Dufour, Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*. París, 1972, pp. 19-20.

usuales de la filosofía del derecho se suele indicar que él adoptó una actitud moderadora entre el voluntarismo escotista y el objetivismo de Gabriel Vázquez, que volvía inútil cualquier mandato, pues la bondad o maldad de las conductas conllevaba directamente su imposición, por lo que la figura de Dios resultaba superflua. Pero esta tesis no acaba de ser cierta, aunque venga expuesta expresamente en el primer libro de su *Tractatus de Legibus*: Suárez mantuvo reiteradamente la objetividad del mundo ético, y sostuvo también muy reiterativamente que la objetividad del derecho natural se reconoce sobre todo en la objetividad de sus conclusiones concretas: él fue el primer autor (después del intento en solitario de Fernando Vázquez de Menchaca) que sacó la doctrina del derecho natural del plano de los primeros principios y de las instituciones más básicas y lo convirtió en un animal de compañía omnipresente y educado. Su intento fue continuado dubitativamente por Grocio veinte años más tarde.

Pero la filosofía suareciana, aunque sin duda alguna triunfante en algunos sectores a lo largo de la Edad Moderna, no pasó los filtros de la Modernidad: permaneció como una tercera opción entre el individualismo revolucionario y el despotismo monárquico. Incluso durante el siglo XVII se fue imponiendo a las conciencias como un *chantaje*: o se mantenía la doctrina revolucionaria de los derechos naturales del hombre, expuesta claramente por Fernando Vázquez de Menchaca, reconocible en algunas declaraciones de Grocio, y lanzada al éxito por Pufendorf y Locke, o se afirmaba el poder absoluto de los monarcas, fundamentado ya a finales del siglo XVI, en las doctrinas inglesas sobre el origen divino de los reyes. Rompieron con la tradición, y las matizaciones de la Escolástica Tardía Española se perdieron en una lucha en la que en realidad ellas apenas participaron. La doctrina «democrática» de estos escolásticos, así como su «Estado de derecho», aunque fueron recogidas por el politólogo más citado del siglo XVII, el suizo Ulricus Huber, fueron finalmente desbordadas por el prestigio creciente de los derechos individuales naturales del hombre, de forma que en el choque de mentalidades que manifestó la explosión de 1789, Domingo de Soto o Francisco Suárez estuvieron

ausentes²¹⁸. Y es que la democracia que se impuso desde la Revolución francesa fue una democracia individualista, y no era esto lo que pretendían los escolásticos. Aunque es preciso reconocer que Luis de Molina y Francisco Suárez, siguiendo los carriles de la filosofía escotista, contribuyeron al afianzamiento del individualismo jurídico y político.

9. UNAS REFLEXIONES FINALES

Nunca han faltado soñadores que han entendido al derecho natural a modo de un ordenamiento jurídico, más o menos completo, que anularía o haría superflua la labor jurisprudencial, prudencial, con el derecho. En este sentido, Martini, por ejemplo, en pleno siglo XVIII, época de oro del derecho natural entendido en este último sentido, nos informaba de que «Raimundo de Sabunde, español de Barcelona, doctor en Medicina y Artes, en su *Teología natural* del año 1425, escribía: *Haec scientia arguit per argumenta infallibilia, quibus nullus potest contradicere, quoniam per omnes creaturas, et per naturas ipsius hominis, et per ipsummet hominem omnia probat, et per illa, quae homo certissime cognoscit de se ipso*»²¹⁹.

Esta cita de Martini nos prueba que la quimera del derecho natural estaba ya extendida en el siglo XV, y nos hace ver que la afición del siglo XVI por una nueva Idea del derecho que sustituyera a la maraña de la *Jurisprudentia* entonces existente se deslizó con cierta facilidad por los carriles de una doctrina acerca del «derecho natural», en lugar de asumir la forma externa de una nueva doctrina sobre la equidad, como proponían Luis Vives, por ejemplo, y otros muchos. Es decir, el tópico del derecho natural fue la expresión que

²¹⁸ Randall nos indica: «Quienes derivan las libertades populares de alguna esencia interna del protestantismo, tampoco deberían olvidar que, mientras los hugonotes franceses hacían una protesta aristocrática contra el absolutismo, los católicos franceses de la Liga y los jesuitas españoles eran más democráticos y, en verdad, jacobinos, y que en los países latinos del hoy, el baluarte principal de la libertad individual contra el Estado Soberano uniforme y anticlerical es la Iglesia católica». *Cfr. La formación del pensamiento moderno, cit.*, p. 195.

²¹⁹ *Cfr.* el «Lectori benevol» de C.A. Martini al libro de Johann Oldendorp. *Eisagoge seu elementaria introductio ad studium iuris et aequitatis, cit.*

encontró el siglo XVI para proponer un ordenamiento jurídico alternativo al derecho jurisprudencial existente. Lo que Kelsen solía llamar la ideología del derecho natural es específicamente moderna, pues los juristas y teólogos anteriores al siglo XVI no explicaron el *ius naturale* en el sentido en que lo entendieron Raimundo de Sabunde o Martini.

En efecto, el derecho natural de los jurisprudentes no era, en principio, sino un conjunto de verdades elementales prácticas que cualquier hombre puede conocer mediante su razón o conciencia ²²⁰, sin necesidad de razonamientos o de discurso argumentativo ²²¹. Por esta índole suya, al contenido del derecho natural se le dio el nombre de «primeros principios de la razón práctica». Estos *prima principia* no constituyen un cuerpo de doctrina independiente dentro de la *Jurisprudentia*, sino que tales principios se encuentran como «disueltos» por toda la doctrina jurisprudencial, fundamentando inferencias, facilitando pasos concretos y soluciones. Por sí solos —si se me permite hablar así— estos primeros principios (el derecho natural) no tienen existencia; únicamente se muestran en el razonamiento concreto jurídico, en los que tales principios concurren con el *ius civile*, con las opiniones de los juristas, con otros derechos positivos y, especialmente, con multitud de razonamientos que se basan en la conveniencia, la lógica, la utilidad, etc., y que, juntos, componen la *Jurisprudentia* o el *derecho*, informado siempre por la *aequitas* que expresan aquellos principios básicos. Esta es la ciencia de la justicia, que no es ni «natural» ni «positiva» o que, dicho de otro modo, es simultáneamente positiva y natural, y que compone, al mismo tiempo, el *ius civile* y el *ius naturale*. En consecuencia, el derecho natural era entendido como un armazón más del derecho civil, de la jurisprudencia o justicia, del único derecho vinculante.

²²⁰ Este carácter fragmentario y asistemático de las normas y principios del derecho natural lo muestra el estudio de Georgette de St. Hilaire, «Precepts of Natural Law in the text of St. Thomas». Tesis doctoral inédita, 1962, Saint Louis University, E.U.A.

²²¹ Vid. mi estudio, «Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV-XVI», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (1975), pp. 286 y ss.

Estos primeros principios no fueron entendidos por estos autores a modo de axiomas desde los que se pudiera deducir un razonamiento. Por el contrario, los principios no son más que facilidades para las inferencias y las inflexiones en los razonamientos, y estaban presentes en todos los grados y niveles del discurso²²². Unas veces, las menos, funcionan como instancias correctoras de la licitud o de la ilicitud de lo que está argumentando, pero normalmente se limitan a concurrir —el jurista asume estos principios— con otros muchos «principios», extraídos del derecho positivo, de la *aequitas*, del derecho jurisprudencial existente o de razonamientos diversos. No se imponen siempre, como podría indicar superficial su rango de derecho «natural», sino que, como indico, concurren en el razonamiento concreto, en donde son ubicados dentro de las exigencias del problema y, por ello, las exigencias de justicia que ellos expresan son ampliadas o restringidas.

Esta última matización se observa paradigmáticamente en Hugo de Roy: *Iustum esse quod quaeritur*. El título mismo de su obra más conocida y polémica indica lo mismo: *De eo quod iustam est*. Para estos juristas y teólogos existía la justicia que daba lugar al derecho y ciencia del derecho, y ésta no es ni positiva ni natural; y si los primeros principios naturales «naturalizan» la jurisprudencia, el carácter positivo del razonamiento del jurista, «positiviza» los contenidos de los primeros principios acerca de la justicia, que, por este hecho, suelen perder el rango de principios absolutos e inderogables —como la Modernidad los entendió— y quedan reducidos a sus justos límites de tópicos, de datos concurrentes y no siempre excluyentes, del razonamiento del jurista.

222 Johann Eisenhart ampliaba esta fórmula explicando que los criterios para llamar «bueno» a algo en el derecho podían ser reducidos a tres grupos: «(I) sive honestate sive utilis, sive iucunde; (II) sive aequalis, sive inaequalis; (III) sive simile formis, sive dissimile formis amicitiae species». *Vid. De usu principiorum moralis philosophiae in jure civili condendo et interpretando*. Helmstadt, 1726, cap. 2, § 10, pp. 17-18. Estos criterios o principios morales que, según el mismo Eisenhart, forman una «ingente multitud» (*op. cit.*, cap. 2, § 1), se encuentran en las normas del derecho positivo que, desde este punto de vista, operaban a modo de receptáculos de la moralidad («argumentis in morali scientia sua velut receptacula et scaturigines inveniunt», *op. cit.*, Praefatio, p. 5), porque las normas morales se encuentran escondidas bien en las mismas leyes generales, bien en las decisiones concretas: *Vid. op. cit.*, Praefatio, p. 2.

Cuando se comienza a hablar del *Jus Naturale*, en el siglo XVI, como de una disciplina o saber distinto del *Jus civile*, esta expresión ocupa el lugar de la *justitia*, palabra o idea que aparecía ante muchos de los progresistas de la época como anticuada o desprestigiada. Por ello, en lugar de la *justitia*, o de la *aequitas* (término más antiguo), la jurisprudencia «jusnaturalista» y más racionalista que se inicia en el siglo XVI, tomó la denominación de derecho natural, con la consiguiente cosificación y rigidez que implicaba ya este simple nombre para los contenidos de este derecho. Supongo que la conciencia colectiva europea tomó en préstamo el rótulo de derecho natural porque esta apelación —derecho natural— ha sido siempre el grito de los descontentos, como señalaba Henri de Page. Y estos descontentos pretendían sustituir la ciencia del derecho existente hasta entonces por una nueva idea del derecho: no atacaron un sector del ordenamiento jurídico entonces vigente, sino el ordenamiento jurídico mismo. Para oponer con pretensiones de éxito un derecho a otro derecho, lo más adecuado fue llamar al nuevo derecho que ellos pretendían derecho natural, porque el adjetivo «natural» indica un nivel superior de exigencia, de racionalidad o de impositividad.

Fernando Vázquez de Menchaca situó el nervio del nuevo razonamiento jurídico en los derechos naturales (*jura naturalia*) de los individuos en el «estado de naturaleza». Pero, además de su precipitación histórica, en Vázquez destaca su falta de formación filosófica. Luis de Molina y Francisco Suárez se hicieron cargo en mayor medida de la complejidad del problema, y solían escribir que «el derecho puede ser entendido de tres modos»: como aquello que es justo en el caso concreto, como las leyes generales y como la libertad natural del hombre. ¿Eran honestos cuando proponían entender el derecho como «aquello que es justo»? Nadie lo puede saber, pero lo realmente cierto es que concedieron de hecho poca atención a esta faceta del derecho y situaron el peso de sus explicaciones en las leyes y el *ius naturale* que consiste en la libertad de cada persona. Podemos decir que fueron sincréticos. Lo mismo sucedió con Hugo Grocio, veinte años más tarde: el holandés usa varias nociones del derecho simultáneamente, como ya hicieran los escolásticos españoles, y parece conceder, del mismo modo que ellos, más importancia a la libertad natural del individuo, que le hace capaz de concluir contratos.

Pero uno y otros fueron aún tímidos: querían afirmar la libertad natural del hombre, pero sin renunciar a un universo poblado por las esencias de las cosas en la mente divina, inmutable y eterno. Por azares de la historia, solamente Gabriel Vázquez de Belmonte es conocido hoy como el defensor de una metafísica así: pero, de hecho, Luis de Molina y Francisco Suárez no le fueron a la zaga. Hugo Grocio, formado en los libros de estos escolásticos (y con una formación jurídica deficiente, si lo comparamos con Luis de Molina, por ejemplo), siguió los pasos que recomendaba la prudencia del momento, y también reafirmó el universo de las formas y esencias inmutables. Sin temor a exageraciones, podemos afirmar que, a mediados del siglo XVII, ésta era la filosofía escolástica dominante en la Europa que vela con desconfianza a Descartes, la filosofía de quienes se oponían ya entonces a la creciente corriente secularizadora que estaban representando Thomas Hobbes y Samuel Pufendorf. Fue lógico que en la polémica contra Pufendorf (de Hobbes ni se ocuparon, dado su talante abiertamente ateo), usaran las armas escolásticas que conocían, y frente al nominalismo del alemán apareció un universo eterno de esencias.

Lo realmente curioso, es que los católicos (que parecerían haber sido los más influidos por la filosofía escolástica) no participaron en estas discusiones. Los enemigos de Samuel Pufendorf fueron protestantes, y Ziegler, Alberti o Velthelm opusieron al empeño secularizador de Pufendorf lo que entonces parecía la médula de la genuina ortodoxia cristiana. Cuando los católicos tomaron cartas contra el *Jus naturale et Gentium* moderno (cosa que comienza a suceder a mediados del siglo XVIII, con Ignatius Schwarz), siguieron lo que era, «evidentemente», la filosofía propia de un cristiano. Así, Schwarz, Desing o Finetti enlazan con los últimos integrantes de la Segunda Escolástica, aunque ahora, ya diluida por el tiempo, solamente sobrevive Francisco Suárez, a través de cuya obra dos siglos han interpretado la Suma Teológica de Tomás de Aquino y, en general, el pensamiento del *Jus Commune*. Cuando las universidades de las zonas católicas comiencen a levantar cabeza en el siglo XIX, los neoescolásticos más conocidos, como Taparelli, Prisco, Orti y Lara, presentarán como dato evidente y máximamente comprensible, que la justicia les llega a las

leyes humanas a través de su adecuación con la Ley natural, que no es sino participación de la naturaleza humana en la Ley Eterna. Traspusieron los esquemas propios del Estado a la comprensión de los hechos jurídicos: tampoco sabían distinguir (si es que puede haber una distinción precisa) entre leyes y derecho. Cuando la filosofía neokantiana distingue entre ser y deber ser, a finales de siglo, Cathrein pudo explicar que el deber ser ha de seguir al ser. Era el triunfo del criterio *ex objecto*, que Tomás de Aquino estudia reiteradamente en la *Prima Pars* de la *Suma Teológica* sin decidirse nunca a adoptarlo.

El pensamiento metafísico también se había resentido de la objetivación que operaron en él los escolásticos españoles: parece que el siglo XVI ha representado ante todo perfiles precisos, tanto en la filosofía teórica como práctica: lo que había sido teología viva en la Baja Edad Media fue elevado por Trento a dogma, y la filosofía práctica abandonó el campo de la discusión y el diálogo para encontrarse más cómoda en las tendencias puritanas. En este contexto fue comprensible que aquellos escolásticos, muy porosos para percibir las incitaciones del ambiente, hablaran de lo que es en sí y por sí, y dieran una nueva vida a la filosofía sobre las sustancias. Aún a mediados del siglo XVIII, Johann Eisenhart, profesor de derecho romano, contraponía la metafísica y la tópica a la lógica, y explicaba que la metafísica y la tópica es la doctrina que enseña las causas desde los efectos, los principios desde los *principatis*, los primeros elementos desde los últimos, los antecedentes desde los consecuentes, el todo desde las partes, y enseña a separar lo que es diverso²²³. Pero Eisenhart ya pertenecía a una especie extinguida.

SÍNTESIS

El público universitario entiende que la doctrina del derecho natural dominante en la tradición jurisprudencial ha consistido ante todo en metafísica y ontología aplicadas al derecho, en las que se ha

²²³ «Metafísica et Topica doctrina ostendunt causas ab effectibus, principia a principatis, priora a posterioribus, antecedentia a consequentibus, totum a partibus, idem a diverso secernere et segregare». *De usu principiorum moralis philosophiae in jure civili condendo et interpretando.*, cit., Praefatio, p. 4.

enseñado que la Ley natural es una participación de la Ley Eterna de Dios, y que las leyes de origen humano sólo serían justas en la medida en que se deriven de aquella Ley natural. Esto, sin dejar de ser cierto, no es verdadero. Desde el siglo XII al XVII ha dominado una reflexión sobre el derecho natural que ha tenido en cuenta igualmente las inclinaciones racionales y las sensitivas del hombre, y las circunstancias contingentes en la historia, que pasaron a formar parte del derecho natural, que se desdoblaba, así, en un derecho natural de pasado, de presente y de futuro.

Los últimos escolásticos españoles (Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez) volvieron más rígida la metafísica poblándola de naturalezas de las cosas eternas e inmutables, existentes en la Ley Eterna de Dios, y en la polémica del siglo XVII contra las pretensiones secularizadoras de Samuel Pufendorf, los adversarios del alemán usaron con toda naturalidad la metafísica suareciana que —parecía evidente a toda la época— era la filosofía genuinamente cristiana. Los escolásticos del siglo XVIII que reaccionaron contra la Escuela Moderna del derecho natural solamente conocieron a Tomás de Aquino a través de Francisco Suárez, y desde entonces la suerte del derecho natural quedó echada: la neoescolástica que teorizó sobre el derecho natural en los siglos XIX y XX ha distinguido fluidamente entre «ser» y «deber ser» y ha entendido que éste debe fundamentarse en aquél.