

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### LA PRIMERA ÉPOCA DE LOS JUSNATURALISMOS MODERNOS

Gottlieb Hufeland, cuando publica el *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, su estudio filosófico-jurídico prekantiano (a partir de 1792 Hufeland se convertiría en un kantiano fervoroso, siguiendo a Theodor Schmalz), explicaba que Grocio fue el primero que hizo derecho natural en sentido estricto, de modo que la ‘ciencia del derecho natural’ comenzó con él: lo que hicieron los autores anteriores, explica Hufeland, fue solo una especie de filosofía sobre el derecho romano, pero una filosofía tan inconsistente, tan inconcreta y, por ello, tan inadmisibles, que al referirnos a estos hombres únicamente podemos hablar de la prehistoria de la ciencia del derecho natural.<sup>771</sup> Aunque K. Christian Heydenreich escribía pocos años después que Hugo Grocio había tenido la intención de hacer derecho natural, Heydenreich solo veía en Grocio un ejemplo de valor singular para la época posterior.<sup>772</sup> Y es que Grocio es un autor a quien, en cierto modo, podemos considerar de transición, o bien un jusnaturalista moderado que no llevó hasta sus últimas consecuencias los distintos principios que él conoce y desde los que parte.

<sup>771</sup> “Grotius-Ich glaube keine Entschuldigung deswegen nöthig zu haben, daß ich erst von diesem Mann hier die Geschichte der Wissenschaft anfangen, und auch bey den künftigen Untersuchungen anfangen wurde; was Oldendorp, Hemming und Winkler in besondern Schriften, Besold aber, Stephani und andere beyläufig in Abhandlungen über andere Materien hieher gehöriges gesagt haben, ist zum Theil nur eine Art von Philosophie über das einmal existirende und eigentlich römischen Recht, zum Theil aber so unzulänglich, unbestimmt und unausgeführt, daß man von dieser Männer beständig gleichsam nur in einer Vorgeschichte der Wissenschaft handelt”. *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig, 1785, p. 16.

<sup>772</sup> “Pufendorf macht in der Geschichte des *Naturrechts* in der That Epoche, und wird nicht ohne zureichenden Grund mit dem ehrenvollen Nahmen eines Vaters dieser Wissenschaft bezeichnet. Er vermied auf das glücklichste mehrere Abwege, auf denen sich seiner Vorgänger verirrt hatten, entfernte allem Einfluss des theologischen Systems auf seine philosophischen Grundsätze, erhob sich über mehrere falsche Prinzipien, als z. B. die Uebereinstimmung der Völker, den Vortheil u. a. und gründete das *Naturrecht* auf den Zustand und die Verhältnisse des Menschen”. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, Einleitung, p. 66.

## I. HUGO GROCIO, AUTOR DE TRANSICIÓN (1583-1645)

Los impulsos del siglo XVI para la renovación de la ciencia siguieron caminos distintos. La recomposición popular de la ciencia del derecho como ciencia del derecho natural, dejando de lado al *jus commune*, comenzó oficialmente con Hugo Grocio (*De jure belli ac pacis libri III*, 1625). Pero esta recomposición no siguió un camino lineal, ya que veinte años más tarde estalló inconteniblemente el método moderno, materialista, y fenomenista, aplicado a las ciencias del hombre, en las manos de Thomas Hobbes. El materialismo estricto con el consiguiente ateísmo, y el considerar que Hobbes habría convertido a la sociedad política en una cárcel (en definitiva, porque para todo materialista el hombre solo puede ser una parte más y simple del único movimiento existente), hizo que Hobbes fuera expresamente repudiado por el siglo XVII, pero su método fue, tácitamente, el gran triunfador en la Ilustración.<sup>773</sup> Pero antes de que los discípulos de Hobbes pudieran aplicar concienzudamente el método analítico-sintético en la explicación de la sociedad humana, hacía falta una dirección del pensamiento que diera el espaldarazo a la nueva ciencia social; y Hugo Grocio fue el autor —quizá sin proponérselo él— que afianzó decisivamente esta nueva dirección, que fue llamada la ciencia del *Jus naturale et gentium*.

El nuevo derecho natural no consistió simplemente en una forma distinta de entender, por ejemplo, el derecho natural: abarcó la filosofía, la teología y la ética, porque el *jus naturale*, en esta nueva corriente, no significó ya un campo especial de conocimientos que se colocaría al lado o por encima de los principios del conocimiento ético, jurídico o político, sino que fue el medio omnicomprendivo en el que esos principios se formaron.<sup>774</sup>

Hugo van Groot, latinizado Grotius, fue holandés, de confesión arminiana, que hubo de exiliarse de su patria por las persecuciones religiosas. Vivió en París, actuando tardíamente de embajador del rey de Suecia ante la corte francesa. Su formación era eminentemente humanista: se fugó de la cárcel holandesa metido en un cesto de los que usaban sus criados para traerle libros. Sus intereses fueron ante todo teológicos, como muestra la ingente obra teológica que legó, pero siempre se interesó por el derecho: en su juventud compuso una pequeña obra (*De mare libero*), en la que defendía la navegación libre por el mar, tal como convenía a los intereses holandeses, opuestos a los

<sup>773</sup> Nos dice Cassirer que “La teoría del Estado y de la sociedad del siglo XVIII rara vez ha aceptado el *contenido* de la doctrina de Hobbes sin limitaciones; pero ha sido influida de la manera más vigorosa y persistente por su «forma»”. *La filosofía de la Ilustración*, cit., p. 35.

<sup>774</sup> Sobre este talante omnicomprendivo de la nueva filosofía, véase Cassirer, E., *La filosofía de la Ilustración*, cit., p. 11.

ingleses, que mantenían que solo ellos podían navegar por el Mar del Norte. Por parte inglesa le contestó Selden con el *De mare clauso*. Portugueses y españoles defendían igualmente que el mar era cerrado, esto es, que el derecho de navegar por los océanos Atlántico y Pacífico estaba reservado a ellos, pero el jurista español que más se ocupó de este tema (Fernando Vázquez de Menchaca) mantuvo sorprendentemente la tesis del mar abierto.

Grocio quizá no pretendió exactamente escribir un tratado de derecho natural: publicó un estudio que era una pequeña enciclopedia del derecho, que abarcaba también las relaciones internacionales, titulado *De jure belli ac pacis*. Pero fue saludado por toda Europa como el primer libro del nuevo derecho tan esperado tras la crisis del *jus commune*. Grocio quedó sinceramente sorprendido por el éxito de su libro. Además, esta obra fue considerada por los reformados más radicales como la primera muestra de la inteligencia en la historia, que marcaba los límites entre el hombre viejo caduco y corrupto y el nuevo género humano que se ya se había desprendido de los lazos del oscurantismo papista.

En realidad, el *De jure belli ac pacis* era una obra de corte tradicional: seguía externamente el método del racionalismo humanista, porque se apoyaba indistintamente en textos del Corpus Juris, de los juristas del *jus commune*, en clásicos latinos y algún griego, en los escolásticos españoles del siglo anterior.<sup>775</sup> La estructura interna de sus razonamientos no tiene un punto de arranque unitario: parte a veces desde la ley eterna de Dios,<sup>776</sup> o desde el individuo aislado e independiente en el estado de naturaleza, o desde el análisis de las relaciones humanas según el método romanista; compuso una obra francamente sincrética, porque es una amalgama de tradiciones jurídicas ya existentes y, desde luego, no erige universalmente al individuo independiente, libre y autónomo en el punto de referencia sistemático de todas las relaciones jurídicas.<sup>777</sup> Desde este punto de vista supuso un retro-

<sup>775</sup> Un juicio más amplio en Alfred Dufour, *Le mariage... , cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>776</sup> López Hernández entiende que “Grocio prescinde también definitivamente de la ley eterna. Su teoría del derecho natural no es expuesta en un libro de Teología, sino en un tratado jurídico; por tanto, la ley eterna, que es puramente teológica, no tiene ya ninguna función en el nuevo sistema”. *Historia de la Filosofía del derecho clásica y moderna*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 256.

Hay que objetar que aunque las referencias a la ley eterna vengan expuestas en un libro de derecho, no por ello carecen de sentido. Los juristas romanos y medievales se referían a los *tria principia juris* que expuso Ulpiano, a los que consideraban como la participación de la razón humana en la divina, y no por venir expuestos en libros jurídicos la ley eterna perdía su función necesariamente fundamentadora.

<sup>777</sup> Hace notar Gough que “A more authoritarian note is sounded in Grotius than in Althusius, yet for Grotius, too, the ultimate political reality is the individual”. *The Social Contract*.

ceso cierto en la carrera por la Modernidad frente a las *Controversias ilustres* de Vázquez de Menchaca, a las que tanto elogia él. Como tampoco hizo del contrato el esquema hermenéutico necesario para entender todas las relaciones políticas, también retrocedió frente a los escolásticos españoles que él conocía tan bien. Tuvo a su favor que el *De jure belli ac pacis* es una obra que no es extensa ni corta; estuvo bien presentada, en parte por el humanismo racionalista de que hace gala, en parte por el orden en el que expone los temas, acabando definitivamente con el casuismo en este tipo de estudios.

Sin duda alguna, fue un libro elegante, progresista (aunque siempre moderado en los momentos decisivos) y sobre todo, escrito por un no católico. Tengamos en cuenta que los libros existentes entonces de reflexión sobre las cuestiones fundamentales del derecho y de la ética procedían bien de los teólogos católicos escolásticos, bien de juristas que, como Conan, Hopper, Tholosanus, eran de hecho católicos; algunos juristas destacados como Oldendorp o Conring Althusius, eran protestantes, pero trabajaban del mismo modo que los católicos y arrancaban desde el *jus commune*. Si nos preguntamos si Grocio compuso una obra acomodada a las pretensiones de los reformados, hay que decir que apenas se aprecia en esta obra su condición de *heterodoxo*. El *De jure belli ac pacis* fue incluido en el “Índice de libros prohibidos” católico por una breve referencia teológica, propia de un protestante arminiano. Lo que nos indica cómo se habían enconado las actitudes.<sup>778</sup> En el siglo anterior la Iglesia católica no prohibía la lectura de los libros de los autores protestantes que, como Johann Oldendorp, presentaban ocasionalmente alguna opinión teológica inaceptable para un católico: la censura católica del siglo XVI se limitaba a tachar las líneas desaconsejables y, en casos más raros, cuando el texto a eliminar era más extenso, el censor señalaba con tinta la zona de la página que debía ser cubierta con un papel engomado. De todas formas, el simple hecho de que esta obra de Grocio esté llena de citas de teólogos españoles ya indica que unos y otros se nutrían de una cultura común.

Sin embargo, los textos nos muestran que esta convivencia cultural más o menos pacífica se rompió en la segunda mitad del siglo XVII. Si nos guía-

*A Critical Study of its Development*, Oxford, 1963, p. 80. Sería una hipótesis de trabajo sugerente considerar que Grocio reserva la exclusividad de las voluntades individuales solo para la explicación de las relaciones políticas.

<sup>778</sup> Randall explica que “El concilio de Trento formuló y afirmó autoritariamente todo el sistema de doctrina medieval, estrechando y haciendo más inflexible la vida intelectual de la Iglesia, y poniéndola a la par de los rígidos credos protestantes... En la Edad Media había habido un ancho margen de libertad de opinión... En segundo lugar, tanto en el catolicismo como en el protestantismo había un marcado crecimiento de puritanismo en la actitud moral”. *La formación del pensamiento moderno*, cit., p. 160.

mos por razonamientos preferentemente abstractos, podríamos pensar superficialmente que los evangélicos no podían aceptar una cultura que había nacido desde una *ratio corrupta*: tal era toda la cultura escrita existente, desde los sofistas griegos hasta el siglo XVII. Pero esta explicación no sería enteramente correcta, porque lo que realmente anduvo en juego no fue la admisión o no de la cultura griega, romana y bajomedieval, sino la sustitución de cualquier cultura que no estuviera secularizada por un pensamiento que partiera exclusivamente desde el individuo autónomo y libre según patrones de autoendimiento que no tuvieran que pedir prestados sus fundamentos a la teología. Los juristas romanos dependieron aún de Dios, porque si bien el Corpus Juris se expresa en lenguaje secular, no era sin embargo secularizador: todos explicaron que los *tria praecepta juris* reciben su fuerza desde la sanción divina, y basta leer a los clásicos romanos para comprobar este hecho. El *De jure belli ac pacis* de Grocio admitía la ley eterna, a pesar de que el no siempre coherente discurso del holandés parte ocasionalmente desde el individuo aislado en el *status naturae* y no reconoce a veces más categoría jurídica básica que el pacto entre los hombres autónomos. Un buen conocedor de Grocio, Samuel Coccejus, activo a comienzos del siglo XVIII, reconocía que Grocio no había querido hacer una aplicación seria y consecuente del principio de la sociabilidad.<sup>779</sup> López Hernández pone el dedo en el corazón del problema al indicar que

Grocio tuvo la fortuna, debido a la oportunidad histórica, de aparecer como el creador de un derecho natural independiente de la religión, basado únicamente en la *razón* y en la *naturaleza*. Para ello recurrió a las fuentes del derecho natural antiguo (sobre todos a los estoicos), y a las aportaciones de autores modernos, como Vázquez de Menchaca y a los escolásticos españoles, a los que, por su religión y nacionalidad, no se les había permitido jugar este papel conciliador.<sup>780</sup>

Era precisa una obra más radical que marcara la frontera entre la jurisprudencia que reconocía la realidad y la analizaba concediéndole fuerza normativa (una consecuencia del carácter creado), y una teoría nueva sobre el derecho que situara al individuo humano exclusivamente sobre sí mismo, al margen del dato teológico: esta obra fue el *De jure naturae et gentium* de Samuel Pufendorf, que apareció en 1659.

<sup>779</sup> “Dubium movet, quod Grotius per totum opus paucissimas quaestiones ex principio societatis solvat... Cum enim fuerit Vir vere eruditus neque probabile videatur, illum eorum, quae in Prolegomenis summo imperio et summa necessitate praemisisset, adeo immemorem fuisse, et, quod fundamenti loco toti operi... substraverat, ejus tam raram vel nullam plane mentionem fecisse”. *Dubia Juris Naturae*, Hallae, 1729, cap. 6, §. 38.

<sup>780</sup> *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 253.

Como juicio de conjunto sobre Grocio es válida la observación de Herzada:

Este libro [se refiere al *De jure belli ac pacis*] no es, propiamente hablando, un tratado de derecho natural, sino un tratado de derecho sobre lo que hoy llamaríamos relaciones internacionales, aunque abarca también otros temas... Grocio, al tratar los distintos temas que jalonan su libro, trata indistintamente normas de derecho natural, de derecho divino positivo y normas consuetudinarias del derecho de gentes; su libro no es, pues, un tratado de derecho natural (el primer tratado sistemático de derecho natural fue obra de Pufendorf), sino un libro que se inscribe metodológicamente dentro de las obras de derecho realizadas según el método propio del Humanismo jurídico.<sup>781</sup>

## II. EL MARCO GENERAL

Los juristas del derecho común hicieron un esfuerzo más o menos colectivo, entre 1550 y 1650, para adecuar lo que ya entonces comenzaba a llamarse la disciplina del *ius naturae* a las demandas intelectuales y humanas de la época. Por una parte, los juristas seculares que no fueron teólogos, tales como Joaquín Hopper, Juan y Alberto Bolognnetus, François Conan, Gregorio Tholosanus o Hugo de Roy, publicaron libros en los que trataban temas propios de lo que hoy llamamos filosofía del derecho. Por otra parte, hay que tener en cuenta las aportaciones de los teólogos españoles que integran la llamada Segunda Escolástica. Estos juristas y teólogos adoptaron una actitud que podríamos llamar, imprecisamente, aristotélica; esto es, no practican la filosofía del ‘como si’ (*als ob*), no son constructivistas, por usar expresiones contemporáneas. Parten del hombre y de las relaciones humanas tal como se presentan en la realidad social, de acuerdo con las interpretaciones de cada uno. Sobre todo, y muy especialmente, no están dominados por el afán de originalidad que reclamaba la mentalidad renacentista. Aunque los últimos escolásticos, los jesuitas, sí propusieron tesis sobre la noción misma del derecho bastante nuevas, y más acordes con los tiempos que corrían.

La literatura de la época muestra que más o menos hasta mediados del siglo XVII la pugna entre católicos y protestantes no se desarrolló en el terreno teológico. Max Wundt mantiene, incluso, que la filosofía que sostuvo los argumentos teológicos de los protestantes fue la de los escolásticos católicos. Esto implica, entre otras cosas, que ambos bandos, fuera de las diferencias estrictamente religiosas, tuvieron durante más de un siglo una cultura

<sup>781</sup> *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 262.

básica común. Por este motivo, un católico podía leer a Oldendorp o Conring, por ejemplo, una vez que el censor local hubiera hecho ilegibles las líneas de sus libros que contuvieran alguna heterodoxia teológica. Y consta, como contrapartida, que los protestantes leían a los juristas católicos, como se muestra en las obras de muchos juristas y, por citar un ejemplo especialmente conocido, en las notas y citas del *De jure belli ac pacis* de Grocio.

El tono de Pufendorf abrió la caja de los truenos. Hobbes llamó *Kingdom of darkness* a la cultura aristotélica, pero Pufendorf llamó *Regnum Tenebrarum* a la Iglesia católica, y desde finales del siglo XVII el nuevo *jus naturale* fue unido de hecho a las confesiones protestantes, y a insultos y calumnias contra la cultura existente. El único católico relevante que colaboró en el movimiento jusnaturalista fue el algo bobalicon Barón von Ickstatt, entre medio centenar de autores jusnaturalistas importantes que podríamos contabilizar entre 1670 y 1770. La campaña de desprestigio fue llevada eficazmente a cabo fundamentalmente por dos *Historias del derecho natural*, una de Thomasius y la otra de Budde. Christian Thomasius, el discípulo más inmediato de Pufendorf, explicaba que el Papado católico, a partir de la muerte de Cristo, había hecho todo lo posible para aniquilar la *recta ratio* entre los cristianos, a fin de hacer posible el predominio del clero.<sup>782</sup> Los Padres de la Iglesia, explicaba Fredersdorff aún en 1790, entendieron que era preciso rechazar la filosofía pagana, y tomaron como guía de la doctrina ética solamente a la Revelación, con la que se acumuló error tras error, ya que cada Padre —continúa Fredersdorff— entendió la Revelación a su manera; al final solo quedó un caos.<sup>783</sup> En realidad, explica Barbeyrac, los Padres fueron unos completos ignorantes.<sup>784</sup> Según Thomasius, el Papado puso un empeño especial en corromper el derecho natural a fin de que los laicos, privados de criterios propios a causa de la ignorancia que fomentaba el clero, tuvieran que seguir

<sup>782</sup> *La modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 386.

<sup>783</sup> “Endlich hat die Erscheinung der Lehre Christi eine merkwürdige Epoche gemacht. Jene philosophischen Sekten (se refiere a los filósofos griegos) hatten die Lehren von Recht und Unrecht auf die Vernunft gebaut. Die ersten Kirchenlehrer aber hatten den unseligen Gedanken, daß sie die Vernunft gar nicht wollten gelten lassen, sondern die Offenbarung sollte allein die Richtschnur des menschlichen Thuns und Lassens seyn. Hieraus entstand Verirrung über Verirrung. Denn ein jeder deutete die Lehren der Offenbarung nach seinem Wahn; jeder setzte Lehren fest, und alles was auch noch so vernünftig war, aber mit jener angenommenen Menschenlehren und Erklärungen nicht paßte, würde verworfen. Man mischte Recht der Natur, Moral, Religion unter einander und so entstand ein Chaos. Der einer widersprach dem andern und der Streite war kein Ende”. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gesellschaften, Gesetzgebung und des Völkerrechts angewandt*, Braunschweig, Vorbericht, 1790, p. IV.

<sup>784</sup> *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 387.

ciegamente a los clérigos.<sup>785</sup> Van der Muelen, en el tratado más extenso y prolijo que produjo la *Juris naturalis disciplina*, abundaba en esta idea: el clero se reservó, en su propio provecho, la llave de la cultura.<sup>786</sup> Tanto Thomasius como Hollmann indican que el Papa de Roma fomentó el estudio de la filosofía de Aristóteles, porque la filosofía aristotélica, explicaba Thomasius, era especialmente útil para fomentar la autoridad del clero.<sup>787</sup> Hollmann entendía que los cristianos, hasta el siglo XVII, habían pasado por el filtro de la filosofía de Aristóteles a los Padres de la Iglesia y a las Sagradas Escrituras, de la que había resultado, finalmente, una filosofía y una teología confusísimas. Era más aberrante el hecho de que hubieran concedido más autoridad a Aristóteles que a la Revelación; en consecuencia, los protestantes estaban y habían de estar contra la filosofía aristotélica.<sup>788</sup>

El clero se sirvió de los libros, esto es, de la imposición de determinados libros de texto, para mantener la ignorancia de los laicos.<sup>789</sup> Sharrock, desde Oxford, entendía que, por estas causas, es preciso rechazar toda la

<sup>785</sup> *Ibidem*, p. 388.

<sup>786</sup> “Scholastici dicebantur, qui Grammaticae et Rethoricae dabant opera et studebant, ita nominati, quia in schola privatim semper docebant, non publice, ne plebs unquam de ea scire, et hac ratione Theologiae incapax redderetur. Volebant enim clavem scientiae penes se solos servari”. *Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libri tres cum Commentariis Guglielmi van der Muelen*, Ultrajecti, 1703, último volumen, p. 69.

<sup>787</sup> *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 389.

<sup>788</sup> “Tanta enim iisdem doctrinae moralis Aristotelicae, postquam in manus ipsorum inciderat, fieri placita coeperunt, ut dictis assertisque patrum primitivae ecclesiae, decretisque conciliorum, Pontificum Romanorum, non solum, sed ipsis etiam Scripturae S. Oraculis, eadem equipararent, indaque tandem confusissimum illud theologiae, et philosophiae, scholasticae corpus emergeret. Tanta apud hos homines Aristotelis auctoritatem fuisse, ut, ablegato evangelio, ejusdem ethica pro concione enarrarent, testem auritum se profiteretur Philippus Melanchton, in Apologia A.C. Confusiones istius specimina videre iam licet in Thomae Aquinatis Summa theolog. inprimis parte I et II secundae”. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*, Gottingae, 1751, p. 23.

<sup>789</sup> Así, Thomasius mantenía que “Neque tamen illa observatio de statu primaevo Professorum in studiis universalibus (unde Universitatum postea nomen ortum fuit), à scopo nostro aliena erit. Monachi qui juventutem informari in studiis debebant, ut modo dictum, maxima ignorantia laborabant ipsi, atque adeo non erant capaces, ut lumine naturali intellectus humani ipsimet ratio debito modo uti possent. Igitur opus erat, ut illis, qui aliorum intellectum dirigere atque in activitatem transferre deberent, certi quidam libri, instar sustentaculorum in manus darentur, ut ipsorum intellectus pedententim ope illorum progressi paulatim asuefieret. Luberat etiam arcanum politicum clericale: Metuebat enim, si primis professoribus libertatem reliquissent, tum in disciplinis, quas profitebantur intellectu suo pro lubito uti potuissent, en ipsimet mysteria clericalis et papalis potestatis et auctoritate pseudo divina introspecerent, atque arcana illa laicis propalarent”. *Paulo plenior historiae Juris naturalis*, Hallae Magdeburgicae, 1719, p. 45. Entre otras cosas, Thomasius muestra desconocer el origen del término *Universitas*, que no proviene desde la amplitud de los saberes, sino desde la concesión,

filosofía anterior,<sup>790</sup> que, según Müldener, solo había producido en el marco de una ignorancia y de un barbarismo afectados, sutilidades inanes semejantes a telas de araña.<sup>791</sup> Por ello, si leemos a Alberto Magno, Tomás de Aquino, Scoto, Vitoria, Soto, etcétera, no encontraremos en ellos nada útil, que proceda de una razón sana: estos hombres solo se guiaron por autoridades, sutilidades, inanidades.<sup>792</sup> La segunda escolástica española del siglo XVI fue algo radicalmente nocivo, y, en este sentido, Thomasius cita la obra de Adam Tribechovius, *De Doctoribus Scholasticibus et corrupta per eos divinarum humanarumque rerum scientia*, publicada en Giessen en 1665, a la que toma por guía. Budde, en su influyente tratado sobre la historia del derecho natural, abunda en esta tesis: los escolásticos convirtieron a la filosofía en un arte de altercar, incluso sobre temas de ninguna importancia; fueron como alquimistas, pero al revés: en lugar de convertir en oro la ciencia, la convirtieron en basura; leyendo aquellos volúmenes tan increíblemente extensos, llenos de estupideces, es preciso concluir que aquellos hombres estaban locos.<sup>793</sup> Pura sutilidad como telas de araña, repite Gundling.<sup>794</sup> Roesler concluye

*ad modum privilegii*, de territorio, derecho, policía, etcétera, propios a un grupo de extraños en la ciudad, fuera de comerciantes o de estudiantes.

<sup>790</sup> “Utile igitur Studium videbatur, dogmata, sententias, praecepta, et quaecumque naufragae ab antiquo naturae fragmenta quantocumque operis impendio colligere. Ea autem a communi caeterae materiae chao decerpere, operae pretium non duxi, quae propter vocum generalitatem, aut abstrusiorum quomodocumque sensum, clara in se et distincta non erat, aut facilitatem, et certitudinem sensus non continebat. Exempli causa, cum prima hujus praecepta haec vulgo audiant, et apud Imperatorem in institutis insigniantur, honeste scilicet vivere: Alterum non laedere, suum cuique tribuendi... quod quid sit honeste vivere, et quid apud quemque suum sit, difficilimum, imo ante Hypothesin de jure naturae confectam, impossibile censueram cuiquam explicare”. *De Officiis secundum Naturae Jus*, Oxoniae, 1660, Praefatio ad lectorem.

<sup>791</sup> “Magno insuper conatu magnas nugae agebant Doctorum Scholasticorum plurimi, spisaque sua Volumina, pauco vel nullo sale referta orbi, tunc quidem parum eruditio, obstrudebant, in quibus frivolum quaestionum artifices aranearum, telas, subtiles quidem, sed inanes ac inutiles, operose contexebant, ac ita ruditatem seculi barbaro sermone et ignorantia affectata non leviter augebant”. *Positiones inaugurales, in quibus Juris Naturae definitio et fundamentum*, Hallae Magdeburgicae, 1698, *positio* I, § 1.

<sup>792</sup> Esto lo explicaba, entre otros, Thomasius. Para conocer el problema más en su conjunto, véase mi estudio, *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 394.

<sup>793</sup> Juan Francisco Budde escribía que “Tanta autem severitate in hisce naeviis vanissimisque commentis versantur, ut iurares, homines tum maxime insanire, cum se ratione quam pulcherrime uti sibi utentur”. *Selectas Juris naturae et gentium*, Halae Saxonum, 1704, p. 325.

<sup>794</sup> “Ihre Schriften sind subtil, aber man kann sie nicht recht brauchen. Sie sind gleich einer Spinnenwebe, und allzuspitzigen Holze, welches abbricht, wenn man es wo einschlagen will”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffs zwey Bücher De Officio hominis et civis*, cit., discurso preliminar, p. 9. La mezcla de idioma latín y alemán es típica de Gundling, que quería seguir en la filosofía el pretendido ‘estilo sencillo’ que propuso Thomasius.

que los doctores escolásticos solo proporcionan explicaciones falsas y turbulentas perniciosas.<sup>795</sup> Es comprensible, en este contexto, el juicio de conjunto que lanza Thomasius: hasta ahora no se ha hecho nada sobre prudencia legislativa, ya que estos filósofos y teólogos —él alude a todos los autores desde el siglo V antes de Cristo al siglo XVI— no han propuesto ningún criterio para discernir lo justo de lo injusto.<sup>796</sup> Dado que la luz de la inteligencia se ha manifestado por primera vez en la historia con Hugo Grocio,<sup>797</sup> Ludovici concluye que sería ridículo leer a los autores anteriores a la obra del holandés.<sup>798</sup> Éste fue el marco en el que se desarrolló la doctrina moderna del *jus naturale et gentium*. Desde un entramado de insultos que hoy pueden parecer pueriles, pero que resultaron eficaces en su momento, los doctores del nuevo derecho natural no consultaron un libro anterior a Grocio. Su ignorancia de la cultura europea anterior al siglo XVII fue, en consecuencia, fuerte. Ellos se conocen y se citan entre sí, unas veces amistosamente, otras no tanto. En cualquier caso, cuando se refieren a un autor católico, sea un Padre de la Iglesia del siglo II o un jurista del siglo XIV o XVI, se sienten en la obligación de descalificarlo mediante algún insulto.<sup>799</sup>

Los católicos no supieron reaccionar ante este coro. “Ex hoc Catholicorum silentio”, escribía Juan Francisco Finetti en 1777.<sup>800</sup> Ellos escucharon, sin la respuesta adecuada, la campaña de desprestigio. Hasta mediados del

<sup>795</sup> “Doctores Scholastici et Academici falsa, pernicioza, turbulenta, inutilia dogmata ne proponant”. *Institutiones Jurisprudentiae naturalis*, Tubingae, 1756, liber II, cap. XVIII, § 9.

<sup>796</sup> *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 391.

<sup>797</sup> Sobre la trascendencia de Grocio, véase, entre otros muchos, a Pufendorf, *Eris scandica. Qua adversus libros de jure naturali et gentium obiecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686, p. 200, y Obrecht, Ulrichus, “Dissertatio de Juris prudentia”, *Academica in usum Volumen collecta*, Argentorati, 1704, cap. II, § 2; Reinhard, Michael Heinrich, *Dissertatio philosophica de jure positivo universalis*, Vitembergae, 1729, § 2; Thomasius, Christian, *Philosophiam Juris ostensam in doctrina de obligationibus et actionibus*, Lipsiae, 1734. Thomasius parte, en cualquier lugar de esta obra, desde Grocio, en tanto que padre o creador de la jurisprudencia. Struve, B. G., *Bibliotheca Juris selecta*, Jenae, 1743, cap. VII, § 12; Gottlieb Heineccius, Johann, *Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libros tres*, Roboretii, 1746, p. 32.

<sup>798</sup> *La Modernidad jurídica y los católicos*, cit., p. 399.

<sup>799</sup> Hermann Conring, jurista protestante conocido que siguió la tradición romanista, en el siglo XVII escribía que Joaquín Hopper había sido el primer filósofo del derecho que había existido, y no solo le alabó largamente, sino que él mismo reeditó el *Seduardus* de Hopper. Véase la obra de Conring *Dissertatio epistolica de varia et vera maxime Jurisprudentia*, Helmstadii, 1663, p. 146. Como era inadmisibile que un escritor católico hubiera podido escribir algo sensato, Thomasius escribió que “No se podía leer este libro de Hopper, recomendado por Conring, sino con la máxima aversión y náusea”. Véase el *Appendix II ad cap. ult.* § 14, *Mentio ibi facta est epistolarum Pufendorffii, Conringii et Boecleri*, en *Paulo plenior historiae...*, cit., p. 194.

<sup>800</sup> *De principiis Juris naturae et gentium adversus Hobbesius, Pufendorffium, Thomasius, Wolfium et alios libri XII*, Venetiis, 1777, Praefatio, p. V. Quizá el estudio de Johann Andrea Gramlich, *De*

siglo XVIII, cuando aparecen las obras de Finetti, Cromaziano, Schwarz y Desing, no denunciaron la naturaleza y propósito de la mayoría de los autores de la *Juris naturalis disciplina*. El tema es, sin embargo, complejo, y, mejor que generalizar, será examinar las dos tendencias fundamentales que existieron dentro del *jus naturale et gentium*, la de Pufendorf y sus discípulos, y la de Grocio y los *grotiani*.

### III. SAMUEL PUFENDORF (1632-1694)

El Barón de Pufendorf publicó el *De jure naturae et gentium libri octo* en 1759.<sup>801</sup> Esta obra no fue simplemente un hito doctrinal más, como si se limitara a depurar intelectualmente la doctrina de Hugo Grocio. Supuso una ruptura total con la cultura anterior, comenzando por su tono insultante: ya indiqué que designa a la Iglesia católica bajo la expresión de “Regnum tenebrarum”, siguiendo la expresión hobbesiana de *Kingdom of Darkness*. Pero Hobbes se refería, con esta expresión, a la cultura aristotélica. Pufendorf designaba de este modo, además, a toda la filosofía y ciencia del derecho realizada bajo las épocas de prevalencia católica: los Padres de la Iglesia, Isidoro de Sevilla, la escolástica bajomedieval y del siglo XVI, el derecho común. Solo cita, de entre estos siglos, a Fernando Vázquez de Menchaca y François Conan entre los juristas (al resto los ignora o los insulta). Insulta concienzudamente a los teólogos escolásticos.

Ciertamente, Pufendorf tuvo difíciles las cosas, pero él contribuyó eficazmente a ponerlas aún más enconadas. Crearon para él la primera cátedra de derecho natural que ha existido en la Universidad de Heidelberg, que era católica, pero el talante personal de que dio muestras hizo que su vida académica fuera una continua polémica. Fue un autor grosero, y es rara la página de alguna de sus obras que no contiene algún insulto, *stupidus* el más frecuente. Normalmente acusa a sus adversarios de oponerse a él por envidia: debía tener buena opinión de sí mismo, ya que se consideraba el fundador de la ciencia del derecho natural.<sup>802</sup> Fue desinhibido, como observamos por los ejemplos que ocasionalmente proporciona, en los que recurre

*lege divinarum et positivarum... contra Thomasiuum et Buddeum*, Lipsiae et Frankfurt, 1716, constituyó una primera réplica al jusnaturalismo; pero no he tenido acceso a este libro.

<sup>801</sup> *De jure naturae et gentium libri octo*, edición de Frankfurt y Leipzig de 1759; *reprint* de la editorial Minerva (Frankfurt/M) de 1967.

<sup>802</sup> “Me disciplinam Juris naturalis instituisse tractare universaliter, seu ita ut ea foret ad captum omnium hominum et nationum. (Quia de causa etiam quam juvenilibus auris delineabam libellum huius disciplinae continentem), *Elementorum Jurisprudentiae Universalis inscripseram*”. *Eris scandica...*, cit., p. 217.

a la figura del marido cornudo para explicar, por ejemplo, las limitaciones de la representación personal. En su línea paradójica, hizo alarde de una fuerte formación humanista clásica, del tipo de la de Vázquez de Menchaca, Hugo Grocio, o de los juristas humanistas del siglo anterior. Sus grandes autoridades fueron Thomas Hobbes (buena parte de su obra es un diálogo con el inglés) y Michel de Montaigne. De acuerdo con su personalidad, trató de dominar los ámbitos universitarios en los que trabajaba, y sus enemigos (siempre protestantes: Alberti, Velthem, Gesenius, Zentgrav, Beckmann y otros)<sup>803</sup> le achacaron comportarse con sus disidentes como la Inquisición española actuaba con sus enemigos.

Pufendorf erigió a la libertad del individuo (tras los pasos de Fernando Vázquez de Menchaca, entre los juristas, y de Molina y Suárez, entre los teólogos) en el elemento sistemático de su teoría del derecho natural. Entiende que él es el primero que ha tratado de forma completa el derecho natural. Tras algunas obras de juventud, publicó hacia 1675 el *De jure naturae et gentium*, una obra que traducida al inglés, alemán, francés e italiano, y algo más tarde el *De officio hominis et civis*. Esta segunda obra fue vista como una edición resumida del extenso *De jure naturae*, pero no es exactamente así. El *De officio* alcanzó pronto catorce ediciones, editada en varios idiomas. El 1686, el Káiser Federico Guillermo solicitó su asistencia como consejero privado, y en 1694 la corte de Estocolmo le otorgó el título de Barón. Murió en Berlín el 25 de octubre de ese mismo año.

No es fácil hablar desapasionadamente sobre Pufendorf. Él trasplantó a la teoría jurídica la guerra de religiones, y su radicalismo ocasional, así como el tono grosero que suele emplear en las argumentaciones, hicieron de su figura una piedra de escándalo.

### 1. *Cómo conciliar una tradición inconciliable*

No mostró sin más sus novedades: es un autor que muestra y oculta,<sup>804</sup> porque desarrolló paralelamente dos líneas argumentativas en sus obras más importantes, el *De jure naturae et gentium libri VIII* y el *De Officio hominis et civis*. Su actitud vino dictada por las explicaciones de Molina y Suárez. Estos jesuitas habían intentado conciliar en sus doctrinas dos argumenta-

<sup>803</sup> Tuvo pocos roces con los católicos, al menos comparativamente con sus hermanos en religión. Solamente se queja de cómo los jesuitas retiraron de las librerías de Viena sus ejemplares del *De jure naturae et gentium* sin dar más explicaciones. Véase *Eris Scandica...*, cit., "Controversiarum circa Jus naturale ipsi nuper motarum", p. 208.

<sup>804</sup> Este hecho ha llevado a que diversos autores lo consideren un ecléctico. Véase Dufour, A., *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, París, PUF, 1991, p. 73.

ciones distintas —cuando no opuestas— sobre la ley natural. Porque de un lado presentaron a esta ley como el conjunto de las esencias racionales desde las que nacen derechos de libertad para los seres humanos: la propiedad privada constituiría una esencia racional (momento de la objetividad), y el dueño de una cosa puede usarla o consumirla con total libertad (momento de la subjetividad libre). Ya indiqué que estos escolásticos solamente tuvieron ante su vista esencias inmutables desde las que nacen derechos para sus titulares: pero no aludieron a que desde este tipo de realidades surgen igualmente deberes para todos; porque si el dueño de una cosa puede consumirla, esa misma persona debe respetar las propiedades ajenas; ellos solamente aludieron a los derechos subjetivos, libres e inmotivados, y no mencionaron los deberes que brotan desde las ‘cosas’ así entendidas. Era una explicación que cojeaba.

Por otra parte, aquellos autores se refirieron, de hecho y al mismo tiempo, a una libertad originaria de los hombres, concedida por la *lex naturalis permissiva*, que determinaba que todo ser humano fuera titular de un derecho en general a la libertad sobre su cuerpo, persona y actos. Suárez caracterizó a este sector de la libertad individual como una *quasi qualitas moralis*. Pero notemos que las libertades de las personas entendidas de este último modo no se relacionan con las libertades que surgen para cada sujeto desde las naturalezas objetivamente racionales de las cosas, como es el derecho del dueño a beber su bebida. Es más, parece percibirse una cierta oposición entre una y otra noción de los derechos naturales de libertad, porque los que surgen desde las naturalezas de las cosas suponen un estilo metafísico (platonizante) de pensar, mientras que esta segunda libertad individual, que es una ‘casi cualidad moral’, es una realidad inmotivada, que existe al margen de cualquier esencia objetiva. En esta segunda acepción de la libertad, Molina y Suárez enlazaron con Scoto, Ockham o Gerson, y de haber sido más coherentes (como lo fueron Ockham o Gerson), debieran haber rechazado la teorías de las esencias racionales objetivas. Pero estos jesuitas intentaron acoger ambas explicaciones juntamente, sin querer reparar en que las actitudes vitales —más allá de las ideas intelectuales— que subyacen a ambos modos de pensar la libertad humana son inconciliables.

Durante medio siglo (1610-1670) las universidades europeas enseñaron estas teorías, insistiendo normalmente en las explicaciones sobre las naturalezas racionales inmutables. Pero los dos fermentos de vida antitéticos que vivían en ellas acabaron manifestándose —de forma poco clara— en la obra de Samuel Pufendorf.

## 2. Los ‘entes morales’: nominalismo y derecho

Es preciso no dejarse dominar por la capacidad persuasiva de este alemán, que oculta tanto como enseña. Porque una vez que ha establecido que la sociabilidad es el principio supremo del derecho natural, y que esta sociabilidad nos la ha infundido contingentemente Dios a los hombres, mantiene una noción de ley o derecho natural que poco se diferencia de la tradición estoica-cristiana: “Bastantes convienen en que el derecho natural fluye desde la misma razón del hombre, de la cual surgen un dictamen recto... y así dicen las Sagradas Escrituras que la ley natural habla porque está inscrita en el corazón de los hombres”.<sup>805</sup> Por eso entendemos —prosigue Pufendorf— que la ley natural es congénita a los hombres desde su nacimiento, y que los principios generales están como impresos, al modo de distinciones y proposiciones actuales [de vigencia actual], de forma que el hombre puede conocerlos sin ulterior información o mediación.<sup>806</sup> Más adelante reafirma esta última idea cuando indica que “Es evidente que estos principios no sólo han de ser necesarios y verdaderos, sino también propios y como domésticos de esta disciplina, de modo que el ánimo, a causa de su certeza, los admita plácidamente sin más pruebas”.<sup>807</sup> Expresándose así parece que estamos otra vez ante los *Prima principia communia et indemonstrabilia* de la ciencia jurídica anterior, esos *principia* que se conocían ‘sin necesidad de raciocinio’. Anteriormente ha establecido la doctrina más o menos oficial acerca de los *entia moralia*, con la que Welzel entiende que Pufendorf intenta oponerse al mecanicismo social de Hobbes. En efecto, al comienzo de este tratado ha dejado establecido que tales ‘entes’ son los mandatos que Dios ha dirigido a los hombres para que estos compongan su vida de forma ordenada y honesta y se diferencien así de los animales.<sup>808</sup>

<sup>805</sup> “In eo plerique conveniunt, *jus naturale* ex ipsa hominis ratione eruendum, idemque adeo ex istius recte habendi dictamine profluere... quo nomine etiam sacra Literae eandem cordibus hominum inscriptam pronuntiant”. *De jure naturae...*, cit., l. II, cap. III, § 13, p. 196.

<sup>806</sup> “Quam ad rem tamen vix necessarium arbitramur praefecte contendere, animis hominum ab ipsa nativitate congenita, et velut impressa esse Juris naturalis saltem generalia praecepta, ad modum distinctarum, et actualium propositionum, quae statim atque usus sermonis accesserit, citra ulteriorem informationem aut mediationem ab homini possit exprimi”. *Idem*.

<sup>807</sup> “Sed et indolem demonstrationum intelligentibus facile patet, principia non solum necessario vera, et prima esse, debere, sed etiam propria, et velut domestica huic disciplina, de qua inquiritur, et ita perspicue, ut animus, percepta ex illis assertionis causa, placide adquiescat, nec ulterioribus probationibus immineat”. *Ibidem*, p. 199.

<sup>808</sup> “Nobis illud iam est dispiciendum, quomodo ad dirigendos voluntatis potissimum actus certum attributi genus rebus et motibus [hominum] naturalibus sit superimpositum, ex quo peculiaris quaedam convenientia in actionibus humanis resultant, et insignis quidem decor atque ordo vitam hominum exorneret. Et ista attributa vocantur Entia moralia, quod

En esta primera versión de los *entia moralia* Pufendorf insiste en desvincularlos de la realidad ontológica humana. Por ello, recaba que no son ‘sustancias’, sino modos o *modi* que no provienen de los principios intrínsecos de las sustancias de las cosas, según su terminología; que son realidades ya existentes que se ‘sobreañaden’ al arbitrio de los seres inteligentes por obra de una voluntad superior.<sup>809</sup> Está algo preocupado porque es consciente, o así lo parece, de que corta definitivamente con la jurisprudencia de los juristas. Esta jurisprudencia partía desde la consideración de la justicia como un *medium rei*. A Pufendorf le sobra la palabra ‘*rei*’, que indica que la justicia o la ciencia jurídica es también cuestión de las cosas, no solamente personal; y precisamente él quiere establecer claramente que la justicia es cuestión estrictamente de las personas, ya que estamos ante cualidades morales de las personas y no ante la consideración y medición de lo que reclaman las cosas. Por esta razón escribe que el derecho no se ocupa de las cosas: “No tenemos en cuenta las cosas, en cuanto son objeto del derecho, porque no son entes morales”.<sup>810</sup> El derecho se compone, pues, de cualidades morales que son propias de las ‘personas’. Las personas quedan aisladas unas de otras, cada cual con sus dominios propios.<sup>811</sup>

*A. La voluntad de Dios y la sociabilidad humana como las instancias creadoras de la ley natural*

Por un lado mantuvo una noción de la ley natural que la presentaba como una ley divina que muestra mandatos de Dios a los hombres. Francisco

ad ista exiguntur, et iisdem temperantur modo actionesque hominum, quo diversum ab horrida brutorum simplicitate habitum faciemque induant”. *Ibidem*, l. I, cap. I, § 2, p. 5

<sup>809</sup> “Exinde commodissime videtur entia moralia posse definire, quod sint modi quidem; rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum... Porro uti modus originarius producendi entia physica est creatis; ita modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possis exprimere, quam per vocabulum impositionis. Scilicet quia illa non ex principiis intrinsicis substantiae rerum proveniunt, sed rebus iam existentibus et physice perfectis, eorundem effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, absque unice per eorundem determinationum existentiam nanciscuntur”. *Ibidem*, l. I, cap. I, §§ 3 y 4, pp. 5 y 6 de esta edición.

<sup>810</sup> “Res, quatenus sub objectum Juris, in censum entium moralium proprie referemus, opus non videtur “. *Ibidem*, l. I, cap. I, § 16, p. 16.

<sup>811</sup> Beuchot nota que Tomás de Aquino se ocupaba del ‘título jurídico’ por el que alguien tenía un derecho, aunque llamándolo dignidad o causa, con lo que resaltaba el hacer algo a través de los otros. En cambio, con este nominalismo, los derechos aparecen más bien como facultades para hacer por uno mismo. Véase *Derechos humanos. Juspositivismo y jusnaturalismo*, México, UNAM, 1995, pp. 27 y 28.

Suárez había mantenido algo externamente parecido, ya que entendió que el derecho natural se componía de los contenidos racionales existentes en la mente de Dios; la objetividad de estas ideas racionales vinculaba también a Dios, pues Dios no puede mandar el matrimonio y al mismo tiempo permitir los adulterios. Suárez matizaba a Gabriel Vázquez y Luis de Molina, que habían sostenido que esta racionalidad objetiva ‘es así’, sin más, de forma que desde su existencia incondicional se sigue su imposición, su deber-ser o su *ratio debiti*, al margen de cualquier voluntad, también al margen de la voluntad de Dios. Suárez no siguió esta última solución, y volvió a la antigua distinción escolástica que distinguía dos vertientes de la misma ley natural: la *lex indicans* y la *lex imperans*: la ley tiene fuerza de ley porque está ordenada o mandada por Dios.

Pufendorf retuvo únicamente la noción de la *lex imperans*: la ley natural *debe* ser obedecida porque está dictada por Dios. Pero negó la *lex indicans*, porque mantuvo que no existe tal racionalidad objetiva ni en la mente divina ni en la mente humana: solamente permanecen los mandatos de Dios a los hombres.

De todos modos, esta explicación primera de la ley natural (que prácticamente es la única conocida por los historiadores) parece seguir los carriles del aristotelismo, porque lo cierto es que conocemos claramente los mandatos de Dios que se expresan en el Decálogo. Él no se detiene en los mandamientos expresamente revelados, sino que establece una doctrina más amplia, que se basa en la necesidad de fomentar la sociabilidad del ser humano. Considera —de acuerdo con la tradición— que el hombre es un ser débil que necesita de los demás para desarrollar la mayoría de los fines de su vida, de forma que el *principium* del derecho natural es el fomento de la sociabilidad, la *sociabilitas*.<sup>812</sup> Pretende exponer un extenso código de leyes naturales deducidas desde este principio primero. El hombre sería un ser sociable que dispone, además, para regir su vida, de los mandamientos de Dios.

Del mismo modo que Grocio, él erigió la exigencia de la sociabilidad en el *principium unicum et summum* del derecho natural, de modo que todas las conductas que favorecieran la sociabilidad humana constituirían derecho natural, y las que no, serían opuestas a este derecho.

<sup>812</sup> “Necessarium est, ut sit sociabile, id est, ut coniungi cum sui similibus velit, et adversos illos ita se gerat, ut isti causam accipient eum laedendi, sed potius rationem habeant eiusdem commoda servandi, aut promovendi... Inde fundamentale lex naturae isthaec erit: *Cuiuslibet homini, quantum in se, colendam et conservandam esse pacificam adversus alios socialitatem, indoli et scopo generis humanis in universum congruentem*”. *De iure naturae...*, cit., l. II, cap. III, § 15.

Pero Grocio había mantenido la existencia de la ley eterna, que es la razón misma de Dios, y la existencia de un orden objetivo racional, al modo de Vázquez, Molina y Suárez, a los que él cita tan frecuentemente. Si Pufendorf no puede recurrir ni a la ley eterna ni al orden racional inmutable, ¿cómo proceder en sus argumentaciones? Es consciente del cambio que está introduciendo en el pensamiento de los escolásticos españoles: un tema grave, porque todo el siglo XVII estudiaba a Molina y Suárez. Podría haberse remitido a Scoto, Ockham, Gerson, Biel, etcétera para aclarar su actitud mostrando sus bases intelectuales reales, pero de hecho le estaba prohibido mencionar a los escolásticos. Se vio forzado a seguir el pensamiento suareziano, pero negándolo en puntos importantes, con lo que su época se encontró algo desorientada.

### B. *La negación del medium rei*

¿Cómo explicar el fundamento último del derecho, en aquella época, manteniendo un voluntarismo a ultranza? Los nominales se habían podido permitir ser voluntaristas porque afirmaban la “Primera justicia de Dios” desde la que nacen para los hombres derechos, facultades libertades o dominios. Pero Pufendorf, activo en un ambiente bastante secularizado, no podía remitirse a un *depósito* de normas justas o santas, como era la “Primera justicia divina”. Solamente tenía a mano remitirse inmatizadamente a la ‘voluntad de Dios’, pues Él dictó con su voluntad el Decálogo, y Él creó al hombre libremente, y lo hizo tal como es, dependiente de los demás y necesitado del fomento de la sociabilidad.

Existe un segundo momento del voluntarismo, que es el *nominalismo*, al que estas actitudes suelen llevar: no es lícito confundir el voluntarismo de Dios con el nominalismo humano, pero son actitudes muy próximas. Frente a estos nominalismos fáciles, Tomás de Aquino mantuvo el criterio del *medium rei*, porque es evidente, y no necesitado de más pruebas, que el profesor debe explicar con claridad y el conductor ha de conducir con prudencia: luego la claridad y la prudencia se deducen desde las ‘cosas mismas’ de la docencia y de la conducción. Pero como Pufendorf quiere deshacer cualquier posibilidad de la ontología en el derecho, se ve forzado a negar este tipo de conocimiento del ‘justo medio’ jurídico. ¿Por qué quiso negar las virtualidades de la ontología? La única respuesta es que desde el siglo XVII a hoy, todos los no creyentes han negado la posibilidad de los conocimientos metafísicos y ontológicos. Es cierto que también Scoto y Suárez se opusieron al *medium rei*, pero lo podían hacer porque disponían de otros puntos de

referencia para la valoración de las acciones; pero Pufendorf, una vez que hubo negado el *noúmeno* de los jesuitas, se había quedado sin reservas para las valoraciones, excepto su remisión genérica a la ‘voluntad de Dios’.<sup>813</sup>

¿Cómo se puede negar el *medium rei*? Si el profesor examina su vida, le resulta de la máxima evidencia que como profesor debe explicar con la claridad adecuada, y que como conductor ha de respetar las reglas de la conducción: es un criterio que no puede negar sin contradecirse él a sí mismo en su vida cotidiana. Seguramente Samuel Pufendorf tendría la misma vivencia, y lo que le preocupaba era encontrar un cauce retórico por el que abordar el problema de esta negación. La expresión ‘medio de la cosa’ designa de algún modo un objeto ‘físico’, como es esa cosa mencionada. El profesor sabe que su docencia no es exactamente un objeto físico, como sí lo son sus lápices, pero a Pufendorf le interesa ahora llevar la discusión a su terreno; es decir, al de los cuerpos físicos, de modo que el medio aludido sea vinculado a la noción de un cuerpo medible en número y figura.

El tema le era difícil, y el lector debe renunciar desde ahora a encontrar una explicación sencilla. En un primer momento —en el capítulo I del libro I— ya explica a sus lectores que la ‘cantidad moral’ (por seguir su modo de expresarse) no se calcula matemáticamente.<sup>814</sup> Es necesario recurrir a otras consideraciones, a “Otro género de cantidad que es distinto de la cantidad física o matemática”. Esta nueva forma de medir que él propone la llama “cantidad desde la imposición” (esto es, desde el mandato del superior),

<sup>813</sup> Si nos preguntamos sobre la función que jugaba la naturaleza en la fundamentación de estas reglas, la respuesta ha de ser necesariamente algo confusa. Pues, según Pufendorf, una es la estructura natural del hombre (un ser aislado, vanidoso, petulante, más bien egoísta), y otra es su estructura moral: la estructura moral no la obtienen los hombres desde la naturaleza, sino desde los mandatos de Dios (los *entia moralia*), que carecen de base metafísica o real porque solamente son eso: mandatos contingentes que Dios nos ha dado como podría habernos dado otros. La naturaleza como tal desaparece en la explicación de Pufendorf, aunque él se consideraba a sí mismo un ‘jurnaturalista’ porque el mandato supremo de Dios era el de fomentar la sociabilidad humana, y todas las conductas que fomentaran esta sociabilidad debían ser entendidas como ordenadas por el derecho o ley natural, y todas las que la menoscabaran, opuestas a tal derecho. En realidad, Pufendorf —cuando sigue esta línea moderada suya— no expone derecho natural, sino derecho ‘divino’. De hecho, su época —los siglos XVII y XVIII— se quedó colectivamente con la idea de que tanto Grocio como Pufendorf habían enseñado el principio de la sociabilidad, y por este motivo algunos autores alemanes de finales del siglo XVIII llamaban a estos dos autores los ‘socialistas’.

<sup>814</sup> “Jam pauca quoque subnectenda de modis aestimativis seu quantitativis moralibus. Adparet enim, in vita communi personas et res aestimari non tantum secundum extensionem substantiae physicae, aut quantitate motus, et quantitate physicarum, prout considerantur tanquam aliquid ex principiis naturalibus resultans”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. I, § 22, p. 21.

que surge por la determinación de la potencia racional.<sup>815</sup> Realmente, no ha explicado gran cosa, pero al menos no ha soslayado el tema de la medición según el *medium rei*, y ha declarado que es preciso seguir otro tipo de medida. Es algo más explícito cuando explica que la ‘cantidad moral’ posee una naturaleza distinta a la cantidad física, porque ésta es algo natural, y por ello es también inmutable y perpetua.<sup>816</sup> “Pero las cantidades morales provienen de la imposición y de la estimación de seres inteligentes y libres, cuyo juicio y *placitum* no cae bajo la medida física, sino que conciben y determinan la cantidad como cosa suya, de modo que no pueden ser revocados [sus juicios] por una medida similar,<sup>817</sup> sino que retienen esa como libertad y laxitud que poseían en su origen”.<sup>818</sup> Es preciso subrayar el arbitrio (*placitum*) de cada cual en la determinación de la cantidad de derecho, porque “Esta determinación tan precisa no proviene tanto de las mismas cosas o de las circunstancias del momento como de la imposición y del arbitrio de los hombres”.<sup>819</sup>

El problema le preocupaba, ciertamente: debía ser consciente de que al insertarse en la tradición de Scoto, Gerson y —a su modo— de Suárez, estaba atacando la garganta de la *jurisprudencia* existente. Quizá por esta razón dedica todo el capítulo VIII del libro I del *De jure naturae et gentium* a tratar este tema, negando la posibilidad de una medición objetiva de la justicia. El argumento que está en la base de su argumentación es claro: la cantidad moral proviene exclusivamente de la coincidencia o congruencia de la conducta del hombre con lo dispuesto en la ley, porque no existe ninguna medida supralegal.<sup>820</sup> De este modo, la actividad específicamente prudencial desaparece en Pufendorf. No existe cálculo de la medida desde eso mismo

<sup>815</sup> “Sed et secundum aliud quantitatis genus, et diversum a quantitate tam physica quam mathematica; quae quantitas ex impositione, et determinatione potentiae rationalis oritur”. *Idem*.

<sup>816</sup> “Cujus ratio dependet a diversa natura quantitatis physicae, et moralis... Ac sunt praeterea quantitates istae aliquid naturale, eoque inmotum et perpetuum”. *Ibidem*, l. I, cap. II, § 10, p. 35.

<sup>817</sup> Entiendo que quiere decir que la estimación que hace una persona sobre su vida no puede ser revocada por la estimación que haga otra persona: todos los arbitrios tienen el mismo valor.

<sup>818</sup> “Ast quantitates morales proveniunt ex impositione et aestimatione entium intelligentium et liberorum; quorum judicium atque placitum uti sub mensuram physicam non cadit; ita quod ista tanquam quantitatem sua impositione concipiunt atque determinant, ad similem mensuram revocare nequit, sed velut libertatem ac laxitatem suae originis retinet”. *Idem*.

<sup>819</sup> “Ista tamen tan praecisa determinatio non tam ex ipsis rebus, aut tempora momentis, quam ex impositione et placito hominum provenit”. *Ibidem*, p. 36.

<sup>820</sup> “Cum ipsa bonitas in coincidentia seu congruentia cum lege consistat, cujus nulla esse mensura intelligitur...”. *Ibidem*, l. I, cap. VIII, § 1.

que es medido: solo hay normas o leyes, que él supone preexistentes siempre a la actuación concreta, y únicamente cabe preguntarse por la adecuación de nuestra conducta a esas normas. El peso de la argumentación jurídica (si es que ahora es posible seguir usando esta terminología) se desplaza simplemente al conocimiento de las leyes. “Es necesaria aquella acción que es obligatoria según la ley o el mandato del justo superior. En esto consiste la necesidad de las acciones morales”.<sup>821</sup> El único criterio de la bondad o maldad de los actos es la congruencia con la norma del superior: “Decimos que es moralmente buena la acción que es congruente con la ley; mala, la que discrepa de ella. Es decir, la razón formal de la bondad o maldad de las acciones consiste en el hábito o en la relación determinativa a la norma directiva que llamamos ley”.<sup>822</sup>

Puede mantener esta actitud tan voluntarista y legalista porque su nominalismo es fuerte (una influencia de Hobbes). Al parecer, no reconoce la existencia de las cosas: solo aprecia signos. Explica en este sentido que hay que proceder desde las cosas conocidas a las desconocidas, y desde lo que es congruente con la ley hasta lo que no parece congruente. Las nociones universales se forman desde las singulares, y así llegan a ser abstractas. De este modo obtenemos signos que nos permiten comunicarnos y comparar las medidas y los pesos morales.<sup>823</sup> Obviamente, si los hombres únicamente disponemos de signos y de nociones abstractas, no es posible una medida objetiva. La realidad se disuelve en esos signos y solo queda la voluntad expresable a través de ellos. Para mostrar su rotundidad en el nominalismo, sostiene que, si Dios quisiera, se le daría culto mediante las blasfemias y el desprecio, tal como mantuvo —según él cita— Fernando Vázquez de Menchaca en las *Controversias ilustres*, l. I, cap. 27, parágrafos 9 y siguientes.<sup>824</sup>

Trasladó al derecho algunas exigencias de los Reformadores, porque así como éstos eliminaron toda instancia intermedia entre los hombres y Dios

<sup>821</sup> “Actio necessaria est, quam ex lege aut justis superioris omnino facere tenetur jus, cui ea lex aut jussum fuit datus. In hoc enim consistit haecce actionum moralium”. *Ibidem*, l. I, cap. VII, § 2, p. 112.

<sup>822</sup> “Actionem bonam moraliter... dicimus, quae cum lege congruit; malam, quae ab eadem discrepat. Scilicet formalis ratio bonitatis et malitiae actionum consistit in habitudine, seu relatione determinativam ad normam directivam, quam dicimus legem”. *Ibidem*, § 3.

<sup>823</sup> “Quo cum primis facit, quod ex notioribus ignotiora queat colligere, et quid sibi congruat, vel non congruat, indicare; notiones universales a singularibus, abstractas formare; signa, per quae notiones in animo haerentes aliis communicari queant, commisci, numerum, pondera, ac mensura intelligere, atque ista inter se comparare”. *Ibidem*, l. I, cap. II, § 4, p. 145.

<sup>824</sup> “Deum, si voluisset, potuisset constituere, ut blasphemii aut contemtu coleretur. Quod facit Vasquius Controv. illustr. L. I, cap. 27, n. 9 seqq.”. *Ibidem*, l. II, cap. III, § 4, p. 180.

(negaron para ello la Iglesia y buena parte de los sacramentos), Pufendorf enfrentó directamente a cada individuo libre con el poder político, negando para ello la existencia o validez de las cosas o *relationes* que estudia la ciencia jurídica: de este modo, cada ser humano se relacionaba directamente con las leyes, prescindiendo de la necesaria mediación normativa que acarrea ser esposa, hijo, funcionario, comprador de bien inmueble, etcétera. Su nominalismo hizo que las leyes, que ya solamente podían ser órdenes del único poder existente, fundamentaran su validez únicamente en las voluntades que las soportaban, y las relaciones propiamente jurídicas (siempre filtradas, hechas posibles y condicionadas por ‘las cosas’, según los juristas) quedaron sustituidas por la potencia de las voluntades reunidas. No en vano sus discípulos más inmediatos, como Christian Thomasius, a comienzos del siglo XVIII, destacaron la voluntad como prácticamente la única potencia humana.<sup>825</sup>

### C. *Hubo de negar la normatividad de la naturaleza*

Quedaba un último obstáculo, que era el de desconectar la naturaleza del derecho natural. Cosa que parece difícil en un autor que se hizo mundialmente famoso con dos libros en los que se refiere, en sus mismos títulos, al derecho natural y a la naturaleza.

Si un autor dice escribir un estudio sobre el derecho natural, ello es posible porque ese autor entiende que, de algún modo, la naturaleza proporciona derechos y deberes a las personas a través de las ‘leyes naturales’. Es decir, la naturaleza no es algo que simplemente ‘esté ahí’ para ser conocida y dominada por el hombre, sino que tiene un valor normativo para nosotros a través de sus leyes, porque un creyente entiende que la naturaleza está creada por Dios, y toda tendencia natural es expresión de un deseo del autor de la naturaleza.

Las leyes naturales habían sido entendidas hasta entonces en dos sentidos algo distintos: desde la naturaleza física, y desde la naturaleza intelectual o racional de ser humano. Desde la naturaleza física: como los seres humanos vivencian ‘naturalmente’ un deseo a vivir o no estar sometidos al capricho de otros, pronto establecieron los filósofos y juristas que ‘naturalmente’ (esto es, por derecho natural) todos tenemos derecho a la vida o

<sup>825</sup> Thomasius emprendió una campaña contra el *intellectus*, al que privó de casi cualquier virtualidad. En el capítulo de I trata ampliamente este tema, y en el cap. II, “De passionibus animi”, acaba de remachar el clavo. Véase *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, Halae et Lipsiae, 1718.

a ser libres; entendieron que todo lo que está muy próximo a los instintos más fundamentales constituye derecho natural; por eso escribía Tomás de Aquino que “El orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre”. Desde la naturaleza racional: los escolásticos tardíos renovaron y exageraron una vieja doctrina, a saber: existen ‘naturalmente’ las ideas, esencias o naturalezas de cada cosa, y si el comprador ha de pagar el precio de la cosa que ha comprado, esto es y debe ser así porque la naturaleza de la compraventa exige el pago del precio; si el comprador no hubiera de pagar un precio, entonces la naturaleza de ese acto sería necesariamente la de una donación (si la cosa fuera entregada gratuitamente), o la de una permuta (si la cosa fuera entregada a cambio de otra cosa). Pero si se trata de una compraventa, la estructura racional humana exige que se entregue una cosa a cambio de un precio, pues existen las naturalezas objetivas de la compraventa, de la donación o de la permuta.

La naturaleza y sus leyes pueden ser entendidas de una forma u otra, o ambas a la vez: pero este filósofo afirma exponer derecho natural en sus libros, y mantiene al mismo tiempo que la naturaleza no tiene relevancia para regular nuestras vidas porque no nos dicta unas leyes que contengan derechos y deberes para todos.<sup>826</sup> Pufendorf explica que la naturaleza no nos presta (a través de sus leyes) como una fuerza para actuar. Él argumenta que si consideramos a las cosas creadas y a los seres racionales como ‘contradistintos’ (*contradistinctae*) de Dios, la naturaleza ‘no es activa’, porque el hombre no puede recibir la capacidad para obrar desde las leyes de la naturaleza: la naturaleza está ‘determinada’ por estas leyes y desde ellas no puede surgir ninguna capacidad o *jus* propiamente humano. Porque, del mismo modo que para los Nominales y los modernos la naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas por necesarias, y el derecho, por el contrario, sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas para su servicio.

Es curiosa la contradicción de Pufendorf, típica por lo demás de toda esta línea jusnaturalista que toma por fundamento las ‘cualidades morales’

<sup>826</sup> Los Nominales negaron la relevancia moral y jurídica de la naturaleza, que para ellos era solamente acacer regular, pero ciego y sin sentido para el hombre. Esta visión de la naturaleza se afianzó en el siglo XVII, porque Descartes y Galileo estudiaron a la naturaleza únicamente desde el ángulo de sus leyes causales, según el peso, número y figura, con lo que acentuaron —esta vez desde un plano más geométrico, físico y matemático (no necesariamente más científico)— la visión de la naturaleza como aquello que carece de libertad, y por tanto de funciones morales.

El problema es que Pufendorf dependía ante todo de los Nominales, no de Aristóteles, Tomás de Aquino o Francisco de Vitoria, y por ello hizo suya esta visión de lo natural que era la propia de los Nominales y de los científicos de su momento.

del individuo: por un lado niega que la naturaleza proporcione ninguna cualidad moral o derecho, y por otra parte mantiene el derecho a la libertad originaria o ‘natural’. Pufendorf declara que este derecho a la libertad existe porque Dios nos lo ha concedido, y que es inútil plantearse la cuestión de si este derecho ‘es verdad’: “Inane est distinctio illa legis naturalis, ut est praeceptum, ut est veritas”.<sup>827</sup>

Una cuestión incidental: ¿de dónde obtiene el término ‘contradistinta’ cuando afirma que hemos de considerar a la naturaleza como ‘contradistinta’ de Dios.<sup>828</sup>

Un pensamiento que prolonga el que ya vimos en Gerson y Conrado, y que lanzaron a la Edad Moderna Luis de Molina y Francisco Suárez. Pufendorf lo recoge sin citar a estos jesuitas (la cita de un escolástico español hubiera supuesto una descalificación instantánea) y reintroduce en la teoría del derecho natural y de la justicia la visión mecanicista del universo propia de la Modernidad, tal como ya hizo Scoto. La naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas e inexorables, y el derecho sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas. Lo único natural al hombre, en el plano propiamente humano, sería su libertad. Esta tesis no era ninguna novedad: lo novedoso era el contexto secularizador en el que fueron lanzadas, porque nadie se engañó sobre las nuevas pretensiones de esta doctrina. De ahí el escándalo que de hecho suscitó su obra.

Esta es una radiografía de una de sus explicaciones, en la que se muestra más conciliador, seguidor, en buena medida, de lo tradicional entonces. La otra doctrina suya es la que insiste en las esferas morales de libertad.

### 3. *Persona y libertad individual*

Si ha partido desde los mandatos de Dios a los hombres (los *entia moralia*), lo procedente sería exponer —como efectivamente él expuso la mayor parte de las veces— que el derecho natural se compone de ese conjunto de

<sup>827</sup> *Eris scandica...*, cit., *Spicilegium Controversiarum circa jus naturae ipsi motarum*, cap. I, § 1, p. 330.

<sup>828</sup> Este filósofo, con ésta y otras declaraciones, trataba de secularizar la doctrina del derecho natural. Hervada indica que “La tarea fundamental que Pufendorf se impuso consistió en la configuración de una ciencia propia del derecho natural, distinta de las otras ciencias y, a la vez, en la construcción de un sistema completo de sus principios, normas y conclusiones. Por una parte, Pufendorf postuló la autonomía del derecho natural frente a la teología —en general, frente a la religión— entendiéndola no como una autonomía meramente científica, sino como una autonomía en los mismos principios. La ciencia del derecho natural debía encontrar en ella o, en todo caso, en la filosofía, la totalidad de sus principios”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 282.

órdenes. Pero él quería innovar realizando la libertad de la persona. Le era preciso negar la noción del derecho natural como compuesto por los mandatos divinos, y sustituirla por la noción teológica de ‘persona’, que la entendía como un ser incomunicable y solitario, y desde esta base diseñar una noción del orden jurídico que enlazaba de hecho con la de los Nominales. Tenía ante sí la tarea de desarrollar secularizadamente la segunda parte de las doctrinas jusnaturalistas de Molina y Suárez que, junto a las naturalezas de las cosas, constituían la libertad ‘natural’ de cada hombre. Como es patente, hubo de recurrir a contradicciones, y su problema, también literario, fue el de cómo presentar dos tesis opuestas que habían de componer aparentemente una unidad.

Para lograr este efecto, Pufendorf siguió en varios primeros momentos la noción jurídica de persona, que la presentaba como cada una de las dimensiones más importantes de cada ser humano, fijadas y reguladas ya por el derecho. Pero al llegar a un momento determinado se enfrentó directamente al problema y aclaró que la expresión ‘persona’ solamente designa al individuo aislado y libre.<sup>829</sup> Pero hasta ahora solo ha considerado derecho natural a los mandatos de Dios al hombre, y se ve obligado *malgré lui* a introducir la cuestión de la persona individual desde la teoría de los *entia moralia*.

Los comienzos de su explicación son ambiguos: “Los entes morales, que los concebimos al modo de substancias, se dicen que constituyen personas morales”.<sup>830</sup> (Ahora sí recurre a la noción de ‘sustancia’, siendo así que ha insistido en la naturaleza ‘modal’ de los entes morales). La noción jurídica más antigua de persona entendía que esta figura constituía bien un ser humano, bien una de las dimensiones permanentes de cada hombre. Pufendorf se enfrenta directamente a este tema: “Cada persona moral — explica en un primer momento — es un hombre singular en tanto que está vinculado en un sistema por un vínculo moral, de forma que se le considere en su *status* o *munus*”.<sup>831</sup> Pero en el párrafo 15 de este capítulo rompe con cierta brusquedad con esta consideración, y explica que “Pero, en reali-

<sup>829</sup> Yo entendí, hace algunos años, encontrar el origen de la expresión persona o ‘persona jurídica’, en el sentido específicamente moderno, en la obra kantiana. Véase “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1987), pp. 477-522, pero aún desconocía los antecedentes medievales y teológicos de las explicaciones de Pufendorf.

<sup>830</sup> “Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur personae morales”. *De jure naturae...*, *cit.*, l. I, cap. I, § 12, p. 12.

<sup>831</sup> “Dicuntur personae morales, quae sunt homines singuli, aut per vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere, in quo vita communi versantur”. *Idem*.

dad, las verdaderas personas morales que produce cualquier imposición son libres”.<sup>832</sup> (Seguimos con las contradicciones: trató de conciliar dos nociones del derecho natural: una como el conjunto de los mandatos divinos —los entes morales—, y la otra como la libertad de cada individuo, pero son unas libertades individuales que han de ser extraídas desde los mandatos de Dios: su gran problema, al que nunca contestó, era cómo extraer libertades desde los mandatos u órdenes).

Efectivamente, la persona será de ahora en adelante aquel ser dotado de arbitrio indeterminable sobre sus acciones, porque no reconoce superior.<sup>833</sup> La ciencia del derecho anterior había considerado que “Persona hic nobis est homo juris communicationem habens”; esto es, una persona es el hombre que vive ya la vida del derecho.<sup>834</sup> Pero frente a esta visión, Pufendorf mantiene que el hombre posee unas ‘cualidades morales operativas’ que, en caso de ser activas, pueden ser llamadas *jus, potestas et obligatio*.<sup>835</sup> La *potestas* es aquel ‘modo’ por el que alguien “legítimamente y con efecto moral” puede actuar.<sup>836</sup> Pufendorf introduce la palabra *legitimus* en la base de la explicación del derecho, del mismo modo que había hecho sesenta años antes Luis de Molina, y como hizo Gabriel Biel a finales del siglo XV. No es extraño que recurra a este recurso, porque él mismo dedica bastante espacio a rebatir lo que se solía llamar la medición objetiva o real de la justicia; falto de un título o causa jurídica concreto, el hombre solo puede actuar porque está *legitimado naturalmente*. Consecuentemente, la potestad sobre la propia persona y los propios actos se llama ‘libertad’, aunque encuentra re-

<sup>832</sup> “Ast veras personas morales quae producit impositio haudquicquam ita est libera”.

<sup>833</sup> “Sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involvit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore proveniens”. *Ibidem*, l., cap. I, § 19, p. 20

<sup>834</sup> Así, Althusius. Véase *Dicaeologia libri tres...*, *cit.*, l. I, cap. V, § 1. Anteriormente, en el cap. II, § 9, había tratado este tema: “Ideoque res et personae atque circumstantiae illarum, per universam dicaeologiam sunt diffusae. De rebus vero et personis in dicaeologia tractatur, quatenus ob illarum qualitatem, affectionem et conditionem variam, jus varium et diversum constituitur”. De este modo, aparte de la ‘persona jurídica’ admite que pueden existir otros tipos de personas: “Naturam et affectionem rerum, vel personarum physicam, politicam, ethicam, theologicam, historicam, logicam, aliis artibus relinquimus”.

Althusius realizó el último gran esfuerzo reivindicando las categorías doctrinales del derecho común. Es un continuador de las obras de Bologninus o Hopper, pero de una forma más completa que aquellos otros autores. Más tarde aparecieron las obras de Vico, Gravina o Eisenhart, pero falta en ellas el tono enciclopédico de Althusius.

<sup>835</sup> “Operativae qualitates morales sunt activae vel pasivae. Illarum nobilissimae species sunt potestas, jus et obligatio”. *De jure naturae...*, *cit.*, l. I, cap. I, § 19, p. 19.

<sup>836</sup> “Potestas est, quae quis legitime, et cum effectu morali agere potest”. *Idem*.

ticencias para usar este término por las ambigüedades a que se presta.<sup>837</sup> Y tal libertad no puede ser entendida como “Un principio dividido de aquel al cual se le atribuye, sino como una facultad de disponer de sí mismo y de sus actos según su propio arbitrio”.<sup>838</sup>

Planteadas así las cosas, la noción de ley también cambia su significado usual. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad, como dejó establecido la tradición medieval a la que siguió Hobbes. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades, la expresión ley natural es una *contradictio in terminis*. “El término derecho significa frecuentemente lo mismo que ley, especialmente cuando se lo entiende como el conjunto de las leyes; ten cuidado, no vayas a entenderlo así por ley, como cuando la ley divina ordena hacer algo: entonces no se puede hablar de derecho, sino de precepto de la ley divina”.<sup>839</sup> Porque ‘el uso del habla’ nos lleva a entender que solo puede ser derecho una facultad de hacer (*jus agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad.<sup>840</sup> “En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural”.<sup>841</sup> Es lógico que explique más adelante, ya en el libro segundo de esta obra, que la expresión ‘ley natural’ es inadecuada<sup>842</sup> cuando nos queremos referir a un ‘modo de actuar’(*modus agendi*); porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran ‘con derecho’.<sup>843</sup> La ley nada tiene que ver con el derecho, aunque hablemos de la ley natural como fundamento de nuestra actuación.

Desde la persona surgen las cualidades morales; esto es, las potestades, facultades o derechos. El derecho es siempre una ‘condición de la persona’,

<sup>837</sup> “Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum)”. *Idem*.

<sup>838</sup> “Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda... sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi”. *Ibidem*, p. 20.

<sup>839</sup> “Denique Juris vocabulum uti cum lege saepe idem significat, ubi cum primis pro complexu legum ponitur; ita cavendum, ne pro lege id accipiamus, quando hoc vel illud lege divina faciendi jus esse dicitur, putemus, idem lege divina praeceptum...”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. VI, § 3, p. 89.

<sup>840</sup> “Inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interdicuntur, ex illa lege eadem agendi jus esse dicatur, igitur in hoc quidem significatu jus ad libertatem pertinet”. *Idem*.

<sup>841</sup> “Lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur”. *Idem*.

<sup>842</sup> “Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando notat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: Sic et impropria potentia et modus agendi”. *Ibidem*, l. II, cap. II, § 2, p. 156.

<sup>843</sup> “Sic et impropria potentia et modus agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspicitur, Juris nomine vocatur. Nam proprie illum duntaxat jus ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit”. *Idem*.

sin que puedan ser tenidas en cuenta las vertientes que presenta las realidades que vinculan a los seres humanos. Hemos visto que, preparando esta tesis, Pufendorf explicó que las cosas son ajenas al arte jurídico, porque no puede existir el *medium rei*. Pero el problema inmediato que presenta el derecho entendido como una condición de la persona, como un conjunto de cualidades morales de libertad que fluyen desde un ser indeterminable heterónomamente, estriba en que la persona es inconmensurable: no hay criterios para medir lo que se le debe a cada cual una vez que se han perdido de vista las cosas.

#### 4. La teoría de las ‘Esferas de libertad’

Esta persona así concebida goza de una especie de cerco o coto de libertad en torno suyo, que ha de ser entendida al modo espacial (*ad analogiam spatii*), como una facultad de hacer al modo de una ‘cualidad activa’.<sup>844</sup> Es lógico que los últimos jusnaturalistas, kantianos, hablaran de ‘esferas de libertad’ (*Freiheitsphären*) para referirse a la cualidad práctica fundamental que es propia del ser humano.<sup>845</sup> El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica. El autor más radical que explicó coherentemente esta tesis en el siglo XVIII fue Koehler, y ya en el siglo XIX fue Brückner, que entendía que la realidad humana estaba constituida ante todo por una *lex permissiva originaria*.<sup>846</sup> Cada sujeto tiene bien asegurada esta esfera de libertad, porque esta cualidad originaria tiende a difundirse en la mayor medida posible (*est maxime velut diffusiva sui*),<sup>847</sup> y está de tal modo unida a la persona que a nadie le es lícito determinar los actos de otro.<sup>848</sup> La ciencia jurídica romanista distinguía, en cambio, entre la voluntad, la facultad, y el acto mismo.<sup>849</sup>

<sup>844</sup> “Sic v. gr. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae”. *Ibidem*, l. I, cap. I, § 11, p. 11.

<sup>845</sup> Véase mi estudio *La Cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, pp. 53 y ss., y 88 y ss.

<sup>846</sup> Koehler, *Juris socialis et gentium ad jus naturale revocati specimina VII*. Francofurti ad Moenum, 1738. Brückner, *Essay sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*, Leipsic, 1810, § 145. Se apoya ampliamente (aunque no los cite) en los estudios de Wilhelm Traugott Krug.

<sup>847</sup> “Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. I, § 19, p. 19.

<sup>848</sup> “Quaedam enim potestates ita arcte cum persona sunt coniunctae, ut earum actus per alium recte exerceri omnino nequeant”. *Idem*.

<sup>849</sup> Althusius escribía “Factum hoc, quod diximus, tria requisita essentialia conjunctim habet: nimirum 1. Facientis voluntatem. 2. Facultatem facientis... 3. Habet ipsum actum facientis”. *Dicaeologiae libri tres...*, cit., l. I, cap. IX, § 5.

Por este camino, indica Solari que la racionalidad se hizo equivalente a ‘libertad’, y esta libertad fue entendida como el derecho originario de todo hombre al libre desarrollo de sus actos. “El derecho del ciudadano —completa Solari esta idea— es entendido abstractamente, como puro y simple derecho, independientemente de cualquier concepto de deber. Porque el derecho ya no es la expresión de una norma objetiva de conducta, sino sólo la expresión subjetiva del querer”.<sup>850</sup> Según explicaba unos años después Adam Smith, el derecho según Pufendorf consiste en un conjunto de libertades o derechos que competen a todos los seres humanos, tales como el derecho a ejercer libremente el comercio, al uso del propio cuerpo, a casarse, etcétera.<sup>851</sup> Al ser un derecho que no depende de ninguna ley preexistente, sino que deriva directamente de la personalidad de cada sujeto, recibió el nombre de *qualitas moralis* (cualidad moral).

Tenemos, de este modo, como una tríada inicial que irá indisolublemente ligada a la sustancia misma del pensamiento jurídico moderno: la noción de cualidad moral activa, a la que se añade la de expansión *ad analogiam spatii*, dando lugar a la representación geométrica de una esfera de libertad, y que es completada por la negación de la doctrina tradicional de la causa o título: en su lugar entra el término *legítimo*, con todos sus derivados adverbiales. Esta cualidad moral activa no la entiende al modo de un derecho moral, como los que pocos años después defendió Johann Gottlob Schmauß: más bien entiende que es un derecho ya adquirido.<sup>852</sup> El derecho es, pues, en su sentido más exacto, una cualidad activa que permite exigir algo de otro.<sup>853</sup> Afirma que solo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada de coercibilidad.<sup>854</sup> Pero como el derecho natural, que es el derecho del hombre aislado en el estado de naturaleza, no es coercible, no fue extraño que más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico.

Fue lógico que los últimos jusnaturalistas, kantianos, hablaran —según este modo de entender el nuevo derecho natural— de ‘esferas de libertad’ (*Freiheitssphären*), para referirse a la cualidad moral fundamental que es pro-

<sup>850</sup> Solari toca este tema reiteradamente. Véase, por ejemplo, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca, 1911, p. 56.

<sup>851</sup> Véase *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 8.

<sup>852</sup> “Jus autem proprie et perspicue indicat, recte eum fuisse acquisitum, et recte iam obtineri...”. *De jure naturae...*, *cit.*, *idem*.

<sup>853</sup> “Referimus autem jus ad qualitates activas eo respectu, quod propter illud aliquid ab altero possit exigi”. *Idem*.

<sup>854</sup> “Tertia secundum quam nos alterum vel invitum ad quid exhibendum possumus adigere, et ipse idem plene est obligatus ex lege aliqua poenam definitam dicitante”. *Idem*.

pia del ser humano, y que lo constituye como tal.<sup>855</sup> El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica. Los seres humanos hemos de respetarnos mutuamente la libertad así entendida porque el primer deber del hombre (el *officium absolutum*) es “considerarnos a nosotros como iguales”.

##### 5. *La oposición entre el jus y la lex*

Pufendorf propuso igualmente, en los mismos textos, otra noción del *jus naturale*, que es incompatible con la anterior, a saber: el derecho natural como realidad opuesta a la ley natural. Normalmente procede de la mano de Hobbes, que suele ser su interlocutor habitual: el *jus* otorga libertad, y la *lex* ha de recortar la libertad ‘naturalmente’ concedida por el *jus*, a fin de que los hombres lleven una vida más segura y cómoda. El derecho y la ley son, pues, realidades opuestas: ésta no se deriva desde aquel, ni aquel de esta última. Él establece originariamente un *jus permissivum originarium*, que posteriormente sería recortado *odiosamente* por la *lex naturalis* en la medida en que lo exigieran las necesidades humanas. Estamos ante los fundamentos de la ideología política y jurídica liberal. (No era nada original: este planteamiento era típico de los Nominales de la Baja Edad Media: pero como el siglo XVII despreciaba a la Edad Media, muchos entendieron que Hobbes y Pufendorf estaban proponiendo teorías políticas y jurídicas nuevas).<sup>856</sup>

Planteadas así las cosas, la noción de ley no encuentra acomodo en su explicación. Porque el término ‘ley’ denota ante todo un vínculo, no una libertad, como ya dejó establecido Hobbes y como él mismo repite. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades de libertad, la expresión “ley natural” es una *contradictio in terminis*. Porque el “el uso del habla nos lleva a entender que sólo puede ser derecho o *jus*, una facultad de hacer (*jus agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad”. “En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural”.<sup>857</sup> Es lógico que explique bastante más adelante, que la expresión ley natural es inadecuada cuando

<sup>855</sup> Véase mi estudio *La Cabeza de Jano*, cit., pp. 43 y ss.

<sup>856</sup> Véase mi estudio “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso) XXV (2003), pp. 341-373.

<sup>857</sup> “Inde usus loquendi, ut quae legis alicuius specie non interdicuntur, ex illa lege eadem agendi jus esse dicatur, igitur in hoc quidem significatur jus ad libertatem pertinet, lex vero vinculum aliquod denotat, quo libertas naturalis constringitur”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. VI, § 3, p. 89.

nos queremos referir a un ‘modus agendi’; porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran ‘con derecho’.<sup>858</sup>

Afirma que solo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada de coercibilidad. Pero esto plantea serios problemas, porque ¿desde qué instancia recibirá una cualidad moral la coercibilidad si se trata de un simple derecho ‘natural’? Y si las normas del derecho natural no disponen de coacción, ¿puede ser llamado ‘jurídico’ un orden normativo cuyo cumplimiento queda abandonado a la buena voluntad de cada cual? No es extraño que más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico. Es comprensible el problema que él mismo plantea en el l. I, cap. VII, § 15 del *De jure naturae et gentium*: estamos ante una alternativa en la que es preciso optar: porque únicamente disponemos bien del derecho natural, que no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, o bien hay que recurrir a los pactos que dan origen a las leyes. Porque el mismo Pufendorf sobreentiende continuamente que el derecho natural no es más que moral. Fue lógico que Otto von Gierke llamara *jus inutile* al derecho natural propuesto por Pufendorf.<sup>859</sup>

## 6. *El nuevo derecho natural que él propuso: una teoría de la legislación*

Si los hombres son ‘libres’ para constituir sus leyes jurídicas, porque disponen de la cualidad moral de libertad, el derecho natural será la doctrina que enseñe que solamente podemos admitir como derecho ‘justo’ aquel que haya sido pactado libremente por los ciudadanos. La doctrina del derecho natural deviene así una doctrina procedimental sobre el derecho justo, y acaba siendo, en definitiva, lo que llamamos una ciencia de la legislación.

<sup>858</sup> Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando constat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: sic at impropria potentia et modum agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspicitur, juris nomine vocatur. Nam proprie illud duntaxat jus ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit. *De jure naturae...*, cit., l. II, cap. II, § 2, p. 156. Algo más adelante añade que “Sed et propria naturaliter determinata illa res sunt, agentibus liberis contradistinctae: eoque homines circa actiones, quarum direction ipsos est, non a natura, sed a lege ad certū quid determinati sunt; et inde non statuit illis jus ad agendum competit, quid intra vires naturae ipsorum est”, *Ibidem*, p. 157.

<sup>859</sup> Hervada escribe con precisión que “Paradójicamente, el jusnaturalismo racionalista llevaba en sí el germen de una concepción positivista del derecho, pues al escindir el orden jurídico en dos, el derecho emanado del Estado se debía entender como mero derecho positivo —aún cuando recogiese las leyes ‘rationales’ de la naturaleza—, puesto que el sistema de normas naturales es ‘otro’ orden jurídico, separado del positivo”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 257.

¿Por qué, entonces, Pufendorf declara estar haciendo derecho ‘natural’ y que expone tal cosa en sus libros? El problema era ante todo de nombres: tituló sus obras más conocidas como *Los ocho libros del derecho natural* y *El deber del hombre y del ciudadano según la ley de la naturaleza* porque el rótulo de ‘derecho natural’ poseía especial prestigio en aquel tiempo; había titulado a su primera obra extensa como *Elementos de jurisprudencia universal*, pero pronto comprendió que usando la palabra ‘jurisprudencia’ y sin referirse al derecho natural, su audiencia sería menor. ¿Qué hizo, en realidad, para sentirse en el derecho de llamar a sus libros tratados de derecho natural? El *jus naturale* de la Edad Moderna consistió en hacer partir las consideraciones pretendidamente jurídicas desde el estudio del hombre aislado en el ‘estado de naturaleza’. La ciencia del derecho, por el contrario, había arrancado desde el ‘hombre viviendo en sociedad’ (*homo in societate implicatus*), y por ello estudiaba los problemas que les surgían a una madre, al propietario de un bien inmueble, a un comprador, o a una prostituta.

Pero los *moderni* —siguiendo la tradición de los Nominales— rechazaron las estructuras de estas relaciones (la de madre, propietario, etcétera), y quisieron estudiar al hombre ‘naturalmente’, esto es, suponiendo un estado originario en el que cada sujeto solo se tiene a sí mismo, como si estuviera al comienzo del mundo; ellos supusieron que estudiando al ser humano ‘por sí mismo’, antes de iniciarse cualquier cultura, obtendrían las notas fundamentales de lo humano. Así obtendrían una antropología que nos situaría en condiciones de hacer un derecho más ajustado a lo que el hombre es, menos artificioso, más natural o sencillo, y más justo: era el viejo sueño de los humanistas del siglo XVI, que querían prescindir de la complejidad y enmarañamiento de los estudios jurídicos y sustituirlos por las reglas de la ‘equidad natural’.

Por esta razón, la mayor parte de los libros de derecho natural de los siglos XVI y XVII se componían de dos partes: la primera se titulaba “Derecho natural absoluto”, y en ella estudiaban al hombre tal como es aisladamente; en realidad consistían en primitivos estudios antropológicos rudimentarios, sin especial base experimental, en los que mostraban al hombre como un ser libre, vanidoso, chismoso, razonablemente egoísta, etcétera.<sup>860</sup> Esta última categoría —la del egoísmo o *philautia*— tuvo una importancia

<sup>860</sup> Él escribía que “Ex hisce positis facile est fundamentum legis naturalis invenire. Scilicet manifeste apparet, hominem esse animal sui conservandi studiosissimum, per se egenum, sine sui similibus auxilio servari ineptum, ad mutua commoda promovendam maxime idoneum, idem tamen saepe malitiosum, petuleus et facile irritabile, ac ad noxam inferendam promptum, ac validum”. *De jure naturae...*, cit., l. II, cap. III, § 15.

decisiva en estos tratados, porque les era imprescindible para explicar razonadamente el paso desde el estado de naturaleza a la sociedad civil: pues si los hombres fuéramos buenos ‘naturalmente’, no haría falta la sociedad (que con sus relaciones de mando y obediencia, y por tanto de desigualdades, era presentada necesariamente como un mal menor), y permaneceríamos viviendo en el estado de naturaleza. Si hemos pasado desde el *status naturae* a la sociedad política es porque nos molestamos mutuamente, y es necesario crear una autoridad común que cuide de que no sean violados los derechos de las personas. Ellos diseñaron de este modo, ya en el siglo XVII, lo que después llamamos el ‘Estado gendarme’, que es el cuerpo político que no ayuda ni promueve especialmente, sino que únicamente asegura el disfrute en paz de los propios derechos. Como las leyes tienen un carácter represivo (existen para castigar o para desanimar de las violaciones de los derechos) todo el derecho —reducido a leyes generales— cobró ahora un cariz negativo y penalista.

La segunda parte de estos tratados era titulada “Derecho natural hipotético”, porque partía desde la ‘hipótesis’ del hombre implicado en la sociedad, que ya era padre o hijo, ciudadano, propietario de bienes muebles e inmuebles, etcétera. Estudiaban las llamadas ‘sociedades adventicias’, que son aquellas que le ‘advienen’ al hombre una vez que ha abandonado el estado de naturaleza: el matrimonio la primera de ellas, después las relaciones de patria potestad y filiación, las relaciones políticas, y las diversas sociedades civiles, mercantiles y religiosas. Samuel Pufendorf expuso cientos de reglas morales —tomadas normalmente de los libros de los escolásticos españoles—, reglas que él dice fundamentar en el derecho natural, para regular estas otras relaciones que surgían desde las sociedades adventicias creadas mediante pactos.

El derecho o ley natural desaparece en Pufendorf para quedar sustituido por una cascada de pactos entre individuos libres, y el derecho natural, tal como lo concibe este autor, viene a ser más bien la exigencia antropológico-jurídica de considerar que todos los sujetos son igualmente libres porque nadie posee el privilegio para normar la conducta de otro.<sup>861</sup> El derecho sustantivo estaría constituido bien por los pactos efectivamente concluidos, bien por las condiciones de perfecta simetría que exige la naturaleza o el *jus naturale* en la conclusión de estos contratos. El Pufendorf que enumera muchas reglas concretas de moralidad, normalmente extraídas de tratados escolásticos, es inconsecuente: ni su nominalismo ni su consiguiente volun-

<sup>861</sup> Véase mi estudio “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la escuela del derecho natural”, *Persona y Derecho*, 13 (1985), pp. 82 y ss.

tarismo le permiten establecer normas concretas y materiales de la conducta humana, a menos que las afirme incoherentemente. Además, él ya ha establecido que el único criterio de justicia son los pactos.<sup>862</sup> Incluso la justicia distributiva la reduce o la hace depender de los pactos sociales.<sup>863</sup> Contra Hobbes, que redujo según él toda justicia posible al pacto, explica que el derecho penal no se rige por pactos, que hay por tanto una justicia anterior a las convenciones entre los hombres.<sup>864</sup> Podemos suponer lícitamente, *a sensu contrario*, que estamos ante una declaración más, explícita, en la que reduce todo el derecho (excepto los casos penales) a pactos.

A la vista de este panorama podemos acercarnos a la complejidad contradictoria de las diversas teorías de Pufendorf: ha declarado reiteradamente que la bondad o maldad consiste únicamente en la congruencia de los actos de los hombres con las leyes divinas, y esto sería el derecho natural. Pero como en su pensamiento domina la tesis de la cualidad moral de la persona, que se concreta en esa libertad *diffusiva ad analogiam spatii*, las leyes divinas brillan por su ausencia, y todo queda reducido a la exigencia moral-jurídica de una situación de igualdad o simetría en la conclusión de los pactos. Esta es quizá la más genuina doctrina del derecho natural de la Modernidad. Las declaraciones sobre la ley o el derecho natural, las primeras teorías sobre los *entia moralia* entendidos como los mandatos del superior legítimo, etcétera, sólo cumplen la función de un decorado que facilita la introducción del rasgo dominante, espíritu propio del jusnaturalismo moderno. Es comprensible el problema que él mismo plantea en el l. I, cap. VII, § 15 del *De jure*

<sup>862</sup> *De jure naturae...*, cit. *Idem*. Además de los condicionantes de su inicial actitud nominalista, Pufendorf declara expresamente que “Es suficientemente manifiesto que son necesarios los pactos entre los hombres. Para que se difundan ampliamente las obligaciones de humanidad hacia la vida humana, es suficiente con que los hombres pacten sobre aquello que ellos perciben como beneficioso, y esta sola idea es suficiente. Porque no hay nadie que, de la sola idea de la humanidad, aunque él tenga una mente excelente, pueda deducir todo lo que es preciso... Así pues fue necesario para los hombres convenir entre sí sobre las cosas que se deben unos a otros, y que proceden de la socialidad; porque desde la sola ley de la humanidad no se pueden deducir. Además, ya establecí anteriormente que tanto aquello que alguien debe dar a otro, como aquello que otro puede exigir de él, debe ser hecho por promesas y pactos”. *De Officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali, libri duo*, edición de Giessen, 1731, l. I, cap. IX, § 1, p. 156 de esta edición. La traducción es mía.

<sup>863</sup> “Jus porro isthoc oritur vel singulis ex pacto (tacito, aut expresso) cum societate aliqua inito hoc fine, ut ipsius membra fiant; vel societate ex pacto eodem cum singulis, ut eos sibi membra adiungat... Ubi exercetur ea, quae ex pacto societatis cum membro, aut membri cum societate ob finem iam dictum inito debentur, vocatur justitia distributiva”. *De jure naturae...*, cit., l. I, cap. VII, § 9, p. 118.

<sup>864</sup> *Ibidem*, l. I, cap. VII, § 13, pp. 122 y 123. La misma idea la reitera en el § 15.

*naturae et gentium*: el derecho natural no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, y hay que recurrir a los pactos.<sup>865</sup>

De este modo, el derecho o *jus* ya aparece en Pufendorf como una *qualitas moralis*, designada bajo los nombres de *potestas* o *facultas*. Se trata de una cualidad moral que surge desde la misma libertad de la persona —si es que es posible dissociar los términos de persona o *juristische Person* (como la llamarán Kant y sus discípulos), y el de libertad—. Porque lo constitutivo de la persona, en el nuevo sentido que adquiere con Pufendorf esta palabra, es esa libertad expansiva a que he aludido. La persona es, así, un ser desvinculado del ‘mundo’ que le rodea, que es naturaleza regida y sometida a sus leyes; es obvio que derecho y ley han de oponerse, en un sentido un tanto similar al de la teoría hobbesiana. Y esta persona que no reconoce superior ni encuentra en la naturaleza puntos de apoyo para su actuación; solo tiene el camino de pactar libremente con las otras personas iguales a ella buscando su utilidad o comodidad. El eudemonismo juega un papel importante en la doctrina política de Samuel Pufendorf.

## 7. Comentarios

He dedicado una extensión quizá inusual a la exposición de la doctrina de Pufendorf porque él fue quien dio la pauta para la reflexión sobre el derecho más propia de la Edad Moderna. Sus bases fueron medievales-escolásticas, pero hubo de rehacerlas para secularizarlas en medio de fuertes contradicciones. Explicó que solamente contamos con los mandatos de Dios a los hombres —los entes morales— pero que toda verdadera imposición (hay que suponer que de Dios) nos hace libres. Una vez que ha sentado la existencia de los mandatos de Dios como la base del derecho natural, prescinde completamente de Dios. Que los mandatos expresan una *obligatio*, pero que crean en nosotros libertades y facultades. Que él hace derecho natural, pero que la naturaleza, al ser considerada como ‘contradistinta’ de Dios, no nos proporciona leyes o libertades; de ahí el carácter de simple decorado de sus declaraciones teológicas. Que contamos ante todo con el derecho natural, pero que este es un derecho inane, porque ha de ser sustituido por leyes coercitivas que terminan con la ‘libertad natural’.

<sup>865</sup> “Circa priorem modum est observandum, debere aliquid alicui vel ex mero jure naturae, ita tamen, ut ad ea perfecto jus non habeat, uti sunt officia humanitatis, beneficentiae, gratia animi; vel ex pacto, eoque vel peculiari, vel contento in obligationi nostra ad leges civiles, quae nos adstringimus ad praestanda ea, quae leges istas alteri iubent exhibere”. *Ibidem*, l. I, cap. VII, § 5, p. 125.

Trató de presentar a individuos libres negando la existencia de cualquier implicación ontológica de la ciencia del derecho, de la relación de Dios con la naturaleza; finalmente le quedaron unos individuos —las ‘personas’— que eran libres porque él lo afirmaba así, sin dar ningún argumento a favor de la libertad de las personas. Resultó así un hombre que es libre frente a Dios, y que, exento de condicionantes ontológicos, sería también libre porque no encuentra normas que haya de seguir en las estructuras de las ‘cosas’ que vive. Hizo de puente entre los últimos escolásticos españoles y el siglo XVIII porque partió desde presupuestos similares a los de aquellos escolásticos y, mediante negaciones contradictoriamente oportunas, propuso una visión del ser humano que no suponía la actividad de Dios. No argumentó el estatus filosófico (llámesele ontológico, metafísico o epistemológico) de las personas de las que hablaba, pero sus dos obras extensas relacionadas —al menos en sus títulos— con el derecho natural, el latín de excelente calidad, la erudición clásica que muestra, su innegable calidad literaria a pesar de sus insultos, y las contradicciones que dieron a su pensamiento fama de complejo, hicieron que sus libros pesaran fuertemente en el transcurso de la filosofía del derecho moderna.

Como resumen valorativo de las aportaciones de este autor, es expresivo el juicio de López Hernández:

De todos los pensadores modernos que estamos analizando, Pufendorf es sin duda el más ecléctico y el menos original. No destaca por sus aportaciones en el plano filosófico ni por su especial dominio de la técnica jurídica. Es ante todo un sistematizador y vulgarizador de la doctrina moderna del derecho natural, en la cual sí tuvo especial fortuna. Representa en cierta manera un anticipo de los derroteros que habría de seguir la Filosofía del derecho en los siglos siguientes.<sup>866</sup>

#### IV. DISTINTAS TENDENCIAS DEL NUEVO DERECHO NATURAL

El movimiento del derecho natural cobró vida propia (es decir, al margen de los juristas que, como Vázquez de Menchaca, o de los escolásticos que como Molina o Suárez propusieron ya maduras las tesis básicas de esta Escuela) en la conjunción de algunas tesis de Grocio con el método de Hobbes, con Samuel Pufendorf, que hizo suyo el individualismo presente desde

<sup>866</sup> *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 274.

los inicios de esta Escuela, y que también asumió el juego del “Jus seu libertas-Lex quae constringit” propio de la tradición bajomedieval y que volvió a popularizar Hobbes en el siglo XVII. Pufendorf fue una figura que llenó la segunda mitad del siglo XVII, de forma que podríamos decir que a partir de 1680 se es amigo o enemigo de él. Sus enemigos se ampararon en el *De jure belli ac pacis* de Grocio, y constituyeron la línea doctrinal que podríamos llamar la escolástica grociana. Eran personas que creían en Dios, y por tanto en la ley eterna y en una ley natural derivada desde la ley eterna.

Las líneas doctrinales que arrancan del magisterio de Pufendorf se bifurcaron desde finales del siglo. John Locke se le mostró extraordinariamente afín, pues también afirmó las *qualitates morales* del individuo, y a la *qualitas moralis libertatis* añadió la de la propiedad privada sin límites —bien que Locke no usó la terminología escolástica de *qualitas moralis* sino la de derechos innatos, o simplemente la de los derechos—. Locke recogió la doctrina de Juan de Lugo, al que comprensiblemente no cita. La filosofía de Locke fue brillante y convincente para la época. Los historiadores actuales, desde Solari, entienden que está puesta al servicio de la conservación y aumento de las propiedades.<sup>867</sup> Su fama como teórico de la economía política va creciendo de día en día, y tiende a eclipsar a la de Adam Smith. Locke suavizó y domesticó la filosofía de Hobbes, y su filosofía teórica y práctica, expuesta en los inicios mismos de la Ilustración, fue la gran triunfadora del materialismo y del fenomenismo del siglo XVIII: en cierto modo Hobbes triunfó a través de Locke. Suárez, Grocio y Pufendorf habían puesto de moda la cualidad moral o personal de la libertad individual, y Locke le añadió (tras el precedente de Lugo) la también cualidad moral de ser propietario.

Los otros discípulos de Pufendorf se mostraron seriamente influidos por el sensismo de Locke: tal fue el caso de Christian Thomasius, Nicolás Jerónimo Gundling, Henricus Koehler y muchos más, que llevaron durante el siglo XVIII el individualismo y consiguiente contractualismo del maestro a su más alta expresión, aunque en claves filosóficas más materialistas.<sup>868</sup> Entre ellos no hubo unidad de propósitos: Gundling y Koehler (hacia 1730) propugnaron el individualismo político republicano, y Tho-

<sup>867</sup> Desde bastantes puntos de vista, las obras de Gioele Solari siguen sin estar superadas, a pesar de los años. Por lo que se refiere a este punto de Locke, véase *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, cit., p. 24.

<sup>868</sup> J. López Hernández considera que “Los representantes académicos más importantes de esta escuela [se refiere al derecho natural moderno] son Grocio, Pufendorf, Thomasius y Wolff”. *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., p. 247. Más adelante, en las páginas 392 y ss. de esta obra, incluye a Christian Thomasius en el grupo de los jusnaturalistas ‘metafísicos’ que parten desde el noúmeno de una idea inmutable, etcétera, de la naturaleza humana. No

masius proclamó la dictadura de los *sapientes* sobre los *stulti*, según demandaba la teoría política de la monarquía del momento, porque Thomasius se puso al servicio del Despotismo Ilustrado, a diferencia de su maestro y sus compañeros de escuela, que prepararon eficazmente las ideas revolucionarias que estallaron en 1789. La línea de Gundling y Koehler continúa con altibajos por todo el siglo XVIII, y fue la recogida, de forma bastante singular, por la metafísica del derecho de Kant, quien la proyectó al siglo XIX alemán a través de sus numerosos e influyentes discípulos. Ésta fue la dirección revolucionaria y burguesa del derecho natural moderno, la que hizo posible la revolución norteamericana y la de 1789. En nombre de la nueva noción de persona, reaccionaron contra los vínculos jurídicos y cualquier sujeción política que no surgiera del propio consentimiento.

### 1. *Diversas direcciones del nuevo derecho natural*

Javier Hervada nos advierte que

Hasta épocas cercanas a nosotros, la Escuela moderna del Derecho natural ha sido llamada sencillamente ‘Escuela del derecho natural’ o ‘jusnaturalismo’. En esta Escuela se ha solido incluir a un variado conjunto de filósofos, juristas y escritores políticos de los siglos XVII y XVIII; en este sentido el ‘jusnaturalismo’ o ‘jusnaturalismo moderno’ se extiende a un gran número de escritores muy variados e incluso contradictorios.<sup>869</sup>

Para no despistarnos en la turbamulta de nombre de autores poco conocidos que siguieron a Pufendorf, o reaccionaron contra él, reproduzco unas tablas que se encuentran en la obra de Samuel Christian Hollmann, *Jurisprudentiae naturalis Primae Lineae*:<sup>870</sup>

1) Iniciadores de la Escuela del derecho natural: Oldendorp, Hemming, Winckler, Gentili, Selden.

2) Grocio y sus discípulos:

*Commentatori operis Grotiani:*

Boecler

Simon

Henniges

Barbeyrac

Ziegler

Becmanus

Obrechts

Coccejus

parece que sea así: Thomasius no considera a la naturaleza humana de un modo mucho más cercano a Hobbes que no a Locke, y muy distanciado de Grocio y sus discípulos.

<sup>869</sup> *Historia de la ciencia del derecho natural, cit.*, p. 260.

<sup>870</sup> Gottingae, 1751, *Prolegomena*.

*Epitomes de Grocio:*

Klenck	Vitriarius	Kulpis	Willenberg
Schaffer	Gul. Grotius		

3) Hobbes permaneció sin escuela. Contradictores: Gribner, Gundling, Glafey (extrañamente, no menciona al primero de ellos, Richard Cumberland). Budde añade Bramhall, Coccejus, Sharrock, Schaft, Strimesius.<sup>871</sup>

4) Pufendorf y su escuela:

*Adversarios:* Veltheim, Zentgrav, Strimesius, a los que Juan Francisco Budde añade Beckmann, Schwarz, Gesenius, Scherz.<sup>872</sup>

*Defensores:* Thomasius: scriptisquis suis strenue defenderat.

Buddeus	Beyerus	Heineccius	Wernherus
Hochstter	Gribner	Strubius	Gundling
L. B. de Wolff	Coccejus	Ludovicus	De Coccejus
Willenbergius	Weidler	De Holberg	Gehardus. <sup>873</sup>

## 2. *La influencia del movimiento codificador*

Los deseos de una nueva idea del derecho que mostró el siglo XVI llevaron a requerir una creación y exposición breve y clara de lo que entendían que era el derecho verdaderamente racional. Aludí a que autores como François Hotmann y Sebastián Derrer publicaron en el siglo XVI códigos de derecho civil —al menos parciales— que entonces no lograron reconocimiento público. Pero Hotmann y Derrer se habían adelantado a su época: el espíritu racionalista no estaba suficientemente formado en el siglo XVI. Sí lo fue estando a lo largo del siglo siguiente, y el Káiser encargó a Samuel Coccejus la redacción de un Código civil para el Estado prusiano; esto sucedía hacia 1700. Los compendios romanistas del *Usus modernus pandectarum* se prestaban a ser usados como materiales de construcción de los nuevos códigos nacionales, y Coccejus compuso una primera parte del código según

<sup>871</sup> *Selectas juris naturae et gentium, cit.*, § 26.

<sup>872</sup> *Ibidem*, § 34.

<sup>873</sup> Johann Friedrich Weidler nos hace otra enumeración: escritores del derecho natural anteriores a Grocio: Vázquez de Menchaca, Covarrubias, Hopper, Gentili, Winckler, Adam, Seduardus, Ayala, Selden. Véase *Institutiones Juris Naturae et Gentium methodo geometrica digestae collataeque sparsim jure positivo illustratae*, Vitembergae, 1731, cap. 1, § 22. Como puede comprobar el lector, incurre en errores groseros, porque Seduardus es solo el personaje literario que lleva el protagonismo en la obra dialogada de Joachim Hopper, “Seduardus, seu de vera jurisprudentia...”, ya citada.

un derecho romano suavizado y algo edulcorado,<sup>874</sup> porque el derecho de Roma era demasiado montaraz para la exigencia de simetría y orden que reclamaba la nueva mentalidad. Éste fue el momento doctrinal por excelencia de la jurisprudencia romanista idealizada, porque los juristas veían la posibilidad real de que sus tratados pretendidamente jusnaturalistas se convirtieran en el derecho privado de toda una nación. Daniel Nettelbladt, Joachim Georges Daries y Heinecke (latinizado Heineccius) trabajaron en este sentido, y sus libros se presentaron ante el siglo XVIII como el derecho privado que exigía la razón. Estos autores no estaban movidos por el ímpetu reformista que aleteaba en las páginas de Pufendorf y sus discípulos; como juristas que eran, eran más conservadores.

Los proyectos del código civil que presentó Coccejus fueron rechazados porque exponían un derecho excesivamente apartado de la tradición jurídica prusiana. El Káiser pidió ayuda a otros expertos, y Prusia tuvo el primer código civil que ha existido, publicado en el último tercio del siglo XVIII, conocido como el *Allgemeines Landrecht*. Pero no estaba destinado al éxito, porque respondía a la sociedad estamental del Antiguo Régimen. En Austria, Franz von Suarez, ministro de justicia, hizo publicar un código civil que sí respondía a la exigencia moderna de la libertad igual de los ciudadanos. Pero prácticamente todo el prestigio se lo llevó, más tarde, el Code Napoleon, que fue considerado colectivamente como la manifestación genuina de la racionalidad en el derecho.

### 3. *La subida del materialismo*

El materialismo de Hobbes y Locke estalló en el Iluminismo en varias lenguas. Los alemanes no podían mantenerlo abiertamente, porque la censura del Káiser estaba atenta. El materialismo de Thomasius y Gundling fue tácito, y tácitamente aceptado. Las obras jurídicas de Christian Wolff influyeron de forma desigual según los ambientes,<sup>875</sup> porque no fueron ni originales ni radicales. Wolff también prescindió de Dios, aunque al final de cada capítulo o párrafo suele hacer una declaración de estilo en la que indica que lo que él expone es obligatorio, porque, además, lo ordena Dios. Este materialismo sí fue profesado abierta y beligerantemente por Helvetius o D'Holbach, quienes, influidos por Locke, influyeron a su vez sobre los

<sup>874</sup> Solari, G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, cit., pp. 49-58.

<sup>875</sup> Alfred Dufour mantiene que la teoría del derecho natural de Wolff suplantó completamente, de 1720 a 1750, a las de Pufendorf y Thomasius. Véase *Le mariage...*, cit., p. 168. Es posible que fuera así, pero el talante triunfador en última instancia no fue el de Christian Wolff.

ingleses. Voltaire era considerado el embajador de la mentalidad cientifista y observacionista inglesa en París. La situación no dejó de tener ribetes confusos, porque el nuevo espíritu científico se movía según la mecánica de Descartes y las reglas de Newton<sup>876</sup> (una mixtura por sí confusa), y aunque Isaac Newton publicó un extenso apéndice a la segunda edición de sus *Principios*, que consistía en un tratado de teología natural en el que explicaba que el método de los físicos no prejuizaba nada sobre temas teológicos, el nuevo método científico fue deificado como el único cauce epistemológico posible para captar la única ley de causa-efecto que movía el Todo universal. Esta fe en la única máquina movida por una sola fuerza que operaba siempre en la misma dirección con una energía de una sola naturaleza debió contribuir notablemente a aceptar el postulado del *principium unicum y evidens* en que se asentó la mentalidad jusnaturalista del momento. La aplicación de los patrones mecánico-geométricos (no en vano el derecho natural moderno fue llamado *mos geometricus*) al diseño de la sociedad racional se nos muestra en la tendencia constante de proceder desde el punto a la línea, de la línea a la extensión, desde esta a la figura. Todo ello mediante cálculos de naturaleza pretendidamente aritmética.<sup>877</sup>

<sup>876</sup> La ciencia experimental tardó paso en abrirse camino, y no triunfó plenamente hasta que se impuso el espíritu experimentador *ad casum* de Galileo y Newton, y que David Hume llevó hasta extremos exasperantes. Hasta entonces, Randall nos informa que “Todavía la nueva ciencia (se refiere al siglo XVIII) no había inducido a los hombres a abandonar el ideal aristotélico de un cuerpo de conocimientos que pudiera ser deductivo, universal e infalible: Un gran sistema lógico... Es característico del ideal científico del siglo XVIII el hecho de que, por mucho que se atendiese a la experiencia, al sugerir estos axiomas y formular las leyes específicas que gobiernan los fenómenos, no se consideraba que una ley se había establecido de modo concluyente hasta haberla podido introducir en el gran sistema deductivo y universal. Encantados por la física Matemática triunfante, los hombres se volvieron optimistas y creyeron que una ciencia tan completa e infalible pronto agotaría toda experimentación y podría progresar sin recurrir para nada a la experiencia... El racionalismo de tipo geométrico fue el método intelectual que halló eco popular en la Edad de la razón”. *La formación del pensamiento moderno, cit.*, p. 267.

Fueron espíritus ‘experimentadores’, sin tanta confianza en las virtualidades de la razón que deducía desde las verdades innatas o experimentadas, Voltaire, Lamarck, Saint-Hilaire, Buffon, Linneo, Cavendish, Lavoisier, por citar algunos conocidos. La pugna entre el método experimental y el método *more cartesiano* axiomático-deductivo llegó ampliamente hasta el siglo XIX que, bajo la influencia de la crítica de David Hume fundamentalmente, no se convenció de que todo fenómeno puede tener su contrario, y que solamente por la experiencia aprendemos que el agua moja y que el fuego quema. En opinión de Randall, fue Newton el que anticipadamente estableció la concordancia de ambos métodos, reconociendo la relativa parte de corrección de cada uno. Véase *La formación del pensamiento moderno, cit.*, pp. 269-271.

<sup>877</sup> Hobbes había explicado que razonar era sino sumar y restar. Un siglo después, N. J. Gundling lo volvía a recordar: “Mens scilicet est una, et habet primo potentiam intelligendi, hoc est numerandi, addendi, subtrahendi, multiplicandi, dividendi; deinde habet etiam po-

Europa no estuvo siempre a la altura de las exigencias filosóficas que planteaba el nuevo materialismo. Los discípulos de Descartes, ridiculizados por el prestigio de las mentalidades que rodeaban a Newton, que insistían en la inducción científica, siguieron con sus síntesis deductivas, y frente al espíritu inductivista y sensista que ascendía imparablemente, ellos opusieron métodos axiomático-deductivos que partían desde las primeras ideas conocidas directamente ‘en’ la esencia divina: tal fue el caso de Malebranche, Shaftesbury o Berkeley. Marin Mersenne requeriría de un estudio especial. El atomismo sensista y asociacionista atacó todo el método cartesiano negando las ideas innatas,<sup>878</sup> entre las que incluía no solamente esas primeras ideas evidentes de Descartes, sino cualquier referencia a la conciencia moral del ser humano; por ironías de la historia, los excesos cartesianos llevaron al desprestigio de cualquier conciencia moral, que ahora necesitaba ser sustituida por construcciones racionalistas que partían normalmente desde los individuos aislados. Lord Shaftesbury alegó, frente a este atomismo asociacionista, la existencia de un *moral sense* que no funcionaba asentado físicamente en algún sentido.<sup>879</sup> Pero el *moral sense* de Shaftesbury era demasiado dependiente de Descartes y sobre todo de Malebranche, como para ser aceptado por una persona de *common sense*.

#### 4. *El grupo conservador*

Indiqué que los creyentes se agruparon en torno al *De jure belli ac pacis* de Grocio. Todos sabían que ya había ateos a comienzos del siglo XVII,<sup>880</sup> pero durante todo este siglo, y durante la mayor parte del siglo siguiente, el ateísmo siguió siendo considerado un delito en la mayor parte de las monarquías europeas. Ante este problema, los autores de la Escuela Moderna del Derecho Natural que no eran creyentes buscaron una señal distintiva de su

tentiam volendi”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii...*, cit., l. I, cap. 1, § 3. Dufour indica que “C’est en fait que la méthode physico-mathématique, alliant la certitude de l’expérience à la rigueur de la déduction, va proprement fasciner les philosophes et les théoriciens du Droit et de l’État”. *Droits de l’homme...*, cit., p. 51.

<sup>878</sup> Casi toda la pugna secularizadora se hizo en torno a la negación o afirmación de las ‘ideas innatas’. Véase Dufour, A., *Le mariage...*, cit., pp. 148-150.

<sup>879</sup> *Characteristics of Men, Manners, Opinions*, Hidesheim-New York, reprint de C. Olms de la edición de 1711, vol. II, pp. 42-44.

<sup>880</sup> Suárez escribía que “Unde constat, Politicos qui doctrinam illam suadent principibus saecularibus, si sentiant id eis licere, et jure posse talia praecepta, quae sunt contraria religione verae... haereticis esse, vel certe atheos, quod verosimilius est”. *Tractatus...*, cit., l. III, cap. 12, § 5. El énfasis del adjetivo ‘verosimilius’ que usa Suárez nos indica que, ya en 1610, estaban activos los ateos en las Universidades.

identidad, y la encontraron tanto en el rechazo del orden metafísico inmutable que habían propuesto los últimos escolásticos españoles como en la negación del deber de cumplir el derecho. Esta referencia a la negación de lo que usualmente se llama ‘el deber jurídico’ requiere una breve aclaración.

El deber es una de las realidades máximamente metafísicas de la vida humana, de forma que quien se declare nominalista no puede aceptar su existencia. Pero ningún autor del siglo XVII se atrevió a mantener expresamente que no existe el deber de obedecer a las leyes. Este tema lo he estudiado en dos trabajos, uno sobre la negación del deber que fue la usual en este tiempo, y otro sobre el surgimiento de la categoría de la imputación.<sup>881</sup> Los teóricos no creyentes afirmaron colectivamente en este tiempo que existe el deber de obedecer a las leyes cuando la ley prevé una pena para el caso de su incumplimiento. Pero los creyentes les argumentaron que no existe el deber porque se prevé una pena, sino que la pena se impone solo cuando se ha incumplido el deber. Importaron poco los razonamientos: lo cierto es que triunfó la mentalidad secularizadora en la Edad Moderna, y hasta finales del siglo XX los materialistas han negado la existencia del deber jurídico como una vinculación en conciencia.

Pero esta explicación materialista del deber era aún demasiado rudimentaria, porque no explicaba cómo o por qué se aplicaba una pena al infractor de la ley. Las leyes más elementales, como son las penales, han de suponer una *culpa* propiamente moral en la persona enjuiciada, pues nadie ha mantenido que se puede castigar al inocente. La solución a este problema la proporcionó Christian Thomasius cuando rehabilitó la figura de la imputación. Thomasius explicó que las nociones de culpa y mérito que usaban los escolásticos eran demasiado complicadas, ya que distinguían entre mérito ‘congruo’, ‘de condigno’, etcétera. Era más sencillo y preciso seguir la forma de proceder de los comerciantes, quienes determinaban quiénes eran sus deudores simplemente mediante anotaciones en sus libros de cuenta. Si alguien ‘constaba en cuenta’ por algo, *zur Rechnung halten*, debía lo indicado en el libro. Era mejor prescindir de la noción de culpa y sustituirla por la de *Zur Rechnung* o *imputatio*. La noción de imputación era medieval, pero servía para indicar que se le imputaba algo a alguien que lo hubiera merecido. Thomasius propuso, por el contrario, esta especie de responsabilidad objetiva al estilo comercial, y obtuvo un éxito inmediato y universal. Desde entonces, la *imputatio* se designa en lengua alemana también como

<sup>881</sup> “Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico”, *Obligatoriedad y derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 151-182, e “Imputatio”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* LXXXI (2004), pp. 25-78.

*Zurechnung*. La explicación progresista quedó más clara: se imputa a alguien lo previsto en la norma si esa persona cumple lo previsto en la ley. El uso prácticamente universal del término “imputación” hizo superfluo de hecho, al de deber; desde el siglo XVIII hasta finales del siglo XX, el tratamiento doctrinal del deber jurídico ha estado ausente en la mayor gran parte de los libros de filosofía o teoría del derecho.

Por el contrario, los creyentes mantuvieron la existencia de un verdadero deber para estar en condiciones humanas de exigir lo previsto en el derecho. ¿Quiénes fueron estos jusnaturalistas conservadores? Los podemos encontrar en la tabla de autores que reproduje antes; a éstos habría que añadir otros que no constan ahí, pero no parece pertinente ocuparnos ahora de ellos, ya que compusieron una vía muerta de la historia, que fue superada en poco tiempo por la corriente de los contractualistas y de los materialistas. Triunfó la doctrina nominal, abanderada ahora por Pufendorf, sobre la *Qualitas moralis libertatis*, sobre los hombres independientes y libres en el estado de naturaleza, los contratos sociales, etcétera. En esta línea de pensamiento, autores como Nicolás Jerónimo Gundling, Henricus Koehler o Georg Joachim Daries fueron extraordinariamente influyentes. El materialista más conocido de Alemania fue Christian Thomasius, que tuvo, sin embargo, la habilidad de hacerse pasar como un auténtico jusnaturalista en los ambientes de la nobleza prusiana. Pero la historia es siempre complicada, y la idea del derecho natural como un código detallado compuesto por verdades racionales permaneció con cierta firmeza. Quien más se distinguió, en la etapa iluminista, en esta doctrina fue Christian Wolff, que publicó ocho volúmenes sobre el derecho natural y de gentes. Durante la segunda mitad del siglo XVIII los conservadores volvieron a ganar terreno en los territorios alemanes, y fueron publicadas las obras de G. Achenwall, A. G. Baumgarten, L. J. Fr. Höpfner o B. C. Fr. Schott.<sup>882</sup>

En los ambientes de la Isla, algunos ingleses se sumaron al movimiento revolucionario, y tal fue el caso de Paine, Tyndal o Priestley. Frente a ellos reaccionaron los ideólogos conservadores, como fue el caso de Edmund Burke, a quien siempre se le puede reprochar —como en general a los legitimistas— que no supo apreciar lo que había de positivo en los movimientos revolucionarios, y este mismo juicio merecen los empeños de De Bonald, De

<sup>882</sup> Achenwall, *Prolegomena Juris Naturalis in usum auditorium*, 4a. ed., Gottingae, 1774; Baumgarten, *Jus Naturae*, Halae Magdeburgicae, 1763; Höpfner, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 2a. ed., Gießen, 1783; Schott, *Dissertationes Juris Naturalis*, Erlangen, 1784. Este “Philosophiae et Theologiae Doctor” se preocupó especialmente por la noción del deber. Achenwall fue un autor que influyó especialmente sobre Kant, ya que Kant explicó el *Naturrecht* basándose en esta obra de Achenwall.

Maistre, Adam Müller o Ludwig von Haller: basta leer los comentarios desdeñosos de Hegel en su *Filosofía del derecho* contra este último autor alemán. Estos teóricos quisieron volver al pasado por el pasado mismo, pretendiendo una especie de justicia o necesidad inmanente en lo que ya había sido, y no realizaron reflexiones propiamente jurídicas, pues en aquellos momentos todo el fundamento del derecho parecía diluido en consideraciones políticas a favor o en contra de los cambios recientes.

Lo realmente interesante en la literatura de lengua inglesa (sería más preciso decir escocesa) del siglo XVIII no fueron las obras revolucionarias ni las contrarrevolucionarias, sino las reflexiones sobre la ética y el derecho. Porque rara vez ha habido en la historia una secuencia de teóricos del derecho y de la ética con más sentido de la realidad, formación jurídica y buen escribir. Lord Shaftesbury, lord Kames, David Fordyce, Adam Ferguson, Francis Hutcheson, compusieron la mejor reflexión ético-jurídica que podemos encontrar en Europa durante la Edad Moderna. En un plano más propiamente jurídico, su talante fue continuado en el siglo XIX por James Lorimer y John M. Lightwood, a los que hay que añadir muchas páginas del siempre complejo John Austin. Por contra, Thomas Erskine Holland más pareció un teórico del Estado que no del derecho.

### 5. *El individualismo jurídico-político*

No estamos siempre ante corrientes que podamos señalar distintamente, porque unas y otras tienen elementos propios, pero también comunes, y si se diferencian desde unos puntos de vista, se asemejan desde otros aspectos. Desde luego, el gran triunfador, de hecho, del derecho natural moderno fue la categoría del 'estado de naturaleza', que hizo posible concebir imaginativamente un hombre aislado y autónomo proporcionando así la palanca para remover la sociedad política existente hasta entonces. Esta figura fue rechazada por los materialistas franceses y los conservadores ingleses, aquellos en nombre del Todo universal, en el que no existe ningún movimiento independiente, y éstos en nombre de la ciencia del derecho. Pero la Edad Moderna está asociada a la categoría del *status naturae*, e incluso los autores que, como J. J. Rousseau, se situaron en las antípodas de la Ilustración, la hubieron de adoptar para ser leídos. Se produjo un chantaje histórico más: o individualismo ético-político apoyado en los derechos naturales del hombre, o una actitud monárquica y antirrepublicana que hablaba de una ley natural eterna e inmutable que fundamentaba el derecho divino de los reyes: no hubo *media via*, y quienes quisieron hacer comprender la relativa

razón de unos y otros acabaron incomprendidos, como fue el caso de Jaime Balmes en España.<sup>883</sup>

Desde la primera actitud se hicieron las revoluciones, en nombre del derecho natural; esto es, de los derechos del hombre, y como la dinámica revolucionaria prescindió de sus padres, porque al hacer realidad las exigencias jusnaturalistas de la generación anterior se situó ella en el lugar de toda la historia, el derecho natural revolucionario se consumió a sí mismo, de modo que acabó en la letra de las leyes dictadas por la Revolución y el *Code Napoleon*. Estas nuevas leyes (que ya no eran llamadas ordenanzas ni pragmáticas, sino que se arrogaron sin discriminación de contenidos el nombre de *leges civiles*) se impusieron por la fuerza del Estado, y el movimiento de los derechos del hombre fue sustituido tendencialmente a lo largo del siglo XIX por el Estado fuerte de Rousseau.<sup>884</sup> Frente a un Estado que ordenaba de arriba a bajo, como si toda la vida humana fuera cuestión de orden militar, los que no lo aceptaban opusieron la ley natural inmutable. Así, aquella variante nueva que apareció en su día en las manos de los últimos escolásticos españoles que hablaban de las naturalezas inmutables de las cosas se prolongó a través de Hugo Grocio y de la polémica contra el nominalismo de Samuel Pufendorf, en las manos de Mevius, Alberti, Ziegler, Veltheim y otros. Esta interpretación del derecho natural fue la recogida por los católicos del siglo XVIII que trataron el derecho natural, y este fue el caso de Ignatius Schwarz, Anselm Desing o Juan Francisco Finetti, para los que el origen directamente divino de la ley natural era un dato incuestionable. Esta es la doctrina del derecho natural que ha llegado al siglo XX.

<sup>883</sup> Véase el estudio de Enrique V. de Mora Quirós, *La filosofía política de Jaime Balmes*, Universidad de Cádiz, 2003.

<sup>884</sup> La reflexión político-jurídica anterior a la Modernidad había constituido una 'filosofía de las sustancias', como la hubiera llamado Hegel, porque entendía que cada hombre y grupo tenía su bien, y existía además un bien o interés específicamente social. De ahí el criterio del bien común. Ni aquellos bienes individuales anulaban el bien común, ni este a aquellos. Rousseau quiso cortar con esta dicotomía en la que el hombre se hallaba escindido cuando consideraba dos criterios posiblemente distintos para su conducta: el personal y el general, y estableció que la inteligencia o racionalidad era más asunto de la especie que no del individuo. Por ello, el bien de la comunidad es 'el' del hombre, que no dispone de otro criterio moral que de la *volonté générale*.