

CAPÍTULO CUARTO

LOS JURISTAS REFLEXIONARON SOBRE SU TRABAJO

La ley *Ex hoc jure* (con su contexto) había enseñado a toda una cultura que el poder político, las propiedades, las guerras, etcétera, existen porque tienen una razón para existir basada en la utilidad común. El cardenal Bolognnetus, François Conan, Joachim Hopper, Gregorius Tholosanus, llevaron hasta sus últimas consecuencias, en la segunda mitad del siglo XVI —en el canto del cisne de la *jurisprudencia* romanista—, la doctrina medieval de la causa: si una institución tiene una causa para existir está justificada, y si no la tiene no puede estar justificada jurídicamente.⁴³⁵ El mismo derecho natural se nutre de la utilidad (*Utilitas, id est jus gentium quod per hominum necessitatibus est inductum*),⁴³⁶ y no existe diferencia entre el derecho de gentes y el derecho natural, al menos con un sector de éste, como explicó Conan, entre otros. Argumentaron así, con la rotundidad de Conan o Bellapertica, porque veían aproximarse la doctrina que hacía descansar el derecho y la justicia en *qualitates morales* de los individuos, y para un jurista cuya tarea consiste en medir, es difícil manejar las rígidas magnitudes inconmensurables en que consisten las cualidades morales de las personas. Grocio, siguiendo la terminología de Francisco Suárez,⁴³⁷ habló de la *Qualitas moralis personae competens* para definir a la libertad individual,⁴³⁸ y Samuel Pufendorf dejó claro que la *persona* es un ser portador de una cualidad de libertad “Al modo espacial, que tiende a difundirse en la

⁴³⁵ La consideración de la ‘causa’ era unitaria. Bellapertica escribe que “Dicunt quidam esse reperire duplicem naturalem: una est generalis, alia est specialis. Truffae sunt. Dico una sola naturalis est, contra tunc non ageretur”. *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, p. 85.

⁴³⁶ Accursio escribía: “Necessitas, id est jus gentium, quod per hominum necessitatem est inductum...”. *Corpus Juris Justiniani...*, *cit.*, glosa “h” a “Ergo omne jus”, l. I, tít. IV, p. 44 de esta edición.

⁴³⁷ Suárez escribía que “Quod licet proprietates physicae manentes a natura, soleant esse immutabiles naturaliter; nihilominus hae proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu iura...”. *Tractatus de legibus...*, *cit.*, 1612, l. III, cap. 3, § 6.

⁴³⁸ En opinión de Beuchot, el creador de la figura de la ‘qualitas moralis’ fue Juan de Gerson. Véase *Derechos humanos*, *cit.*, p. 33. Explica Beuchot que “El que propiamente extrae la noción del derecho subjetivo activo es Juan de Gerson pero, a diferencia de Ockham, él

mayor medida posible” (*Ad analogiam spatii... quae est velut maxime sui diffusiva*), a la que John Locke añadió, treinta años más tarde, la de ser propietario en sentido absoluto, sin limitación en la cantidad de propiedades. Los últimos grandes teóricos de la *utilitas* del género humano como motor y fuente de la mayor parte del derecho natural fueron Hermann Conring, Ulrich Huber, Hugo de Roy, Johannes Althusius o, ya en el siglo XVIII, Giambattista Vico o Johann Eisenhart. Pero sus explicaciones quedaron ahogadas en la polvareda que habían originado las enseñanzas de Pufendorf, normalmente provocadoras, y las explicaciones metafísicas y teológicas que provenían de los enemigos protestantes de Pufendorf, que fueron aceptadas muy poco críticamente por los católicos del siglo XVIII que, como Ignatius Schwarz, Juan Francisco Finetti o Anselmo Desing, se opusieron a las pretensiones secularizadoras del *jus naturale* moderno que arrancó de Pufendorf.⁴³⁹ En el siglo XVIII el talante prudencial, atento a la *utilitas* colectiva, fue sustituido en la teoría sobre el derecho natural por el estilo metafísico. Fue inútil que Desing (el más lúcido de estos autores) clamara que “Esta reducción es metafísica, no práctica ni jurisprudencial”.⁴⁴⁰ Fue igualmente inútil que Vico destacara la importancia de la *utilitas* en la constitución histórica del ser humano, cuestionando la posibilidad de considerar una naturaleza humana dada de una vez por todas. La suerte estaba echada durante dos siglos, y la Edad Contemporánea se abrió con jusnaturalismos que querían derivar el deber ser desde el ser, lo normativo desde un supuesto orden inmutable de las cosas.

La objetividad de la causa introducía a veces la necesidad del cambio de la ley natural. Ésta no era enteramente mutable: una *quaestio* que era propuesta frecuentemente en las escuelas bajomedievales, como ejercicio escolar dialéctico, era la de si la *civitas*, para evitar su destrucción, podía entregar al inocente causante de la guerra. Las respuestas fueron siempre concordes: nunca se puede entregar a un inocente. Y es que sucedía que, en

sistiene que al dominio pertenece por entero la libertad, la cual es una facultad irrestricta, dada por Dios al hombre”.

⁴³⁹ Véase el estudio de Cabrera, Leticia, *Modernidad y neoescolástica: Anselm Desing*, Universidad de Cádiz, 2002.

⁴⁴⁰ “Quod si etiam constare hoc posset, nihil interest Juris naturae, devenire ad primum; sed haec forte Metaphysici aut Logici posset esse cura. Jus naturae practicum est, in qua nemo desiderat prima omnium principia, ceteris omissis, adhiberi”. *Juris Naturae larva detracta*. Monachii, 1753, cap. IV, *thema* VIII, § 2. En el cap. V, *thema* XII, § 1, escribe que “Jus autem omne in actionibus situm est, quae omnes sunt contingentes et particulares. Et si reducantur, reductio est metaphysica non practica nec jurisprudentialis. Jurisprudencia enim est, regulas, quas etiam habet, generales applicare ad agendum in particulari; non vero peculiare reducere ad universale. Hoc posterius facile est, et possunt illud maxime otiosi: illud prius difficile, et non possunt nisi experti”.

sus doctrinas, los primeros principios de la conciencia o razón práctica estaban actuantes omnipresentemente, tanto al inicio del razonamiento como en cualquiera otra de sus etapas. Indiqué que el mejor estudio que hizo la Edad Moderna sobre este tema fue el de Johann Eisenhart, “De usu principiorum moralium in jure civili condendo et interpretando”. La pretensión de Eisenhart era mostrar cómo las estrategias teleológicas de los *moderni*,⁴⁴¹ tales como Hobbes, Pufendorf, Locke, Gundling o Schmauß, que decían prescindir de la conciencia en nombre de un desarrollo lógico o matemático desde un *principium unicum*, era inanes en la realidad. La praxis lleva a modificar algunos principios, no todos, pero esto es así porque existía un ‘super-principio’ que ordena constantemente: “obra racionalmente”.⁴⁴² Y junto a este *Oberprinzip* estaban operantes todos aquellos otros principios que dan a la categoría de la praxis su razón de ser: porque la actuación práctica (adjetivo que deriva de praxis) no consideraba —al modo técnico o poético— un fin último que debiera ser alcanzado incondicionalmente, sino que tenía igualmente presentes los principios primeros que constituían la bondad sin más, y al margen de los cuales no hubiera tenido sentido la alteración de la ley natural. Los medievales eran muy conscientes de la falta de sentido práctico de decir “no mates para...” o “no mientas para...”. Solamente cuando la praxis devino teleología estratégica⁴⁴³ (lo que sucedió por primera vez con Thomas Hobbes de forma acabada) fue necesario recordar esta verdad.

El derecho natural era la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas* y era, al mismo tiempo, “Aquello que siempre es bueno y equitativo”. El poder político, con sus inevitables relaciones de dominio, se opone a la igual libertad de todos, por lo que ‘es contrario’ al derecho natural, y lo mismo sucedía con otras instituciones tenidas entonces por irracionales, como los testamentos (porque nadie puede disponer de sus bienes una vez muerto) o inmorales, como la *praescriptio*, la *usucapio*, o la tolerancia de la prostitución,

⁴⁴¹ Sobre esta teleología, véase Dufour, *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, París, PUF, 1991, p. 123.

⁴⁴² A esta realidad parece referirse Tomás de Aquino cuando escribe que “Est tamen attendendum quod quia rationes rerum mutabilium sunt immutabiles, sic quicquid est nobis naturale quasi pertinens ad ipsam hominis rationem, nullo modo mutatur, puta hominem esse animal. Quae autem consequuntur naturam, puta dispositiones, actiones et motus mutantur tum in paucioribus. Et similiter etiam illa quae pertinent ad ipsam justitiae rationem nullo modo possunt mutari, puta non esse furandum, quod est injustum facere”. *Com. Eth...*, cit., § 1029.

⁴⁴³ Esta terminología puede desconcertar al lector. Pero piense que la Modernidad (ya la refiramos a Hobbes, Locke o Schmauß), propuso *constructos* teleológicos en los que las conductas eran calificadas moralmente según tendieran o no a un fin último. Componían —según la terminología algo tremenda de los sociólogos actuales— ‘estrategias teleológicas’.

pero que, sin embargo, son útiles a todos.⁴⁴⁴ En consecuencia, “Lo que siempre es bueno y equitativo y amigo del género humano” tenía que ser recordado o modificado a fin de hacer posible la vida humana; sabemos que se trataba de una derogación parcial del derecho natural que ha sido operada por el derecho de gentes, ese orden normativo que, más ajustado a las necesidades reales de la convivencia humana, justifica la tolerancia jurídica de la prostitución o el fraude tolerable en los contratos, según explicaba nuestro máximo escolástico, Francisco Suárez.⁴⁴⁵

Estas explicaciones quedaron mejor aclaradas en el siglo XVI, que es el primer momento en la historia en el que los juristas reflexionan expresamente sobre los fundamentos del derecho y de la ciencia jurídica. Los juristas siguen entendiendo que el derecho natural y la justicia constituyen una participación del hombre en el conjunto de la naturaleza, de modo que la actividad verdaderamente racional es aquella que hace que el hombre no pierda su lugar en la creación: el ser humano es un momento de lo creado. Esta forma de entender las relaciones del hombre con el mundo —relaciones desde las que se deben extraer las normas de su comportamiento— hizo que el sector romanista de los juristas no se adscribiera a la corriente *racionalista* en el derecho que se insinúa ya en el siglo XVI. El hombre es una criatura más y, dado que el derecho natural es también *Quod natura omnia animantia docuit*, estos juristas atienden más a las realidades específicamente humanas, aunque sean comunes con los animales, que no a postulados y razonamientos pretendidamente fundamentadores de la ética. Juan Bolognnetus, Diego de Covarrubias, Miguel de Ulzurum o Andrés de Exea, entre otros, en el siglo XVI, mantuvieron que la actividad humana era medida por la realidad, y no al revés.

⁴⁴⁴ Véase mi artículo “Los escolásticos sobre la prostitución”, *Anuario de Derechos Humanos* (Universidad Complutense), 7, t. I (2005), pp. 217-263.

⁴⁴⁵ “Pero quiero añadir que entre el derecho de gentes y el derecho natural hay una diferencia, y es que el derecho natural no sólo manda las cosas buenas, sino que además prohíbe las malas, de tal manera que no permite ninguna de ellas; en cambio, el derecho de gentes puede permitir algunas cosas malas, como observó Juan de Matienzo. Esto parece tener lugar sobre todo en el derecho de gentes que en realidad es civil, pero que se llama derecho de gentes por la semejanza y coincidencia entre los pueblos. Según esto, de la misma manera que en el derecho civil se permiten algunos males, así también pueden permitirse en el derecho de gentes, ya que la misma tolerancia puede ser tan necesaria dada la fragilidad y la naturaleza de los hombres y de las cosas que casi todos los pueblos coinciden en admitirla: tal parece ser la tolerancia de las mujeres públicas y del engaño en los contratos con tal de que no sea excesivo, y de otras cosas semejantes”. *Tractatus... cit.*, trad. de J. R. Eguillor, libro II, capítulo XX, artículo XX, § 3.

I. EXPLICACIONES RENACENTISTAS SOBRE LA NOCIÓN DEL DERECHO NATURAL

Juan Bolognettus, al que no hay que confundir con su hermano Alberto, el autor del *De lege, jure et aequitate disputationes*, quizá el primer tratado de filosofía del derecho que ha existido, entiende que la definición de Ulpiano según la cual el derecho natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales, es correcta y, si hay discusiones sobre ella, “Tales confusiones se deben a la ignorancia de los doctores”.⁴⁴⁶ En realidad, “El derecho natural, en su sustancia, es común a todos los animales”, pero sucede que “Posteriormente, las formas de usarlo y de conservarse los individuos y de perpetuarse los géneros son diversas”. Esto es así “Porque los peces se conservan en el agua de un modo, de otro modo las plantas y las piedras, y de forma distinta los hombres, quienes, con su razón, y con el uso de su intelecto, conservan los individuos y perpetúan el género”.⁴⁴⁷ Y como el modo de participar cada ser en esta ley natural es distinto, porque los irracionales siguen necesariamente sus inclinaciones, pero los hombres disponen de razón, Juan Bolognettus declaraba que existe un “Derecho natural de los hombres que se fundamenta en un precepto de la naturaleza que no es común a todos los animales, y que se llama con más propiedad derecho natural de los hombres”.⁴⁴⁸

Diego de Covarrubias sigue la doctrina de Juan de Torquemada, al que se remite expresamente, y entiende que materialmente (*materialiter*) todas las inclinaciones naturales comunes a hombres y animales constituyen derecho natural, pero formalmente (*formaliter*, esto es, “en cuanto a la razón del derecho”) solo se puede hablar de derecho natural en los hombres.⁴⁴⁹ Miguel de Ulzurum, uno de los llamados a colaborar en el primer volumen del *Tractatus universi Juris*, entiende que “Aunque la ley natural en la que participan las criaturas irracionales, puede ser llamada con propiedad ley”,⁴⁵⁰ el derecho natural no se manifiesta del mismo modo en los animales y en

⁴⁴⁶ *In eam Pandectarum Partem...*, cit., ley 1a., D, de acq. pos., § 280, p. 210 de esta edición.

⁴⁴⁷ “Jus naturale in sua substantia sit commune omnibus animantibus... postea modos eo utendi, et conservandi individua, et perpetuandi genera dicitur esse diversas... alio modo se conservant pisces in aqua, alio modo aves in aere, alio modo plantae et lapides, et alio modo homines, qui cum ratione, et discursu intellectus conservant individua et perpetuant genera”. *Idem*.

⁴⁴⁸ *Idem*.

⁴⁴⁹ *Relectio in Regulam Peccatum*, Salamanca, 1578, § 4.

⁴⁵⁰ “Illa lex naturalis, quae participat irrationali creaturae proprie dicitur lex”. “Tractatus regimini mundi”, *Tractatus universi Juris*, Venecia, 1584, vol. I, pars I, *quaestio* 3, § 22.

los hombres,⁴⁵¹ sino que tal derecho, “Dado que los animales son distintos, inclina a aquellos que son diversos a [operaciones] diversas”.⁴⁵² Andrés de Exea dice explicar este tema “De un modo más filosófico”.⁴⁵³ El derecho natural, según Exea, se proyecta sobre *omnia animalia* a través de las potencias sensitivas, y por este hecho pertenecen al derecho natural la unión del marido con la mujer, rechazar la violencia con la violencia, etcétera. Pero el hombre posee una ley natural más amplia que la de los animales, gracias a la razón, ya que mediante ésta, los hombres somos capaces de comprender que hay que obedecer a los padres o devolver el bien con el bien,⁴⁵⁴ cosas que no pueden comprender los otros seres naturales.

Lo que el derecho natural demanda del hombre se reconoce también a través de sus apetitos y tendencias naturales, analizando las necesidades humanas de forma inductiva. El derecho natural no es una construcción racional, al modo moderno, para el que el hombre es solo una ‘esencia racional (*vernünftiges Wesen*), que ha de seguir las leyes de la racionalidad pura. De todos modos, la discusión, ya secular en el siglo XVI, entre los partidarios de entender el derecho natural como aquello *Quod natura omnia animalia docuit*, y los que querían ‘racionalizar’ este derecho, llevó a un cierto endurecimiento un tanto unilateral de las actitudes.

II. EL DERECHO NATURAL COMO UNA REALIDAD RACIONAL

Hablo de unilateralidad y de rigidez en los planteamientos, porque Alberto Bolognnetus, entre otros muchos, reducía exclusivamente el derecho natural a los *prima principia* de la razón práctica.⁴⁵⁵ La *ratio* que considera A.

⁴⁵¹ “Jus naturale non consistere uniformiter in omnibus animantibus rationalibus et irrationalibus”. *Tractatus...*, *cit.*, pars II, q. 3, § 7.

⁴⁵² “Sicut diversa animalia [sunt], inclinat diversos ad diversa”. *Tractatus...*, *cit.*, pars I, q. 3, § 7.

⁴⁵³ “Et licet circa obligationes illius Juris diversi modo sentiat: ego tamen philosophalius distinguet”. *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 121.

⁴⁵⁴ *Idem*.

⁴⁵⁵ “De lege, jure et aequitate disputationes”, *Tractatus universi Juris*, *cit.*, vol. I, cap. 3, § 11. Explicaba más extensamente su doctrina cuando escribía que “At nos in presentia dum speculativas cum practica comparamus, hanc similitudinem consideramus in eo tantum, quod proxime dictum est. Quemadmodum enim speculativus intellectus, unde scientiae illae procedunt, habet communes quasdam notiones, ut totum esse majus sua parte, si ab aequalibus aequalia demus, aequalia remanere, Paria uno tertio inter se quoque paria esse: sic etiam intellectus practicus, unde oritur nostra Juris scientia, communis quasdam nobis suggerit principia, aequae itidem indemonstrabilia, quae proxime commemoramus”. *Op. cit.*, capitulus V, § 5.

Bolognettus es aún una *ratio* tradicional, una razón que es tal y tiene fuerza normativa por ser una participación del hombre en la razón divina, y los animales no participan, evidentemente, en la razón de Dios.⁴⁵⁶ Los *theoremata practici intellectus* (como él llama a estos primeros principios) han sido manifestados a los hombres por Dios naturalmente, por lo que constituyen una realidad más divina que humana.⁴⁵⁷ Recordemos que esta razón tradicional entiende que el derecho natural está constituido únicamente por unos *prima principia* evidentes a todos los hombres, como el que ordena cumplir lo pactado o el que condena el enriquecimiento injusto.

Este tipo de razonamientos que ejemplifico en Alberto Bolognettus destacan, ciertamente, la razón última de la exigibilidad de los principios del derecho natural en el marco de aquella filosofía, a saber: su origen divino. Pero esta clase de argumentos que mencionan únicamente los *prima principia* de la razón práctica como el contenido exclusivo del derecho natural presentan a este derecho como una actividad o realidad exclusivamente racional; esto es, únicamente cognoscible ‘en’ la razón, y aunque esto no es falso, no por ello deja de ser verdad que el hombre apenas conoce unos pocos principios, más bien vacíos por formales, si atiende únicamente al contenido de su razón; debe volver su mirada, si es que pretende comprenderse a sí mismo, hacia todas las vertientes o facetas de él mismo, en lo que se da en llamar su ‘naturaleza’, en la que muchas tendencias las posee en común con los animales, y no se descubren en la razón, aunque esta las conozca y las reconozca regulándolas. Este problema lo entendió Tomás de Aquino de forma más completa, pero el siglo XVI, momento de gestación del racionalismo moderno, solo toleraba, incluso en los ámbitos académicos romanistas, explicaciones simplemente *racionales*, como la de Alberto Bolognettus.

De acuerdo con este racionalismo incipiente, en la segunda mitad del siglo XVI la doctrina del derecho natural sufre, de la mano de los juristas romanistas, un proceso de concretización: entonces es cuando triunfa la tesis (ya proclamada en el siglo XIII por Pedro de Bellapertica) según la cual las instituciones creadas por los hombres ante las necesidades en la historia constituyen derecho natural.⁴⁵⁸ Aún Pedro de Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda y dos de los civilistas españoles más importantes del siglo XVI,

⁴⁵⁶ Albertus Bolognettus escribía que “Non nisi solis hominibus inesse rationem dicere possumus ... facit haec participatio, ut non tantum eadem illa regantur divina ratione, sed ut inde propriam rationem moventem assumant divinae quidam persimilem, sed essentia tamen ab ipsa distinctam”. *De lege...*, cit., cap. V, § 10.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, cap. VII, §§ 1 y 3.

⁴⁵⁸ Sobre este tema, véase el estudio de Megías, J.J., *Propiedad y derecho natural en la historia. Una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994.

Antonio Gómez y Gregorio López, conciben al derecho natural simplemente como un conjunto de principios ético-jurídicos fundamentales.⁴⁵⁹ Sin embargo, Martín de Azpilcueta y Diego de Covarrubias ya representan una actitud parcialmente distinta. Azpilcueta mantiene que “El derecho natural es aquello que resulta evidente al hombre o lo que se deduce de ello de una manera evidente”.⁴⁶⁰ Covarrubias, que, como jurista del *jus commune* que es, recoge fragmentos de tesis romanas y medievales contradictorias,⁴⁶¹ explica que el derecho natural abarca tanto “Los principios conocidos por los hombres mediante la luz natural [de la razón], como las conclusiones que se deducen necesariamente de estos principios”:⁴⁶² una tendencia que llegará a su cima con Francisco Suárez, en los primeros años del siglo XVII.

Estos autores entienden que la fuerza vinculante de los *prima principia* que se encuentran naturalmente en la razón procede del hecho de que la razón humana es, al mismo tiempo, una *lex divina*, como explica Fortún García,⁴⁶³ una *lex* que forma parte de la ley eterna de Dios.⁴⁶⁴ Alberto Bolognietus, igualmente, declara que el derecho natural no es una excogitación de la razón humana, esto es, una obra del hombre.⁴⁶⁵ Citando a Tomás de Aquino, escribe que “La ley natural no es otra cosa que una impresión de la razón divina, con cuya sola comunicación todas las cosas asumen aquella fuerza innata gracias a la cual siempre apetecen aquello que es bueno según su naturaleza y se dirigen hacia sus fines propios”.⁴⁶⁶ Es una realidad que, aunque

⁴⁵⁹ Belluga, *Speculum principis*, Bruselas, 1655, pp. 210 y 493; Sepúlveda, *Demócrates primero o Diálogo sobre la compatibilidad entre la milicia y la religión cristiana*, trad. de A. Losada. Madrid, CSIC, 1963, p. 165; Gómez, *Variae Resolutiones Juris civilis communis et regii omnis tribus distinctae*, Madrid, 1768, vol. I, cap. 9, § 27 y vol. I, cap. 10, § 11; López, *Glosa al Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1848, glosa núm. 1 a partida 3, título 18, ley 31.

⁴⁶⁰ “Jus naturale est quod per se notum homini, aut ex per se notis infertur”. *Opera*, edición de Lyon de 1595, vol. I, p. 490.

⁴⁶¹ A lo largo de los cinco primeros párrafos del epígrafe 11 de la *Relectio in Regulam Peccatum*, este autor hace referencias frecuentes a supuestos estadios históricos que ha pasado la humanidad. En conjunto, resulta una doctrina que parece una mixtura de las ideas medievales de Bártolo y Baldo con teorías poco precisas acerca de la condición del hombre antes y después del pecado de Adán.

⁴⁶² “Ut principia lumine naturali a hominibus cognita, et conclusiones, quae ab eisdem principiis necessario deducuntur”. *Relectio in Regulam Peccatum*, *cit.*, epígrafe 11, § 4.

⁴⁶³ “De ultimo fine Juris canonici et civilis”, *Tractatus Universi Juris*, *cit.*, vol. I, § 467.

⁴⁶⁴ *De ultimo fine...*, *cit.*, § 126.

⁴⁶⁵ “Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingenii excogitatum neque fictum aliquod esse populorum, sed aeternum quoddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia”. *De lege...*, *cit.*, cap. 3, § 3.

⁴⁶⁶ “Lex vero naturalis nihil aliud est, ut divus Thomas declarat, quam divini numinis impressio, cujus solius communicatione res omnes innatam illam vim assumunt, qua bonum

humana porque reside en el hombre, es de origen y naturaleza divinas, ya que la ley natural no puede ser distinta de la ley eterna de Dios.⁴⁶⁷ Lo mismo mantiene Miguel de Ulzurrun, aunque este autor acentúa fuertemente el carácter imperfecto y corrompido de la razón humana,⁴⁶⁸ y esta corrupción que ha experimentado nuestra razón hace que esta deba ser llamada “Más una corrupción que no una razón”.⁴⁶⁹ En consecuencia, Ulzurrun se ve forzado a acentuar el carácter divino de la ley natural, de forma que esta deja de ser en cierto modo una realidad humana y se confunde, más bien, con la ley eterna divina.⁴⁷⁰ Como realidad suprahumana que es, no está apenas al alcance de los hombres, y estos deben aceptar los *prima principia* que constituyen el derecho natural —escribe Ulzurrun polémicamente— sin la pretensión de conocer su necesidad racional⁴⁷¹. Por tanto, el derecho natural es algo bueno y santo exclusivamente porque procede *Ex rationabile Dei voluntate*, y “Nadie, excepto Dios mismo, puede indagar en la razón y en la voluntad divina, o lo que es lo mismo, en la ley divina”.⁴⁷²

III. EL DERECHO NATURAL Y LAS TENDENCIAS NATURALES DEL HOMBRE

La *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*, expresiones máximas de la libertad e igualdad de los hombres, siguen presentes, en tanto que parte esencial del núcleo del derecho natural, también en los juristas del siglo XVI.⁴⁷³ Fernando Vázquez de Menchaca escribía que “Yo entiendo que

semper aliquod suapte natura appetunt, atque ad proprios fines diriguntur”. *Ibidem*, cap. 3, § 8.

⁴⁶⁷ “Lex naturalis non prorsus dici possit essentia ab aeterna lege diversam, ac separatam habere; immo enim pars ipsius est, ab illa sola pendet, et promanat, ab illa denique vim, et robur omne suum assumit”. *Idem*.

⁴⁶⁸ “Ratio humana non potest participari dictamen rationis divinae, quae est lex naturalis, sed suo modo et imperfecte”. *Tractatus...*, *cit.*, pars I, *quaestio* 4, § 37.

⁴⁶⁹ “Potius corruptio quam ratio”, *Ibidem*, *quaestio* 3, § 21.

⁴⁷⁰ *Idem*.

⁴⁷¹ *Ibidem*, *quaestio* 3, § 4.

⁴⁷² “Nullus potest investigare ratione divina, ita nec ejus voluntate, sive legem divinam, nisi ipse Deus”, idea que completa añadiendo que “Sicut enim in speculativa ratione ex principiis indemonstrabilibus naturaliter cognitis produciuntur conclusiones diversarum scientiarum... ita etiam ex praeceptis legis naturalis, quasi ex quibusdam principiis communis et indemonstrabilibus”. *Ibidem*, *quaestio* 4, § 20.

⁴⁷³ J. W. Gough resume estos influjos en los propios del aristotelismo que irrumpió a partir del siglo XIII, y a la influencia de la *lex regia*. Véase *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, Oxford, 1963, p. 37.

han existido tres épocas. En la primera, al comienzo del mundo, no existían gobernantes, ni jueces, ni magistrados, ni leyes escritas. En la segunda, existieron gobernantes, pero aún sin leyes escritas. Finalmente, aparecieron las leyes escritas y las costumbres y usos de cada región”.⁴⁷⁴ La primera etapa, supuestamente histórica, en la que no existían jueces, ni poder político, ni leyes escritas, es llamada por lo general *aetas aurea*.⁴⁷⁵ Diversos autores coinciden en describirla como un estado idílico⁴⁷⁶ en el que no existía la propiedad privada ni el matrimonio,⁴⁷⁷ y en el que todos los hombres eran igualmente libres.⁴⁷⁸

En efecto, los juristas medievales siguieron la declaración de Florentino contenida en Digesto 1, 1, 4, 1: *Servitus est constitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur*. En consecuencia, cuando los hombres vivían ‘según la naturaleza’, es decir, rigiéndose solamente por la equidad

⁴⁷⁴ “Dico ergo tria fuisse tempora, primum a primordio mundi quando nec erat principes nec iudices aut magistratus, nec leges scriptae; alterum quo esse coeperunt principes non dum tamen erant leges scriptae; ultimum quo et leges scriptae vel etiam mores et consuetudines regionum particulares coeperunt”. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 70, § 5.

⁴⁷⁵ “Et talis aetas vocabatur aetas aurea”. Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 119. “Nam quum primum humanum genus proditum fuit, vigit aetas illa aurea tam a Philosophis et Sanctis laudata”. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 32. Acerca de cómo la Modernidad entendió la igualdad en el *status nature*, véase Wernher, H. L., *De aequalitate hominum in statu naturali*, Lipsiae, 1708. Para una visión más de conjunto, véase mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII”, ya cit.

⁴⁷⁶ Fernando Vázquez escribía: “Qua aetate ineunte homines inter se tam innocenter vitam degebant, quam equi inter se aut tauri inter se... Sic ergo et in specie nostra, quandiu durabat aetas illa felix aurea, tandiu homines inter se quum essent innocentissimi nullo principatu aut Jurisdictione inter se egebat aut utabantur, quia eo opus non erat quo tempore improbi sane non erant aut rarissimi erant, is principatus eave Jurisdictio necessaria minime erat; sic quae eo tempore bella nulla fuisse, quinimo nec belligerandi occasionem ullam fuisse testatur eleganter Boetius...”. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 41, § 32. Lo mismo viene a decir Francisco Conan: “Primi homines, rudes illi et agrestes... Nulla tum furta, nulla caedes”. *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 4, § 4. En el mismo sentido Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 119.

⁴⁷⁷ Sobre la propiedad privada, véase Exea, *Liber pactorum...*, cit., pp. 119 y 120; Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 6, §§ 8 y 10; Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 4, § 2; Covarrubias, *Relectio in Caput. Alma Mater, sub titulo de sententia excommunicanda, ad modum breves commentarii*. Salamanca, 1577, 3a. parte, al comienzo, § 5. Respecto de matrimonio, véase Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 317.

⁴⁷⁸ En consecuencia, no existían entonces las *servitutes*. Véase Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 82, § 1, entre otros muchos lugares; Covarrubias, *Relectio in Regulam Peccatum...*, cit., § 11, § 3; Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 5, §§ 6-8; Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 118. Un estudio monográfico, más tardío, fue el de Alethinus Libertus (Peter Ahlwardt), *Vernünftige Gedancken von der natürlichen Freyheit so wohl überhaupt, als auch in sofern selbige Gott und den Menschen zugeeignet werden müsse*, Leipzig, 1740.

natural, la esclavitud era desconocida. Pero no extrajeron consecuencias prácticas decisivas desde esta doctrina. Algunos autores del siglo XVI se limitan también con afirmar que la esclavitud no existió en ‘aquella primera edad’, sin aducir ningún motivo especial (así procede Andrés de Exea) o porque los hombres no tenían afán de poder (*nulla regnandi libido erat*), como declara Francisco Conan.⁴⁷⁹ Sin embargo, Fernando Vázquez de Menchaca extrajo por primera vez en la historia desde este *prius* que hasta entonces había sido entendido de forma meramente temporal, una regla fundamental del derecho natural: todos los hombres son igualmente libres, y la única sumisión legítima que puede existir es la que se origina en el propio consentimiento.⁴⁸⁰ En consecuencia, la única obligación sancionada por el derecho natural es aquella que se origina por la propia voluntad.⁴⁸¹ Erigió a la *naturalis obligatio* en el prototipo de todo deber en el derecho.

En esta Edad de Oro, en la que no existía aún ningún derecho de origen humano, los hombres se habrían regido por el *jus naturale*.⁴⁸² Este derecho no se limita, en los autores a que ahora aludimos, a los principios ético-jurídicos más elementales cognoscibles en la *recta ratio*, sino que se dilata mucho más ampliamente. Así, Albertus Bolognnetus, al examinar las diversas acepciones del derecho natural que utilizaban los *jurisconsulti*, distingue entre “Los primeros principios indemostrables de lo justo y de lo injusto”, por una parte, y “Todo lo que era obligatorio al comienzo”, por otro lado.⁴⁸³ Esta *aetas aurea* hubo de tener un final, porque la sociedad actual, llamada generalmente sociedad civil, es muy distinta de aquella. Expresándonos en el lenguaje de la época, ¿por qué dejó el hombre de regirse por el derecho

⁴⁷⁹ Exea, *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 119; Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, *cit.*, liber I, cap. 4, § 4.

⁴⁸⁰ Sobre el poder político, véase *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 20, § 25; cap. 47, § 5. Del mismo autor, *De Successionibus et ultimis voluntatibus libri IX in tres tomos divisus*, Lyon, 1599, 2, 1, *praefatio*, § 15; 2, 1, *praefatio*, § 44; 2, 3, 30, 86, entre otros lugares.

⁴⁸¹ *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 10, § 18. Para un enmarque histórico, véase mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, *cit.*, pp. 38-49.

⁴⁸² Decius, Felipe, *In titulum, D, de regulis Juris*, Venetiis, 1590, p. 418: “Nam quoddam est Juris gentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, naturali ratione inductum, absque aliqua constitutione hominum”. Exea, *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 119: “Et talis aetas vocabatur aetas aurea, de qua aetate vigeabant sola illa principia naturaliter ab omnibus... Idea quicquid illa aetate servavatur, nos appellamus *jus naturale*”. Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, *cit.*, liber I, cap. 4, § 4: “Jure naturale videntur uti primi homines”. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 10, § 22: “Primo tempore vigeabat solum jus naturae quod gentium primaevum appellamus”. Dos estudios más tardíos que tratan monográficamente este tema son los Linsius, P., *De Statu naturali et legali*, Jenae 1614, y el de Jenichen, G. Fr., *Dissertatio de statu civium naturale*, Lipsiae, 1721.

⁴⁸³ *De lege...*, *cit.*, cap. 20.

natural y creó el derecho de gentes, que legitima cosas tan odiosas a la razón natural como la esclavitud o la propiedad privada, que es la causa de las guerras? Al contestar a esta pregunta, las respuestas de cada jurista son muy vacilantes, y contradictorias normalmente. Conan proporciona dos soluciones, no muy congruentes entre sí. La primera era la usual entonces, y consiste en afirmar que los hombres se corrompieron, por lo que al derecho natural sucedió una “Edad peor, que llamaron de hierro” (*peor aetas, quam vocaverunt ferream*), que se distingue de la anterior, fundamentalmente, en la creación de la sociedad política o civil con el fin de evitar injusticias.⁴⁸⁴ Pero, por otra parte, afirma que la creación de la sociedad civil fue el resultado de la ampliación de los lazos que unen a los hombres entre sí: “La primera sociedad que hubo fue el mismo matrimonio; la segunda, la de los padres con los hijos”,⁴⁸⁵ y mientras mantuvieron esta unión, los hombres, que “No habían deseado los lazos de afinidad o vecindad” vivían dispersos por los campos y selvas.⁴⁸⁶ Durante este tiempo se rigieron únicamente por el derecho natural: “El derecho natural es propio del hombre solitario”, y tal derecho solo alcanza a regir esta forma primitiva de organización social: *Nec ultra processit jus naturale*.⁴⁸⁷ Posterior y progresivamente, mediante las familias, amistades, vecindades y el comercio, que viene a concebirlos a modo de escalones a través de los que se ha constituido la sociedad, fue preciso promulgar leyes y administrar justicia.⁴⁸⁸

La primera solución apuntada por Conan, es decir, suponer que una corrupción inicial del hombre hizo necesaria la creación de la sociedad civil, fue la seguida masivamente por los juristas que no hacían profesión de fe aristotélica.⁴⁸⁹ Como la sociedad civil conlleva necesariamente la existencia de unos gobernantes, era preciso, ante todo, legitimar jurídicamente la figu-

⁴⁸⁴ *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 5, §§ 6-7. Un estudio tardío fue el de Menzius, Friedrich, *De prima imperii inter homines origine*, Altdorf, 1673.

⁴⁸⁵ *Commentariorum Juris civilis...*, cit., liber I, cap. 5, § 1.

⁴⁸⁶ “Nullum adhuc cognatorum aut vicinorum praesidium sibi quaesiverant... in montibus et sylvis dissipati”. *Ibidem*, liber I, cap. 4, § 4.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, liber I, cap. 5, § 1.

⁴⁸⁸ *Idem*. Estudios más amplios sobre este tema fueron los de Hertius, J. N., *De modis constituendi civitates*, Giessae, 1695; Krumholz, C. Fr. (o Krumbholtz), *Dissertatio de civitatum origine*. Jenae, 1711; Seidel, Chr. Fr., *De civitatum origine et summae maiestatis constitutione*, Lugduni Batavorum, 1718; Schmidt, Joachim E., *Exercitatio politico-historica de civitatis origine, civitatumque systemata*, Jenae, 1745.

⁴⁸⁹ Bajo la influencia de la *Suma teológica* de Tomás de Aquino, introducida por Francisco de Vitoria como texto fundamental de sus enseñanzas, el siglo XVI vio aparecer, por primera vez en la historia de Europa, un grupo numeroso de teóricos del derecho que seguían a Tomás. Parte de ellos son los teólogos que integran la Segunda Escolástica Española. Otros son juristas, españoles normalmente.

ra misma del poder político, en abstracto. No puede ser fundamentado en el derecho natural, pues según este derecho todos los hombres son igualmente libres, y las relaciones de jerarquización y subordinación que implica la vida política eran ‘desconocidas’ por él. Fernando Vázquez de Menchaca, reparando en esta última faceta, llega a mantener que toda organización política, en sí misma considerada, es opuesta y contraria al derecho natural. Esta forma de pensar estaba extendida en el siglo XVI de la mano de las teorías romanistas que hemos estudiado, y supuso una ruptura con las ideas aristotélicas acerca del origen y naturaleza de la comunidad política, que eran las aceptadas y seguidas por los teólogos españoles de esta época que integran el grupo conocido comúnmente como Segunda Escolástica Española.⁴⁹⁰ Sin llegar a una actitud tan extremada como la de Vázquez, otros juristas mantienen que el derecho que *introdujo* a la sociedad organizada políticamente es el derecho de gentes, que solía ser llamado también “derecho de gentes secundario”, para diferenciarlo del derecho de gentes primario o derecho natural.⁴⁹¹

Tenemos, pues, una inteligencia del derecho natural que lo concibe como un orden general de libertad que ha desaparecido cuando irrumpió el derecho de gentes, que introdujo el comercio, la construcción de edificios, la propiedad, que acaba con la posesión común de todas las tierras, las guerras, la esclavitud, el poder político, etcétera. Este *jus gentium*, tal como expuse a propósito de la ciencia jurídica medieval, representaba la instancia específicamente discursiva de la razón humana cuando esta tiene que superar las dificultades que plantea la convivencia. De hecho, Instituta 1, 2, 2 explica que el derecho de gentes ha sido creado o descubierto *Usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt*. Es, pues, o constituye, el conjunto de soluciones equitativas y razonables que los hombres han institucionalizado para resolver las cuestiones que plantea la vida en común.

⁴⁹⁰ “Denique hanc artificialem defensionem, quae per modum principatus aut Jurisdictionis contigit, non solum non esse de jure naturali aut gentium primaevum, sed potius naturali et gentium primaevo adversari vel illinc intueri licet, quod illis iuribus inspectis omnes homines plenissima libertate utabantur, potiebantur, gaudebant, fruebantur. Nec dubium est quin principatus et Jurisdictio hic omnimodae libertate aliquantulum adversetur, non secus quam quaedam servitus, quam iuri naturae adversari”. *Controversiarum illustrium...*, *cit.*, cap. 41, § 37.

⁴⁹¹ Conan, *Commentariorum Juris civilis...*, *cit.*, liber I, cap. 5, § 2. Según este jurista, el derecho de gentes se diferencia del derecho natural, entre otras cosas, porque el derecho de gentes es el derecho del “Homo in societate implicatus”. *Cfr. idem*. Exea escribe: “Et ex hoc jure gentium secundario fuerunt inventi magistratus... unde obligationes, quae de jure gentium non exercebantur in invitum, coeperunt exerceri invitum, non quidem per viam actionis, sed per officium superioris manu regia, sine aliqua iudiciali solemnitate; quia tunc nec actiones erant inventae, nec iudicia”. *Liber pactorum...*, *cit.*, p. 125.

El resultado de este discurso de la razón humana, provocado *Usu exigente et humanis necessitatibus*, ¿fue considerado en el siglo XVI como un sector del derecho natural? Ya indiqué que si pretendemos responder contundentemente a esta pregunta entramos en el caos, porque las confusiones y contradicciones que encontramos en su momento entre los juristas bajomedievales continúan también durante este siglo. En plena contradicción con lo indicado pocas páginas antes, Pedro de Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda y Gregorio López identificaron el derecho de gentes con el derecho natural. El pensamiento de Covarrubias es más complejo.⁴⁹² Otros juristas, tales como Felipe Decius, Andrés de Exea, Mariano Socinus y Juan Bolognettus, mantienen que, fuera de los *prima principia* de la razón práctica, solo existe un derecho de gentes secundario, que es un derecho de origen humano.⁴⁹³ Luciano Pereña, al estudiar esta época, mantiene que la mayor parte de los juristas españoles del siglo XVI entendieron al derecho de gentes como derecho humano o positivo.⁴⁹⁴

La mayor parte de los juristas no estuvieron en todo momento a la altura que demandaban las circunstancias: sus argumentaciones aparecían ya entonces obsoletas. En estos años del siglo XVI, algún autor español, como Fernando Vázquez de Menchaca, y varios juristas alemanes —baste pensar en Hemming, Winckler y, más matizadamente, dada su talla singular, en Johannes Oldendorp— estaban hablando por primera vez en la historia del *jus naturale* como una virtualidad jurídica de aplicación inmediata a los problemas jurídicos cotidianos. En consecuencia, era exigible un esfuerzo universitario que explicara los fundamentos, alcance y límites del novedoso derecho natural, y los motivos por los que recurrían al *jus naturale* en lugar del viejo *jus civile*. Pero este esfuerzo, como veremos más adelante, fue desarrollado por una minoría de juristas: Francisco Conan, Gregorius

⁴⁹² Belluga, *Speculum...*, cit., p. 210; Sepúlveda, *Del reino y de los deberes del rey*, cit., § 19; López, glosa 1 a partida 3, título 18, ley 31; Covarrubias, en la *Relectio in Regulam Peccatum*, § 3, parece seguir una opinión de Santo Tomás, según la cual el derecho de gentes se diferencia del derecho natural *simpliciter* en que este considera a las cosas *absolute*, y el derecho de gentes con referencia a algún hecho determinado, es decir, *secundum quid*. Sin embargo, L. Pereña afirma que tal derecho, en la obra de Covarrubias, tiene una naturaleza positivo-humana, y que se fundamenta únicamente en el consentimiento de los hombres. Cfr. “La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español del siglo XVI”, *Acta Salmanticensis*, I, § 2 (1954), p. 161.

⁴⁹³ Decius, *In titulum, D., de regulis Juris*, cit., p. 418; Exea, *Liber pactorum...*, cit., p. 125; Bolognettus, J., *In primam Codicis partem*, cit., p. 72; Socinus, *Commentaria super nonnullis infortiati titulis*, Venetiis, 1593, p. 64.

⁴⁹⁴ Pereña, *La génesis suareciana del “jus gentium”*, incluido como estudio preliminar en la edición crítica del *De legibus*, IV, de Francisco Suárez, CSIC “Corpus Hispanorum de Pace”, pp. XIX-XXXV. Aquí examina las teorías de unos cincuenta juristas españoles de la época.

Tholosanus o Hugo de Roy constituyeron excepciones a lo que fue la tónica común. La mayor parte de los juristas romanistas siguieron repitiendo algo anacrónicamente el esquema derecho natural —derecho de gentes que deroga al derecho natural—. Baste pensar en David Mevius, aún en 1686.⁴⁹⁵ Ulricus Huber, el gran campeón casi en solitario de la democracia, en tanto que régimen político que —según él— mejor se adecua a la dignidad humana, seguía explicando, en el último tercio del siglo XVII, al derecho natural como los principios que se conocen sin raciocinio, y al *jus gentium* como aquellas instituciones que fueron introducidas “Porque las exigían el uso y las necesidades”.⁴⁹⁶

Se podría decir que los juristas romanistas no supieron explotar adecuadamente las virtualidades del derecho de gentes; es decir, esa instancia al mismo tiempo práctica y pragmática, creadora de la mayor parte de las instituciones jurídicas fundamentales, y se limitaron a repetir una doctrina que ya entonces aparecía anticuada. Por contra, toda la época, transida del espíritu crítico propio del Renacimiento, demandaba originalidad.

Esta corriente propiamente jurisprudencial (entonces, y a lo largo de la Edad moderna los jurisprudentes eran los investigadores del derecho romano y del *jus commune*), no cayó sin combatir. Las derogaciones del derecho natural, con su sorprendente mutabilidad y adaptabilidad, es quizá el tema que hoy más llama la atención. Dilthey no duda en decir que Giambattista Vico ha sido el primero en la historia que mantuvo la posibilidad de una ley o derecho natural variable, pero esta afirmación de Dilthey solamente se sostiene en la ignorancia tradicional que los filósofos han disfrutado sobre la historia del pensamiento jurídico. El esquema de derecho natural —derecho de gentes— derecho civil, con las modificaciones que cada uno de estos ordenamientos aportaba al anterior, estuvo vigente en las universidades desde los inicios del *jus commune* hasta casi el siglo XIX, fundamentalmente en las universidades de las zonas católicas. Vico no era más que el continuador tardío de una cadena de pensamiento que encontró sus primeras explicaciones en términos abstractos en el siglo XVI, con los Bolognettus, Hopper, Connan, Oldendorp, y en el siglo siguiente con Conring, Hugo de Roy y —entre otros— Johannes Althusius. La *Dicaeologia* de este último filósofo del derecho constituye, para el autor de estas líneas, el compendio más extenso y claro de las categorías principales del derecho común.

⁴⁹⁵ *Nucleus Juris naturalis et gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1686, *inspectio* II, § 1.

⁴⁹⁶ *De jure civitatis libri III*, liber I, cap. IV, § 1. Utilizo la edición tardía de Francofurti-Lipsiae de 1752.