

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL DERECHO NATURAL DE LOS JURISTAS MEDIEVALES

La expresión *jus naturale* es una herencia, como tantas otras, romana. En el último tercio del siglo XI el *magister* Irnerius comenzó a explicar en Bolonia un manuscrito que comprendía la compilación jurídica de Justiniano. Se trataba de la primera vez que se enseñaba en Occidente el derecho privado y público de Roma, tras un paréntesis que había durado seis siglos. Es difícil exponer la impresión que causó en Europa saber que volvía a enseñarse el derecho romano otra vez. Para conocer adecuadamente este momento cultural es preciso volver a Savigny, a su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Efectivamente, el hombre del siglo XI, apenas acabada lo que llamamos Alta Edad Media, vio en el derecho romano el retorno a una cultura superior, que sabía que había existido, pero que él ignoraba. Tengamos en cuenta que los textos romanos habían sido desconocidos incluso en el Imperio Carolingio, aunque algunas citas sueltas en documentos oficiales nos muestran que debió de existir un conocimiento fragmentario de la recopilación justiniana. La enseñanza romanística de Irnerius, en Bolonia, atrajo muy pronto a bastantes estudiantes que buscaban ejercitarse en ese *donum Dei* que era el Corpus Juris del Sacratísimo Emperador Justiniano. El derecho romano era para ellos la Verdad de la justicia, la *ratio scripta*,<sup>7</sup> y su alegación en un proceso ante un tribunal cuyos jueces supieran latín determinaba normalmente la sentencia. Las opiniones de los jurisprudentes romanos valían, pues, como lo que hoy llamaríamos derecho vigente.

Irnerio, y con él sus cuatro discípulos Búlgaro, Martino, Jacobo y Hugo siguieron la forma de enseñanza normal en aquel momento, según nos informa Martin Grabmann. Aparte de las *disputationes*, que eran cuestiones controvertidas que el maestro proponía para que los alumnos argumentaran de acuerdo con los textos, tenían lugar las *lectiones*, que eran explicaciones

<sup>7</sup> Sobre la historia de esta expresión, véase el artículo de Guzmán, A., “*Ratio scripta*”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* IV (1979), pp. 135-155.

que hacía el profesor sobre algún texto señalado del Corpus Juris.<sup>8</sup> En consecuencia, los argumentos de profesores y alumnos partían desde el texto escrito sobre el que aprendían. Aquellos juristas no concedían valor especial a la originalidad y sí, en cambio, a fundamentar su solución en opiniones ya expuestas, emitidas por personas de especial prestigio y autoridad, lo que era el caso de los jurisprudentes romanos. El *Codex*, la *Instituta* y el *Digesto* fueron divididos en párrafos, que, a falta de numeración como la que usamos hoy, eran conocidos por las primeras palabras con que empezaban, y se hablaba, así, del párrafo “Sed naturalia” de la *Instituta*, o de la ‘ley’ *Ex hoc jure* del *Digesto*. Dado que la *Instituta* fue en su momento un libro destinado a la docencia del derecho, a sus párrafos se les llamó *paragrapha*. El *Digesto*, en cambio, aparecía con otro carácter, y por esta causa a sus párrafos se les llamó *leges*.

Aquellos primeros romanistas utilizaron los manuscritos usuales del Corpus Juris. Pero aquellas *littera vulgata*, como se llamaron a estas ediciones, no eran excesivamente fiables,<sup>9</sup> y, desde luego, los juristas medievales, siempre prácticos, no acometieron la tarea de depurar su contenido mediante estudios filológicos o históricos: aceptaron los textos tal como les llegaban. Este extremo tuvo con el tiempo gran importancia, porque los humanistas de los siglos XV y XVI reprocharon a estos juristas no haber conocido el verdadero derecho romano. Desde luego, estos primeros juristas no dominaban bien el latín,<sup>10</sup> y la presentación externa de sus libros era deplorable,

<sup>8</sup> Grabmann, M., *Filosofía medieval*, trad. de S. Minguijón, Barcelona, Labor, 1928, p. 36. En la enseñanza oral, la exégesis de los textos romanos solía seguir también un cierto orden estereotipado. En primer lugar, introducían una breve aclaración para cada *lex o constitutio*; después exponían resumidamente lo que el profesor consideraba esencial del texto glosado; seguía la lectura del texto; después de la lectura, referían a ese texto los otros lugares del Corpus Juris, en donde se encontraban soluciones a casos similares; las *sententias* podían ser discordantes, por lo que era preciso proceder a las *solutiones contrariorum*. Después de poner de relieve los principios jurídicos contenidos en el texto comentado *regulae*, más conocidos como *brocarda*, venía el momento más analítico de este proceso: las *distinctiones*, y se terminaba con la exposición de la solución.

Conocemos este esquema de la *lectio* medieval en la época de los glosadores gracias a los testimonios de tres autores de aquel tiempo: Bassianus (siglo XII), El Hostiense y Odofredo de Denariis (siglo XIII). Véase sobre este tema el estudio de Weimar, P., “Die legistische Literatur und die Methode der Unterricht der Glossatorenzeit”, *Jus Commune*, 2 (1969), pp. 43-83. Una explicación sobre la estructura de los diferentes tipos de *questiones* la tenemos en Chevrier, G., “Sur l’art de l’argumentation chez quelques romanistes au XII et au XIII siècles”, *Archives de Philosophie du Droit*, XI (1966), pp. 115-148.

<sup>9</sup> Horn, Norbert, “Die legistische Literaturtypen der Kommentatorenzeit”, *Jus Commune*, 2 (1969), p. 86.

<sup>10</sup> Ugo Gualazzini considera que “Gli uomini di legge sentirono la necessità di cogliere l’essenza del pensiero del legislatore attraverso una esegesi letterale dei testi che, senza rap-

ya que, dado que el material sobre el que escribían costaba caro, procuraban expresarse de la forma más útil y compendiosa posible; de ahí las abreviaturas taquigráficas y no la lengua latina en que realmente están redactadas sus glosas y comentarios. Con el tiempo, el latín jurídico acabaría constituyendo un estilo literario autónomo.

Una vez situados delante de su correspondiente manuscrito, aquellos juristas intentaban comprender el sentido y alcance del texto que estudiaban. A este fin, volcaron sus esfuerzos en determinar el significado jurídico de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió una interpretación directa y propia.<sup>11</sup> Ellos escribían el resultado de sus indagaciones bien entre las líneas del manuscrito del Corpus Juris, o bien señalaban una palabra del texto romano con una letra, y en los márgenes de los folios desarrollaban sus explicaciones refiriéndolas a las palabras gracias a las letras indicadoras.<sup>12</sup> Los conceptos jurídicos fueron explicados tal como ya se encontraban en los *dicta* de los juristas romanos, y este fue también el caso de las nociones del *jus naturale* y del *jus gentium*, que no constituyeron excepción. Los juristas de la Baja Edad Media, que fundamentalmente buscaban comprender ese ‘Don de Dios’ que era el Corpus Juris, aceptaron, en consecuencia, al pie de la letra, los conceptos diversos y contradictorios del derecho natural que aparecen en los textos de Justiniano.<sup>13</sup> No especularon con ellos tal como usualmente se entiende esta palabra: un jurista no era un filósofo, ni era cuestión de intro-

presentare una vera e propria interpretazione, consentise ugualmente di applicare la legge nella maniera più ortodossa. Per tale motivo, essi ricorsero spesso al metodo etimologico. Purtroppo non li sorreggeva alcuna preparazione glottologica. Non conoscano neppure la regole più elementaria della fonetica, nè il greco, nè la distinzione fra il tema e la desinenza delle parole... Essi, di regola, si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche”. “Trivium e Quatrivium”, *Jus Romani Medii Aevi*, pars I, 5a., p. 38. Este último juicio de Gualazzini parece arbitrario.

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, Astuti, G., “La ‘glossa’ accursiana”, *Atti del Convegno Internazionali di Studi Accursiani*, Milán, 1969, vol. II, p. 836.

<sup>12</sup> Savigny repara en estos dos tipos de glosas al tratar de la obra de Irnerius, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función distinta. Según Savigny, la glosa interlinear tendía a aclarar el significado de una palabra determinada. En cambio, la glosa marginal tenía la función de establecer conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del Corpus Juris. *Cfr. Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Reprint de Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1956, cap. XXVI.

<sup>13</sup> Weigand indica que la actividad de estos juristas “Bestand hauptsächlich im Glossieren der Quellentexte. Ihre meist kurzen Erläuterungen sind nur zusammen mit dem erörterten Text voll verständlich. Deshalb sind von vornherein in der Frühzeit der Schule von Bologna kleine grossen zusammenhängenden Darstellungen des *Naturrechts* zu erwarten”. *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Múnich, Max Hueber, 1967, p. 18.

ducir la filosofía, normalmente risible para el jurista,<sup>14</sup> en la más seria de las ocupaciones humanistas.<sup>15</sup> Al jurista tampoco debía importarle la ciencia teológica, indicaba Accursio,<sup>16</sup> ya que, tal como nos explicaba Odofredo, la jurisprudencia es un arte que en sí mismo tiene principio y fin, cosa que no sucede con ningún otro saber.<sup>17</sup>

Se trataba de una cuestión de prestigio: la ocupación con el Corpus Juris, dada la intrínseca y casi completa racionalidad que estos textos expresaban para aquellos escolares de la Baja Edad Media, hacía del jurista un profesional superior al retórico o al gramático, y por ello enfrentado también al teólogo, con quien no compartía simpatías. Por este motivo, aunque algunos juristas de los siglos XIII y XIV poseyeron una fuerte preparación humanista,<sup>18</sup> como fue el caso de Odofredo o Baldo, entre otros, apenas usaron de sus conocimientos escolares en la explicación del derecho. Los argumentos dialécticos, silogísticos y retóricos debían ceder ante el sentido común, la *pietas*, el conocimiento del *jus scriptum* y la hombría de bien que

<sup>14</sup> Alberico de Rosate hacía suyas las palabras de Richardus: “Ipse enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo”. Véase en Paradisi, B., el texto completo, más amplio y preciso, *La “glossa” accursiana*, cit., pp. 626 y 627.

<sup>15</sup> Está aún por estudiar la pugna entre los juristas y los filósofos en esta época. Desde luego, los juristas no vieron utilidad en los estudios filosóficos de su tiempo, normalmente centrados en sutilidades dialécticas y retóricas, y mantuvieron, en cambio, como hizo Accursio, que “Civilis scientia vera philosophia dicitur”. *Commentarii Accursii et multorum aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, París, 1559, glosa “a” a Digesto, I, 1, 1. Véase, sobre este tema, a Calasso, F., *Introduzione al diritto comune*, Milán, Giuffrè, 1951, pp. 191-193, y Brugi, B., “Dalla interpretazione delle legge al sistema del diritto”, *Per la storia della Giurisprudenza e delle Università italiane*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1921, pp. 19 y 20.

<sup>16</sup> “Quod quicumque vult Jurisprudens vel Jurisconsultus esse, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore Juris haec omnia inveniuntur”. *Commentarius Accursii et multorum insuper...*, cit., glosa “e” del libro I, título II.

<sup>17</sup> En el comentario 18 a la Prima Constitutio, palabras *Omnem Reipublicam*, Odofredo escribe: “Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Just. de alia arte non. Hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur”. P. 4 de la edición de Lyon de 1550.

<sup>18</sup> Este hecho ha sido un descubrimiento reciente, ya que hasta poco tiempo ha dominado la idea de la Modernidad, aceptada acriticamente en tiempos contemporáneos, según la cual los juristas medievales constituyeron monumentos a la ignorancia. En este sentido, véase, por ejemplo, a Fassò, G., “I glossatori e il giusnaturalismo medievale”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 40 (1963), pp. 693 y ss., en donde habla, a propósito de Odofredo, de la “loro assoluta mancanza di senso filosofico”. Más recientemente, estos juicios inexactos han sido rectificadas. Véase, en una nueva línea de investigación, a Otte, G., “Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren”, *ZSS, Röm. Abl.*, 85 (1968), pp. 368-393. Igualmente, Horn, H., “Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus”, *Jus Commune*, 2 (1969), pp. 104-149.

expresaba cada jurista. Por este hecho, Alberto Bologninus, jurista *culto* del siglo XVI, y uno de los teóricos más importantes de la jurisprudencia que hemos tenido en Occidente, escribía que “Muchos no saben nada de Filosofía, y sin embargo destacan en la jurisprudencia”: *Multi sunt in philosophia rudes, qui tamen Jurisprudentiae laude excellunt*.<sup>19</sup> Así pues, ese término altamente impreciso que aparece en el Corpus Juris, que es el de *jus naturale*, no fue usado a modo de concepto con el que se pudiera jugar intelectualmente: eso hubiera supuesto caer en el proceder propio de los escolares de París. El *jus naturale* fue aceptado tal como venía en los textos romanos y, toda vez que las nociones romanas acerca del derecho natural eran confusas y contradictorias, los juristas se esforzaron por hacerlas compatibles explicando, cada cual a su modo, las discordancias.

Todo esto planteó problemas ya en su día. Los textos del derecho romano hablan del *jus naturale* y del *jus gentium*,<sup>20</sup> y la cultura cristiana asoció pronto la expresión derecho natural a la ley escrita en los corazones de los hombres de que habla san Pablo, que hace que los gentiles, sin necesidad de una revelación sobrenatural, sean leyes para sí mismos. Comenzó de este modo, ya a finales del siglo XI, un equívoco que llega hasta nuestros días. Por una parte, los textos romanos hablan del derecho natural como la libertad natural, esto es, la *naturalis libertas*, a la que se oponen instituciones tales como la esclavitud, el matrimonio o la apropiación privada de los bienes. Por otro lado, civilistas, teólogos y canonistas entendían por *jus naturale*, al mismo tiempo, una norma eterna e inmutable acerca del bien y del mal, de origen divino, impresa en la inteligencia humana. Fue lógico, resalta Hervada, que los canonistas no se entendieran sobre este tema con los civilistas. Efectivamente, los canonistas entendieron por derecho natural “Lo que está escrito en la ley y en el Evangelio”, y esto poco tenía que ver con algunas de las nociones del derecho natural y del derecho de gentes que encontramos en las fuentes romanas.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> *De lege, jure et aequitate disputationes*, Witerbergae, 1594, capítulo IX, § 8.

<sup>20</sup> El primer estudio que se hizo sobre las teorías jusnaturalistas de los *Jurisconsulti* fue el de Fernando Augusto Hommel, *Propositum de novo systemata Juris Naturae et Gentium ex sententia veterum Jurisconsultorum concinando sive De Jure quod Natura omnia animalia docuit Commentatio*. Lipsiae, 1747. El estudio más extenso ha sido el de Voigt, Moritz, *Das jus naturale, aequum et bonum und das jus gentium der Römer*, Leipzig, 1856. Existe *reprint* de Scientia, Aalen, 1966. Un estudio más breve es el de Nocera, Giuliano, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, Milán, Giuffrè, 1962. Una obra asequible es la de Hervada, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 120-137.

<sup>21</sup> Hervada, “Notas sobre la noción de derecho natural en Graciano”, *Escritos de derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1968, p. 310.

## I. DERECHO NATURAL Y LIBERTAD NATURAL: EL DERECHO NATURAL *UT NATURA*

Accursio, el autor de la *Glossa ordinaria*, una ‘summa’ de las aportaciones de las primeras generaciones de los juristas que glosaron el Corpus Juris, y que fue el documento jurídico más estudiado en la Baja Edad Media, influyente aún en los siglos XVI y XVII, entiende que el derecho natural está constituido por las tendencias naturales más importantes del hombre, entre las que destaca la libertad que *naturalmente* vive o experimenta toda persona. Efectivamente, al comentar la ley Libertas (D. 1, 5, 4), en la que Florentino mantuvo que la libertad es la facultad natural de poder hacer cada cual lo que quiera, mientras que la esclavitud ha sido constituida por el derecho de gentes, por el que se somete, *contra naturam*, un hombre a otro,<sup>22</sup> Accursio indica que “En este lugar se define la libertad atendiendo al derecho en que se fundamenta, que es el derecho natural”.<sup>23</sup> Este jurista sigue la doctrina que fue establecida ya por Irnerio,<sup>24</sup> que, en su opinión, debe ser entendida en el sentido de que el derecho natural excluye cualquier tipo de sujeción de un hombre a otro hombre, pues “Bajo el derecho natural, todos los hombres nacen libres”.<sup>25</sup> Irnerio, Azo, Placentino, o Accursio, al escribir así no sentaban ninguna doctrina original. Más bien al contrario, seguían una tradición nítida, que se reconoce en Isidoro de Sevilla, en los inicios de la Alta Edad Media, ya que san Isidoro estableció en sus *Etimologías* (una enciclopedia con un resumen de los saberes del siglo VII), de acuerdo con su formación romanista, que lo que él llama la ‘Igual libertad de todos’ (*Omnium una libertas*)

<sup>22</sup> Florentino escribía: “Libertas est naturalis facultad ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Servitus est constitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subjicitur”. D. 1, 5, 4. Ed. de Mommsen-Krüger, Berlín, 1954.

<sup>23</sup> “Definit hic libertas secundum jus quo est inventa *jus naturale* secundum”. *Corpus Juris Justinianei, cum Commentariis Accursii etc.*, Lugduni, 1628, glosa “b” a D. 1, 1, 4. Para entender adecuadamente a Accursio y a los demás juristas en lo referente a las relaciones entre derecho natural y libertad, conviene tener en cuenta lo contenido en el texto de Ulpiano, también en el primer capítulo del Digesto: “Manumissiones quoque Juris gentium sunt... quae res et jure gentium originem sumpsit. Utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esse nota manumissio, cum servitus esse incognita: sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionem, et cum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi quae desiderant esse servi”. D. 1, 1, 4.

<sup>24</sup> “Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut definiatur libertas eo jure, quo inventa est juri naturali”. Glosa “c” a Inst. 1,1,3.

<sup>25</sup> “Utpote cum jure naturale omnes homines liberi nascerent nec est nota manumissio”. Glosa “q” a D. 1, 1, 4. Como puede verse, repite las palabras de Ulpiano.

y la ‘común posesión de todas las cosas’ (*Communis omnium possessio*) se fundamentaban en el derecho natural o, quizá, más bien, estas instituciones son las que componen y en las que consiste en parte este derecho.<sup>26</sup>

Este último extremo no está muy claro, y nuestra forma de pensar actual puede jugarlos malas pasadas para comprender estos textos jurídicos. En efecto, hoy se suele decir que una institución determinada ‘se fundamenta’ en el derecho natural. Pero aquellos autores no contemplaban como separados a la institución en cuestión, por un lado, y al derecho en que se fundamentaba, por otro. Quizá con más precisión que nosotros, ellos decían y escribían que “La libertad es de derecho natural” (*Libertas est de jure naturali*) y, en otras ocasiones, que la “Libertad fue introducida por el derecho natural”: *Libertas introducta est jure naturali*. Esta equiparación entre derecho natural y libertad natural en los juristas medievales quizá pueda extrañar al lector actual, que puede tener el prejuicio de creer que en aquellos siglos se enseñaba la doctrina aristotélica según la cual unos hombres nacen naturalmente destinados a ser siervos de otros. Nada más ajeno al pensamiento jurídico medieval, que no siguió en absoluto a Aristóteles en este tema, sino a los juristas romanos. El primer testimonio que he encontrado que contrapone expresamente a los *jurisconsulti* (de Roma) con Aristóteles, es el de un teólogo protestante aficionado a temas jurídicos, Johann Adam Osiander, en 1671.<sup>27</sup>

Siguiendo el sentido de los textos romanos, Accursio afirmó reiteradamente que, atendido el derecho natural, todos los hombres son igualmente libres, con independencia del *status civilis* que posean, es decir, independientemente de si son libres o siervos. Por este motivo, se opuso resueltamente a los que estimaban que la libertad creada por el derecho natural solo se refería a los hombres que eran libres o libertos, mientras que los esclavos quedarían al margen de ella. “Algunos dicen —escribe Accursio— que la libertad que aquí es definida se refiere a la libertad que es propia del hombre libre, no a la libertad del esclavo... de modo que la libertad del hombre libre

<sup>26</sup> *Etimologías*, Madrid, BAC, 1951, liber V, capítulo IV. El texto quedó reproducido en el canon VII del Decreto de Graciano. Nos indica Martin Grabmann que “Die Definition des *jus naturale* in dem Etymologien des Isidor ist von Gratian übernommen worden und ist dadurch auch Gemeingut der Scholastik geworden”. “Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin”, *Mittelalterliches Geistesleben*, Múnich, Hueber, 1926, p. 69.

<sup>27</sup> Osiander escribía que “Aristoteles putavit dari servos natura, Jurisconsulti autem sentiunt, nullum talem dari, sed libertatem esse quandam naturalem facultatem, cum omnes natura nascantur liberi. Verum recte contra Aristotelem defenditur, non dari servum natura: cum quia servitus non est naturale quid, sed civile”. *Observationes maximam partem Theologicae in libros tres de Lux. Bell. ac Pacis Hugonis Grotii*, Tubingae, 1671, p. 792.

es cosa distinta de la libertad del esclavo”.<sup>28</sup> Esta tesis le parece falsa, porque sigue escribiendo que “Aquí se define la libertad según el derecho por el que fue creada, que es el derecho natural, por lo que también se define la libertad del siervo”. La razón que le mueve a pensar así radica en el hecho de que solo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que esta realidad no puede desdoblarse en dos libertades distintas, una para el hombre libre y otra para el esclavo.<sup>29</sup> Accursio concluye, consecuentemente, que, de acuerdo con el derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre.<sup>30</sup> Esta argumentación es una síntesis, con la brevedad propia de una glosa jurídica de aquella época, de las ideas sobre el valor de la persona que se encuentran ya en el iniciador de la cultura jurídica del *jus commune*, Irnerio. Este jurista, al comentar al término ‘persona’ que aparece en Instituta 1, 2, 12, escribía: “El hombre es la más digna de todas las criaturas” (*Homo est dignissima creaturarum*), y, para mostrar la evidencia de esta afirmación, recurre al autor de la frase, Boecio, y a algunos versos de Ovidio y Virgilio.<sup>31</sup> Sus discípulos pensaron de forma igual, e incluso Búlgaro, que ha pasado a la historia fundamentalmente por su fuerte sentido de la jerarquía política y del orden social establecido, escribía que “El esclavo es naturalmente libre, y cuando se le manumite no se le da la libertad, sino que se le devuelve”.<sup>32</sup>

Los juristas, ya desde Irnerio, superaron la descripción de la realidad social y política de su tiempo y se situaron en un plano utópico, que reclamaba la libertad e igualdad para todos los hombres.<sup>33</sup> En estas líneas de Ir-

<sup>28</sup> “Alii dicunt difiniri libertatem liberi, non libertatem servi, quia ex prima vocantur, scilicet hodie liberi: non ex secundum scilicet qua habet servi. Est ergo libertas alia in servo, alia in libero”. Glosa “c” a Inst. 1, 1, 3. *Reprint* “Ex Officina Erasiana”, *cit.*

<sup>29</sup> “Libertas. Diffinit hic libertas secundum jus quod est inventa, *jus naturale* secundum unde etiam libertas servi diffinitur... alii dicunt ibi diffinitur libertas liberorum non libertas servorum. Tu dic quod libertas est facultas id est possibilitas a jure naturali potest facere quicquid vult”. Glosa “b” a D. 1, 5, 4.

<sup>30</sup> “Nam ipse [servus] semper liber est inspecto jure naturali”. Glosa “o” a D. 1, 1, 4. En la glosa “c” a Inst. 1, 3, 1 escribe: “Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut diffiniatur libertas eo jure, quo inventa est jure naturali et sic servi secundum hoc sunt liberi”. Al opinar así seguía la idea contenida en la sentencia de Ulpiano contenida en D. 50, 17, 32: “Quod attinet ad Jus civile servi pro nullius habentur, non tamen ut jure naturali, quia quod ad *jus naturale* attinet, omnes homines aequales sunt”.

<sup>31</sup> Moschetti, G., “Eticità nella glossa di Accursio sotto l’aspetto della libertà dell’uomo”, *Studia et Documenta Storiæ et Juris*, 35 (1969), p. 41.

<sup>32</sup> “Servus naturaliter est liber, et dum manumittitur non datur ei libertas, sed detegitur”, Moschetti, *Eticità...*, *cit.*, p. 45.

<sup>33</sup> Moschetti nos proporciona una explicación bastante clara de las razones que llevaban a este cambio de consideración, desde el plano de los textos romanos y de la realidad social de la época, a esta visión en contraste abierto con tal realidad. *Ibidem*, pp. 40-44. Félix Senn

nerio y de sus discípulos, continuadas por la práctica totalidad de los juristas del *jus commune* que se suceden hasta el siglo XVIII, se inicia una tendencia que alcanzará su plenitud en la Edad Moderna: me refiero a la afirmación simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos parcialmente, uno el derecho natural, que constituye pero no estatuye la igual libertad para todos los hombres, y otro el derecho de gentes. Este último es un derecho de origen humano que legitima la existencia de instituciones opuestas a las que constituye el derecho natural.<sup>34</sup> Aunque la afirmación de la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos debe ser matizada fuertemente para mantenernos fieles a los textos de esta época.

Por lo general, estos juristas, siguiendo el sentido más evidente de los textos romanos, consideraron que habrían existido dos etapas en la historia de la humanidad. En la primera, conocida como *jus naturale*, no hubo esclavitudes ni propiedades, ya que el derecho natural implicaba o consistía en la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*. Entonces no existían acciones ni juicios, lo que originaba serios problemas. Bártolo de Sassoferrato, que proporciona una explicación algo peculiar de este tema, entendía que el poder político, con sus inevitables exigencias de jerarquización y subordinación, no se oponía, sin embargo, al derecho natural,<sup>35</sup> y las controversias eran decididas directamente en aquel ‘estado de naturaleza’ por el poder del rey.<sup>36</sup> Pero Bártolo se ajusta más a la doctrina tradicional de entonces cuando, en contradicción consigo mismo, mantiene que la libertad propia del derecho natural queda destruida mediante la simple existencia de la obediencia política: “¿La ley humana puede proceder contra el derecho natural? La *Glossa* [es decir, *Accursio*] mantiene que no. Pero contra ella está el hecho de que la sentencia del juez destruye la libertad, que es de derecho natural”.<sup>37</sup> Igualmente, se ajusta más a la tradición cuando explica que bajo el derecho natural no existía el matrimonio en la forma en que hoy lo conocemos, por lo que todos los hijos eran legítimos.<sup>38</sup> Esta primera etapa de libertad acabó cuando un derecho creado por los hombres, *introducitur usu*

hizo un corto pero penetrante estudio de lo que podía entender por *libertas* un jurista que tuviera a la vista el *Corpus Juris*. Véase “Les obligations naturelles: la leçon de la Rome antique”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 35 (1958), pp. 154 y 155.

<sup>34</sup> Accursio indicaba que el derecho vigente “Partim est de jure naturali, ut libertas: et partim est de jure gentium, ut servitus”. Glosa “p” a Inst. 1,3.

<sup>35</sup> Véase sobre este tema mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (1975), pp. 272 y 273.

<sup>36</sup> *Cfr.* comentario núm. 12 a D. 12, 6, 38.

<sup>37</sup> “An contra *jus naturale* lex possit? *Glossa* tenet quod non. Contra eam facit: nam sententia iudicis tollit libertatem, quae est de jure naturali”. Comentario núm. 3 a D. 1, 4, 1.

<sup>38</sup> *Cfr.* comentario núm. 14 a D. 41, 2, 1.

*gentium* (y llamado por ello *jus gentium* o derecho de gentes, escribía Bártolo), introdujo la división de las propiedades y, con ella, la codicia que origina las guerras.<sup>39</sup> La esclavitud es una consecuencia de las guerras, pues ya que es más humano que los prisioneros sigan vivos, aunque sea en condición de siervos, que no que sean sacrificados, según la explicación tradicional romana.<sup>40</sup> Así pues, el derecho de gentes introdujo las propiedades (privadas), la esclavitud y el poder político, derogando el derecho natural y acabando con la igual libertad de todos y la común posesión de todas las cosas. Posteriormente, los hombres introdujeron el *jus civile*, expresión con la que entonces se designaba lo que hoy conocemos como derecho legislado o consuetudinario, propio de cada comunidad política, y con este último derecho se inicia la sociedad actual.<sup>41</sup> El *jus naturale*, en esta primera acepción que estudiamos, es derogable cuando hay causa proporcionada para ello. Ninguna instancia en especial declara la derogación del *jus naturale*: esta derogación es un hecho social más.

## II. EL DERECHO NATURAL *UT RATTO*

Han existido, pues, dos etapas en la historia de la humanidad. En la segunda de ellas, el *jus gentium* ha introducido las guerras, las esclavitudes, el comercio, el arte de construir edificios, las propiedades, etcétera, como declara la ley *Ex hoc jure*.<sup>42</sup> Así, frente a la simplicidad primitiva del hombre que vivía en el estado de naturaleza, el derecho de gentes ha introducido

<sup>39</sup> Cfr. comentario núm. 2 a D. 29, 1, 14.

<sup>40</sup> Sobre estos temas, véase mi estudio *Sobre la génesis...*, cit., pp. 271 y ss. Accursio entendía que “*Servitutum vel usucapionem a bono publico introducta, cum haec jure naturali sit contraria dicat non esse bona, si enim bonum est aliquid eadem ergo malum ipsum non esse, bonum est e jure naturali omnes esse liberos, dominio rem suam non auferri*”. Contesta estas cuestiones argumentando: “*Si intellectus referas ad casos supervenientes meli est servitute esse quam non esse, sic enim capti ab hostibus periret mali est rei publicare eos vivere servos quam mori ingenuos, item si ispicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius ea tolerari, aliter enim non posse probari dominium fere*”. Glosa “t” a D. 1, 1, 11.

<sup>41</sup> *Ibidem*. Esta mentalidad sobre el origen artificial y en cierto modo inmoral del poder político seguía presente en Francisco Suárez, quien aún se plantea, para rebatirla, la tesis de la ‘antinaturalidad’ de la convivencia política. Véase *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Coimbra, 1612, l. III, Proemium. Pero la justificación última por la que él explica que la titularidad del poder político no corresponde a ningún hombre en concreto, sigue deudora de la figura de la “*Omnium una libertas*” originaria. Véase I, II, cap. 2, §§ 1-3 de esta obra.

<sup>42</sup> “Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se instituyeron el comercio, las compraventas,

las instituciones jurídicas propias del hombre actual en sus circunstancias reales, y el pensamiento utópico ha cedido el paso a las necesidades que constituyen la mayor parte de la realidad o la verdad de la vida práctica humana. Es preciso aludir a este raciocinio práctico, siempre que no confundamos práctico, esto es, moral o jurídico, con pragmático. Porque la *praxis* (de donde deriva el adjetivo práctico) es una categoría griega que designa la forma de comportarse de un ser de acuerdo con su naturaleza, por lo que es una noción ante todo biológica.<sup>43</sup> En el ser humano, la *praxis* sería ante todo el arte de saber desarrollar nuestra humanidad, y por eso Tomás de Aquino usa indistintamente, a veces, las palabras “humano” y “moral”.<sup>44</sup> Lo pragmático, en cambio, es la actividad técnica que cualquiera realiza para conseguir un fin concreto, como construir un barco. Naturalmente, al tocar el tema del fundamento último del razonamiento propiamente práctico, la atención se desplaza a las explicaciones que dieron los juristas de estos siglos para mostrar cómo la simple circunstancia (las consecuencias de la codicia, de las guerras) se impone sobre la consideración que parte desde la noción de una inamovible naturaleza humana.

Algunos han entendido que el derecho natural aparece en los juristas medievales, igual que en los jurisprudentes romanos, como un ideal o meta a conseguir, pero utópico y, por ello, sin virtualidades precisas. Por este motivo, a pesar de sus raíces, que entroncan con el inicio de la humanidad —en el *status naturae*—, en contra de su pretendido rango de justicia eterna, el derecho natural que nos presentan los juristas romanistas, con su proclamación de la libertad e igualdad económica y política de todos los hombres, aparece, como indica Giuliano Nocera, destinado a representar el papel del rey que reina, pero que no gobierna.<sup>45</sup> El *ius naturale* se muestra, de este modo, como un ordenamiento jurídico inferior,<sup>46</sup> sin eficacia definida en la vida real. Son comprensibles estas afirmaciones, porque para la mentalidad

los arrendamientos y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil”. D. 1, 1, 5, traducción de Álvaro d’Ors y otros, Pamplona, Aranzadi, 1968.

<sup>43</sup> Ritter, Joachim, ‘*Naturrecht*’ bei Aristoteles. *Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961.

<sup>44</sup> Véase, entre otros lugares, *Suma teológica*, I-II, q. 18, art. 9.

<sup>45</sup> “In conclusione, ad ontà delle sue radici, lunghe e antico quanto la storia del mondo degli uomini (Inst. 1,1,11); ad ontà, dunque, della sua stessa identità con le leggi della vita zoologica (Inst. 1,2,pr.); malgrado il suo rango di giustizia sempiterna (D. 1,1,11); ad ontà, dunque, di tutti questi elementi che pongono il diritto naturale al vertice di ogni ordinamento, distaccandolo anzi dell’operare e dal consenso degli uomini, il diritto naturale conosce, più di ogni altro diritto, le contraddizioni clamorose con la realtà”. Nocera, *Ius naturale...*, cit., p. 49.

<sup>46</sup> Maschi, “Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore?”, *Studi Koschaker*, Milán, 1954.

del hombre del siglo XX es difícil entender cómo la meta moral suprema (que estaría representada en este caso por las exigencias del derecho natural) puede ser relegada en el razonamiento práctico. Nuestro pensamiento, que suele reducir la realidad jurídica a una de sus facetas (la jerarquía de fuentes, en este caso), es algo pesado para comprender la mayor libertad de espíritu propia de esta jurisprudencia.

Los juristas medievales también quisieron explicarse a sí mismos cómo era posible esta derogación cotidiana del derecho natural. Un primer razonamiento que pretende justificar la derogación parcial que ha sufrido el *jus naturale*, razonamiento que recorre toda la Baja Edad Media y lo encontramos también en bastantes juristas de la Edad Moderna, es el que realiza Accursio cuando escribe que la existencia jurídicamente legitimada de la esclavitud no supone la derogación del derecho natural, sino tan solo que este derecho “No ha sido tenido en cuenta en este caso”.<sup>47</sup> Pero, como esta explicación tenía sus desventajas, el mismo Accursio explica que el derecho natural es derogable, pero solo en casos concretos, y no en su totalidad.<sup>48</sup> Esta última explicación llegaría a ser muy popular, y se expresaba diciendo que el único precepto inmutable del derecho natural es aquel que prohíbe que sea derogado en su totalidad.<sup>49</sup>

El argumento que puede explicar satisfactoriamente la derogación de lo que entonces se entendía por derecho natural nos lo proporciona Accursio también: el *jus gentium* legitima realidades repugnantes a la razón natural, como son la esclavitud o la existencia de la *praescriptio*, ya que estas insti-

<sup>47</sup> “Sed quod dicat esse immutabile, est contra id quod de servitute dicitur: quae est contra *jus naturale*: et tamen praevalet. Sed dic, non derogatur ob hoc, licet non servetur in illo casu nam nihilominus bonum et aequum est”. Glosa “e” a Inst. 1,2,11.

<sup>48</sup> Esta opinión fue mantenida por los juristas del derecho común desde los inicios de la Escuela de Bolonia. Irnerio dejó escrito que el *jus gentium* deroga al *jus naturale* “Non in sua corporis universitate nam in singulis alter se habet, ut servitus”. Glosa “c” a D. 1, 1, 6. Sobre este tema, véase Rota, “Il diritto naturale come insieme di norme regolatrice della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 25 (1948), pp. 161 y 162. Desde Irnerio hasta Accursio, la licitud de esta derogación parcial parece haber sido la opinión dominante. Véase Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milán, Giuffrè, 1963, vol. I, pp. 120 y ss. Los canonistas salvaron la derogabilidad del derecho natural distinguiendo tres tipos de normas dentro de este derecho: las preceptivas y las prohibitivas, que son inderogables, y, como tercer grupo, el integrado por las *demonstrationes*, que sólo recomiendan, sin ordenar ni prohibir. Véase Weigand, *Die Naturrechtslehre der Scholastik...*, cit., pp. 341-347.

<sup>49</sup> “Nec obstat quod ipsum sit immutabile. Quia illud verum in suo genere: certis autem capitulis mutatur”. Glosa “r” a D. 1,1, “De jure civili”. Cito ahora por la edición de Otto Zeller (Osnabrück, 1965), que reproduce la de Lyon de 1628.

tuciones son necesarias, porque existen *propter necessitates*.<sup>50</sup> Efectivamente, recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre estos temas, la esclavitud es legítima, afirma Accursio, porque es preferible que el prisionero de guerra sea esclavizado a que sea ejecutado, y las *praescriptiones* hacen posible que las propiedades sean seguras y no estén sometidos a controversias y pleitos que se eternicen.<sup>51</sup> En consecuencia, el *jus naturale* puede ser derogado o no ser tenido en cuenta cuando existe una causa proporcionada, y en tal caso es lícito, tanto en el fuero externo como en el interno, proceder contra lo que constituye este derecho.<sup>52</sup>

A Pedro de Bellapertica, en el siglo XIII, no le convencieron estas razones, porque explicaba que en ella se establece una relación aritmética o geométrica (*de toto quo ad totum y de parte quo ad partem*), explicación que puede ser válida para explicar problemas físicos o espaciales, pero que, aplicada al caso del derecho, “No vale ni lo que se da como limosna”.<sup>53</sup> Me parece, interpreto ahora, que lo que Bellapertica pretende indicar (teniendo en cuenta el contexto de su doctrina sobre la concreción del derecho natural)<sup>54</sup> es que

<sup>50</sup> Accursio, glosa “b” a D. 1, 5, 4. Azo había mantenido anteriormente que “Jura naturalia dicuntur immutabilia... nisi justa causa interveniat vel publica utilitas”. *Lectura Codicis*, 1, 22, 6, glosa “quae generalis”. Citado por Cortese en *La norma jurídica...*, cit., vol. I, p. 121.

<sup>51</sup> Vázquez de Menchaca explicaba cuatro siglos más tarde que “Quoad tertium nempe quare usucapio fuerit introducta, respondet Jureconsultus id admissum ne rerum dominia incerta essent, et ne lites essent immortales, neque domini perpetuo timore rerum suarum amittendarum cruciarentur. Sed quonam modo deducitur lites fore immortales dominiaque; rerum est, nam principio generis humano omnia erant communia praesertim agri et campi ut est vera et communis opinio”. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium*, Venecia, 1564, cap. 51, § 9. Más adelante continúa: “Ut qui aliquid immovile suum esse duxerit, illud probare debeat, quia contra se habet praesumptionem Juris, cumque is dicat quod jus olim erat commune, degenerasse, ad sequitur; solum in particulari pertinere coepisse, id probare necesse habet... nisi quod ostenderet testamentum primi parentes Adami, quod copiam forte praedium aut praedia sibi relicta fuisse apparet”. *Op. cit.*, cap. 51, §§ 15 y 16.

<sup>52</sup> “*Jura naturalia dicuntur immutabilia*. Ormai in questa figura della *causa legis* vengono e cristallizzarsi motivi etici così forte da permettere il cedimento dello stesso diritto di natura, che pure concentra i più alti principi morali. Ma si comprende: nella meccanica del ragionamento medievale porre una causa valida a sostegno di un’azione significava assegnare a questa una intima ragionevolezza, che non portava solo sul piano logico, ma s’inoltrava bene a fondo se quello etico: perchè ogni giustificazione razionale diveniva giustificazione del foro della coscienza”. Cortese, *La norma...*, cit., vol. I, p. 121.

<sup>53</sup> Él fundamenta su negativa en lo establecido en D. 6, 1, 7 y D. 22, 1, 25, e indica que “Ista solutio non valet unum obolum”. *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi Principis, Commentarium longè acutissimum*, Lugduni, 1586, Proemium, p. 107. *Reprint* de Arnaldo Forni de la edición de 1536.

<sup>54</sup> Esta concreción y mutabilidad del *jus naturale* en los juristas las estudié en mi estudio “Historia y justicia según los juristas de formación prudencial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX (1992), pp. 351-394.

en unos momentos deben prevalecer las exigencias moralmente elevadas de este derecho, y en otros no: manda la oportunidad expresada en las circunstancias. En cualquier caso, el término ‘derogación’ no puede ser entendido en el sentido actual. Expliquemos esto: él distingue en la *ratio* genérica creadora del derecho entre una *naturalis ratio* que expresa los principios equitativos y más abstractos del derecho natural, y otra vertiente de la razón que, sin perder enteramente de vista aquellos principios éticos informadores del derecho natural, dirige la actuación humana cuando el hombre actúa ‘ante las necesidades’ (*propter necessitates*), que se concreta en el derecho de gentes. Una cosa es aquella primera razón, que solamente es una *participatio* de la inteligencia divina, y que debe ser llamada *lex divina*, y no derecho natural, y cosa distinta es el *jus naturale*, que estaría compuesto por las respuestas que hemos dado los hombres con toda razón a nuestras necesidades históricas, y que es el mismo entre los cristianos, los griegos y los turcos.<sup>55</sup> Este derecho cambia según las circunstancias, por lo que existe un derecho natural de presente, de pasado y de futuro.<sup>56</sup> El derecho natural no es derogable en el sentido que Accursio daba a este término, como si una simple parte de él pudiera perder su vigencia jurídica.

Sin embargo, estos juristas no eran lo que hoy llamaríamos unos relativistas, de modo que ellos admitieran que las circunstancias dominan por completo la vida práctica del hombre. Ellos mantenían que el derecho natural estaba relacionado de algún modo con la equidad natural, y por este hecho Accursio lo definía como aquel derecho “Que siempre es bueno y equitativo”,<sup>57</sup> el amigo perpetuo y real del género humano, como lo calificaba Baldo de Ubaldis. Era, pues, necesario explicar razonadamente por qué o cómo había sido derogado y qué superioridad práctica podía justificar esta singular derogación.

En definitiva, todas las explicaciones que se suceden a lo largo de casi seis siglos en torno a este problema giran sobre el razonamiento que, entre otros juristas, expone Bartolo: la libertad está ‘constituida’ por el derecho natural porque no se encuentra prohibida por este derecho: *Dicitur jure na-*

<sup>55</sup> *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, pp. 75 y 76.

<sup>56</sup> Todo depende de la *causa* y de su mutabilidad en el tiempo. Véase *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, pp. 108-110. En esta última página escribe “Aut quaeritur nunquid *jus naturale* in se possit tollere. Et tunc aut quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* futurum aut *jus naturale* iam introductum. Si quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* futurum. Dic quod sic, per consensum contrahitur naturalis obligatio... Aut quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* iam introductum et tunc refert: aut quaeritur nunquid hoc potest ex causa probabili: et dico quod sic. Aut quaeritur nunquid hoc potest sine causa. Dici quod non: et sic intelligo”.

<sup>57</sup> “Quod semper bonum et aequum est”. Glosa “c” a D. 1, 1, 6.

*turali primaevum esse statutum, quia per jus naturale primaevum non invenitur prohibitum.*<sup>58</sup> De este modo distinguieron entre aquello que ‘es natural’, es decir, a lo que nos sentimos inclinados naturalmente (pues viene constituido por la naturaleza), y lo que, en cambio, constituye un derecho porque viene *estatuído* por la naturaleza. El tema era, empero, espinoso. Tomás de Aquino escribía, en el siglo XIII, que “Todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente por la inteligencia como buenas... y sus contrarias como malas y a evitar. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales”.<sup>59</sup> Pero, al parecer, la simple cualidad de inclinación natural no determinaba la existencia de un verdadero derecho hacia el objeto de esa inclinación, ya que el mismo Tomás escribe poco más adelante que, dado que la naturaleza no impone la *communis omnium possessio* ni la *omnium una libertas*, la propiedad privada (*distributio bonorum*) y la esclavitud fueron impuestas por la razón humana para utilidad de los hombres.<sup>60</sup> Aparece, otra vez, el criterio de la utilidad, basado en el *propter necessitates*, que es suficiente, moral y jurídicamente, para denegar un derecho a hacer aquello que demanda una tendencia natural. Conrado Lagus, en la segunda mitad del siglo XVI, afirmaba este criterio explicando que estas exigencias del derecho natural estarían en vigor si la naturaleza humana hubiera permanecido incorrupta, tal como fue creada; pero en nuestra condición actual no cabe hablar de uso en común de las cosas o de la igual libertad e igualdad de todos.<sup>61</sup>

Por lo general, incluso en la Edad Moderna, en el área de cultura romanista, se siguió este esquema de *ius naturale-jus gentium*. El primero constituía la común posesión de todas las cosas y la igual libertad de todos, y el segundo introducía más tarde el poder político, la esclavitud y las propiedades. Los juristas romanistas, hasta ya entrado el siglo XVIII, siguieron contrapo-

<sup>58</sup> Comentario núm. 1 a Inst. 1, 2, 11. Cito por la edición de Venecia de 1616. Ciento cincuenta años antes, Bellapertica había expresado una idea parecida, según un ejemplo propuesto por Isidoro de Sevilla: “Pasar a través de un campo ajeno es lícito (*fas est*), pero no por esto existe un verdadero derecho a hacer esto”. Por tanto, este jurista entiende que “la libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas expresamente y, por este motivo, el obrar con plena libertad pertenece al *fas*, no al *ius*”. *Petri de Bellapertica...*, *cit.*, pp. 120 y 121.

<sup>59</sup> *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2, resp.

<sup>60</sup> *Ibidem*, art. 6 ad 3.

<sup>61</sup> “Proinde non inepte quidem haec officia justitiae, ad quae praestanda excitamur naturae quodam impetu, vocant his primaevum, quasi id valitum fuisse, si natura mansisset incorrupta, et talis qualis primo condita esset. Neque enim dubium est, quin rerum omnium communio, ac personarum aequalitas, ac libertas potuerit inter homines conservari, si natura immoderatis concupiscentiis non esset infecta. Postquam igitur per lapsum Adae deterior facta est nostra naturae conditio”. *Methodica Juris utriusque traditio*, Lugduni, 1562, p. 8.

niendo el derecho de gentes al derecho natural. Así, por ejemplo, Guillermo Doviatus, para explicar este tema en 1723, distinguía entre una libertad filosófica, otra natural y, finalmente, la libertad legítima. Desde los puntos de vista filosófico y natural, mantenía Doviatus, todos los hombres somos libres, pero desde el punto de vista de la legitimidad, esto es, de lo establecido por nuestras leyes, la libertad ha sido lícitamente abolida.<sup>62</sup> Era éste, de todas formas, un tema ya difícil en el siglo XVI. Pierre de la Grégoire, más conocido literariamente como Gregorius Tholosanus, estableció en principio que ninguna cosa o cualidad natural es incorruptible o inmutable, por lo que del mismo modo que es natural el nacer, por las causas contrarias es natural perecer.<sup>63</sup> La necesidad —mantenían todos— es el máximo criterio de la justicia. Pero Tholosanus mantiene, sin embargo, que el máximo grado de vileza y abyección humana está en la esclavitud.<sup>64</sup>

¿Se trataba de un pensamiento hipócrita que reconocía principios de justicia, pero que más tarde los negaba en nombre de las exigencias de las circunstancias? No parece. Tomemos un film del joven Marlon Brandon, *Queimada*. Brandon —oficial de la Marina inglesa— llega a una isla portuguesa que tiene este nombre, en donde desarrolla su labor para que los esclavos que viven allí alcancen su independencia. Finalmente los esclavos son declarados libres, y el oficial inglés vuelve a su patria. Pronto los esclavos comprenden su error: mientras eran propiedad de otros tenían asegurado el techo, la comida y el vestido; ahora, con poco trabajo que hacer, no tienen medios para subsistir, y han de irse al monte para dedicarse al bandolerismo. Brandon vuelve para preparar la instalación de las compañías inglesas que necesitaban mano de obra barata. La película acaba cuando, en el momento de reembarcar, un africano se acerca al inglés sonriéndole y tendiéndole la mano, claramente agradecido por la libertad que ya tiene. Con la mano libre, el africano mata a Brandon con un cuchillo.

<sup>62</sup> “Jurisconsulti autem nostri libertatem velut res inestimabilem dicunt, servitutum morti fere comparant. Ex quorum dictis tres libertatis et servitutis formas colligo: unam philosophicam, alteram naturalem, tertiam legitimam, hoc est a legibus nostris traditam... Est autem legitima libertas (ut Florentinus noster definit) naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur. Legitima autem servitus est constitutio Juris gentium, qua quis alieno dominio contra naturam subiicitur... libertatem ad naturam, servitutum ad hominem legem referens”. *Enarratio in responsa Jurisconsultorum naturalia*, Halae Magdeburgicae, 1723, § 7.

<sup>63</sup> “Neque naturalia omnia quae sunt, incorruptibilia vel inmutabilia sunt. Quinimo, sicut naturale est nasci: sic per contrariis advenientibus causis, naturale est per easdem causas corrumpi”. *Syntagma Juris universi*, Venetiis, 1593 (4a. ed.), pars II, liber XI, cap. I, § 7.

<sup>64</sup> “Ultimus gradus vilitatis et abjectionis humanae est in servitute”. *Syntagma...*, pars II, liber XIV, cap. I, § 24.

Tenemos, pues, un pensamiento pragmático que se imponía, cuando concurrían las circunstancias suficientes, sobre un sector de lo que entonces se entendía como derecho natural. De esta forma, la utilidad reclamada o hecha posible por las necesidades era generadora de moral: ella misma constituía argumentación práctica. Diríamos, a la vista de los textos, que el pragmatismo propio del derecho de gentes corregía la vocación siempre tendencialmente totalitaria propia de la utopía del *jus naturale*. Naturalmente, el estudioso actual puede tender a pensar que, a pesar de las declaraciones expresas de estos juristas, el razonamiento verdaderamente jusnaturalista es este último, el que se desarrolla fundamentado en el *jus gentium*. Que el genuino derecho natural no es la utopía imposible, sino la razón humana cuando, para desplegarse y avanzar proponiendo soluciones, actúa según el criterio del *propter necessitates*. Porque el razonamiento práctico medieval no pretendió basar su corrección en una deducción correcta de naturaleza lógica, como sí pretendió la Modernidad, o en una adecuación puramente técnica o instrumental entre medio y fin, como han mantenido con diversas variantes un sector de los teóricos de la acción del siglo XX. El razonamiento práctico de los juristas medievales busca más bien hacer realidad los bienes específicamente humanos, concretos o actuales, que quedan al cuidado teórico del jurista.

Esta argumentación racional que crea el *jus gentium* procede de la ‘razón natural’ (de la *naturalis ratio*, expresión entonces muy frecuente) del hombre, o es realizada *naturalmente* por la razón humana, según se expresaban estos autores. Buena parte de los juristas bajomedievales fue consciente de que la actividad específicamente racional del hombre es tan *natural* al hombre como los ideales más generales, sean la *omnium una libertas* o la *communis omnium possessio*. Por este hecho, y también al filo de los textos romanos, Accursio entendió, siguiendo a Ulpiano, que mientras que el derecho natural es aquello que la naturaleza enseñó a todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*),<sup>65</sup> el derecho natural propia y específicamente humano es el *jus gentium*. El derecho de gentes es, en cierto modo, derecho natural a causa del carácter también natural que presenta el discurso de la razón del hombre, que es la creadora del derecho de gentes. Por este hecho, Accursio escribe que el *jus gentium* está fundamentado (*inductum*) en la

<sup>65</sup> Ulpiano había dejado escrito que “Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generi proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur”. D. 1, 1, 3. Accursio glosaba esta opinión indicando que “Nam jus istud non solum est hominum, sed commune omnium animalium”. Glosa “i” a Inst. 1, 2, 3.

razón natural, y de ahí su vinculatoriedad,<sup>66</sup> aunque él no habla de obligatoriedad, sino de inmutabilidad; pero, en este contexto, es más adecuado traducir ‘immutabile’ por vinculante de acuerdo con las formas de expresión de la época.

Bártolo, del mismo modo que sus predecesores, quiere usar con precisión las expresiones *jus naturale* y *jus gentium*, pero las confunde ocasionalmente. En varios lugares propone que, cuando aparezca el adjetivo ‘natural’ referido “A la razón o a los hombres” (*relatum ad rationem vel ad homines*), debe entenderse que se trata del derecho de gentes.<sup>67</sup> Esto es así, explica Bártolo, porque el *jus naturale* designa un conjunto de inclinaciones comunes a hombres y animales,<sup>68</sup> y este derecho natural, cuando se refiera a la razón o a los hombres, constituye derecho de gentes. Baldo precisó esta distinción de su maestro y dejó escrito que “Pertencen al derecho natural todas aquellas cosas que provienen del instinto y de la inclinación natural”;<sup>69</sup> pero este instinto e inclinaciones naturales quedan limitadas solamente a aquellas que sean comunes a hombres y animales.<sup>70</sup> En cambio, “El derecho de gentes es aquel que procede de la razón y del intelecto de las gentes, del que usan casi todas ellas, que siempre es bueno y equitativo, y sin el cual los hombres no podrían vivir. Este derecho se diferencia del derecho natural como el cerebro de los hombres se diferencia del cerebro de los animales”.<sup>71</sup> Es el derecho creado por la razón natural, la *naturalis ratio*, ante las necesidades humanas.<sup>72</sup> El autor que explicó este tema más claramente fue Tomás de Aquino, que escribía que “Pertencen a la ley natural todas aquellas cosas

<sup>66</sup> “Nota quod jus gentium naturali ratione inductum, et hic unde est immutabile”. Glosa “e” a Inst. 1, 2, 1. En la glosa “i” a Inst. 2, 1, 1 explica que el derecho de gentes puede ser llamado natural porque “est rationali ratione inductum”.

<sup>67</sup> En el comentario núm. 5 a D. 41, 2, 1 escribe: “Dicitur hic, quod possessio est naturalis. Contra, illud est naturale, quod commune est omnibus animalibus, et sic animalia possident, contra, carentes sensu non possident. Dicit glossa intellige naturaliter, de jure gentium, et cum verbum naturale refert ad rationem, vel ad homines, intellige *jus naturale* vel gentium... Sic enim hoc verbum naturale, refertum ad homines, ergo de jure gentium intelligunt”.

<sup>68</sup> Cfr. comentarios a D. 2, 14, 1; D. 1, 1, 3, núm. 5; D. 12, 6, 64; Inst. 1,3 e Inst. 1, 2, 2, núm. 1.

<sup>69</sup> “Juris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat”. Comentario núm. 14 a D. 1, 1, 3. Cito por la edición de Venecia de 1615.

<sup>70</sup> Cfr. comentario núm. 1 a D. 1, 1, 3.

<sup>71</sup> “Jus gentium est quod procedit a ratione et intellectu gentium, quo omnes gentes quasi peraeque utuntur, quod semper est bonum et aequum, et sine quo homines non possint vivere. Jus gentium distat a naturali, sicut distat cerebrum hominis a cerebro animalium”. Comentario núm. 1 a D. 1, 1, 4.

<sup>72</sup> “Quod sumpsit originem a humanis necessitatibus”. Comentario núm. 1 a Inst. 1, 1, 2.

hacia las cuales el hombre siente inclinación natural. Todo ser siente inclinación natural a la operación que le es propia por razón de su forma... Por eso, siendo el alma racional la forma propia del hombre, hay en todos los hombres una inclinación natural a obrar conforme a la razón; y obrar así es obrar virtuosamente”.<sup>73</sup> Como podemos comprobar, buena parte de los medievales que se ocuparon con el derecho natural entendieron que tan natural le es al hombre la tendencia a procrear hijos, que la poseen en común con los animales, como el razonamiento inteligente ante las necesidades y exigencias de la vida. Este carácter natural del discurso específicamente humano, unido a otras consideraciones, llevó a Santiago Ramírez a mantener que el verdadero derecho natural en Tomás de Aquino es lo que entonces llamaban *jus gentium*.<sup>74</sup>

Sin embargo, estos autores, con sus dudas, vacilaciones y contradicciones, no otorgaron claramente el rango de derecho natural a lo creado o construido racionalmente ante las necesidades. Quizá el dato decisivo que los detuvo fue la manifiesta, también para ellos, inhumanidad de la esclavitud que, sin embargo, se entendía entonces como una institución necesaria, y no osaron mantener que algo tan repugnante está introducido por el derecho natural.

Mediante la razón los hombres crean también el *jus civile*; esto es, el derecho positivo de cada comunidad política concreta, adecuado a las exigencias de tiempo, lugar, costumbres, etcétera, como indicaba Isidoro de Sevilla. Pero, en principio, los juristas medievales no se atrevieron a mantener sin contradicciones que un derecho creado por los hombres constituyera verdadero derecho natural. La excepción a esta regla general, durante la Baja Edad Media, fue la doctrina jusnaturalista de Pedro de Bellapertica. La identificación clara entre el derecho natural y el derecho de gentes solo se produjo colectivamente cuando los juristas romanistas cultivadores de la *civilis jurisprudentia*, es decir, del *jus commune*, hubieron de enfrentarse al jusnaturalismo racionalista que fue, de facto, desarrollado por los protestantes en pugna manifiestamente violenta con la cultura de hecho católica.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> *Suma teológica, cit.*, I-II, q. 94, art. 3, resp.

<sup>74</sup> *El derecho de gentes: examen crítico de la Filosofía del derecho de gentes desde Aristóteles hasta Francisco Suárez*, Madrid-Buenos Aires, Ediciones Stadium, 1955.

<sup>75</sup> Sobre esta contraposición entre los civilistas o jurisprudentes, normalmente católicos, con la excepción de Conring o Althusius en el siglo XVII, y los que ya comenzaban a hablar del “derecho natural” en la primera mitad del siglo XVII, véase mi estudio “La Modernidad jurídica y los católicos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1988), pp. 383-410.

### III. LAS FUNCIONES DE LA RAZÓN EN EL DERECHO NATURAL

Gayo había dejado escrito en Digesto 1, 1, 9 e Instituta 1, 2, 1 que el derecho natural es “Lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres”, *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Ya vimos que los juristas medievales tendieron a considerar indecisamente que el derecho de origen humano puede ser también derecho natural porque, tal como explicaba Accursio, *est naturali ratione inductum*. Pero sabían también que la razón o discurso racional ha inducido a los hombres a crear instituciones poco equitativas, a las que repugnaba considerar como introducidas por el derecho natural, “Que siempre es bueno y equitativo”. Ante esta situación de las fuentes, Bártolo escribía que es preciso considerar que el derecho de gentes tiene dos partes; una es la que comprende “El derecho de gentes que consiste en la sola razón natural, sin tener en cuenta ninguna constitución de los hombres, que comenzó a existir con el mismo género humano, como es, por ejemplo, cumplir la palabra dada. Atendido este derecho de gentes primario, el *status* del siervo no está aniquilado, por lo que hay que concluir que todos los hombres eran libres”. La otra parte del derecho de gentes es “El derecho de gentes que todos los pueblos usan, que no consiste en la pura razón natural, sino que ha sido creado por constituciones de los pueblos... como sucede con las guerras, cautividades, esclavitud, distinciones de las propiedades, y según este derecho el *status* del siervo ha quedado reducido civilmente a la nada”.<sup>76</sup> Distinguieron, pues, dos sectores del *jus gentium*. Uno de ellos, que constituye el conjunto de soluciones más razonables que la razón o el discurso racional han encontrado ante las exigencias de la vida, no es derecho natural, sino un derecho creado por las *constituciones* —así se decía enton-

<sup>76</sup> “Jurisgentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, rationali ratione inductum absque aliqua constitutione Juris gentium, ut fidem, seu promissa servare. Et isto Jurisgentium primaevus status servi non est annihilatus, imo omnes erant liberi”. “Est Jurisgentium, quo omnes gentes utuntur ex constitutionem earum, non rationem naturalem... ut bella, captivitates, servitutes, distinciones dominiorum, et isto jure status servorum est annihilatus”. Comentario a D. 12, 6, 64. Otras citas, con un contenido casi idéntico, las encontramos en los comentarios a D. 1, 1, 5, núm. 10, y D. 29, 1, 4, núm. 2.

Juan Bolognnetus, a mediados del siglo XVI, explicaba que Bártolo había distinguido tres derechos diferentes: el derecho natural, el derecho de gentes “Quod a constitutionibus gentium introductum fuit”, y el “Jus gentium alium tertium mixtum, quod a gentibus factum fuit et propter hoc sit jus gentium, quia sine constitutione ex sola naturali ratione ab hominibus institutum fuit appellatum *jus naturale*, et sic sit mixtum, et dicant *jus naturale gentium*”. *In eam Pandectarum partem quam Digesti Veteris vocant, Commentarium seu Repetitionum Pars Prima*, Venecia, 1582, Rúbrica “De verborum obligationibus”, § 22.

ces— de los hombres. En consecuencia, lo creado por el discurso racional cuando la razón se despliega a fin de hacer posible la vida, es obra humana, *jus positivum*, esto es, derecho ‘no natural’.<sup>77</sup>

Evidentemente, los hombres, que hemos hecho posibles las guerras, las torturas o las esclavitudes, fundamentándolas en el *jus gentium*, no podemos ser los autores de ese ordenamiento de justicia que “Siempre es bueno y equitativo, no sólo en el nombre, sino también en su sustancia, y es el amigo del género humano”, como escribía Baldo.<sup>78</sup> Luego el derecho natural, o un sector de él, ha de ser buscado fuera de lo creado por el hombre en la historia. Baldo de Ubaldis ya nos había advertido que *juris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat*,<sup>79</sup> es decir, lo que “Es específico y propio del instinto y de la inclinación natural”. En los juristas bajomedievales está dispersa la idea, que reconocemos aquí y allá, según la cual solo *pertenece* al derecho natural aquello que es innato a la razón humana,<sup>80</sup> es decir, lo que viene dado con la conciencia moral del hombre, antes de que intervenga ninguna *constitución* humana. Una vez más es Tomás de Aquino quien explica más distintamente este tema. En el Tratado de las leyes, en la I-II, q. 91, art. 3, sienta un principio fundamental: la razón humana, en sí misma considerada, no es regla y medida de las cosas; pero los principios que naturalmente la informan, sí. En efecto, una cosa es la razón, ese instrumento calculador y moderador que poseemos los hombres, que en la actuación específicamente práctica se hace realidad en la prudencia, pero que no se puede dar a sí mismo los fines de sus actuaciones, y otra cosa distinta es el intelecto que, a diferencia de la razón, no discurre o razona, sino que, fundamentalmente, intuye. En el intelecto reside la sensibilidad moral, que capta la delicadeza que ha de existir en las relaciones humanas, mientras que la razón o prudencia solo sabe de los medios para hacer realidad esa sensibilidad que le trasciende a ella.

“La razón humana —por decirlo con Tomás de Aquino— no es regla y medida de las cosas”,<sup>81</sup> pues ella está constantemente medida, ante todo por los principios más elementales de la equidad. Así lo entendieron los juristas bajomedievales que aluden, en tanto que constitutivos del derecho natural,

<sup>77</sup> Kuttner, S., “Sur les origines du terme ‘droit positif’”, *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, Quatrième serie, XV (1936), pp. 728-739.

<sup>78</sup> “Juris gentium semper bonum et aequum est nomine, et re, et est amicus humani generis”. Comentario núm. 4 a D. 1, 1, 5.

<sup>79</sup> Comentario núm. 14 a D. 1, 1, 3.

<sup>80</sup> Véase mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista...”, *cit.*, pp. 265 y ss., y “El derecho natural laico de la Edad Media”, *Persona y Derecho*, VIII (1981), pp. 87 y ss.

<sup>81</sup> “Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso”, *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

solo a aquellos principios que están en nosotros sin necesidad de encontrarlos mediante raciocinio o discurso. Andrés de Exea, jurista del siglo XVI, explicaba que “Nosotros llamamos derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo, sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno. Porque la criatura racional los determina simplemente, por la fuerza de su naturaleza, y no por una inquisición o raciocinio”.<sup>82</sup> Desde muy pronto llamaron a estas normas que existen en nosotros ‘naturalmente’ y ‘sin necesidad de razonar’, los “Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica” (*Prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis*). La inteligencia los muestra, pero la razón no es capaz de explicarlos: “Existen muchas cosas en el derecho —escribía Bila en el siglo XVI— en las que inquirir las causas es más fatigoso que necesario o útil”.<sup>83</sup> En consecuencia, lo que la Baja Edad Media entendió como un sector del derecho natural junto con la *omnium una libertas* y la *communis omnium possessio*, fueron los primeros principios de la razón práctica, que todos los hombres son capaces de conocer. Se pueden hacer conjeturas, ciertamente, acerca de si el derecho de gentes es o no es derecho natural. Pero temo que no llegaríamos a ninguna solución satisfactoria: la indeterminación de estos juristas y teólogos, en este tema, es demasiado fuerte, como buscada expresamente. En general, parece que este pensamiento ético-jurídico tiende a considerar que lo creado por el hombre es ‘derecho positivo’. Se trataba, pues, de dos vertientes distintas de la misma razón. La *recta ratio* muestra principios inmutables de justicia, y esta misma *ratio* o prudencia aconseja u ordena hacer esto o aquello ante estas circunstancias. Lo primero es derecho natural, según los autores medievales; lo segundo puede ser llamado *jus positivum*, sea derecho de gentes o derecho civil. El fondo del problema está claro: si una

<sup>82</sup> *Liber Pactorum unus*, Lyon, 1542, p. 119.

<sup>83</sup> “Multa enim sunt in jure, quorum causas inquirere, magis esse laboriosum quam utile aut necessarium. Neque cur honeste vivendum, cur nemo laedendus, cur suum cuique tribuendum, anxie inquirimus, sed ea tanquam prima principia, contra quae disputans nunquam audiendus; tanquam nota et manifesta atque indubitata ponenda sunt”. *Oratio de Juris arte*, Lipsiae, 1558, pars prima.

John Finnis explica que “Tomás de Aquino afirma de la manera más clara posible que los primeros principios de la ley natural especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos), son *per se nota* (evidentes) e indemostrables. No son inferidos desde proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana o sobre la naturaleza del bien o del mal, o ‘sobre la función del ser humano’, ni son inferidos desde una concepción teleológica de la naturaleza... No son inferidos o derivados de nada”. *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 67.

institución social es *necesaria*, no tiene sentido plantearse si es de derecho natural o de derecho positivo.

Este estado de cosas cambió notablemente con la aparición del derecho natural moderno, que trasladó al derecho natural desde los principios más generales a las determinaciones concretas.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Escribe Hervada que “Para la doctrina anterior el centro del derecho natural eran los primeros principios, las normas básicas y fundamentales, siendo el resto derecho positivo o, en todo caso, derecho natural mezclado con factores positivos. Para el jusnaturalismo racionalista, en cambio, lo más importante fueron las derivaciones de los principios, las cuales constituyen para él el sistema de las leyes naturales sociales”. *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 259.