

CAPÍTULO PRIMERO PLANTEAMIENTOS MEDIEVALES

I. El derecho natural laico de la Edad Media	11
1. Las distintas fuentes del <i>ius naturale</i>	15
2. El derecho natural, ¿obra de la razón o de los instintos ‘naturales’ del hombre?	17
3. La ‘derogabilidad’ del derecho natural	19
4. ¿Derecho de gentes o derecho natural?	25
5. Contradicciones inevitables	25
6. Pedro de Bellapertica, Bartolo y Baldo	28
7. De cómo la historia es siempre complicada	41
II. Esbozos metódicos	44
1. El juego de la ley y el derecho	45
2. Mandaban ‘las cosas’	48
3. El criterio del <i>medium rei</i>	55
4. Persona y ‘persona jurídica’	61
5. La doctrina de la ‘causa’	63
6. Normas y problemas.	78

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTOS MEDIEVALES

I. EL DERECHO NATURAL LAICO DE LA EDAD MEDIA

Hablar del derecho natural ‘laico’ requiere, ante todo, una explicación por el uso de este desconcertante adjetivo. El lector sabe que a las teorías sobre el derecho natural que se desarrollan en la Edad Moderna, durante los siglos XVII y XVIII, se las conoce usualmente como derecho natural profano, secularizado, etcétera.³ De este modo, muchos estudiosos contraponen las teorías iusnaturalistas medievales que serían ‘teológicas’, es decir, estarían fundamentadas en y transidas de teología, a las corrientes iusnaturalistas más propias de Edad Moderna, que representarían un pensamiento secularizado. Así, mientras que aquéllas (las medievales) representarían un mundo jerárquicamente ordenado, en el que cada ‘cosa’ encontraría su lugar *natural* gracias a la ordenación divina original en la creación de la naturaleza, éstas —las modernas— fueron concebidas desde la base y fundamento de la dignidad humana individual, para lo que no necesitaron Grocio, Pufendorf, etcétera, ningún especial recurso teológico, porque los *modernos* parten desde la igualdad y libertad de las personas. Esta doctrina de la modernidad culminaría en la obra crítica de Kant, quien, con su afirmación de cada sujeto como ‘fin en sí mismo’ (*Selbstzweck*), habría sido el fundador de la dignidad humana desde unas bases secularizadas.

Por este camino aparecen dos culturas jurídicas distintas: la medieval, que reposaría sobre una metafísica teleológica, de un origen teológico último, y la moderna, de índole *personalista* porque sólo tiene en cuenta a las personas tal como ‘somos’ y tal como se nos debe respetar. Lo que, de paso, nos libra —según mantuvieron muchos hace siglos— de las compli-

3 Ejemplos de esta terminología los tenemos en manuales muy conocidos de la historia del derecho natural y de la filosofía del derecho. Vid. Verdross, A., *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in Gechichtlichereschau*, Wien, 1963, p. 108. Welzel, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962, p. 109.

caciones *metafísicas*, y sitúan los derechos del hombre sobre una base más sólida, por sencilla y adherida a la realidad.

Realmente, me parece que esta visión corriente no se adecua al decorso histórico real, pero éste es ahora un problema ajeno a mis fines. Igual que cualquier otro tema digno de atención, este tema presenta varias facetas, y yo quisiera momentáneamente aludir a una solamente: la de si la modernidad creó una cultura jurídica nueva y, en caso de que así fuera, hasta qué punto llegó su originalidad. Planteo este asunto porque hasta no hace mucho tiempo se ha entendido que el derecho natural, *ius naturale et gentium*, fue una creación de la Edad Moderna⁴ que, de la mano de Grocio, Hobbes y Pufendorf, recabó la igual dignidad de todos los hombres.

Con el aumento de la historiografía sobre el derecho natural, esta opinión puede considerarse hoy definitivamente abandonada. Ya en los años treinta comenzaron a estudiarse las obras de los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, que tratan ampliamente del derecho natural y de los fundamentos de la justicia: Luis Recaséns fue un buen precursor en este tema. Por este motivo, autores tales como Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Miguel Bartolomé Salón, Pedro de Aragón, Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina, Francisco Suárez, etcétera, salieron de los muy empolvados anaqueles de las bibliotecas, y pasaron a formar parte de nuestra historia conocida. Pero si notamos que todos estos escritores fueron teólogos de profesión, parece que la tesis del derecho natural laico moderno frente al iusnaturalismo anterior, de algún modo teológico, queda reforzada. Y más si tenemos en cuenta la (dispar) dependencia que estos teólogos muestran de la obra de Tomás de Aquino, especialmente del Tratado de las Leyes contenido en la I-II de la *Suma teológica*. Así aparece como un arco histórico ininterrumpido que iría desde la Baja Edad Media hasta los comienzos del siglo XVII, pleno todo él de derecho natural dependiente de la teología.⁵

4 Joaquín Marín y Mendoza, a finales del siglo XVIII, escribía que el “fundador de la ciencia del derecho natural” fue Hugo Grocio. *Vid.* su *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid, edición de García Pelayo, 1950, p. 29. Warnkönig, L. A., en su *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg im B., 1839, comienza la exposición de las teorías sobre el derecho natural con Hugo Grocio. Ni siquiera alude a posibles precedentes. Algo más tarde, K. Kaltenborn, en su búsqueda explícita de este tema, sigue considerando a Grocio y “a sus inmediatos seguidores” como los únicos autores importantes para mostrar el origen y desarrollo de “la” doctrina del derecho natural. *Vid.* *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius Naturae et Gentium sowie der Politik in Reformationszeitalter*, Leipzig, 1848, p. 188.

5 Sobre la inserción del derecho natural en la teología a través de la metafísica, en Suárez, en quien puede quedar representada la corriente ‘teológica’, *vid.*, entre otras obras, las de Angelis, A. de,

Procede preguntarse si es correcto plantear así este escalonamiento histórico. Me parece que ni estos teólogos dependen en tanto grado de la teología, ni los filósofos del siglo XVII que comienzan a escribir sobre el derecho natural partieron desde un vacío preexistente. En 1970 me fue encargada la tarea, por mi director de tesis, de buscar los precedentes de este iusnaturalismo 'laico' de la Edad Moderna. Tras los estudios de Ernst Reibstein⁶ parecía que fue un jurista español, Fernando Vázquez de Menchaca, quien en 1559 publicó sus *Controversias ilustres*, el que sentó las bases fundamentales del *ius naturale* moderno. Tras cinco años de estudio pude convencerme de que, efectivamente, Fernando Vázquez de Menchaca (al que no hay que confundir con Gabriel Vázquez de Belmonte, un teólogo algo posterior), fue el primero que expuso claramente la nueva ciencia jurídica.⁷ Pero también tuve ocasión de comprobar lo mucho que dependía Fernando Vázquez de las nociones romanistas sobre el *ius naturale*.

Estas nociones del derecho romano entraron en Europa a finales del siglo XI, porque el *magister* Irnerius comenzó a explicar, en Bolonia, un manuscrito del Corpus Juris Civilis. Irnerius y sus discípulos comentaron el derecho romano, y pronto hubo demasiadas glosas discordantes y contradictorias; por este hecho, Accursius redactó su *Glossa Ordinaria*, casi un siglo más tarde, para unificar criterios. Esta *Glossa Ordinaria* tuvo una importancia extraordinaria históricamente. Durante los siglos XIII y XIV, otros juristas *comentaron* el derecho romano, aplicándolo más a las necesidades de estos momentos, y esta segunda corriente de romanistas, llamados comentadores o posglosadores, culmina con Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, en el siglo XIV. Al conjunto de toda esta *jurisprudencia* romanista se la ha llamado *ius commune*: los libros de estos juristas encontraron aplicación inmediata en muchos tribunales de toda Europa, y en la América española.

La ratio theologica nel pensiero giuridico-politico del Suárez, Milán, 1965. Otros investigadores más recientes han insistido en la secularización del pensamiento jurídico que ya se opera en estos teólogos. Vid. a Todescan, Franco, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova, 1973, especialmente pp. 25-82.

⁶ Vid. *Die Anfängen des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den 'Controversiae illustres' des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949, y *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altenprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955.

⁷ De este estudio resultó mi ensayo *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977.

Aquí reside la cuestión: los juristas romanos entendieron de varias formas distintas el derecho natural, extensamente estudiadas hace tiempo por Moritz Voigt.⁸ Y, como es lógico, la *jurisprudencia* medieval que se desarrolló sobre estos textos romanos asumió las diversas nociones acerca del *ius naturale* que se encontraban en ellos. Es decir, hubo una inteligencia común o compartida sobre lo que era el *ius naturale* que arranca de los jurisprudentes romanos y llega, a través de los juristas del *ius commune* medieval, hasta el siglo XVII. Mi pregunta es: esta jurisprudencia romanista ¿tuvo relevancia para la construcción del derecho natural típicamente moderno? Desde luego, si así fuera, ya no habría una distinción tan nítida entre dos periodos de la historia: el medieval-teológico, y el moderno-laico. Porque entonces más bien encontraríamos dos formas, o dos talentos, de entender el derecho natural, que han discurrido paralelos a lo largo de la historia de nuestra ciencia jurídica. Uno, que atiende preferentemente a la libertad *natural* de cada individuo, que ya comenzó en el pensamiento jurídico romano clásico,⁹ y que se desarrolló ampliamente a lo largo de la baja Edad Media. Y otro, notablemente más difícil de caracterizar, que también ha estado presente a lo largo de todo este tiempo, bien en libros jurídicos (pensemos en muchos textos del derecho romano), bien en tratados de teología —caso de Tomás de Aquino, o de Vitoria, o Soto, por ejemplo—, o bien en estudios de juristas que no eran teólogos pero que combinaron la mayor profundización en la filosofía propia de los teólogos con la ocupación estrictamente jurisprudencial: tal sería el caso de Diego de Covarrubias, Martín de Azpilcueta, Francisco Connanus, Joaquín Hopper, Pierre de la Grégoire, por ejemplo, todos ellos autores del siglo XVI. Este segundo modo de entender el derecho natural ha sido llamado recientemente, bajo la influencia de Villey, ‘derecho natural *clásico*’. Un título que convence poco, porque esta inteligencia del *ius naturale* no ha triunfado en ningún momento histórico: es demasiado sutil, más cercana al *esprit de finesse* pascaliano que no al ‘talante geométrico’.

Tal como he ido exponiendo el problema, parece que lo más pertinente ahora sería tratar de caracterizar esta otra explicación del derecho natural propia de Covarrubias o Connanus, por ejemplo. Esta tarea la emprenderé más adelante, cuando contraponga al derecho natural específicamente mo-

8 Hay reimpresión de su *Das Jus naturale, Aequum et Bonum und das Jus Gentium der Römer*, hecho por la editorial Scientia, Aalen, en 1966.

9 *Vid.* el estudio de Guzmán, A., “La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, Chile, XIV (1991), pp. 17-44.

dermo con el modo romanista de entender la ocupación con el derecho, también con el derecho natural. Ahora me limito a dejar constancia del hecho de que la historia de las teorías sucesivas sobre el *ius naturale* ha sido bastante compleja, y que no se presta a divisiones sencillas y claras. Es decir, cuestiono la división simplista de la *jurisprudencia* en dos bloques claros y distintos, el ‘teológico’ y el ‘profano’, porque ni aquél fue tan *teológico* ni éste aparece, sin más, en el siglo XVII como un descubrimiento enteramente original.

Ciertamente, esta tesis así expuesta se presta igualmente a simplismos. Para evitarlos, habría que distinguir ante todo varias líneas diferentes dentro de lo que se conoce, algo inmatizadamente, como escuela del derecho natural moderno. Porque Grocio y Pufendorf, y tras ellos sus respectivos seguidores, encarnaron talentos muy distintos, a veces opuestos. Grocio y sus secuaces siguen teniendo en cuenta los “primeros principios de la razón práctica” o ley eterna, por lo que sitúan la revelación divina (es decir, esa revelación que consiste en la *participación* de la razón humana en la sabiduría y bondad de Dios) en la base de cualquier justicia posible. En cambio, el talante metódico que arranca de Hobbes y que Pufendorf, Thomasius, Gundling, etcétera hicieron realidad doctrinal en sus libros, sí constituyó una filosofía verdaderamente ‘constructivista’, que no se relaciona especialmente con consideraciones teológicas o con cualquier dato fundamental de la fe cristiana.¹⁰ Esta nueva filosofía jurídica sí tiene sus bases propias, al margen del dato de algún modo revelado, y sus desarrollos procuran ser acordes con las bases iniciales. Pero en ambas corrientes existió mucha dependencia de las ideas, tesis, aspiraciones y barruntos que se remontan hasta mucho antes. Y es a este problema al que quiero referirme.

1. *Las distintas fuentes del ius naturale*

Las dos fuentes fundamentales de nuestra cultura jurídica han sido históricamente el *Corpus Iuris Civilis*, con las obras surgidas a su amparo, y el *Corpus Iuris Canonici*, en el que tanto contaban los cánones como los comentarios que los canonistas habían hecho sobre ellos. Esto implica

10 Hobbes sí fue enteramente coherente en su proceso secularizador. Pufendorf es un autor desconcertante: una es su actitud en el *De jure naturae et gentium*, y otra muy dispar en el *De Officio*. Este último libro no constituye un resumen del anterior, como usualmente se cree, sino que presenta una factura algo distinta.

que han existido dos puntos de arranque distintos a la hora de explicar qué era el derecho natural.

El canonista Rufino, casi en los inicios de la escuela de Bolonia, reconocía que la doctrina iusnaturalista elaborada por los legistas, es decir, por los juristas que se ocupaban del derecho romano, era muy distinta de la que había quedado establecida en el *Corpus Iuris Canonici*¹¹ y en sus comentarios. Más tardíamente, en el siglo XV, Antonio de Rosellis distinguía el derecho natural propio de los canonistas de las teorías iusnaturalistas de Azo, que le parecían más filosóficas y más confusas.¹² Efectivamente, las explicaciones sobre lo que podría ser el derecho natural se canalizaron en la baja Edad Media en dos direcciones distintas: la de los canonistas o decretistas, en la que este derecho fue identificado por lo general con aquello *quod in lege et in evangelio continetur*,¹³ y la de los romanistas, que siguieron estrechamente las explicaciones de los juristas romanos expuestas en el *Digesto* y en la *Instituta*.¹⁴ Los teólogos de esta época, ni canonistas ni legistas, aparte de su aversión común hacia la ocupación jurídica, no tuvieron mucho en común en el momento de explicar qué era el derecho natural. En líneas generales, los teólogos estaban más vinculados a la noción paulina de ley natural expuesta en Romanos 2, 14-15.¹⁵ Por esta razón, tendieron a identificar este derecho con los *prima principia* de la razón práctica,¹⁶ esto es, con las normas más generales del comportamiento que cada hombre encuentra mediante su intelecto. Pero Tomás de Aquino introdujo en la cultura teológica no sólo a Aristóteles,

11 Rufino escribía: “*Hoc autem legistica traditio generalissime definit dicens ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nos vero, istam generalitatem, quae omnia concludit animalia, non curantes, de eo, iuxta quod humano generi solummodo adscribitur, breviter videamus*”. Cfr. *Summa Magistri Rufini* (edición de Schultze 1892), p. 4. Citado por Fassó Guido en “I glossatori e il giusnaturalismo medievale”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 40 (1963), p. 701.

12 Vid. Bonucci, *La derogabilità del diritto naturale nella Scolastica*, Perugia, 1906, p. 225.

13 Sobre las explicaciones iusnaturalistas de estos canonistas, *vid.*, por ejemplo, a Composta, D., “Il diritto naturale in Graziano”, *Studia Gratiana* 2, 1954, pp. 157 y ss. y Villey, “Le droit naturel chez Gratian”, también en *Studia Gratiana* 3, 1955, pp. 88 y ss.

14 Sobre este conjunto abigarrado de explicaciones sobre la naturaleza del derecho natural, *vid.* Grabmann, “Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin. Nach den gedruckten und ungedruckten Quellen dargestellt”, *Mittelalterliches Geistesleben*, Munich, 1926. Lottin, *Le droit naturel chez Saint Thomas d’Aquin et ses prédécesseurs*, Bruges, 1931. El estudio más detallado es el de Weigand, R., *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, Munich, 1967.

15 San Pablo escribía: “*Cum enim Gentes, quod legem non habent, naturaliter ea, quae legis sunt, faciunt, ejusmodi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex: qui ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis...*”. Sigo la versión vulgata. B.A.C., Madrid, 1960.

16 Vid. Pizzorni, Reginaldo, *Il diritto naturale dalle origine a S. Tommaso d’Aquino*, Roma, 1978, pp. 146-162.

sino también a la jurisprudencia romanista, por lo que a partir de la *Summa Theologiae* de Tomás el *ius naturale* entendido como un estado primitivo del hombre en el ‘*status naturae*’, en el que no existirían propiedades y, en general, ‘*jurisdictiones*’, pasó también a formar parte del patrimonio cultural usado por los teólogos.¹⁷ Esta influencia romanista del de Aquino la podemos reconocer de forma especialmente clara en sus discípulos más directos, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, sus seguidores más directos a pesar del tiempo que los separa.

Es decir, a partir del siglo XIV, época en la que vive Tomás de Aquino, se produjo una cierta imbricación mutua de las teorías canonistas, teológicas y jurídico-romanistas acerca del derecho natural. La *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas* entraron a formar parte del saco común del que se nutrían teólogos, canonistas y juristas comentadores del derecho romano cuando escribían sobre la naturaleza, alcance, etcétera, del *ius naturale*. Se produjo así una cierta unificación de fuentes, y tal hecho es necesario reconocerlo siempre y cuando tengamos en cuenta el enorme desorden y las contradicciones internas que existían en estas fuentes comunes.

2. El derecho natural, ¿obra de la razón o de los instintos ‘naturales’ del hombre?

He aludido a la enorme importancia de la *Glossa* de Acursio, que, según Savigny, hizo olvidar los escritos jurídicos anteriores.¹⁸ Dado que Acursio se había limitado, en cierto modo, a concordar glosas sobre el derecho romano, es obvio que las explicaciones iusnaturalistas que él expone dependen estrechamente de las fuentes romanas, comentadas, analizadas y exasperadas por los juristas medievales. Desde luego, éste era y tenía que ser un tema crispante: de un lado, todos tenían clara la noción típicamente estoica de la ley natural, que reconocemos en Cicerón,¹⁹ por

17 Vid., por ejemplo, a P. M. Farrell, cuando indica que “Two further early Jurist are, however, principal sources for formulae and distinctions which St. Thomas will adopt and stabilize in the *Prima Secundae*. These are Gaius... and Ulpian”. Cfr. “Sources of St. Thomas’ concept of Natural Law”, *The Tomist* 20 (1957), p. 267. Sobre este tema es conocido el estudio de Aubert, J. M., *Le droit romain dans l’oeuvre de St. Thomas*, París, 1955.

18 Vid. su *Geschichte des römischen Recht im Mittelalter*, Darmstadt, 1956, vol. V, capítulo XLI.

19 Cicerón escribía muy posiblemente que “*Hanc igitur video sapientissimum fuisse sententiam, legem neque hominum excogitatum, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universo mundo regente imperandi prohibendique sapientia. Ita principe legem illam et ultimam mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis dei. Ex qua illa lex quam dii humano*

ey que fue la asumida por San Pablo; y por otra parte estaba el *Corpus Iuris Civilis*, al que se debía obediencia porque era obra del “Sacratísimo y Cristianísimo Emperador Justiniano”,²⁰ y porque, además, era la *ratio scripta*, un verdadero *donum Dei*. Pero, claro, las nociones del derecho natural expuestas en unas y otras fuentes eran difícilmente conciliables. Porque, en el interior del mismo *Corpus Iuris Civilis* ya encontramos estas categorías antropológicas constantes y opuestas: el derecho natural como un orden de bondad eterno, y el derecho natural como una dimensión permanente de la naturaleza humana que excluye en cierto modo cualquier sometimiento de un hombre a otro.

Es decir, las fuentes romanas distinguen entre la constitución ‘originaria’ del hombre, y la vida social tal como es hoy, esto es, entre un derecho natural y un derecho de gentes. El derecho natural es entendido en principio como un estadio ya superado en la historia de la humanidad. Se trataría —tal como lo expone Ulpiano— de una etapa histórica en la que todos los hombres fueron igualmente libres (porque no habría existido ninguna relación jurídica, alguna *jurisdictio*) y no existían tampoco propiedades privadas. Para entender esto es fundamental la declaración de *Digesto*, 1,1,5, conocida usualmente como la ‘ley’ *Ex hoc iure*, quizá unos de los textos escritos más importantes y decisivos de nuestra cultura ético-jurídica. El derecho de gentes, en cambio, que ‘comenzó después’, introdujo las propiedades, y con ellas las guerras,²¹ y como consecuencia de las guerras, las esclavitudes. Introdujo, igualmente, el arte de construir edificios, la vida en las ciudades, el comercio, buena parte de los contratos, etcétera.²² Es decir, el ‘*Jus gentium*’ introdujo la vida social derogando buena parte del derecho natural. Que el derecho natural pueda ser derogado planteaba una serie de cuestiones que dejo para más adelante. Lo cierto, ahora, es que estos eran algunos de los textos básicos que tenían a

generi dederunt, recte est laudata: est enim ratio mensque sapientis ad iubendum et ad determinandum idonea”. Cfr. *De Legibus*, París, Les Belles Lettres, 1968, II, 4, 8.

20 Casi todas las obras del *ius commune* impresas en el siglo XVI presentan así las ediciones sobre el *Corpus Iuris*.

21 En la antigüedad estaba extendida la idea de que las guerras habían comenzado por la codicia. Así lo atestigua Felix, Ludwig en *Entwicklungsgeschichte des Eigentums unter kulturgeschichtlichen und wirtschaftlichem Gesichtspunkt*, Leipzig, 1886, teil II, p. 36.

22 Este texto reza: “*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris terminis positis, aedificia collocata, comercio, emptiones venditiones, locaciones conducciones, obligaciones instituta; exceptis quibusdam qua iure civili introduzca sunt*”.

la vista cualquier jurista y cualquier teólogo desde el siglo XI al siglo XVII, cuando querían conocer y estudiar qué era el *ius naturale*.

El problema era algo más complicado porque Ulpiano también había declarado que el derecho natural consistía en aquello que “la naturaleza enseña a todos los animales”,²³ esto es, había tenido en cuenta los instintos que todo hombre manifiesta ‘naturalmente’. Al filo de esta tesis, Tomás de Aquino, por ejemplo, explicó “el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales”,²⁴ y bajo tales inclinaciones reconoce tanto las que son propias del hombre como aquellas otras que tiene en común con todos los animales. Es decir, estaban ante en entreveramiento de tres criterios distintos y difícilmente compatibles: el de la condición originaria del hombre en el *status naturae*, que era de libertad, el derecho natural como un conjunto de normas eternas e inmutables, y el que se enunciaba como *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*.

3. La ‘derogabilidad’ del derecho natural

El *ius gentium*, que es el orden jurídico normativo creado por los hombres ante las necesidades concretas, fue cobrando importancia en la jurisprudencia bajomedieval para explicar qué es el derecho natural. Esto lo reconocemos en Acursio cuando escribe que “Se dice que el derecho natural comprende cuatro realidades: primero, la ley mosaica; segundo, las inclinaciones que provienen del instinto natural; en tercer lugar, el derecho de gentes...”.²⁵ En otras ocasiones, Acursio habla del *ius gentium naturale*,²⁶ lo que parece confirmar la sospecha de que alude a dos realidades que, si no son idénticas, sí son parcialmente coincidentes.

Pero las cosas eran más enrevesadas, si es que se quería permanecer fiel al texto y al espíritu del derecho romano. El mismo Acursio, al comentar la ley *Libertas* (D. 1.5.4), en donde Florentino mantiene que la

23 Ulpiano había dejado escrito en D. 1,1,1., 2-4, que “*jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est*”.

24 “*Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae*”, Cfr. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, art. 2, resp.

25 “*Ius naturale quattor modis dici. Primo lex mosaica. Secundo, obligationi quae est ex instinctu naturali. Tertium ius gentium...*”. Cfr. *Accursii glossa in digesto vetus, infortiatum et novum*, reproducción *Ex officina Erasmiana* de la edición de Venecia de 1487, Torino, 1968, glosa “a” a D. 1,1,1.

26 *Vid.*, Glosa “k” a D. 1,1,9.

libertad es la facultad natural de poder hacer cada cual lo que quiera, fundamentada en la naturaleza, mientras que la esclavitud ha sido constituida por el derecho de gentes, sometiendo un hombre a otro contra los dictados de la naturaleza,²⁷ escribe que “en este lugar se define la libertad atendiendo al derecho que la crea, que es el derecho natural”.²⁸

Quisiera prevenir al lector de un espejismo en el que hoy se puede incurrir fácilmente: el de suponer que existe primero un derecho u orden normativo y, en segundo lugar, unas instituciones que están ‘fundamentadas’ en tal orden normativo. Esta es actualmente la terminología que se usa, y que ha sido más frecuente en el siglo pasado, cuando se quería decir, por ejemplo, que ‘la familia se fundamenta en el derecho natural’. Esta forma de expresarse es ajena a los textos romanos y medievales: no existe primero el derecho natural y después la libertad, que se fundamentaría en tal derecho. Los textos a los que estoy aludiendo, romanos y bajomedievales expresan cosas como que ‘la propiedad es de derecho natural’, o que ‘la esclavitud es de derecho de gentes’. La libertad ‘es’ derecho natural, o el derecho natural ‘es’ libertad: más bien se puede apreciar una identificación, no una sucesión lógica, cronológica o normativa.

Planteadas así las cosas, Acursio explica que él, al vincular el derecho natural y la libertad, sigue la doctrina establecida ya por Irnerio²⁹ que, en su opinión, debe ser entendida en el sentido de que este derecho excluye cualquier tipo de sujeción de un hombre a otro, pues “bajo el derecho natural todos los hombres nacen libres”.³⁰ Una declaración así, en la pluma de un jurista bajomedieval, puede extrañar a algún lector actual, que quizá esté bajo el prejuicio, según el cual en la Edad Media la esclavitud era considerada como ‘de derecho natural’. En la Edad Media dominó el espíritu del derecho romano, no la doctrina aristotélica, descubierta tardíamente en el siglo XIII. Por este motivo, Acursio afirma que, atendiendo al derecho natural, todos los hombres son igualmente libres, con independencia del *status civilis* que posean. Lógicamente, se opone resueltamente a los juristas (a los que

27 Florentino escribía “*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quod vi aut iure prohibeatur. Servitus est constitutio iure gentium, qua quis dominio alieno contra natura subiicitur*”. Cfr., D. 1,5,4.

28 “... *diffinit hic libertas secundum ius quo est inventa ius naturale secundum*”. Cfr. glosa “b” a D. 1,5,4.

29 “*Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Irnerium ut definiatur libertas eo iure, quo inventa es iuri naturali*”. Cfr. glosa “c” a Inst. 1,1,3.

30 “*Utpote cum iure naturali omnes homines liberi nascerent nec est nota manumissio*”. Cfr. glosa “q” a D. 1,1,4. Se limita a transcribir el texto de Ulpiano de D. 1,1,4.

alude pero no menciona) que estimaban que la libertad estatuida por el derecho natural sólo afecta a los hombres que son libres o libertos, mientras que los esclavos quedan al margen de ella. “Algunos dicen —escribe Acursio— que la libertad que aquí es definida se refiere a la libertad que es propia del hombre libre, no a la libertad del esclavo... de forma que la libertad del hombre libre es cosa distinta de la libertad del esclavo”.³¹ Esto, dada su formación romanista, le parece falso, y nos explica que “aquí se define la libertad según el derecho por el que es descubierta, que es el derecho natural, por lo que también queda comprendida la libertad del esclavo”. Él no está comprometiéndose muy personalmente con ninguna opción ideológica en particular: se limita a seguir el criterio que se desprende inequívocamente de las fuentes romanas. Más concretamente, argumenta él que la razón que le mueve a pensar así es el hecho de que sólo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que este concepto no puede desdoblarse en dos distintos, uno para el hombre libre y otro para el esclavo.³² Concluye, consecuentemente, que de acuerdo con el derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre.³³

En estas ideas de Acursio se contempla una posibilidad que se irá desarrollando progresivamente hasta alcanzar su plenitud en el siglo XVIII. Me refiero al hecho de afirmar la existencia simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos, uno el derecho natural, que *estatuye* la libertad igual para todos los hombres, y otro, un derecho ‘de origen humano’ que legitima la existencia de situaciones de sometimiento de un hombre a otro, opuestas al derecho natural. Todo un problema para la mentalidad que surge de la modernidad, que acabará afirmando que ‘o uno, u otro’, excluyentemente.³⁴ Esta situación, sin embargo, planteaba pocas dificul-

31 “*Alii dicunt deffiniri libertatem liberi, non libertatem servi, quia ex prima vocantur, scilicet hodie liberi: non ex secundum scilicet qua habet servi. Est ergo libertas alia in servo, alia in libero*”. Cfr. glosa “c” a Inst. 1,1,3.

32 “*Libertas. Diffinit hic libertas secundum ius quod est inventa, ius naturale secundum unde etiam libertas servi diffinitur... alii dicunt ibi diffinitur libertas liberorum non libertas servorum. Tu dic quod libertas est facultas id est possibilitas a iure naturali potest facere quicquid vult*”. Cfr. glosa “b” a D. 1,5,4.

33 “... *nam ipse —servus— semper liber est inspecto iure naturali*”. Cfr. glosa “o” a D. 1,1,4. En la glosa “c” a Inst. 1,3,1 escribe: “*Libertas. Hace deffinitio tribus modis potest legi. Primo secundum Innerium ut deffiniatur libertas esto iure, quo inventa est iure naturali et sic servi secundum hoc sunt liberi*”. Al opinar sigue la tesis de Ulpiano que se encuentra en D. 50,17,32: “*Quod attinet ad ius civile servi pro nullius habentur, non tamen et iure naturali, quia, quo ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*”.

34 Esto venía a decir Karl Berghom en *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 394-396.

tades para una mentalidad medieval, más flexible que la nuestra. Acursio entendía, simplemente, que el derecho actual, en parte es derecho natural, como la libertad; y en parte de derecho de gentes, como la servidumbre.³⁵ Como después veremos, la ‘derogación’ que ha sufrido el derecho natural en manos del *ius gentium* no implicaba que aquel derecho hubiera quedado definitivamente anulado, sin vigor jurídico. En casos excepcionales renace el vigor propio del derecho natural, y así, si existe extrema necesidad, cobra vigor jurídico otra vez la *communis omnium possessio*.³⁶ La *derogatio* latina no se corresponde con nuestro concepto actual de derogación.

De todos modos, para un cristiano era chocante explicar que el derecho natural, eternamente escrito en nuestros corazones según San Pablo, hubiera quedado derogado por otro ordenamiento normativo de origen humano. Ruego al lector me permita una breve digresión para entender el problema en su conjunto. El tema de la derogabilidad del derecho natural tenía, ya en tiempos de Acursio, una larga tradición a sus espaldas. Imerio había enseñado que el *ius civile* deroga al *ius gentium* que, a su vez, había derogado al derecho natural.³⁷ Placentino, más preciso, explicó más tarde que las *virtutes* del ‘*ius gentium*’ son contrarias al derecho natural, pues destruyen la libertad.³⁸ Se trata, pues, de tres derechos, el *ius naturale*, el *ius gentium* y el *ius civile*, que fueron situados por los jurisprudentes romanos y por estos juristas en tres supuestas etapas consecutivas de la historia de la Humanidad. La más antigua, llamada comúnmente *status naturae*,³⁹ desapareció en cierto modo al entrar en vigor el *ius gentium*, que sustituyó en buena medida al derecho natural.⁴⁰ Y el derecho de gen-

35 “*partim est de iure naturali, ut libertas: et partim de iure gentium, ut servitus*”. Cfr. glosa “p” a Inst. I, 3.

36 Vid. mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno...*, cit., pp. 236-237.

37 Para una visión de conjunto de este problema en Imerio, vid. Rota, “Il diritto naturale come insieme di norme regolatrice della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* 25 (1948), pp. 157 y ss.

38 “*Iura quoque gentium sunt secundum virtutes, quae sunt iuri naturali contrariae et adeoque contrariae sunt, meo iudicio, libertatem perimat, nam et imperator ait homines ab initio liberi nascebantur, ac si aperte dicere hodie non nascuntur*”. A pesar de esto, explica que “*etiamsi quidam asserant libertatem in servis fore naturaliter iure... Nam et servitus, quae est ius gentium, libertatem meo iudicio non solum obumbrat, sed tollit*”. Vid. *Summa Institutionum*, I, 2, *post proemium*. Una explicación más extensa y contextualizada la puede encontrar el lector en E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teoretici nel diritto commune classico*, Milán, 1962, vol. I, p. 81.

39 Vid. mi estudio “La génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVI”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 18 (1975), pp. 294 y ss.

40 Explicaba Rota, a propósito de Imerio, que “*la glossa che lo ius gentium conferma quello che era stato disposto dall’inizio ad opera del diritto naturale. Non vi è dubbio che i due diritti qui posti in*

tes fue sustituido parcialmente, a su vez, por el *ius civile*, que entonces no se limitaba a lo que hoy entendemos por tal, sino que abarcaba lo que actualmente llamaríamos sin más ‘derecho positivo’. Pero sigue en pie nuestro problema: ¿cómo explicar que el derecho natural fuera derogable? Porque, en el marco de la cultura cristiana, la idea del derecho natural ha designado siempre un orden fundamental de bondad, cosa que reconocía el mismo Acursio cuando escribía que “... *iure naturali, quod semper bonum et aequum est...*”,⁴¹ y bastantes canonistas entendían que este derecho era aquel que procedía ‘*ex sola aequitate*’.⁴²

Para entender aproximadamente este tema es preciso tener en cuenta la omnipresencia de la categoría de la ‘causa’ en la jurisprudencia bajomedieval. El aforismo que expresaba *ius sine causa nasci non potest* estaba siempre implícito en cualquier razonamiento jurídico. Causa o ‘necesidad, o necesidades: la terminología varía, pero expresa siempre el mismo hecho: el derecho surge desde las necesidades, *ex necessitatibus*, y las necesidades las representaba de forma eminente el derecho de gentes. Es frecuente encontrar en las obras de estos juristas frases como “*ex necessitatibus, hoc est, iure gentium...*”.⁴³ Y la necesidad era una de las primeras causas de la justicia. Era lógico que Acursio se acogiera a la explicación de las ‘necesidades’, siguiendo los textos romanos. Efectivamente, el *ius gentium* justifica realidades repugnantes a la razón natural, como eran las servidumbres y las prescripciones. Pero estas instituciones son lícitas porque han sido introducidas por el derecho de gentes ‘*propter necessitates*’.⁴⁴ Recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre este problema, Acursio considera que, de no existir la esclavitud, los prisioneros de guerra serían ejecutados en lugar de quedar como esclavos de los vencedores, y es más humano que conserven la

successione l'uno dell'altro... Evidentemente nell'epoca della prima applicazione del diritto naturale lo ius gentium non aveva potuto avere nessuna efficacia o miglior esso non esisteva ancora come diritto... risulta evidente che lo ius gentium come prodotto ulteriore delle gentes, cioè dei popoli usciti della società naturale, è un diritto supraggiunto, pero ciò stesso posteriore al diritto naturale”. Cfr. Il diritto naturale..., cit., p. 158.

41 Cfr. glosa “c” a D. 1,1,6.

42 Vid. Weigand, R., *Die Naturrechtslehre der Scholastik...*, cit., p. 344.

43 Acursio, en la glosa “h” a la ley “Ergo omne ius”, D. 1,4, escribía: “*Necessitas, id est ius gentium, quod per hominum necessitatem est inductum...*”.

44 Así lo explica Acursio en glosa “b” a D. 1,5,4. Azo había mantenido algo antes que “*Iura naturalia dicuntur immutabilia... nisi iuxta causa interveniat, vel publica utilitas*”. Cfr. *Lectura Codicis*, 1,22,6, glosa “*quae generalis*”. Esta última cita la he tomado de Cortese, *La norma giuridica...*, cit., vol. I, p. 121.

vida, aunque sea en calidad de siervos. Las *praescriptiones*, por su parte, hacen posible y segura la prueba de las propiedades sobre las cosas. Por estas razones, aunque estas instituciones encierren en sí algo malo, “es mejor que existan a que no existan”.⁴⁵ Así pues, el *ius naturale* puede ser derogado ahora cuando existe una causa proporcionada, y en tal caso es lícito, según la mentalidad romana y medieval, proceder contra lo que estatuye el derecho natural, sea en el fuero interno o externo.⁴⁶

La libertad era para ellos un bien especialmente apreciable y, por ello, a proteger por el derecho. Pero tampoco se les escondía que, de continuar existiendo la *omnium una libertas* se acababa prácticamente toda cultura y toda seguridad.⁴⁷ Recabaron la máxima libertad posible dadas las circunstancias, y esto lo reconocemos cuando escriben que el derecho natural es derogable, pero nunca *in sua totalitate*,⁴⁸ *una declaración que hoy puede resultar sorprendente. Es frecuente encontrar entre los glosadores y comentaristas afirmaciones estereotipadas del tipo de las que indican que “el único precepto inderogable del derecho natural es aquel que indica que no puede derogarse en su totalidad”. O dicho de otra forma, según interpreto estas declaraciones: Siempre ha de existir la máxima libertad posible.*

El lector actual podría pensar que estos juristas parecen no ser conscientes del hecho de que están usando varias nociones distintas del derecho natural. No sé exactamente si éste fue realmente el caso. Aunque esto suponga adelantar algunas ideas, estoy convencido de que ellos sabían que estaban manejando nociones contradictorias, y asumían estas contradicciones como el único modo de dar cuenta de la complejidad de la realidad que analizaban.

45 Acursio indicaba que “*servitum vel usucapionem e bono publico introducta, cum haec iuri naturali sit contraria dicat non esse bona, si enim bonum est aliquid eadem ergo malum ipsum non esse, bonum est e iure naturali omnes esse liberos, dominio rem suam non auferri*”. Se contesta a sí mismo: “*Si intellectus referas ad casos supervenientes, meli est servitute esse quam non esse, sic enim omnes capti ab hostibus perire mali est rei publice eos vivere servos quam mori ingenuos, item si inspicias Necessitates qua essent nisi usucapiones melius eas tolerari, aliter enim non posset probari dominium fere*”. Cfr. glosa “t” a D. 1.1,11.

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

47 Para entender cómo concibieron la vida en el estado de derecho natural, vid. mi ensayo *Sobre la génesis del derecho natural racionalista...*, cit., pp. 293 y ss.

48 Vid. Rota, *Il diritto naturale...*, cit., pp. 161 y 162.

4. *¿Derecho de gentes o derecho natural?*

Al llegar a este punto, la argumentación ha de hacer una inflexión algo desconcertante. Hasta ahora he aludido fundamentalmente al derecho natural como la combinación de la *communis omnium possessio* y de la *omnium una libertas*. Pero hay también otra noción perturbadora de la claridad expositiva: mientras que el *ius gentium* es el derecho natural propio de la naturaleza racional del hombre, Acursio equipara en ocasiones al derecho natural con el derecho de gentes. El fundamento de esta equiparación lo encuentra en el carácter ‘natural’ que presenta el discurso de la razón humana, que es la instancia creadora del *ius gentium*. Por este hecho, afirma que el *ius gentium* puede ser llamado derecho natural porque está ‘*naturali ratione inductum*’, y por este motivo es inmutable.⁴⁹ Resulta así, que la otra fuente del *ius naturale* es, en Acursio y en los demás juristas que integran el *ius commune*, la razón humana que se despliega ‘naturalmente’ para hacer frente a las necesidades de la vida social.

Esta última concepción del derecho natural fue la que acabó imponiéndose en la jurisprudencia romanista tardía, en la segunda mitad del siglo XVI. Aquel era un momento en el que se hablaba mucho del derecho natural bajo la presión del incipiente racionalismo jurídico, y algunos juristas del *ius commune* reflexionaron entonces expresamente sobre su trabajo y su método, e identificaron el derecho de gentes con una vertiente del derecho natural. Así hicieron Francisco Connanus y Gregorius Tholosanus, dos de los juristas más conocidos y citados en aquella época.⁵⁰ Pero seguir este camino supone adelantar ideas.

5. *Contradicciones inevitables*

Pero esta equiparación tan fácil entre derecho natural y razón no podía ser un tema pacífico, porque este derecho consistía, ante todo, según las fuentes romanas, en la libertad originaria del hombre. También era correcto mantener, como hicieron Acursio y casi todos estos juristas, que el derecho natural es también, ante todo, el discurso de la razón humana ante las necesidades. Pero entonces entramos por un camino difícil, en el que de poco sirve la lógica. Veamos un tema conflictivo.

⁴⁹ “*Nota quod ius gentium naturali ratione inductum, et hic unde est immutabile*”. Cfr. glosa “e” a Inst. 1,2,1. En la glosa “i” a este mismo texto, explica que el derecho de gentes puede ser llamado ‘natural’ (*dicitur naturali*) porque *est rationali ratione inductum*.

⁵⁰ Sobre este proceso, *vid.* el estudio de Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994, pp. 291-304.

La categoría de la *naturalis obligatio* tenía una gran importancia en esta jurisprudencia. Hoy la llamamos ‘obligación natural’ y cumple una simple función residual en el código civil español. Bajo esta expresión, esta jurisprudencia quería aludir al carácter ‘naturalmente’ vinculante de las obligaciones y contratos, que poseían esta propiedad por basarse en el principio fundamental del derecho natural que expresa el principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, llevados por el tenor de la ley *Ex hoc iure*, los glosadores y comentaristas se vieron forzados a mantener que los contratos ‘eran desconocidos’ por el derecho natural: fue el derecho de gentes el que los introdujo en la vida de los hombres. Por tanto, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones que nacían de los contratos sólo podía venir exigida por el derecho de gentes. Pero esta solución no era mantenible, porque se imponía de una forma tan evidente que era la razón ‘natural’ la que imponía el deber de cumplir la palabra dada, que unánimemente se fundamentó esta regla en el derecho natural. Resultaba así que una categoría fundamentada únicamente en el *ius gentium*, derecho que, entre otras cosas, era entendido como posterior en el tiempo al derecho natural, justificaba su eficacia, sin embargo, gracias al *ius naturale*. Por este motivo, Acursio escribía que la *obligatio iuris gentium dicitur naturalis*,⁵¹ con lo cual equiparaba el derecho natural y el derecho de gentes.⁵²

Estamos ante una configuración del derecho natural doble y a veces contradictoria, ya que este orden normativo encontró en unas ocasiones su fuente constitutiva en el instinto natural, y otras en la razón natural, esto es, en lo que *naturalmente* nos prescribe la razón. Cuando acentúa el carácter instintivo o natural del *ius naturale*, Acursio menciona una libertad prácticamente ilimitada del ser humano, fundamentada en el apetito natural hacia tal libertad.⁵³ En cambio, cuando eleva la razón a un primer plano *iusnaturalista*, las exigencias del razonamiento chocaban con el

51 Vid. glosa “a” a D. 1,1,5.

52 Así lo hace notar también Cortese, quien entiende que el problema de la *naturalis obligatio* conlleva la identificación necesaria entre derecho natural y derecho de gentes. Este autor expone una amplia cita de Acursio: “*aliud est naturale, quo ad animalia omnia, aliud quo omnes homines, et hoc etiam potest dici gentium, quod in idem recidit. Cum ergo dico obligationem naturalem non intelligo de iuri naturali omnium animantium, quia alia animalia non obligantur, sed de iure gentium*”. Cortese explica que Acursio tomó esta idea de Azo. Cfr. *La norma...*, cit., vol. I, p. 72.

53 Hace notar Cortese que la caracterización de la libertad que ofrecía el *Corpus Iuris* (“*naturalis facultas ejus quod cuique facere liber*”) en Instituta 1,3,1, y Digesto 1,5,4 exigía separar la *naturalis libertas* —tan sin límites que excluía en el pensamiento de estos juristas cualquier tipo de obediencia institucionalizada— de la ‘razón natural’ que reclamaba la subordinación de unos hombres a otros. Cfr. *La norma...*, cit., vol. I, p. 72.

contenido concreto que entonces se atribuía al derecho natural. Así se explican las inconsecuencias que encontramos en estos juristas, tales como, por ejemplo, reclamar la libertad absoluta para todos los hombres y la justificación jurídica de la existencia de la esclavitud, o el carácter común de todos los bienes que exige la *communis omnium possessio* y la existencia, al mismo tiempo, del derecho de propiedad excluyente sobre tales bienes.

Ante estos problemas, los juristas medievales no llegaron a soluciones lógicamente coherentes, al menos de la lógica que suele ser propia de un manual universitario actual. Porque unas veces la ‘razón natural’ se muestra bajo forma de principios evidentes, lo que daría lugar a un *ius naturale* inviolable y eterno, y en otras ocasiones esta razón se muestra como un orden normativo constituido por resultados pragmáticos a los que se ha llegado mediante un razonamiento racional. Con esta segunda inteligencia de la ‘razón natural’, el *ius naturale* abandona la esfera de los principios inmutables de la justicia y se acerca a los problemas concretos de los hombres. Pero entonces ya no es derecho natural, sino *ius gentium*. Me parece que el primero que explicitó este tema debidamente fue Francisco Connanus, en la segunda mitad del siglo XVI, cuando escribía que:

Me enseñó este lugar de Aristóteles que yo no podría entenderme conmigo mismo si no viera una naturaleza doble en el derecho natural, una que hace referencia a la equidad, y otra que se refiere a la utilidad. Aquel derecho que se refiere a la equidad se dice que es derecho natural en el sentido propio y verdadero, porque nos lo prescribe la razón natural, y es eterno. El otro, el segundo derecho natural es el que trata de la utilidad, el que introdujo los ‘distintos’ tipos del dominio, del poder político, de las guerras... que, si no me equivoco, es llamado no en vano derecho de gentes; porque no viene constituido tanto por la naturaleza misma como por el juicio de los hombres; y, sin embargo, es una parte del derecho natural.⁵⁴

Quedaba, pues, planteado un tema básico en las explicaciones iusnaturalistas de los juristas el *ius commune*: ¿es posible mantener una distinción rigurosa entre el derecho natural y el derecho de gentes? Todo un problema, a tenor de lo que dictaban las fuentes.

54 “*Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Jus illius dicitur jus naturale vere et proprie, quod illud ratio naturale cuique praescribitur, estque aeternum. Alterum et secundum jus est quod in utilitate versatur, quod genus dominia, regna, bella... quod, nisi fallor, non inscite jus gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen juris naturalis pars est*”. Cfr. *Commentariorum Juris Civilis libri X*, Basilea, 1565, liber I, cap. 6, par. 4.

6. *Pedro de Bellapertica, Bartolo y Baldo*

Me parece que procede ocuparse ante todo de la *Lectura Institutionum* del francés Pedro de Bellapertica. Porque este autor muestra una formación filosófica o dialéctica no demasiado usual entre los juristas de su tiempo; y, a diferencia de otros juristas, más preocupados por la vertiente inmediatamente práctica de sus soluciones, Bellapertica se preocupó bastante de los fundamentos últimos y por las consecuencias lógicas de sus razonamientos.

Preguntaba si es posible mantener una distinción rigurosa entre el derecho natural y el derecho de gentes. Ante las dificultades a la vista, el francés opta por unificar uno y otro derecho. Sin afán polemista, expone la definición de Ulpiano del derecho natural, *quod natura omnia animalia docuit*, que él no rechaza, y a continuación indica que “el derecho natural puede ser entendido de otra forma distinta, a saber, como el derecho de gentes que nació con el mismo género humano”.⁵⁵ Este derecho natural, que es propio solamente del hombre, recibe el nombre de *ius gentium*.⁵⁶

De este modo, para Bellapertica aparecen como dos líneas para entender el derecho natural. Una, que arranca de la definición de Ulpiano: “*Quod natura omnia animalia docuit*”. Y otra, en cambio, que se atiene a la razón del hombre, y que él identifica “con el derecho de gentes que está introducido con el mismo género humano”, *quod cum ipso genere humano introductum est*. La primera noción, ulpiniana, del derecho natural, que Bellapertica parece suscribir, no traspasa, sin embargo, los comentarios a las primeras páginas de la Instituta, y carece de operatividad en su obra. Quizá fuera acertado considerar que repitió las palabras de Ulpiano para no chocar contra una tradición inmemorial. En los restantes comentarios al *Corpus Iuris* se atiene coherentemente a la noción *racio-*

55 “*Ius primaevum naturale dicitur quod natura omnia animalia docuit... Alio modo sumitur ius naturale secundum quod est ius gentium quod cum ipso humano genere introductum est*”. Cfr. In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratissimi principis Commentarii, Lyon, 1589, comentario núm. 60 a Inst. 1.2.1. Había mantenido la misma opinión, con explicaciones prolijas, en el comentario núm. 4 a este mismo texto de las Instituciones.

56 “*Ius primaevum est commune sicut est illum quod competit omnibus animantibus... sic ipsum ius quod homines utuntur magis secundum propriam appropriationem vocatur ius gentium*”. Cfr. comentario núm. 4 a Inst. 1.2.

nalista del derecho natural y rechaza, en consecuencia, la equiparación romana entre libertad natural y derecho natural.

Gracias a este concepto restringido del derecho natural que él propone, la justificación de la esclavitud o de la propiedad deja de constituir un problema para el profesor. Efectivamente, la libertad que de hecho posee el hombre, o el impulso natural a la libertad, explica Bellapertica, es un hecho más de la naturaleza, que no fundamenta ningún derecho especial. Porque una cosa es la ‘facultad natural’ (*naturalis facultas*) para hacer algo, y otra es el derecho o *ius* que podría existir para realizar ese acto. Por lo general, estos juristas expulsaron la figura de las facultades fuera del ámbito jurídico, en el que existía el *ius*. A fin de entender este problema, este jurista propone que distingamos el *fas* del *ius*. La facultad, *facultas*, se deriva del “*fas*”, y el *ius* es cosa distinta del “*fas*”. Para explicar su pensamiento recurre a un ejemplo que encontramos frecuentemente en juristas bajomedievales: transitar por un campo ajeno. “Pasar por un campo ajeno es lícito (*fas est*), pero no por ello existe un verdadero derecho a hacer esto”. “La libertad es una facultad natural, pero no afirmamos que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no se encuentran prohibidas expresamente, y, por este motivo, obrar con plena libertad corresponde al *fas*, no al *ius*”.⁵⁷

De este modo, la *ratio* creadora del derecho natural no se escinde en dos vertientes difíciles de articular: Una ‘*naturalis ratio*’ que sanciona plenamente las inclinaciones naturales del hombre, y un discurso racional que procede al filo de las necesidades contingentes en la historia que se concretaría en el derecho de gentes. Bellapertica otorga al derecho natural una naturaleza unitaria, consecuencia de su fuente u origen, igualmente único: *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, según había explicado Gayo. En consecuencia, rechaza decididamente la derogabilidad del derecho natural

57 “*Servitus est de iure civili, quia si de iure naturali esset non potest tolli per ius civile. Istud non est verum, sed nascuntur servi. Non obstat quod ius naturali non potest tolli, verum est nisi causa probabilis... Dicit tunc quod libertas est naturalis facultas ejus nisi vi, id est iure gentium aut iure id est iure civile prohibeatur. C’est pas bien dict... Libertas est naturalis facultas ejus; licet nisi vi id est per violentiam vel iure aliquo vel iure gentium vel iure civile prohibeatur... tunc dicit libertas est naturalis facultas non dicit libertas est ius naturale quod cuique licet. Quare dico quod libertas est in his quae sunt facultatis. Per agrum alienum ire fas est... Sed per agrum alienum ire fas est, non ius. Ideo si dominus me prohibeat non ibo; sed si irem sibi teneret actionem iniurarium. Et ideo dicit libertas est naturalis facultas. Non dicit quod est ius vel omnes homines liberi sunt non processit ex statuto; in hoc differt ius naturale a iure gentium, ut dixi. Nam omnia permissa sunt nisi prohibita sint; et ideo erat non ius uti plena libertate”. Cfr. *Lectura Institutionum*. Reproducción de A. Forni de la edición de 1536. *De iure personarum*, núm. 11, pp. 120 y 121.*

que los juristas anteriores habían aceptado. Niega también la fórmula de compromiso a la que habían llegado la mayor parte de estos juristas: que el derecho natural se puede derogar en temas puntuales (*in particularitate*), pero que es inderogable en su totalidad: *in sua totalitate*. Reprocha a Irnerio y a la Glosa el haber entendido el problema de la vigencia y no-vigencia de un precepto como una cuestión aritmética o geométrica, como de proceder por *sectores*, y explica que no admite la explicación usual sobre la derogación del derecho natural porque los autores que así piensan, han establecido una relación *De toto quo ad totum, et de parte quo ad partem*, que no le parece aplicable al campo de lo normativo. De hecho, concluye, “esta solución no vale ni lo que se da como limosna”.⁵⁸

A pesar de su clarividencia, me parece que la explicación de Bellapertica dejaba muchas cosas en el aire. Ciertamente, la razón puede conocer ‘naturalmente’ algunas normas muy elementales: “*honeste vivere*”, “*neminem laedere*”, “*ius suum cuique tribuere*”. Pero la aplicación y el desarrollo de estos principios generales necesita de guías más concretas, que fundamentalmente vienen orientadas por los instintos del hombre: el ser humano no es una simple ‘esencia racional’, como explicaron los kantianos de finales del siglo XVIII. Quizá por este motivo, Bellapertica explicaba que “el derecho natural es una fuerza ínsita en las cosas mismas”.⁵⁹ Pero no añadió mucho más.

Bartolo de Sassoferrato ha sido el jurista, en opinión de muchos autores, más influyente de la historia. Es un comentarador que vive y trabaja en el siglo XIV, y que tuvo como discípulo inmediato al otro jurista más estudiado de la baja Edad Media, Baldo de Ubaldis. En cierto modo se puede decir que el *ius commune* medieval llega a su plenitud en estos dos juristas, o que ellos clausuran en casi su totalidad el ciclo vital de esta jurisprudencia medieval romanista: el siglo XV es más bien, desde el punto de vista del derecho común, un momento de decadencia, y los juristas que vivieron en él apenas despiertan nuestro interés actualmente. De hecho, cuando se produzca la fuerte reacción contra esta jurisprudencia medieval, de la mano de los humanistas del Renacimiento, al *ius commune* se le conocerá como ‘bartolismo’ jurídico. Tal fue la importancia de Bartolo.

Bartolo, del mismo modo que sus antecesores, usa a veces indistintamente las expresiones *ius naturale* y *ius gentium*. Pero, como norma ge-

58 Él fundamenta su negativa en lo establecido en D. 6,1,7 y D. 22,1,25, e indica que la solución anterior *non valet unum obolum*. Cfr. comentario núm. 65 a Inst. 1,2,11.

59 “*Ius naturale est vis insita in rebus*”. Cfr. comentario núm. 7 a Inst. 1,2,1.

neral, prefiere distinguir el derecho natural del derecho de gentes, y muestra una cierta irritación ante el uso indiscriminado de estas expresiones.⁶⁰ Para obviar este problema propone una solución: cuando aparezca el término ‘natural referido a la razón o a los hombres’, debe entenderse que estamos ante el *ius gentium*.⁶¹ Entiende que esto debe ser así porque el derecho natural “es el que conviene o se adecua <congruit> a todos los seres vivos”,⁶² y este derecho, referido a la razón o al hombre, debe ser llamado siempre *ius gentium*.⁶³ Sin embargo, esta reducción del *ius naturale* al derecho de gentes plantea una serie de problemas con los que ya había tropezado la jurisprudencia anterior. Porque si se afirma sin más que el derecho de gentes es el derecho propio del hombre, no se puede explicar cómo el esclavo, que está aniquilado (“*qui est annihilatus*”) por el derecho de gentes, conserva, gracias a este derecho, la capacidad de obligarse ‘naturalmente’ por sus propios actos, de modo que esta capacidad se fundamenta en el derecho natural.⁶⁴ Se hace duro entender cómo un derecho de gentes que deroga el derecho natural en todo lo referente al *status civilis* del esclavo, puede dar validez jurídica, fundamentada en el derecho natural, a determinados actos del siervo, para el que, en estos casos, sí está vigente el *ius naturale*. Estamos, otra vez, ante el problema insoluble de la obligación natural cuando es contraída por un siervo. Además de esta dificultad, los juristas romanos habían explicado que existen varios institutos jurídicos, introducidos por el derecho de gentes, que se oponen a la equidad y justicia que es propia del derecho natural. Tal cosa sucede, además de con la esclavitud, con la *capitis diminutio* y la *praescriptio*.⁶⁵

60 Cfr. entre otros lugares, el comentario núm. 1 a Inst. 1,2,11. Cito por la edición de Venecia de 1616.

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

62 Cfr. comentarios a D. 2,14,1; D. 1,1,3, núm. 5; Inst. 1,3 e Inst. 1,2,2, núm. 1.

63 Comentario núm. 5 a D. 41,2,1. Esta misma idea se encuentra, entre otros lugares, en el comentario, núm. 5 a D. 1,1,3, en el comentario núm. 20 a D. 12,6,1, y en el comentario núm. 9 a D. 29,1,1,3. Este hecho explica a aparente paradoja de que la *naturalis obligatio* se fundamente en el derecho de gentes y no en el derecho natural: “*qui est obligatus ex aliqua aequitate, vel disponens iuris gentium dicitur obligatus naturaliter*”. Cfr. comentario núm. 26 a D. 12,6,60.

64 Vid. comentario núm. 9 a D. 1,1,5.

65 “*Quod ius naturale primaevum sit mutabile arguit glossa multipliciter: et primo, quia servitus est contra ius naturale, cum omnes homines iure naturali primaevum sunt liberi: et inde praevallet servitus iure cognitionis, quoddam ius naturale aequum est*”. Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,2,11.

Para resolver estas dificultades, lo procedente es, según Bartolo, considerar que el *ius gentium habet duas partes*.⁶⁶ Una es la que comprende aquel derecho de gentes que consiste en la sola razón natural sin tener en cuenta ninguna ‘constitución’ de los hombres, que comenzó a existir con el mismo género humano. Tal sería el caso de la obligatoriedad de cumplir la palabra dada. Atendido este derecho de gentes primario, “el *status* del siervo no ha sido aniquilado, por lo que hay que concluir que todos los hombres eran libres”. La otra parte del derecho de gentes es aquella que consiste en “el *ius gentium* que todos los pueblos usan, que no consiste en la pura razón natural, sino que ha sido creado por convenciones de los pueblos... tal como sucede con las guerras, cautividades, esclavitud, separaciones de las propiedades, y según este derecho el *status* del esclavo ha quedado reducido civilmente a la nada”.⁶⁷ De este modo, existen dos tipos de derecho de gentes que, entre otras, guardan entre sí una pretendida relación cronológica, según Bartolo. Primero existió un derecho de gentes que se manifestó en el origen mismo de la humanidad, al que Bartolo llama *iuris gentium vel ius naturale primaevum*,⁶⁸ y más tarde apareció otro derecho de gentes, *introducendum ex usu gentium*.⁶⁹ Finalmente, los hombres crearon el ‘derecho civil’.⁷⁰

Han existido dos etapas históricas por las que ha pasado la humanidad hasta llegar al momento presente. Según Bartolo, en la primera de estas etapas estaba solamente en vigor el derecho de gentes natural, que fue el que introdujo la división de las propiedades.⁷¹ Del conjunto de su pensamiento, parece patente que Bartolo rechaza la opinión de aquellos

66 Cfr. comentario núm. 10 a D. 1,1,5.

67 “*Iurisdictionum, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, rationali ratione inductum absque aliqua constitutione iuris gentium, ut fidem, seu promissa servare. Et isto iurisdictionum primaevus status servi non est annihilatus, imo omnes erant liberi. Est iurisdictionum, quo omnes gentes utuntur ex constitutione earum, non rationem naturalem... ut bella, captivitates, servitutes, distinctiones dominiorum, et isto iure status servorum est annihilatus*”. Cfr. comentario a D. 12,6,64. Otras declaraciones, con un contenido similar, las encontramos en los comentarios núm. 10 a D. 1,1,5 y núm. 2 a D. 29,1,14. Juan Bolognnetus explicaba, a mediados del siglo XVI, que Bartolo había distinguido tres derechos diferentes: el derecho natural, el derecho de gentes “*quod a constitutionibus gentium introducendum fuit*”, y el “*ius gentium alium tertium mixtum, quod a gentibus factum fuit et propter hoc sit ius gentium, quia sine constitutione ex sola naturali ratione ab hominibus institutum fuit appellatum ius naturale, et sic sit mixtum, et dicant ius naturale gentium*”. Cfr. *In eam Pandectarum Partem quam Digesti Veteri vocant, Commentarium, seu Repetitionum Pars Prima*, Venecia, 1582, rúbrica *De verborum obligationibus*.

68 Cfr. comentario a D. 12,6,13.

69 Cfr. comentario núm. 2 a D. 29,1,14.

70 Cfr. comentarios núm. 4 a D. 1,1,5 y núm. 12 a D. 12,6,38.

71 “... *secundum quod dominia fuerunt distincta*”, cfr. comentario núm. 4 a D. 1,1,5.

que habían mantenido que el poder político no habría existido en esta primera etapa de la historia del hombre, porque escribe:

Tú afirmas que porque los jueces y magistrados fundamentan su *legitimación* en el derecho civil, la obligación de obedecer a los jueces no pudo fundamentarse en el derecho de gentes, ya que este derecho ‘desconocía’ a los jueces y magistrados. Contesto que no. Los jueces y magistrados, como declara la ley *Ex hoc iure* (D.1,1,5), se legitiman por el derecho de gentes, y los otros jueces inferiores fueron introducidos más tarde por el derecho civil.⁷²

En este estadio histórico no habrían existido acciones ni juicios, “y aquel que quería conseguir algo lo alcanzaba únicamente por el poder del rey”.⁷³ Tampoco existía el matrimonio en la forma en que hoy lo conocemos, y por este motivo todos los hijos eran legítimos.⁷⁴

En la segunda etapa de la historia de la humanidad entró en vigor el derecho de gentes creado por los hombres ante sus necesidades, y este derecho *introdujo* la esclavitud y otras instituciones jurídicas que parecen opuestas a la equidad o a la libertad del derecho de gentes primario. Junto a este tipo del derecho de gentes los hombres crearon el *ius civile* o derecho propio de cada comunidad política.⁷⁵

¿Cómo pueden existir y ser admitidas jurídicamente en esta segunda etapa unas instituciones que son opuestas al derecho natural? Bartolo, sin que parezca consciente de ello, utiliza varias nociones muy distintas del derecho natural. Una, omnipresente en sus escritos, es aquella que se con-

72 “*Dicas tu quod hoc, cum iudices et magistratus fuerint de iure civili, ergo quod obediamus iudicibus non fuit de iure gentium, cum illo iure iudices et magistratus, et reges, l. ex hoc iure, et ibi, regna condita, et alii iudices inferiores postea fuerunt introducta a iure civile*”. Cfr. comentario núm. 14 a D. 12,6,60.

73 Cfr. comentario núm. 12 a D. 12,6,38.

74 Cfr. comentario núm. 14 a D. 41,2,1.

75 La doctrina de Bartolo sobre este tema es algo confusa. En ocasiones mantiene que el poder político es una invención humana con la que se pierde la *omnium una libertas* que estatuye el derecho natural. De seguir esta línea de pensamiento, habría que concluir que él mantiene que han existido tres etapas en la historia de la humanidad: una, en la que no existían gobernantes ni leyes; otra, en la que existieron magistrados y gobernantes; y una tercera, en la que el *ius civile* introdujo las leyes escritas y los diversos tipos de magistrados que se ocupaban de administrar justicia. Fernando Vázquez de Menchaca, desarrollando esta tesis de las tres etapas históricas, escribía en 1559: “*Dic ergo tria fuisse tempora, primo a primordio mundi quando nec erat principies nec iudices aut magistratus, nec leges scriptae; alterum quo esse coeperunt principes non dum tamen erant leges scriptae; ultimum quo et leges scriptae vel etiam mores et consuetudines regionum particulares coeperunt*”. Cfr. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venetiis, 1559, cap. 70, par. 5.

creta “en lo que procede de la razón natural, que compete a todos los hombres”.⁷⁶ Este tipo del derecho natural conocido más recientemente por los historiadores como *natura ut ratio*, se compone de algunos principios ético-jurídicos muy elementales, *ut servare promissa*, por ejemplo.⁷⁷ El otro tipo del derecho natural es aquel que se expresa “en la obligación natural que procede del instinto natural”,⁷⁸ y ha sido llamado modernamente *natura ut natura*.

Al llegar a este punto entramos en un terreno pantanoso, en el que es fácil perder la orientación. La ‘*natura ut ratio*’ a la que he aludido no tiene apenas nada en común con la reducción del derecho natural al razonamiento pragmático-práctico que observamos en Pedro de Bellapertica, por ejemplo. Esta ‘*ratio*’ a la que alude Bartolo consiste en el núcleo de principios morales más elementales que constituyen como el fondo de la conciencia, y que todo hombre encuentra (*inventio*) mediante su razón de una forma ‘natural’, sin necesidad de razonamientos. Constituían lo que los escolásticos de aquella época llamaban “primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”. Esta acepción del derecho natural la expresa muy claramente, por ejemplo, Andrés de Exea, jurista del siglo XVI, cuando escribe que:

nosotros llamamos derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo, sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno. Porque la criatura racional los determina simplemente, por la fuerza de su naturaleza, y no por una inquisición o raciocinio.⁷⁹

Tales principios o reglas, comunes a todos los hombres, no están expuestos temáticamente en ningún escrito jurídico o teológico de esta época: suelen aparecer bajo forma de observaciones que se hacen incidentalmente al tratar cualquier problema práctico.

El derecho natural ‘*ut natura*’, que es aquel “que procede del instinto natural”, sólo supone una cierta inclinación hacia algo o, lo que es más importante, la concreción de las libertades del hombre en una genérica ‘libertad en general’ previa a cualquier normación. Explica Bartolo que

⁷⁶ “*quod procedit ex ratione naturali, quod convenit omnibus hominibus*”, Cfr. comentario núm. 10 a D. 1,1,5

⁷⁷ Cfr. *ibidem*.

⁷⁸ Vid. comentario núm. 10 a D. 1,1,1.

⁷⁹ Cfr. *Liber pactorum unus*, Lyon, 1542, p. 119. La traducción es mía.

esta libertad ha sido y es mutilada, ya sea por la aparición de la esclavitud, ya por la existencia misma del poder político que, con sus inevitables relaciones de jerarquización y subordinación, parece contrario a la libertad ‘natural’ de cada cual. Por esto escribía Bartolo: “¿La ley <positiva> puede proceder contra el derecho natural? La Glossa entiende que no. Pero contra ella está el hecho de que la sentencia del juez destruye la libertad, que es de derecho natural”.⁸⁰ Una declaración contradictoria con lo expuesto antes.

Hay que destacar el hecho de la identificación entre derecho natural y libertad, que desde ciertos puntos de vista ya estaba contenida en los textos romanos, que fue recogida por el iniciador del *ius commune*, el *magister* Irnerius, y que a través de sus discípulos llega hasta Acursio, quien la proyecta a los siglos posteriores, y recibe un espaldarazo de enorme importancia con Bartolo. Porque si la *Glossa* de Acursio se convirtió en el texto clásico por excelencia, que hizo pasar a un segundo plano la literatura jurídica anterior, las obras de Baldo y, especialmente, las de Bartolo, cumplieron una función similar: hasta muy entrado el siglo XVIII los *Commentaria* de estos dos juristas fueron los libros de texto fundamentales en las facultades de derecho de las universidades de las zonas católicas. En las universidades de las zonas protestantes se impuso en mayor medida el racionalismo jurídico al que aludiré más tarde, montado sobre estas figuras de la ‘libertad en general’, etcétera, que aparecen nítidamente en los escritos jurídicos de la baja Edad Media. Efectivamente, los juristas del *ius commune* identificaron la noción del derecho natural con una libertad genérica, anterior a cualquier obligación o vínculo jurídico, de la que los hombres habrían disfrutado en el *status naturae*. La idea del derecho natural-libertad, hecha posible mediante la ficción del ‘estado de naturaleza-libertad’, fueron los elementos clave y posibilitantes del *iusnaturalismo* que estalla en la Edad Moderna.

Es preciso no dejarse guiar por la fuerza de las palabras. Algunos de estos juristas, como Bartolo, entienden al derecho de gentes como el derecho natural propio del hombre. Pero en la obra del mismo Bartolo está expresada reiteradamente la tesis más tradicional, a saber, la del *ius gentium* como un ordenamiento *posterior* al derecho natural, porque es un derecho de origen humano, ‘derecho positivo’.⁸¹ Este planteamiento tuvo,

80 “An contra ius naturale lex possit? Glossa tenet quod non. Contra eam facit: nam sententia judicial tollit libertatem, quae est de iure naturae”. Cfr. comentario núm. 3 a D. 1,4,1.

81 Vid. mi estudio *Sobre la génesis del derecho natural racionalista en...*, cit., pp. 270-276.

históricamente, una gran importancia: de la mano de él, los *moderni* consideraron que el ‘estado natural del hombre’ era el de absoluta libertad, porque la existencia de cualquier institución vinculante es ‘positiva’, de origen humano; no sabría indicar cuál de estos postulados precede al otro. Es indiferente: ambos cumplieron su función histórica. Fue necesario, pues, alejar el derecho de gentes (a las necesidades sociales) del derecho natural, y la consideración del *ius gentium* como un derecho positivo y humano fue la que acabó triunfando en un buen sector de la jurisprudencia del siglo XVI y XVII. Así, Francisco Suárez explicaba que el derecho de gentes era el ordenamiento normativo que, en contra de la bondad incondicionada propia del derecho natural, permitía la esclavitud, la propiedad privada, el fraude tolerable en la contratación, o la prostitución.⁸² Esta inteligencia del derecho de gentes ya nada tiene que ver con la noción de *ius gentium* que expuso el jurista romano: “*Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*”, o con lo que un sector de la Edad Media entendió por tal, es decir, como un derecho natural determinado o concretado, como fue el caso de Tomás de Aquino.

Pero esto no supuso en el siglo XIV una actitud “revolucionaria”, del tipo de las que surgieron en la modernidad. El *pathos* jurídico de la libertad era muy distinto en la baja Edad Media, y Bartolo se limita a registrar que ‘naturalmente’ el hombre es libre. El alcance de esta declaración, aunque a tientas, lo podríamos fijar así: cada hombre ‘es libre’ porque de hecho le está permitido todo lo que no se encuentra prohibido: “Se dice que está estatuido por el derecho natural porque no se encuentra prohibido por ese mismo derecho”.⁸³ Aquí no puede apreciarse la existencia real de un derecho —explica Bartolo— porque, hablando con propiedad, aunque “aquello que no queda prohibido por la libertad se dice, por tanto, que está concebido por el derecho natural”, debe entenderse que “el derecho

82 Francisco Suárez escribía que: “*Addo vero esse differentiam inter ius gentium et naturale riguroso, quod ius naturale non solum praecipitur bona, sed etiam ita prohibet omnia mala, ut nullum permittat. Ius autem gentium aliqua mala permittere potest, ut notavit Matienzo libro 5 Recopil. t. II, leg. I, Glossa I, núm. 3. Quod maxime videtur habere locum in illo iure gentium, quod re vera civile est per similitudinem autem, et per convenientiam nationum vocatur gentium. Sic enim sicut in iure civile permittuntur aliqua mala, ita etiam possunt permitti iure gentium, quia ipsa permissio potest esse tam necessaria iuxta fragilitatem, et conditione hominum, vel negotiorum, ut in ea servanda omnes fere nationes concordent, talis esse videtur permissio meretricum, et permissio deceptionis in contractu, quae non sit enormis et similia*”. Cfr. *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo*, Madrid, 1967, lib. II, cap. XX, núm. 3.

83 “*Dicitur iure naturali primaevum esse statutum, quia per ius naturali primaevum non invenitur prohibitum*”. Cfr. comentario núm. a Inst. 1,2,11.

natural, que compete a todo animal, no estatuyó nada”.⁸⁴ Con esta distinción resuelve la dificultad que planteaba la esclavitud: la libertad natural del hombre viene ‘constituida’ por el derecho natural, pero no está ‘estatuida’ por ella.⁸⁵

Por tanto, el derecho natural entendido como libertad natural es fácilmente derogable, y de hecho se encuentra derogado en muchos casos. Bartolo sigue la opinión de Acursio sobre la derogabilidad del *ius naturale*, desechada, como vimos, por Pedro de Bellapertica, y escribe que “el derecho de gentes es inmutable en su totalidad, pues con justa causa puede ser cambiado en ciertos casos. Por ello se puede decir que el único precepto del derecho de gentes es aquel que prohíbe cambiarlo en su totalidad”.⁸⁶ Sin embargo, “esta solución es contraria a lo que se indica en el texto —romano—, en donde se dice que *iura naturalia* son siempre firmes e inmutables y que muy rara vez cambian”. Efectivamente, el párrafo ‘*Sed naturalia*’ de la Instituta (1,2,11) explica “Los derechos naturales permanecen siempre firmes e inmutables”. Pero este texto no supone obstáculo para admitir la derogación del derecho natural: “No obsta lo que se dice en el texto, que —los derechos naturales— son siempre firmes e inmutables, pues también se dice de las acciones que son perpetuas y firmes por el hecho de que duran largo tiempo”.⁸⁷

Bartolo no rechaza (y si la rechaza, también la admite) la noción del derecho natural como libertad natural. Pero, al mismo tiempo, acepta que el derecho natural encuentra su fuente en la *ratio* humana, que estaba entonces muy lejos de mostrar la libertad natural y general del hombre como la manifestación primaria y fundamental del derecho. La mayor flexibilidad del espíritu medieval hizo posible que Bartolo, y con él casi toda su época, compatibilizaran lo que *lógicamente* era incompatible: estos juristas no aceptaron sacrificar una dimensión decisiva del ser humano en favor de otra vertiente igualmente importante. Aunque no tomó una

84 Sobre este problema, *vid.* mi estudio *Sobre la génesis del derecho natural racionalista en...*, cit., pp. 272-276.

85 Comentario a Inst. 1,3. En este lugar explica el alcance del término *constitutio*, que es distinto del de *statutum*. Lo mismo parecía indicar Pedro de Bellapertica, y es posible que Bartolo tomara la solución de este otro autor: “*Scitis quod hoc dico: quia ius naturale non reperitur aliquid stautis-se*”. *Cfr. Lectura Institutionum*, cit., libro I, par. 16.

86 “*Ius gentium immutabile est in sua totalitate, quae in certu casu potest mutari per iustam causam... Dicendum quod ius gentium etiam unico praecepto totaliter mutari non potest*”. *Cfr.* comentarios 2 y 4 a Inst. 1,2,11.

87 “*Nec obstat quod dicit littera quod iura naturalia firma et immutabilia sunt, quia et actiones quaedam dicuntur perpetuae et firmae, quia longo tempore durant*”. *Cfr. ibidem.*

actitud propia ante este problema, lo cierto es que la inmensa difusión de sus *Commentaria* debió contribuir fuertemente a la consideración del ‘estado de naturaleza’, de la ‘libertad original o natural’ del hombre, etcétera, se afianzaran como tópicos operativos en la argumentación jurídica. De hecho, cuando Fernando Vázquez de Menchaca, que fue el primer autor que utilizó estas categorías en el sentido específicamente moderno, publicó sus *Controversias ilustres*, nadie se escandalizó: esta obra, plagada de alusiones a lo que en el siglo XVI ya era patrimonio cultural común, apoyada en la autoridad de los juristas medievales, y sacando a flote lo que parecía la interpretación genuina de los textos romanos, pareció entroncar sin estridencias con la tradición jurídica existente.

Aunque culminando ya en Bartolo encontramos ideas suficientes como para desbrozar la génesis conceptual del derecho natural de la Edad Moderna, me parece que el estudio quedaría incompleto si no aludiera a las explicaciones de Baldo sobre el derecho natural. Porque el examen de la doctrina de este último jurista nos permite entender con más claridad la dinámica y la lógica propia de cada una de estas categorías antropológicas bajo las que se revistieron las doctrinas iusnaturalistas. Indico esto porque Baldo de Ubaldis fue el jurista bajomedieval (en la medida en que conozco el pensamiento jurídico de la Edad Media sobre el derecho natural), que mejor encarna en su obra la tensión entre los dictados que surgen desde el derecho natural entendido como *natura* o libertad, y las pretensiones de la razón buscando salidas pragmáticas, y por ello morales, a los problemas presentes. Ello fue así porque Baldo, que estaba en condiciones de manejar un bagaje de conceptos iusnaturalistas mucho más rico que el de los juristas anteriores, fue el autor que con más empeño pretendió unificar en un solo concepto las diversas nociones del derecho natural existentes hasta entonces.

Con este fin, el de Ubaldis siguió estrechamente las definiciones del derecho natural y del derecho de gentes que se encuentran en D. 1,1,1:

Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar... Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí.⁸⁸

El camino que siguió, de acuerdo con esta declaración de Ulpiano, fue el de concretar claramente la distinción entre *natura* o derecho natural, y la *ratio* o derecho de gentes. Bartolo había mantenido que los dictados de la razón natural (los “primeros principios de la razón práctica”) correspondían al derecho natural o derecho de gentes primario, mientras que lo creado o descubierto por el hombre mediante el ejercicio de la razón, ante las necesidades, constituía derecho de gentes secundario. Baldo radicalizó esta distinción de su maestro. Explicó que “pertenecen al derecho natural todas aquellas cosas que provienen del instinto y de la inclinación natural”.⁸⁹ Pero este instinto e inclinaciones naturales quedan limitadas a aquellas que son comunes a hombres y animales,⁹⁰ de acuerdo con Ulpiano. Explica, en cambio, que:

el derecho de gentes es aquel —derecho— que procede de la razón y del intelecto de las gentes, del que usan casi todas ellas, que siempre es bueno y equitativo, y sin el cual los hombres no podrían vivir. Este derecho se diferencia del derecho natural como el cerebro de los hombres se diferencia del cerebro de los animales.⁹¹

Puede observarse claramente que este derecho ocupa exclusivamente el lugar de lo que hasta entonces se había entendido que era también derecho natural, y de lo que diversos juristas siguieron estimando como tal derecho.⁹² Se compone del conjunto de instituciones —jurídicas— creadas por la razón natural ante las necesidades humanas, de aquello *quod sumpsit originem a humanis necessitatibus*.⁹³

Consecuentemente con esta toma de posición, Baldo separa las inclinaciones comunes a hombres y animales de aquello que ordena o aconseja la ‘razón natural’. Por esta causa explica que “la unión de voluntades no puede atribuirse de modo alguno al derecho natural, porque aquí se

89 “*Iuris naturalis ea dicuntur esse quae instinctu et inclinatione naturae fiat*”. Cfr. comentario núm. 14 a D. 1,1,3. Cito la edición de Venecia de 1615.

90 Cfr. comentario núm. 1 a D. 1,1,3.

91 “*Ius gentium est quod procedit a ratione et intellectu gentium, quo omnes gentes quasi pe-raeque utuntur, quod semper est bonum et aequum, et sine quo homines non possint vivere. Ius gentium distat a naturali, sicut distat cerebrum hominis a cerebro animalium*”. Cfr. comentario núm. 1 a D. 1,1,4.

92 Heineccius indicaba siglos más tarde que el derecho natural “*primarium dicitur quod naturalis ratio (non natura communis sed propria hominibus) inter omnes homines constituit*”. Y el derecho de gentes “*ipsum ius naturale, integrarum gentium negotiis et causas applicatum*”. Cfr. *Elementa Iuris Romani*, Madrid, s/f, par. XXXVIII y XLI.

93 Comentario núm. 1 a Inst. 1,1,2.

define al derecho natural en la medida en que coincide con los animales, y éstos carecen de razón”.⁹⁴ Lo correcto es, sigue explicando Baldo, mantener que cualquier acuerdo de voluntades “se fundamenta en el derecho de gentes, porque si nos expresamos con propiedad los animales no pueden consentir en nada, ya que la acción de asentir es un acto de voluntad que sólo puede ser hecho mediante el intelecto y la razón”.⁹⁵

Pero una separación tan radical entre lo que podríamos llamar *lex naturae* y *lex rationis* resulta insostenible cuando se ha de explicar jurídicamente la vida humana, y me parece que Baldo cayó en dificultades insuperables desde su punto de partida. En efecto, guiado por el carácter ético-moral que casi todos atribuían al derecho natural, Baldo afirma que tal derecho es inderogable por los hombres.⁹⁶ Esto no tiene sentido, porque lo ha descrito como un conjunto de inclinaciones naturales que no imponen ningún deber especial. Incurre también en la contradicción típica de todos aquellos que habían pretendido sostener que, al estar ‘introducidos’ los contratos por el derecho de gentes, la fuente última de la vinculación que ellos originan, por basarse en el principio *pacta sunt servanda*, ha de ser el derecho natural. Pues, sin duda alguna, éste es un principio elemental del derecho propiamente ‘natural’. Y así resulta el equívoco de mantener que los contratos eran ‘desconocidos’ por el derecho natural, pero que el principio ético que los hace posibles pertenece a la médula de este derecho.⁹⁷

Abundando en este tema, el mismo Baldo se plantea dos problemas que tienen un valor especial. En primer lugar está el de determinar si la obligación que recae sobre los hijos de mantener a sus padres ancianos proviene del derecho natural. Responde que no, pues no se observa tal cosa en los animales. Pero como esta declaración parece contradecir un principio moral muy elemental, explica que, aunque no es ‘natural’, esta obligación *provenit ab aequitate naturali*.⁹⁸ No tiene sentido recurrir ahora a la ‘equidad natural’: de haber sido consecuente, debería haber recaído la equidad que es propia del derecho de gentes, la *aequitas iurisgen-*

94 Cfr. comentario núm. 8 a Inst. 1,2, *proemium*.

95 Cfr. comentario núm. 8 a D. 1,1,1,3.

96 Cfr. comentarios núm. 9 y 10 a D. 1,1,3.

97 “*Omnis obligatio naturalis est de iure gentium... consensus est de iure gentium, ergo omnis naturalis obligatio est de iure gentium*”. Cfr. comentarios núms. 42 y 43 a D. 1,1,5.

98 “*Educatio patris facienda per filium, non est ex instinctu naturae... sed provenit ab aequitate naturali*”. Cfr. comentario núm. 10 a Inst. 1,7.

tium. Pero el derecho de gentes, que ha introducido las guerras, las esclavitudes, etcétera, parece poco fiable para recurrir a su espíritu o equidad. Al tocar este tema en los comentarios al Digesto, ensombrece aún más el problema, porque declara que tal obligación se fundamenta en el derecho natural “porque el hombre es racional formalmente... y de este modo es de derecho natural”.⁹⁹ Evidentemente, el derecho de gentes, que en un principio había sido presentado como “el amigo del género humano”, conducía a realidades excesivamente desagradables a causa de su carácter pragmático.

El otro problema es el de la fundamentación jurídica de la esclavitud. Ya he aludido a que Baldo transfiere al derecho de gentes toda la bondad moral que la tradición había entendido como propia del derecho natural, y por esta razón el de Ubaldis escribe que “*ius gentium semper bonum et aequum est nomine et re, et est amicum humani generis*”.¹⁰⁰ Sin embargo, como los textos romanos declaran que la esclavitud ha sido introducida *contra natura* por el derecho de gentes que deroga la igual libertad estatuida por la ‘*omnium una libertas*’ propia del derecho natural, y esta opinión había sido acogida unánimemente por la jurisprudencia del *ius commune*, él se ve obligado a admitir que la servidumbre “tomó origen en el derecho de gentes”.¹⁰¹

7. De cómo la historia es siempre complicada

Aludía a cómo entre el derecho natural propio de la Edad Moderna y las teorías iusnaturalistas, elaboradas por los escolásticos desde el siglo XIII al XVII, existía una heterogeneidad excesiva como para encontrar una relación de precedencia entre una y otra. En consecuencia, establecía la hipótesis de que tendría que haber existido un cuerpo de doctrina sobre el derecho natural ampliamente aceptado y desarrollado ya en la Edad Media y en el siglo XVI.

En efecto, los primeros pasos, los materiales de construcción de las doctrinas propias de Grocio, y más claramente en Hobbes y Pufendorf,

⁹⁹ “... *quia homo formaliter est rationale... et hoc modo est de iure naturali*”. Cfr. comentario núm. 17 a D. 1,1,1,3.

¹⁰⁰ Cfr. comentario núm. 4 a D. 1,1,5.

¹⁰¹ “... *a iure gentium originem sumpsit*”. Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1,3,2. Bellapertica, que antes había intentado deslindar de forma parecida el derecho natural y el derecho de gentes, cae en una contradicción similar a la de Baldo. Vid. sus *In libros Institutionum*, “de iure nat”, comentario núm. 124.

aparecen nítidamente en las doctrinas de los juristas bajomedievales del *ius commune*. Además, esta continuidad, o precedencia —según se mire— quedó reforzada por el hecho de que estos juristas a que he aludido presentaron sus doctrinas al margen de consideraciones teológicas: “¿es preciso que estudie teología el que quiera ser jurista?”, se preguntaba Acursio. “No, pues en el *Corpus Iuris* se encuentra todo lo que es necesario”.¹⁰² Con esto no pretendo indicar que estos juristas hubieran creado unas teorías iusnaturalistas al margen de la fe cristiana. La fe estaba presupuesta en ese conjunto de reglas elementales que los escolásticos llamaban “principios comunes e indemostrables de la razón práctica”, necesariamente de origen divino en cuanto que informaban la conciencia. Quizá el paso secularizador decisivo lo dio Pufendorf cuando en su *De iure naturae et gentium* quiso prescindir de la conciencia. Los esfuerzos de Thomasius por mostrarnos, contradictoriamente, que Locke había demostrado que no existe ningún dato innato en la razón¹⁰³ ni, por tanto, unos principios innatos acerca de lo que está bien o mal, no suponen más que la prosecución coherente y sistemática del pensamiento de su maestro, Samuel Pufendorf.

De todos modos, aunque no se pueda hablar de un pensamiento secularizador, sí podemos referirnos a una jurisprudencia del *ius commune* relativamente secularizada. Porque esta época consideraba que una cosa era la ocupación con el derecho, que tenía su carácter y fundamentos propios, y otra el trabajo con la teología, con el que sucedía lo mismo. Había zonas comunes entre la jurisprudencia y la teología, como era el caso de los primeros datos de la conciencia. Pero sucede que estos datos elementales de la conciencia son tan jurídicos como teológicos. Otra cosa es que un pensamiento secularizador pretenda o se proponga expresa y positivamente prescindir de la conciencia, como si se tratara de una exigencia por principio. De hecho, los juristas medievales rechazaron expresamente la dependencia respecto de la teología, ya que consideraron que la formación moral que les era necesaria para llevar adelante su trabajo la adquirirían suficientemente en el estudio del *Corpus Iuris*. Acursio y Odofredo

102 “*Quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esset, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur*”. Cfr. *Institutionum sive primorum totius Iurisprudentiae elementarum libri quattuor. Commentariis Accursii et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, París, 1559, glosa “e” del libro I, título II.

103 Vid. los primeros treinta párrafos de sus *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*. Ed. de Halae et Lipsiae de 1718.

estaban de acuerdo —por una vez— en mantener que *iuris sola scientia habet caput et finem*, declaración que completaba este último indicando que tal cosa *in nulla alia arte invenitur*.¹⁰⁴ ¿Por qué motivos estos juristas se defendieron frente a las posibles pretensiones de la teología? Es fácil suponer que este saber, que intermitentemente se muestra en la historia con pretensiones universalistas, quiso hincar el diente a la *jurisprudencia*. Quizá por este motivo, los juristas, desde casi los inicios mismos de la escuela de Bolonia, consideraron que “el saber jurídico es, en sí mismo, una verdadera filosofía”, y podemos comprobar que esta mentalidad llega intacta al siglo XVI.¹⁰⁵

El derecho natural no se redujo, pues, a una serie de teorías sobre lo que siempre es justo, etcétera. El derecho natural explicado en las cátedras de derecho de las universidades de la baja Edad Media consistía, del mismo que los “primeros principios de la razón práctica”, en la *omnium una libertas* y en la *communis omnium possessio*. Obviamente, estamos ante una herencia propia del derecho romano, que difícilmente se encuentra en alguna otra cultura. Los juristas, que basaban su argumentación, y sobre todo la *autoridad* de ella,¹⁰⁶ en el texto romano, se cerraron en torno a una exégesis de las declaraciones iusnaturalistas propias de los juristas romanos.¹⁰⁷ Hubo que esperar a que el derecho romano perdiera su vigencia jurídica, cosa que comenzó a producirse en el siglo XVI, para que, en nombre de la razón o del ‘derecho

104 En el comentario núm. 18 a la “Prima constitutio”, palabras “Omnem Reipublica”, p. 4 de *op. cit.*, Odofredo escribe: “*Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur*”.

105 Alberto Bolognnetus, jurista ‘culto’ del siglo XVI, escribía que “*multi sunt in philosophia rudes, qui tamen in iurisprudencia laude excellunt*”. *Cfr.* cap. 9, núm. 8 de *op. cit.* Odofredo rechazaba la necesidad de estudiar disciplinas ajenas al cuerpo doctrinal constituido por el *ius commune*. Ya hemos visto que no consideraba necesario, para el que quisiera ejercitarse en la *jurisprudencia*, estudiar teología, porque “*in iure nostro tractatur de divinis*”. Y añade: “*Item tractat de trivio et quadrivio*”. *Cfr.* comentario núm. 4 al título *De iust. et iure*, en las palabras “*iuris prudentiam*”, p. 9 de esta edición. Pero esto no quiere decir que algunos de estos juristas no tuvieran una buena formación escolar. *Vid.*, por ejemplo, a Otte, G., “Die Aristoteleszitate in der Glossa. Beobachtungen zur philosophische Vorbildung der Glossatoren”, *ZSS Röma, Abteilung*, 85 (1968), pp. 368-393.

106 Sobre este punto escribe Piano Mortari que “*il Corpus Iuris era considerato inesauribile della verità nel campo del diritto: la giurisprudenza in primo luogo era la scienza del Corpus Iuris*”. *Cfr.* “Il problema dell’interpretazione iuris nei Commentatori”, *Annali di Storia del Diritto*, 2 (1958), p. 58. Consecuente con esta afirmación, escribe más adelante que “*nel suo complesso, l’attività di carattere teorico del giurista si risolve in definitiva nella interpretatio: i giuristi medievali identificano completamente la scientia iuris con l’interpretazione giuridica*”. *Cfr. op. cit.*, p. 66.

107 Weigand indica que la actividad de estos juristas “*bestand hauptsächlich im Glossieren der Quellentexte. Ihre meist kurzen Erläuterungen sind nur zusammen mit dem erörterten Text voll verständlich. Deshalb sind von vornherein in der Frühzeit der Schule von Bologna keine grossen, zusammenhängende Darstellungen des Naturrechts zu erwarten*”. *Cfr. Die Naturrechtslehre...., cit.*, p. 18.

de la razón', irrumpiera en la escena europea la *juris naturalis disciplina*, esto es, el derecho natural andando con vida propia.

Si reitero de algún modo sobre lo ya escrito, quisiera destacar que existían varias dimensiones del derecho natural cuyos límites no fueron trazados con precisión. Uno, el de los principios fundadores de la conciencia. Y el otro, el de estas categorías de la *omnium una libertas*, o la *communis omnium possessio*. Además, existía el derecho de gentes creado *ex necessitatibus*, que también fue considerado tardíamente derecho natural, como ya indiqué. La dinámica contenida en lo más íntimo del *ius naturale*, que tenía como principio central la superioridad de este derecho sobre cualquier otro orden normativo de origen humano, llevó ineludiblemente a una consideración unitaria de todas las dimensiones integrantes del derecho natural, de modo que, a la altura del siglo XVI, tan 'de derecho natural' era la categoría de la igual libertad en el *status naturae* como el principio que ordena no castigar al inocente.

Realmente, durante la baja Edad Media nadie entendió al modo actual los problemas relacionados con el *ius naturale*. Los juristas, en general, nunca han sido muy proclives a ocuparse de él, excepto cuando tropiezan con un problema moral grave. En aquella época no hubo enfrentamientos por posiciones morales enfrentadas: la moral vigente era la cristiana. Además, tampoco existía, al menos lo suficientemente generalizada, una conciencia *revolucionaria* del tipo de la que estalla a finales de la Edad Moderna. Indico esto porque Henri de Page ya captó, hace casi un siglo, que la idea del derecho natural es el recurso del que echan mano los descontentos con el orden presente. Hubo que esperar a que Europa se convulsionara y, en cierto modo se rebelara contra ella misma, cosa que comienza a suceder en el siglo XVI, para que algunos juristas mostraran interés por las nociones del derecho natural que hemos estudiado.

II. ESBOZOS METÓDICOS

La visión jurisprudencial del *ius*, de la *jurisprudencia* y de la justicia llegó con fuerza hasta el siglo XVI. Acursio explicó, siguiendo los pasos de Irnerio, que la justicia es una virtud personal, el derecho o *ius* es cada realización concreta de esta virtud, y la *jurisprudencia* es el saber o ciencia sobre ese derecho.¹⁰⁸ Notemos que el término *lex*, y mucho menos el

108 "Item quae est differentia inter justitiam, ius et iuris prudentiam? Resp. Justitia est virtus: ius

de *facultas*, ni siquiera aparecen en este contexto de las principales manifestaciones jurídicas. La razón de este hecho nos la proporciona en cierto modo Pedro de Bellapertica cuando se pregunta por qué el Digesto comienza con la rúbrica ‘*De justitia et jure*’, sin aludir a las *leges*. Esta rúbrica está al comienzo del *Corpus Juris*, responde Bellapertica, porque éste trata efectivamente del ‘derecho’, y no de sus ‘especies’ concretas. De las especies del derecho, como es el caso de las leyes, se trata en otros lugares: *Sed in aliis tractatibus tractatur de legibus*.¹⁰⁹

1. El juego de la ley y el derecho

¿Qué función jugaba la ley en el conjunto de los saberes jurídicos prudenciales? Tomás de Aquino explicó como evidente que las leyes no componen sin más el derecho, sino que cada ley es sólo “una cierta razón del derecho —concreto—”.¹¹⁰ Por lo general, esta jurisprudencia consideró que las leyes generales únicamente constituían ‘un tipo’ o una dimensión del derecho o *ius*. Domingo de Soto lo explicaba muy claramente: “*Ius generale nomen est, lex autem iuris species*”.¹¹¹ A estos juristas, y a los teólogos que explicaban su proceder, les importaba ante todo lo que designaban con la palabra *aequitas*, que poseía entonces un significado mucho más amplio que el actual.¹¹² Cuando la ‘*aequitas*’ se concretaba en una solución, contemplaban a esta ‘justicia concreta’ o a este justo como

est eius virtutis executio: juris prudentia est scientia illius juris”. Cfr. *Corpus Juris Civilis Justiniane, cum commentariis Accursii, et Contii, et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*, Lugduni, 1628, glosa “q” a D. 1,1,5, en la palabra ‘*Justitia*’, p. 20 de esta edición.

109 “*Dicit rubrica De iust. et jur., ad quid habemus tractatur de iust. et jure, cum totum corpus juris de hoc tractat. Dico pro tanto, quia in hac genere tractatur non descendendo ad aliquam speciem. Sed in aliis tractatibus tractatur de legibus*”. Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., Liber I, comentario a “De just. et Jure”, p. 48 de esta edición.

110 “*Ad secundum dicendum quod sicut eorum quae per artem exterius fiunt quaedam ratio in mente artificis praexistit, quae dicitur regula artis; ita etiam illius operis iusti, quod ratio determinat, quaedam ratio praexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et si hoc in scripto redigatur, vocatur lex, secundum Isidorum, constitutio scripta. Et ideo lex non est ius, proprie loquendo, sed aequalis ratio iuris*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 57, art. 1, ad 2. Nótese la abundancia de partículas indeterminativas: ‘*quaedam*’, ‘*aequalis*’. Un estudio recomendable y sencillo sobre las relaciones entre ley y derecho en Tomás es el de Mauricio Beuchot, “La ley y el derecho en Santo Tomás”, *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, México, 1997, pp. 103-123.

111 *De justitia et jure libri decem*, ed. facsímil del I.E.P. de la 1556, Madrid, 1967, vol. I, lib. III, q. 1, art. 1, p. 193.

112 *Vid.* mi estudio “En torno al método de los juristas medievales”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982, pp. 636 y ss.

la ‘misma cosa justa’, y tal ‘cosa’ constituía el *ius* o derecho, la *aequitas constituta*.¹¹³

Aquellos juristas entendían que la norma general es tan necesaria como el caso concreto, pues la dialéctica de la razón humana nos lleva a pensar en un caso concreto cada vez que entendemos una norma general, y sólo podemos entender normativamente los problemas puntuales pensando en las normas más genéricas. Obviamente el pensamiento jurisprudencial estaba lejos de considerar al derecho como un *ars* o colección de normas. Este supuesto lo contemplaron hipotéticamente casi todos los juristas,¹¹⁴ pero sin concederle gran importancia. Además, aquellos hombres eran conscientes del hecho de que los derechos u ordenamientos jurídicos de los que usamos ya ahora son varios: el derecho civil, el derecho de gentes y el derecho natural. El juego conjunto de las normas del *ius civile* con los principios del *ius naturale* y del *ius gentium* no era siempre predecible, de modo que la norma cuya aplicación es procedente *en un momento*, produciría una injusticia si es aplicada en otro momento: de ahí las desconcertantes (para nosotros) explicaciones medievales acerca de la ‘derogación’ del derecho natural. El postulado básico del Estado contemporáneo, de que no puede existir más que un único ordenamiento jurídico en una comunidad política, en la medida en que ha sido asumido y creído por nosotros, nos dificulta enormemente la inteligencia del trabajo jurídico prudencial. Josef Esser hizo un esfuerzo serio, hace ya treinta años, por mostrarnos algo de esto.

Siempre interviene la voluntad del legislador, y entonces la ley aparece superficialmente como la obra de una voluntad. Esto plantea un par de reparos de bulto. Uno, que el legislador, especialmente en materias civiles, se encuentra tanto o más condicionado que cualquier juez o jurista: él también ha de recorrer la senda de la realidad, que le posibilita legislar y al mismo tiempo le condiciona. Además, el juez dispone frecuentemente

113 *Ibidem*.

114 Jacobo de Butrighario escribía que “*Tu dic, quod est considerandum ius prout est virtus, et ius prout est ars; ius prout est virtus, omnia habebat in se, et simul erat iustitia, et ius, sed non erat in praeceptis redactum; sed ius, quod est ars, in praeceptis redactum non fuit ab initio, ut fuit iustitia; sed ab ipsa veluti a matre descendit*”. Cfr. *In Primam, et Secundam Veteris Digesti Partem*, tomus Primus. Romae, s/f, comentario a la “lex prima”. Pedro de Bellapertica escribía: “*sub medio ius est ars: quia ars est collectio praeceptorum: per hoc quod dicit honeste vivere, et alterum non laedere*”. Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., p. 48. Siguen a Acursio, que había dejado establecido que “*dicit ars: cum ars sit collectio praeceptorum. Item per hoc quod dicit, honeste vivere, alterum non laedere: valet tantum quantum boni et aequi*”. Cfr. *Corpus Juris...*, cit., glosa “o” a la palabra “*iustitia*”, p. 20 de esta edición.

de tal instrumentario de normas *disponibles*, que es raro estadísticamente el caso medianamente controvertido que queda atrapado inequívocamente por una norma, de forma que se pueda aplicar la regla *interpretatio cessat in claris*. La voluntad es necesaria porque son muchas las cosas que se pueden regular prudentemente, pero indistintamente, de un modo u otro. De ahí que Tomás de Aquino, aunque manifestara que la prudencia sólo existe dentro de la razón y que por este hecho ni el siervo es ordenado en cuanto siervo, ni el súbdito *en* cuanto súbdito, sino que el gobernante y el gobernado se comunican en la medida en que ambos son racionales, de modo que la fuerza de obligar de la norma presupone, como su médula constitutiva, la común racionalidad de ambos,¹¹⁵ mantuviera fuertemente que el gobierno es necesario, y por ello la voluntad es igualmente necesaria: la persona que gobierna no puede ser una cualquiera, porque entonces no habría gobierno al no haber una voluntad clara.¹¹⁶

La norma, aparentemente resultado único de la voluntad del que gobierna, está tan condicionada por los hechos que analiza, como lo está el juez que aparentemente la aplica. Ambos, legislador y juez, en cierto modo son libres, y en cierto modo están sujetos a una potestad superior: de ahí lo que dice Jesús a Pilato: “No tendrías poder sobre mí si no se te hubiera dado de lo alto”, idea que Pilato entiende inmediatamente, del mismo modo que la entendía cualquier hombre de mentalidad premoderna. Es decir, la forma de ley es necesaria al derecho, porque toda sentencia de un juez es algo más que simple prudencia o sentido de la justicia personal: es un dictado que ha de prevalecer incondicionalmente, apelando a la fuerza si es preciso. Pero esta pretensión autárquica no es el único rasgo definitorio del derecho. Porque así como un prudencialismo excesivo, que llevara a ignorar la dimensión imperativa del derecho, y mantuviera que “es derecho todo lo racional, todo lo que es justo”, no daría cuenta de la realidad, tampoco la daría un normativismo que prescindiera de la prudencia y de la capacidad normadora de esta potencia del ser humano.

115 “*Respondeo dicendum quod prudentia in ratione est. Regere autem et gubernare proprie rationis est. Et ideo unusquisque in quantum participat de regimine et gubernatione, intantum convenit sibi habere rationem et prudentiam. Manifestum est autem quod subditi in quantum est subditus, et servi in quantum est servus, non est regere et gubernare, sed magis regi et gubernari. Et ideo prudentia non est virtus servi in quantum est servus, nec subditi in quantum est subditus. Sed quia quilibet homo, in quantum est rationalis, participat aliquid de regimini secundum arbitrium rationis, intantum convenit et prudentia habere*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 12.

116 Se plantea este tema en *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 12.

Esta ‘comunicación’ que se produce entre la norma y el objeto de la decisión, al ser posible porque ambas instancias representan la misma realidad, plantean problemas delicados que sólo pueden entenderse partiendo desde la naturaleza y exigencias de las relaciones que están siendo atendidas. Siempre se puede suponer que las normas estarían ya preparadas para acoger los problemas, del mismo modo que las habitaciones del hotel están listas para recibir a los clientes. Podría pensarse, puestos a fabular sobre lo que piensa mucha gente en su vida cotidiana, que ‘los hechos’ encajarían en una norma determinada porque —¿cómo decirlo?— ambos tendrían como ‘la misma forma’: algo así como un objeto con determinada forma geométrica sólo puede encajar con otro objeto que tenga una forma geométrica que sea compatible con la anterior. El proceso que se llama, de forma confundente, ‘aplicación de derecho’, es mucho más complejo, y sólo es posible por la comunidad de problemas y de justicia que existe entre las materias o contenidos respectivos, el de las leyes y el ‘objeto’ del enjuiciamiento.

Estas digresiones no las encuentro expresamente en Acursio, Tomás de Aquino o Bartolo. Pero creo que con ellas expongo con alguna fidelidad una vertiente decisiva del espíritu que animaba el trabajo de aquellos juristas.

2. *Mandaban ‘las cosas’*

Ellos estaban interesados por lo que imprecisamente designamos con la palabra ‘cosa’, que ellos llamaban a veces el ‘casus’ o *quaestio*. Su actitud ante la realidad les llevaba, y esto es especialmente perceptible en el derecho privado, a adoptar una actitud ante cada problema que, antes que nada, era *teórica*: contemplaban lo que ocurría, y de la mano de la posible naturaleza del problema y de sus consecuencias previsibles, adoptaban la solución mejor para todos de acuerdo con las normas disponibles. Por decirlo con Tomás de Aquino, lo realmente importante era resolver el caso desde los *ex propriis principiis rei*, tomando como punto de referencia las cosas tal como suelen suceder *normalmente*: “*inquisitio autem fiat per communia*”.¹¹⁷ No existe el peligro de caer en una actitud propia de las ciencias especulativas, que se mueven con nociones universales o comunes, explicaba el de Aquino, porque el saber ‘demostrativo’, que es judicial, procede desde la naturaleza de su propio objeto.¹¹⁸ John Austin,

117 “*Ad secundum dicendum quod iudicium debet sumi ex propriis principiis rei: inquisitio autem fiat etiam per communia*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 51, art. 4.

118 “*Unde etiam in speculativis dialectica, que est inquisitiva, procedit ex communibus: demonstrativa autem, que est iudicativa, procedit ex propriis*”. Cfr. *loc. cit.*

siempre complejo y contradictorio consigo mismo, fue uno de los pocos juristas de la Edad Contemporánea que entendió lúcidamente este modo de considerar la realidad jurídica y moral, y explicaba que toda ley general (él se refería a los códigos civiles) no puede ser sino una recopilación de la *jurisprudencia* ya producida.¹¹⁹ Austin opinaba esto porque intuía, del mismo modo que Tomás de Aquino, que la prudencia que han de ejercer los que se ocupan con el derecho ha de consistir en una actitud que se mueve con los datos y exigencias que provienen ante todo de aquello en que se está trabajando. Por esta razón, Austin proponía un nuevo concepto de ‘sistema’ o científicidad: las *Instituta* de Justiniano son sistemáticas o científicas porque hacen reposar sus distinciones en la materia misma que tratan.¹²⁰ Ya sir Francis Bacon había usado la expresión de “casos *immersed in matter*”, nos indica Austin, para referirse a un tipo de problemas difíciles.¹²¹

En efecto, toda ley, especialmente en el derecho civil, se alimenta de los análisis de los hechos ya realizados por los juristas y jueces y, en muy buena medida, éste es su gran valor: un sector de la legislación es útil para el jurista, porque recoge una experiencia ya dilatada, y ofrece al juzgador unos análisis de los hechos que orientan decisivamente la labor jurisprudencial.¹²² Estudiando lo que superficialmente sólo parecen ‘normas’ o actos de voluntad del legislador, el lector aprende mucho derecho y ciencia jurídica al mismo tiempo.

Si Descartes pudo dividir la realidad fácilmente en ‘*res cogitans*’ y ‘*res extensa*’, como si la vida no ofreciera más que dos aspectos, esto fue posible sin estridencias porque anteriormente la universidad había tendido a considerar la realidad propiamente humana, como un todo amorfo o uniforme. La mentalidad científica moderna que cobra fuerza en el ambiente que contribuyeron a crear Galileo, Viète y Bacon, necesitaba suponer una ‘materia’ uniforme cuyas regularidades o leyes pudieran ser co-

119 Explica este tema extensamente en sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5a. ed., Londres, vol. II, lect. XXXIX, p. 659.

120 “*The Arrangement of Justinian’s Institutes (or, rather, of the earlier Institutes from which they were copied or compiled) is a “systematic”, or “scientific” one: that is to say, derived from distinctions lying in the “matter” of the treatise*”. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, p. 992.

121 Cfr. *Lectures...*, op. cit., vol. I, p. 117.

122 Así es como Álvaro d’Ors, por ejemplo, considera actualmente esta faceta de las normas: “El derecho constituye, desde luego, un cierto orden, pues las soluciones prudenciales para resolver los distintos casos que se pueden presentar ante los jueces suelen pertenecer a un sistema más o menos explícito en el que se distinguen diversos grupos de reglas en razón de las realidades a que se refieren y que solemos llamar instituciones”. Cfr. *Una introducción al estudio del derecho*, México, 1989, p. 53.

nocidas del mismo modo en todas las cosas: la física, paradigma de la ciencia moderna, aplica sus leyes uniformemente a todas las realidades, igualándolas desde su punto de vista, que postula como el único capaz de proporcionar un conocimiento fiable. Es decir, la Edad Moderna, en lugar de reconocer que la física únicamente capta una dimensión de las cosas, muy útil desde el punto de vista tecnológico pero ciega ante otras necesidades del ser humano, prefirió negar las distintas vertientes en que se nos manifiesta la realidad y postular que solamente las magnitudes medibles geométrica-aritméticamente existen o son reales. Las otras manifestaciones de lo que imprecisamente podríamos llamar el ser de las cosas, de sus distintas formas o modos de existir, fueron negadas, normalmente de forma respectiva, calificadas de *qualitates occultae*.¹²³

Según esta dicotomía omnipresente que había reproducido Descartes, aparece una *ratio* omnipotente, que es entendida como la instancia propiamente humana, que ha de moldear una materia amorfa para ponerla al servicio del hombre. “*Natura non vincitur nisi parendo*” —según el lema que popularizó Francis Bacon— y la estructura geométrico-matemática que domina la *res extensa* nos permite a los hombres poner a nuestro servicio la ‘materia’ siguiendo las leyes matemáticas. Las matemáticas compondrían ese ‘mundo nouménico’ que conecta la humanidad con lo que existe fuera de ella. Pero este *noumenon*, ¿alcanza también para explicar la estructura de la vida humana? Thomasius, Wolff, Gundling y otros iusnaturalistas alemanes del siglo XVIII dijeron seguir el ejemplo del método matemático, pero estas declaraciones no convencieron a buena parte de sus coetáneos, y a finales de siglo estaban desprestigiadas. Si la razón tampoco extrae sus contenidos desde ‘las cosas’, ¿desde donde...? Me parece que los únicos filósofos consecuentes fueron Kant y sus discípulos. Ellos se vieron obligados a hablar de una razón pura, que consiste en libertad según ellos, y que sería como el contrapunto necesario del ‘mundo exterior’, el *Sinnenwelt*, que es el mundo perceptible por los sentidos, que está regido siempre por las leyes ciegas y necesarias de la física. Así, frente a la ‘necesidad’ (*Notwendigkeit*) del mundo exterior o físico, se situaría la ‘libertad’ (*arbitrium*, *Willkühr*) en que consiste el hombre.¹²⁴ La razón humana, por este camino, no podría consistir sino en las reglas que se da a sí mismo el arbitrio¹²⁵ para no aniquilarse. Cuando

123 Vid. el 11 de la obra de Galileo, *El ensayador*, Buenos Aires, Aguilar, 1981.

124 Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., pp. 21-27.

125 Kant y sus epígonos usaron indistintamente las palabras arbitrio y libertad, *Willkühr* y *Freiheit*.

la libertad se vuelve sobre sí misma buscando coherencia en las acciones, logra descubrir los comportamientos moralmente ‘necesarios’; cuando plantea la coexistencia de los arbitrios al modo de ‘esferas de libertad’, entonces busca la *Metaphysik des Rechtes* que ha de estar en la base de la doctrina del derecho positivo.

El molde de la *res cogitans* o razón, que ha de servirse de la *res extensa* para sus propios fines, permanece en nuestras ideas, más o menos subliminarmente, como esquema heurístico universal y necesario. La *res extensa* sólo opondría resistencia al esfuerzo humano: de ahí los problemas de una naturaleza insuficientemente *dominada*. Pero esta naturaleza es al mismo tiempo posibilante, porque conociéndola, podemos usar sus leyes en nuestro propio provecho. En este sentido, algunos autores del siglo XX han llegado incluso a reconocer una ‘naturaleza de la cosa’, que no sería más que ese tener en cuenta los condicionantes propios de cada cosa para saber cómo dominarla. Como es obvio, las cosas no son más que objeto pasivo de nuestra manipulación *inteligente*.

Pero el problema permanece: si la inteligencia o razón moderna no se nutre desde los contenidos de cada cosa, ¿en dónde encuentra la razón sus contenidos o sus leyes, y en qué consisten éstas? La Ilustración siguió dos caminos ante esta pregunta: de un lado, Thomasius y Hume, por ejemplo, pusieron como motores de la vida humana algunas *pasiones* del hombre, de modo que la conducta sería inteligente si se hacen realidad tales pasiones, de ‘vivir bien’ (Thomasius), de benevolencia y sociabilidad, como propuso Hume. De otra parte, el mayor intelectualismo kantiano creó una metafísica nueva que, a diferencia de la tradicional, partió desde el postulado cartesiano, potenciado por Hume, de la insuficiencia de los sentidos, y mediante una aplicación continua del ideal del sistema, esto es, de la ausencia de contradicción al considerar las cosas de forma absolutamente unidimensional, como hace la geometría o la física, cree llegar a algunas conclusiones ‘necesarias’. La gran diferencia entre esta metafísica y la anterior está en que la antigua tiende a explicar aquello que está presupuesto en las percepciones sensoriales. La metafísica kantiana, en cambio, se presenta como el único saber admisible precisamente porque niega el valor de tales percepciones. Pero esto nos introduce, otra vez, en problemas colaterales a este estudio.

En cambio, estos otros juristas y teólogos que ahora considero, tuvieron en cuenta lo que nos manifiestan los sentidos, de una parte, y lo que Antoine de Saint-Exupéry llamaba ‘el sentido de las cosas’, de otro, lo

que da pie a hablar de una ‘metafísica teleológica’. Este equilibrio que hicieron entre los datos sensoriales y las formas distintas que observaban en cada cosa, les previno de reducirse al empirismo, de un lado, o de situar el ideal de tipo romántico como la única guía de nuestra vida. Naturalmente, estas digresiones que hago no se encuentran en los textos que examino, entre otros motivos porque constituyen reflexiones sobre la historia de la filosofía, y ésta es una historia que entonces no se había producido: el búho de Minerva aún estaba ensotado en su olivo.

Pero Tomás de Aquino, que sí conocía el empirismo de algunos sofistas, como Gorgias o Trasímaco, y que estaba sufriendo el excesivo intelectualismo de los retóricos de las escuelas de su época, se apresura a deshacer equívocos e indica que la razón humana es verdadera en la medida en que consona con las cosas,¹²⁶ porque la razón, por sí sola, no aporta ninguna verdad al hombre: “*non est eadem ratio veritatis et rationis*”.¹²⁷ Él denuncia, frente a las teorías que quieren explicar las cosas tal como son ‘en sí’, que cuando algo es conocido por sí mismo (*secundum se*), caemos en una tautología que nada añade al conocimiento.¹²⁸ De ahí la regla de oro de este modo de entender la relación del hombre con la realidad: “La razón humana no es la medida de las cosas, sino que más bien sucede lo contrario”.¹²⁹ Domingo de Soto precisaba esta idea escribiendo que “*ratio autem non est rerum mensura: sed ipsa potius rerum natura, quam ratio inspicit*”,¹³⁰ y en el plano propiamente práctico, Soto estimaba que “lo justo y lo recto en las cosas humanas se ha de juzgar según la regla de la razón: porque la regla de la razón es la naturaleza de las cosas”.¹³¹

En esta dependencia continua desde la realidad, las reglas o normas de la razón práctica del hombre no dependen de ninguna construcción intelectual, sino de lo que el hombre ‘es’. Frente a algunas actitudes de su época excesivamente espiritualistas, que pretendían reducir el derecho natural a

126 “*ut scilicet conceptus hominis non sit verus propter seipsum, sed dicitur verus ex hoc quod consonat rebus*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 93, art. 1.

127 *Suma teológica*, cit., I-II, q. 93, art. 1, ad 3.

128 “*Dicimus autem aliquid per se notum dupliciter: uno modo, secundum se; alio modo, quoad nos. Secundum se quidem quaelibet propositio dicitur per se nota, cuius praedicatus est de ratione subjecti*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 2, Resp.

129 “*Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 91, art. 3.

130 Cfr. *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 5, art. 1, p. 37 de esta edición.

131 “*Ex hoc sic arguitur: justum et rectum in rebus humanis secundum rationis regulam existimandum est: rationis autem regula est rerum natura*”. Cfr. *De justitia et iure...*, cit., L. I, q. 5, art. 2, p. 40.

unos ‘*prima principia*’ algo desarraigados de la vida cotidiana del hombre, Tomás escribe que “el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales”.¹³² Por ‘inclinaciones naturales’ entiendo las mismas que Isidoro de Sevilla, y comienza aludiendo, al mencionarlas, al apetito sexual. Su discípulo más adherido a su modo de ver las cosas, Domingo de Soto, explicaba que el derecho natural se ha de entender en una doble naturaleza: de un lado, según aquello que la naturaleza nos enseña o a lo que ella nos instiga, y esto explica que Ulpiano indicara que el derecho natural es común a todos los animales, y que consiste en aquello que se tiene por instinto natural y no por obra humana.¹³³

La idea que está en la base de esta filosofía moral estaba lejos de los *postulados* modernos, según los cuales el ser humano consiste únicamente en arbitrio indeterminable, o en este arbitrio más otras cualidades morales, según Locke enriqueció la doctrina iusnaturalista moderna. Más bien huyen de cualquier reducción de lo que el hombre ‘es’ o exige una naturaleza humana intemporal, y Tomás repite una definición usual de la filosofía moral aristotélica: “La filosofía moral es aquella filosofía que trata acerca de todas las cosas que son necesarias para la vida humana”.¹³⁴ A Tomás, como a la mentalidad que él representa, le interesan los bienes, no las órdenes o mandatos: “Con lo que es bueno concuerda no solamente lo bueno, sino también alguna cosa que retiene en sí algo de bueno”.¹³⁵ En esta mentalidad, según la cual lo que interesa es lo que es bueno o malo para el hombre (*adaequatum vel non adaequatum*), y esto lleva a reconocer que en la cosa mala suele haber algo bueno (algo impensable para la rigidez de las teorías éticas posteriores), no costaba trabajo entender que aquello que es vicioso para uno, eso mismo puede ser bueno y adecuado para otro.¹³⁶

132 “*Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae*”. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 2, Resp.

133 “*Igitur cum audis ius naturale esse illud quod est a natura, bifariam intelligite: nempe a natura id docente et ab eadem ad ipsum instigante. Unde Ulpianus l. 1 D de iust. inquit, naturale est commune omnium: eo quod ubique instinctu naturae non constitutione habetur aliqua. Ubi e regione opponens naturalem instinctum et constitutionem, nostram bimebrem divisionem insinuat*”. Cfr. *De iustitia...*, cit., L. III, q. 1, art. 2, pp. 194 y 195.

134 “*Moralis enim philosophia habet considerationem circa omnia quae sunt necessaria vitae humanae*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Roma, Marietti, 1964, 1539, p. 410.

135 “*et ideo omnia concordant bonum non solum bonum, sed etiam mala, secundum hoc, quod aliquid retinet de bono*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 140, p. 38.

136 Tomás de Aquino escribía que “*Ad tertium dicendum quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, propter diversas hominum condiciones, contigit quod aliqui*

Ante todo existe y se ha de considerar aquello para lo que se trabaja, es decir, aquello que el jurista o el moralista estudia. Para recalcar que la medida de la razón humana son las cosas mismas, el de Aquino explica que la naturaleza tiende, ante todo, a regir cada cosa en sí misma (*ad regendum unamquamque res in seipsa*),¹³⁷ y por esta razón entiende que los conjuntos ordenadores o normativos que creamos los hombres no poseen especial consistencia en sí mismos, sino que están al servicio de los fines que los hombres han de alcanzar en cada momento.¹³⁸ Cuenta siempre la ‘materia’ de la ley, que es la que suele llevar la iniciativa, no el precepto mismo. Una explicación precisa de este hecho la proporciona Soto, cuando trata de la mutabilidad de las leyes: “La medida debe ser inmutable en tanto lo aguanta la naturaleza de la materia que rige, o de la ley. Porque la medida de lo mudable no ha de tener una persistencia más duradera que lo que mide”.¹³⁹

Acursio había explicado que la equidad (término con el que los glosadores designaban el origen y la ‘esencia’ de la justicia) no reside en las leyes, sino en los casos.¹⁴⁰ Una expresión que estos juristas usaban frecuentemente era la de “*paribus casus, in quibus paria iura desiderat*”: el derecho va a remolque de la equidad de los casos. Ellos trabajaban preferentemente con problemas humanos, y no tanto con el *ius scriptum*. Este hecho llevaba a Tomás de Aquino a decir que la medida debe ser permanente sólo hasta donde sea posible. Porque en las cosas mutables no puede existir nada inmutablemente permanente.¹⁴¹ Lógicamente, el oficio del jurista o del moralista, que trabaja sobre datos históricos, variables y contingentes, sólo llega a resultados fiables en la medida en que se funda-

actus sunt aliquibus virtuosus, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosus, tanquam eis non proportionati”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 4, Resp.

137 *Suma teológica*, cit., II-II, q. 50, art. 4.

138 “*Quantum autem ad particularem cognitionem eorum circa quae operatio consistit est iterum distinguendum. Quia operatio consistit circa aliquid vel sicut circa ea quae sunt ad finem. Et ideo potest esse naturalis inclinatio respectu horum finium...*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 15, Resp.

139 “*Et per hoc respondetur ad secundum quod mensura debet esse immutabilis quatenus fert natura materia: mensura autem mutabilium rerum solidiorem non suffert perpetuitatem*”. Cfr. *De iustitia et iure...*, cit., L. I, q. 7, art. 1, p. 75.

140 “*Ut sit ius commune: secus si specialiter detur. Sed secundum hoc omnis lex est regula: quia loquitur in paribus casibus, in quibus est eadem aequitas, et de universis hominibus*”. Cfr. *Corpus Juris Civilis*, cit., L. I, tit. III, glosa “a”.

141 “*Ad secundum dicendum quod mensura debet esse permanens quantum est possibile. Sed in rebus mutabilibus non potest esse aliquid omnino immutabiliter permanens*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 97, art. 1.

menta en la prudencia que atiende a esos “casos iguales que reclaman igual derecho”. El jurista no es el que conoce bien (teóricamente) el derecho escrito; porque si el jurista carece de prudencia adquirida en el trabajo concreto, ni siquiera sabrá qué leyes ha de aplicar, y llegará a resultados inútiles.¹⁴² Sucede que estos autores distinguen entre los saberes ‘ociosos’ (*otiosi*), entre los que se cuenta la metafísica, y los saberes prácticos. Los saberes ociosos, que tratan de conceptos universales, permanecen siempre siendo los mismos. La finalidad de los saberes prácticos es distinta, porque no se trata tanto de conocer unas cosas como de hacer estas cosas mismas.¹⁴³

3. *El criterio del medium rei*

Las explicaciones romanistas sobre la justicia son complejas, porque unas veces la justicia o equidad aparece como una justicia ya constituida (que sólo tendría que conocer el juez o jurista) y otras veces se manifiesta como una disposición personal que sería “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno o suyo”, según la conocida definición de Ulpiano. Esto es, bajo el término justicia entendían indistintamente bien algo justo ya existente, bien una potencia o fortaleza de cada persona que le capacita la voluntad para ser capaz efectivamente de dar o devolver lo ya conocido como ajeno. Pero la noción y virtualidad de la ‘justicia’ no se detenía en estas dos funciones: había también una tercera acepción de ella, a saber, la buena voluntad (la “*Rectitudo voluntatis propter se servata*” que exponía San Anselmo) que hacía posible que el entendimiento de cada hombre dictara lo que es justo, creándolo él: porque no siempre las relaciones sociales o lo que demandan las personas humanas como tales indican unívocamente lo que es justo según cada problema. En este último sentido, la justicia no es tanto la buena voluntad de dar a cada uno lo que ya es suyo, como esa potencia o facultad del ser humano de constituir él lo que sea justo. Esta potencia del ser humano no es siempre genérica —como si correspondiera en todos los casos a

142 “*ex legibus congregatis non potest fieri aliquis legis positivis, vel iudicare quales leges generales sint optimate, nisi habeat experientiam... Sed tamen omnia haec videtur esse utilia solis expertis. Illis autem qui nesciunt singularia, propter inexperientiam videntur esse inutilia*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 2175.

143 “*Dicit ergo primum, quod finis scientiae quae est circa operabilia, non est cognoscere et speculari singulae, sicut in scientiis speculativis, sed magis facere ipsa*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 2138.

todo el género humano—, sino que frecuentemente hay que consultar a personas muy concretas que son como ‘la justicia viviente’.¹⁴⁴

La justicia aparecía simultáneamente como una simple potencia de la voluntad que pasivamente ordenaba dar a cada uno y a todos lo que ya se sabía que era de ellos, y como una razón práctica de las personas justas que determinaba o constituía *ex novo* lo que debía ser justo. Esto suponía una petición de principio, porque la misma justicia que ordenaba devolver a cada cual lo que era de él, era al mismo tiempo la capacidad que determinaba o concretaba lo que correspondía devolver. “¿No supone esto *quaedam circulatio*”?, se preguntaba Tomás de Aquino.¹⁴⁵ Efectivamente, esto suponía una circularidad, y las explicaciones de Tomás para resolverla, aludiendo a la función de la *recta ratio*, son poco convincentes. En todas las cuestiones humanas fundamentales aparecen este tipo de circularidades: no en vano advertía Kant en las primeras líneas del prólogo de la primera edición de su *Crítica de la razón pura* que parece que pertenece a la esencia de la razón humana plantearse problemas que la misma razón no puede resolver. Ahora tendremos en cuenta esta última función de la justicia: facultad o potencia humana para determinar o ‘crear’ lo que es justo en cada caso.

La justicia, considerada médula del derecho, era entendida como una virtud personal muy especial, distinta de todas las demás. Tomás de Aquino explica minuciosamente que las virtudes morales tratan sobre movimientos interiores de los hombres (*circa interiores passiones*), de modo que con la templanza *cada* hombre debe hacerse a sí mismo más temperante. Como los hombres somos muy distintos los unos de los otros, estas medidas interiores dependen de cada cual: es imposible dar reglas generales, porque lo que es demasiado para Cayo, es poco para Creso. Pero éste no es el caso de la justicia. Ciertamente, la justicia es ante todo una virtud personal, pues cada hombre debe procurar ser él justo personalmente. Pero el juez ha de procurar ser justo en los asuntos ajenos, y lo mismo sucede con el legislador. Esta ‘virtud’ supraindividual, esto es, que desborda los límites de lo que cada persona ha de hacer consigo misma, es posible porque los seres

144 *Vid.*, entre otros lugares, *Suma teológica*, II-II, q. 60, art. 1.

145 “*Videtur autem hic esse quoddam dubium. Nam si veritas intellectus practici determinatur in comparatione ad appetitum rectum, appetitus autem rectitudo determinatur per hoc quod consonat rationi verae... et sequitur quaedam circulatio in dictis determinationibus*”. *Cfr. In decem libros Ethicorum...*, cit., 1131.

humanos estamos coordinados unos con otros en el campo del derecho gracias a la exterioridad de lo que es justo. Efectivamente, Aristóteles había dejado escrito en el libro V de su *Moral* a *Nicómaco* que la justicia trata de ‘datos’ exteriores a los sujetos, cosa que no sucede con ninguna otra virtud. Tomás de Aquino hace de este hecho el quicio de su explicación de la justicia: ésta no tratará *circa interiores passiones*, de lo que cada cual debe hacer consigo mismo, tomándose como punto de referencia a sí mismo, sino de lo debido externamente a los otros, al margen de lo que cada uno piense o quiera.

Tomás considera que no existe un ‘justo medio’ general, esto es, un procedimiento para llegar a él que sea universal, igual en todos los saberes morales. Ciertamente, cada virtud moral tiende naturalmente a llegar a su ‘medio’. Pero como este medio no lo encontramos o no se da del mismo modo en todas las cosas, esta inclinación natural a que alude no es suficiente, porque siempre opera de la misma forma en todas las actuaciones del hombre; lo que no es correcto porque nos llevaría a resultados equivocados; por este motivo, tal inclinación ha de ser corregida por el espíritu de la prudencia.¹⁴⁶ Es decir, el hombre no puede conocer ‘naturalmente’ y sin más lo que está bien, y por esta causa ha de hacer intervenir a su razón, que mide y calcula. El intelecto proporciona los criterios básicos, y corrige y alimenta continuamente el razonamiento; la razón propiamente dicha calcula las consecuencias de cada acto atendiendo al bien de todos o de la comunidad. En un plano más personal, el propio de todas las virtudes morales, el criterio prácticamente último, es conseguir la alegría, evitando la tristeza.¹⁴⁷

Es decir, los actos externos que realizamos para hacer realidad una virtud, están como a medio camino entre las cosas externas, que son su ‘materia’, y las pasiones interiores del hombre, que son sus ‘principios.’¹⁴⁸ En el terreno de la moral, hay que rectificar las pasiones para llevar una

146 “*Ad tertium dicendum quod virtus moralis per modum naturae intendit pervenire ad medium. Sed quia medium non eodem modo invenitur in omnibus, ideo inclinatio naturae, quae semper eodem modo operatur, ad hoc non sufficit, sed requiritur ratio prudentiae*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 47, art. 7.

147 “*Sed omnis virtus moralis ordinatur ad delectationem et tristitiam sicut ad quosdam fines consequentes: quia, ut Philosophus dicit, in VII Ethic., delectatio et tristitia est finis principalis, ad quem respicientes unumquodque hoc quidem malum, hoc quidem bonum dicimus*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 9, ad 1.

148 “*Ad secundum dicendum quod operationes exteriores mediae sunt quemadmodum inter res exteriores, quae sunt earum materia, et inter passiones interiores, quae sunt earum principia*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 9, ad 2.

vida alegre, o para que todos lleven esta vida: este es el criterio comunitario más permanente. Las virtudes morales que no son la justicia buscan y procuran hacer realidad esta rectificación de las pasiones, atendiendo al individuo del que son las pasiones.¹⁴⁹ Por tanto, en este tipo de rectificación no se atiende a la relatio que una ‘cosa’ guarda con otra ‘cosa’, sino que solamente comparamos las acciones y las cosas con el mismo sujeto que quiere ser virtuoso: *sed solum comparationem ad ipsum virtuosum*.¹⁵⁰ Llegamos así a una conclusión bastante personal, de forma que puede decirse que este *medium* que buscamos es sólo “un medio según la razón en lo que se refiere a nosotros”.¹⁵¹ Por decirlo con terminología escolástica, es un *medium rationis*, no un medio ‘real’.

Pero con la justicia es distinto: parece obvio que los demás no pueden quedar a expensas de lo que a uno le proporcione alegría, de lo que él calcule internamente para sí mismo con este fin, de acuerdo con sus necesidades. Con razón se ha objetado a Kant que la elevación de la máxima (*Triebfeder*) a ley (*Gesetz*) supone una extensión indebida de las propias preferencias o necesidades a todos los demás seres racionales, que muy bien pueden tener ‘necesidades’ (en el sentido moral de la palabra) distintas a las de la persona concreta que calcula.

Tomás de Aquino, al buscar un elemento objetivo de coordinación que haga posible la justicia, explicó que la justicia consiste en una ‘operación exterior’ a través de la cual guardamos la proporción debida con otra persona. Y así, el punto medio que busca la justicia no se fundamenta en las necesidades del sujeto que actúa, sino en una cierta proporción de igualdad de la cosa exterior con la otra persona con la que se relaciona el agente.¹⁵² Se trata de buscar una proporción aproximada entre lo más y lo menos, o lo mayor y lo menor, tal como indica Aristóteles en el libro X de su *Metafísica*. Es decir, la justicia consiste en un *medium rei*, en una proporción ‘de las mismas cosas’, o que nos es proporcionada por la misma relación social que anda en juego, con independencia de lo que apre-

149 “*Respondeo dicendum quod aliae virtutes morales consistunt principaliter circa passiones, quarum rectificatio non attenditur nisi secundum comparationem ad ipsum hominem cuius sunt passionis*”. Cfr. *Suma teológica, cit.*, II-II, q. 58, art. 10, ad 2.

150 “*Et ideo medium talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparationem ad ipsum virtuosum*”. Cfr. *Suma teológica, cit.*, II-II, q. 58, art. 10, ad 2.

151 “*Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos*”. Cfr. *loc. cit.*

152 “*Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est usus, debitam proportionem habet ad aliam personam. Et ideo medium iustitiae consistit in quadam proportione aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem*”. Cfr. *loc. cit.*

cie o quiera el sujeto afectado. Porque un nervio básico de esta visión del derecho es aquel que entiende que un hombre es relevante jurídicamente para otro hombre por referencia a las cosas, esto es, que se ha de calcular lo que uno debe a otro según ‘la cosa’ que los vincula en derecho.

Aquino hizo un serio esfuerzo por no introducir categorías filosóficas en la explicación del razonamiento jurídico. El peligro de la filosofía aplicada al derecho consistiría en mantener que puesto que toda relación sólo puede ser una relación entre dos o más personas, ambos términos de la relación son ‘personas’, esto es, seres humanos, y no una ‘cosa’ con la que una persona se mida o compare. Esto es peligroso porque no se adecua a la realidad, al menos no en la mayor parte de los casos. Si excluimos el derecho penal (del que estos juristas no se ocuparon), la relación es ‘comparativa’, pero no entre personas, sino entre persona y cosa, como ha mostrado Alejandro Guzmán.¹⁵³ En efecto, este profesor expone que la dogmática jurídica del siglo pasado fue construida sobre la noción de ‘relación jurídica’, entendida ésta como una *relatio* entre dos personas: “La relación jurídica se da sólo entre personas; por ende el derecho real no puede consistir en una relación con una cosa sino con otras personas”.¹⁵⁴ El supuesto sobre el que reposa esta noción de relación jurídica es suponer que no puede haber relaciones jurídicas entre personas y cosas: las cosas no pueden ser titulares de derechos ni obligaciones.

A pesar de la capacidad retórica de esta argumentación tan simple, Guzmán explica que:

si nosotros definimos una relación jurídica como la relación que es materia de una regulación del derecho, ese supuesto resulta totalmente falso. En efecto, según lo dicho, una relación jurídica es, antes que jurídica, una relación. Ahora bien, entre personas y cosas puede haber muchas relaciones... Si decimos que tal hombre ‘es’ más alto que tal estante, ahí establecemos una relación entre una persona y una cosa. Y si decimos que tal estante ‘es’ más bajo que este otro estante, la relación queda establecida entre cosas. Se trata de ver ahora si las relaciones jurídicas son posibles entre personas y cosas o entre cosas. Lo cual tampoco ofrece alguna dificultad, porque cuando afirmamos que tal persona es usufructuaria respecto de tal cosa, establecemos una relación entre esa persona y esa cosa.¹⁵⁵

153 Vid. “La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica (Examen crítico)”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1995), pp. 139-167.

154 *Idem*, p. 163.

155 *Idem*, p. 164.

Naturalmente, si entendemos —al modo kantiano— que la relación jurídica únicamente existe entre dos arbitrios, no podemos entender esta realidad. Pero si prescindimos de este prejuicio, podemos decir que “el que afirma ser dueño de una cosa, afirma serlo en relación con una cosa, pero no en relación con una persona determinada... entonces es suficiente exigirle probar que es dueño de esa cosa para obtener la condena de cualquiera que perturbe su posesión de la misma”.¹⁵⁶ Ésta era también la opinión de John Austin, para quien la palabra ‘*duty*’ designaba ante todo una ‘realidad’ que no una ‘*obligatio*’.¹⁵⁷

Aquí reside el sentido de la distinción entre ‘*ius in rem*’ y ‘*ius in personam*’. En los primeros, la relación queda establecida ante todo entre una persona y una cosa; las restantes personas que pueden entrar a formar parte, posteriormente, de una relación jurídica en la que se debata esa cosa, están *prima facie* indeterminadas. Por esto, en ninguna escritura de propiedad se especifica que las demás personas deben abstenerse de perturbar la posesión del inmueble escriturado: tal escritura sólo establece una relación jurídica entre el titular y la cosa objeto de la propiedad.

En este contexto hay que entender la noción del ‘*medium rei*’: las personas se comparan o miden habitualmente por las cosas, no por el arbitrio de otras personas. La modernidad desdibujó de raíz este planteamiento porque solamente admitió relaciones entre los arbitrios o voluntades de las personas. Realmente, ésta parece haber sido una tentación permanente del ser humano, al menos en estos últimos cinco siglos, y el no haber sabido superarla ha llevado a diluir la ciencia del derecho en relaciones ‘personales’, que son refractarias al cálculo jurídico, pues cada persona posee un valor incalculable y el jurista nada tiene que hacer con lo que es inconmensurable.¹⁵⁸ Al reducir las relaciones jurídicas a vínculos entre seres humanos, hemos perdido de vista las nociones de ‘persona jurídica’ u ‘*officium*’, que han quedado disueltas en haces de derechos y obligaciones personales. Esto no es correcto, ya que la persona jurídica se mantiene viva y operante al margen siempre de los derechos y obligacio-

156 *Idem*, p. 166.

157 “The English ‘*duty*’ (looking at his derivation) rather denotes ‘*that*’ to which a man is obliged, than the obligation itself. It is derived, through the French ‘*devoir*’ (past. par.) and the Italian ‘*dovere*’, from the Latin ‘*devere*’. It is, therefore, equivalent to *id quod debitum est*, rather than *obligatio*”. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, p. 452. Las intensidades son de Austin.

158 John Austin, plenamente inmerso en esta mentalidad jurisprudencial, observaba que “A sacred or unalienable right is truly and indeed ‘*invaluable*’: For, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be measured”. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, p. 119.

nes concretos. Cualquiera puede renunciar a una herencia: pero nadie puede renunciar a la condición de heredero,¹⁵⁹ lo que nos indica que la ‘persona’ sigue operativa aun cuando no existan derechos subjetivos.

4. *Persona y ‘persona jurídica’*

En esta explicación de la ciencia jurídica jugó un papel central la noción romana de ‘persona’, tal como aparece en el Digesto, por ejemplo, en el título “*De jure personarum*”. Hoy llamamos persona a cada ser humano concreto, pero la noción de ‘persona jurídica’ que usaban estos juristas era algo distinto. Ellos entendían que la persona consistía en cada una de las manifestaciones fundamentales del hombre: ser marido, hijo, madre, funcionario o ciudadano. Como podemos ver, cada uno de nosotros ‘porta’ varias de estas *personas*, porque muy bien puede suceder que un hombre sea simultáneamente marido, padre, hijo y ciudadano; de ahí el brocardo antiguo “*Unus homo sustinere potest plures personas*”. Cada persona jurídica representaba socialmente el *munus publicum* de cada ser humano, un ‘*munus*’ que se designaba con la palabra *status* para referirse a las ‘personas’ más importantes: estar soltero, casado o viudo, ser religioso o laico, etcétera. Hablaban de personas decididamente porque cada una de estas ‘personas’ (jurídicas) comportaba una *situación*, un *status*, llamado también *officium*, en el que aparecían ya algo analizados los derechos y deberes. Realmente, no se podía hablar de derechos y deberes como realidades separadas, porque lo específico de la persona jurídica era crear un *status* en el que los deberes y derechos surgían y se manifestaban *uno actu*. Por este motivo, quizá la palabra más adecuada para manifestar lo que cada cual puede hacer según cada persona jurídica sea la de ‘competencia’, en la que quedan resumidas las posibilidades vitales, ya aparezcán externamente como derechos o deberes.

¿Estaban cosificando o ‘reificando’ la conducta humana y, con ella, al hombre mismo? No parece que sucediera tal cosa, porque ellos entendían que el hombre no posee una razón con fundamentos autónomos al margen del resto de la realidad: la razón humana merece el nombre de tal porque “es medida por las cosas”. Cuando la razón *admite* la realidad, en esa medida llega a ser verdadera más allá del simple juego lógico. Desde

159 Austin indicaba, frente a Heineccius, que “*Those rights or duties... ‘are’ the conditions or ‘status’ with which the person is clothed... But, according to the definition which I am now considering, the rights or duties... are not themselves the ‘status’: but the ‘status’ is a quality which lies or inheres in the given person*”. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, p. 697.

ciertas facetas fundamentales, la realidad es siempre racional, según Tomás de Aquino y, en consecuencia, ese *medium rei* que nos proporciona la realidad, es, al mismo tiempo, un *medium rationis*, una realidad racional.¹⁶⁰ Con una terminología más cercana a la actual, Domingo de Soto apostilla estas explicaciones tomistas escribiendo que lo que es justo en la justicia, se constituye desde la misma naturaleza de la cosa, mientras que en las restantes virtudes depende más bien de la buena voluntad del que actúa.¹⁶¹ Por esta causa, prosigue Soto, mientras que en las virtudes de la fortaleza o de la templanza no se parte desde su objeto exterior, sino desde las necesidades y disposiciones del sujeto, la justicia comienza en el objeto mismo, *ab objecto: quod in rebus ipsis consistit*.¹⁶²

La mentalidad moderna se mostró reacia a entender estas explicaciones: parece que el hombre moderno creía seriamente que él ya aportaba al mundo una personalidad o un talante subjetivamente propio, y negó que puedan existir *realidades* exteriores a él que le conformen en su forma de actuar. Sobre este modo de sentir, reitero que los únicos que hicieron un esfuerzo serio y coherente por descubrir una racionalidad que sería como específicamente humana, al margen de la *realidad* (el término *realidad* proviene de '*res*') fueron Kant y sus discípulos. Y todo se saldó con unos postulados a priori y con la aplicación posterior de las exigencias del ideal del sistema. Es posible que tan gratuitos y a priori fueran los postulados iniciales como considerar que sólo son necesarias las exigencias del sistema. Lo que estos investigadores no captaron era el hecho consistente en que ellos habían asumido de forma tan intensa la *moral positiva* de su momento, que las exigencias básicas de esta moral se les presentaban como los requisitos *sine qua non* de cualquier consideración 'racional'.

Si volvemos al problema anterior, que es el de la efectividad del criterio del "*medium rei*", vemos que este tema es, sin embargo, uno de los más complejos de toda la teoría jurídica.¹⁶³ Porque no en vano las defini-

160 "Ad primum dicendum quod hoc medium rei est etiam medium rationis. Et ideo in iustitia salvatur ratio virtutis moralis". Cfr. loc. cit.

161 "Atque ex hac rursus exoritur tertia differentia: nempe quod merito Doctores virtuti iustitiae per se objectum adscribunt, quod jus appellant et justum: non autem reliquarum ulli: eo videlicet quod in virtuti iustitiae justum ipsum ex natura rei constituitur: in reliquis vero non nisi ex recta intentione agentis". Cfr. *De iustitia...*, cit., L. III, q. 1, p. 192.

162 "Quapropter divus Thom. (quod meditare considerandum est) tractatum aliarum virtutum, nimirum fortitudinis aut temperantiae, non ab earum objectis exorditur, sed a virtutibus quae faciunt rectitudinem in opere: tractatum vero iustitiae ab objecto: quod in rebus ipsis consistit". Cfr. *Ibidem*.

163 Tomás de Aquino reconoce sus dificultades e insuficiencias en *In decem libros Ethicorum...*, cit., 379.

ciones de la justicia más conocidas en la historia, han comenzado siempre por un factor estrictamente personal: Ulpiano dejó escrito que la justicia consiste en “la constante y perpetua voluntad...”, y San Anselmo habló de “una rectitud de la voluntad guardada por sí misma”. El problema no consiste, sencillamente, en que exista un elemento objetivo, ‘el derecho’, y otro subjetivo: la efectiva voluntad de dar a cada uno su derecho. La cosa es más complicada. Porque lo que llegamos a conocer mediante la observación de la realidad, por muy *reales* que sean las relaciones que están en juego y sus consecuencias, no suele ser suficiente para conocer, sin más, lo que es debido, lo justo. La función del hombre no es tan pasiva en la concreción de la justicia, porque la realidad no se nos impone con tanta objetividad.

Éste es un tema que ya está bastante estudiado por Fernando Inciarte,¹⁶⁴ y no parece oportuno que vuelva ahora sobre él. Si lo saco a colación es porque Tomás de Aquino, haciéndose voz de lo que pensaba y sentía su época, lo apunta reiteradamente: ahí están el artículo 13 de la cuestión 47 de la II-II, y el artículo 2, cuestión 51 de la misma parte de la *Suma Teológica*. En estos textos, lejos de exponer que el apetito es recto en la medida en que tiende a dar a cada cual lo que ya le corresponde, manifiesta más bien que es la virtud personal (la “constante y perpetua voluntad” de Ulpiano o la “rectitud de la voluntad considerada por sí misma” de Anselmo), la que vuelve recta a la apetición. Una declaración en la que apunta esta exigencia resumidamente puede ser aquella en la que indica que “*ad prudentiam pertinet non solum consideratio rationis, sed etiam applicatio ad opus.*”¹⁶⁵ Desde luego, una vivencia muy personal de cada uno nos muestra que lo que hemos de dar no viene siempre y ya sin más fijado o determinado: una persona con fuerte sentido de la economía fijará una medida, y en principio será justa, y otro hombre de talante liberal fijará otra medida, que podrá ser calificada igualmente de justa. Las exigencias prácticas parecen tropezar con un muro de imposibilidades teóricas.

5. La doctrina de la ‘causa’

La teoría de la argumentación jurídica bajomedieval era ágil. El ‘deber’ constituía siempre para ellos un imperativo absoluto, pero los cauces para llegar al conocimiento de lo que *debemos* hacer no eran tan rígidos o

164 Vid. “Sobre la verdad práctica”, *El reto del positivismo lógico*, Madrid, 1974, pp. 159-216.

165 *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 3.

absolutos. Sin embargo, algunos teólogos españoles del siglo XVI, y algunos teóricos del derecho que escribieron en el siglo siguiente, impusieron una mentalidad según la cual lo bueno es bueno ‘por sí mismo’, y lo malo es igualmente así. Para hacer realidad académica esta consideración de la ética, los escolares de los siglos XV y XVI solían usar la frase “*per se et natura sua, seclusis aliis circumstantiis*” para referirse a este aislamiento conceptual de las conductas ‘buenas’ o ‘malas’. No se desviaban enteramente del espíritu jurisprudencial porque los juristas y sus teóricos como Tomás de Aquino también entendían que *en principio* hay cosas que son buenas y otras que son malas. Incluso sucede que existen algunas normas que sean inmutables, como la que prohíbe condenar al inocente.

Sobre este punto se pueden hacer algunas precisiones. Una sería reparar en que tanto los juristas como los teólogos reconocían que existen unos “primeros principios de la razón práctica” que nos muestran las conductas morales más elementales.¹⁶⁶ Los teólogos solían proponer como ejemplos el precepto de amar a Dios, o la prohibición de adulterar. Los juristas, además de estas reglas y otras similares, solían referirse también a los *tria praecepta juris* de Ulpiano. Es decir, la vida moral del hombre *comienza* o es posible gracias a unas normas extremadamente elementales que cualquiera conoce en su entendimiento o conciencia. Como estos principios los conocen todos los hombres, los medievales los llamaron comunes; y como se imponen en su evidencia, y tan inútil es tratar de demostrarlos como de refutarlos, añadieron que eran indemostrables. Así se formó la impresionante frase latina con la que se mencionaba estos principios: “*Prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis*”.

Otro dato a tener en cuenta para comprender la teoría ético-jurídica de aquella época viene de la mano de la observación de la realidad humana. En efecto, Tomás de Aquino había explicado que lo que es justo *naturalmente* (es decir, según el derecho natural, o según la justicia más elemental) es aquello que ‘por su naturaleza’ es adecuado o conmensurado a otro. Una conducta puede ser adecuada a un hombre de dos modos: uno, según una ‘consideración absoluta’ de esa conducta, y otro calculando las consecuencias de la conducta que estudiamos.¹⁶⁷ La ‘causa’ en el primer

166 *Vid.*, por ejemplo, mi estudio “La génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XIV al XVII”, *Anuario de Filosofía del Derecho XVIII* (1975), pp. 285 y ss.

167 “*Jus sive justum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri. Hoc autem potest contingere dupliciter. Uno modo, secundum absolutam sui considerationem: sicut*

tipo de actos que naturalmente son buenos o malos, son los actos mismos en relación con la dignidad de las personas:¹⁶⁸ pues es degradante para el ser humano mentir o prostituirse, al margen de las consecuencias que esto pueda traer para el que lo hace. Otra cuestión distinta, sobre la que discutieron mucho los medievales era la de si mentir o prostituirse (por seguir con estos ejemplos) era algo malo ‘en sí mismo’, o si esta maldad dependía sólo de la voluntad contingente de Dios, que nos ha creado ‘así’ como nos podría haber constituido de otro modo. Pero ésta es ya una cuestión teológica, en la que nunca entraron, afortunadamente, los juristas. A ellos les bastaba vivenciar que el hombre se degrada mintiendo para saber ya, sin más, que no se *debe* mentir.

En el segundo tipo de actos, la ‘causa’ era distinta. Este es un tema complicado, porque desde que se comenzó a discutir el consecuencialismo en la ética, han aparecido tantas controversias, seguidas de tantas opiniones, que el investigador tiene la sensación, cuando lo aborda, de estar metiéndose en un avispero. De todos modos, algo sí se puede entender: la mayor parte de las ‘cosas’ que componen nuestra vida, esos actos que *debemos* cumplir casi diariamente, no poseen ese carácter constituyente del hombre que sí tienen los actos descritos en los ejemplos anteriores. Más bien son cosas indiferentes, que han llegado a ser buenas o malas por las consecuencias que ahora, aquí, producen. A ellas se refiere Tomás de Aquino cuando explicaba que existen conductas que son justas naturalmente, no considerándolas absolutamente en sí mismas, sino por los efectos que acarrear para nosotros. Este sería el caso de la propiedad, según el de Aquino: si consideramos un campo ‘absolutamente’ no hay motivo para que pertenezca a este hombre y no a aquel otro. Pero si consideramos la finca de acuerdo con la oportunidad de su aprovechamiento y de su uso pacífico, entonces puede suceder que deba pertenecer a éste (que sea *mejor* que pertenezca a éste), y no a aquel otro.¹⁶⁹ Cuando hacemos

masculus ex sui ratione habet commensurationem ad feminam ut ea generet, et parens ad filium ut eum nutriet. Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 57, art. 1, *Respondeo*.

168 M. Beuchot explica que “Santo Tomás se ocupa del título jurídico, aunque llamándolo ‘dignidad’ o ‘causa’, y es aquella propiedad de la persona por la cual algo le es debido” (ST, II-II, q. 63, art. 1, ad 1)”. Cfr. *Derechos humanos. Juspositivismo y jurnaturalismo*, México, 1995, p. 27.

169 “*Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur: puta proprietates possessionum. Si enim consideratur iste ager absolute non habet unde magis sit huius quam illius: sed si consideratur quantum ad*

intervenir nuestra razón para conocer lo que es menos malo, esta actividad de la razón es en cierto modo natural al hombre, porque el hombre es un ser “naturalmente racional”, y por esta causa se dice que lo que descubrimos en este uso racional de la inteligencia es ‘natural’ o es justo *naturalmente*.¹⁷⁰ La justicia, como podemos observar, depende ahora de la *utilitas* de la solución: la doctrina de la *utilitas* tuvo una enorme importancia doctrinal durante más de un milenio y medio,¹⁷¹ y poco tiene que ver con el ‘principio de utilidad’ del que hablaron en el siglo XVIII. Tomás de Aquino escribe sobre este tema que:

Una cosa puede ser necesaria de dos modos. Uno, cuando es necesario *simpliciter* (*simpliciter*), de forma que es imposible que pueda ser de otro modo; y lo que es necesario así no queda bajo el juicio humano: de lo que inferimos que tal tipo de necesidad no es aquel del que se ocupan las leyes humanas. Sin embargo, algo puede ser necesario para alcanzar un fin: entonces, tal necesidad es lo mismo que la utilidad.¹⁷²

Ante este planteamiento caben dos opciones. Una sería afirmar que sólo constituyen derecho natural aquellas conductas que han de ser como son y no pueden ser de otra forma. Pensando de esta forma circunscribiríamos el derecho natural al conjunto de los “primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”. Así obtendríamos un derecho natural tan inmutable como el hombre mismo. En cambio, si entendemos que todas aquellas instituciones que los hombres hemos descubierto¹⁷³

opportunitatem colendi et ad pacificum usum agri, secundum hoc habet quandam commensurationem ad hoc quod sit unius et non alterius”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, p. 57, art. 3, Resp. Vid. más extensamente Megías, J.J., *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable*, Universidad de Cádiz, 1994, pp. 133 y ss.

170 Tomás escribía: “*Considerare autem aliquid comparando ad id quod ex ipso sequitur, est proprium rationis. Et ideo hoc quidem est naturale homini secundum rationem naturalem, quae hoc dicit. Et ideo dicit Gaius jurisconsultus: ‘Quod naturalis ratio inter homines constituit, id apud omnes gentes custoditur, vocaturque ius gentium...’*” Cfr. *Suma teológica*, *ibidem*.

171 John Neville Figgis expresaba que “*I do not of course mean that all hold the same ethical theory, but that institutions and all alleged rights must be able to show some practical utility if their existence is to be maintained*”. Cfr. *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, Cambridge, 1956, p. 13.

172 “*Praeterea, necessarium dupliciter dicitur. Scilicet id quod est necessarium simpliciter, quod impossibile est aliter se habere; et huiusmodi necessarium non subiacet humano iudicio: unde talis necessitas ad legem humanam non pertinet. Est etiam aliquid necessarium propter finem: et talis necessitas idem est quod utilitas*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 95, art. 3.

173 Aquí se plantea un problema terminológico y filosófico provocado por el uso inadecuado de palabras latinas. El verbo latino ‘*invenire*’ y su sustantivo *inventio* significan ‘encontrar’, ‘hallar’ o

ante las necesidades nuestras, históricas y contingentes, son justas porque generan un deber, o generan este deber porque son las adecuadas para resolver esas necesidades, cabe siempre la posibilidad de mantener que tales instituciones constituyen también derecho natural, porque si ‘es natural’ que los hombres sean egoístas, envidiosos, ambiciosos, etcétera, serán igualmente ‘naturales’ las instituciones que hemos creado para contener esta ambición y vivir más tranquilamente.

Hay que hacer una opción entre estas dos posibilidades, y ambas opciones tienen sus ventajas e inconvenientes. Si dejamos reducido el derecho natural al conjunto de los “primeros principios”, responderemos al estereotipo del derecho natural inmutable, y esto da una cierta apariencia de respetabilidad. Si, por el contrario, mantenemos que todo lo *inventado* ante las necesidades es justo, entonces extendemos el derecho natural a todo lo que tiene una causa suficiente, y buena parte del derecho que conocemos y del que usamos diariamente queda convertido en derecho natural. La ventaja de esta segunda opción es que recalca la *obligatoriedad*,¹⁷⁴ el ‘deber’ de aquellas soluciones que versan sobre lo que simplemente es contingente, histórico. Pero presenta el inconveniente de ampliar demasiado el perímetro del derecho natural.

Hasta ahora ha quedado expuesta una tesis: que para que una conducta pueda ser calificada de justa o injusta, normalmente ha de haber una causa ‘fuera’ de esa conducta misma que la vuelva justa o injusta. Explicaba Tomás de Aquino que Platón nos jugó una mala pasada cuando afirmó que existe una ‘esencia de la bondad’. Es manifiesto, indica Tomás, que en la vida humana no existen cosas así, porque para los hombres todo es más relativo.¹⁷⁵ Si hablamos de relatividad en el marco de la explicación práctica tomista, no es porque cada cual pueda hacer lo que quiera, o valorar según su arbitrio. Porque si en el extremo del relativismo está Protágoras, también en el extremo del dogmatismo que tampoco permite reconocer al hombre, está Platón. Ni todo es relativo, ni todas las reglas y

‘descubrir’. ‘Inventar’ es, pues, ‘descubrir’. Sin embargo, actualmente en la lengua castellana, ‘inventar’ viene a ser sinónima de ‘crear’.

174 En la lengua castellana tenemos el sustantivo que es correlato de ‘obligación’: *obligatoriedad*. Pero no el que es el correlato de ‘deber’. Habría que recurrir a la lengua italiana y sacar a colación el término *doverosità*.

175 “*Circa quod sciendum est, quod Plato per se bonum ponebat id quod est ipsa essentia bonitatis, sicut per se hominem ipsam essentiam hominis. Ipsi autem essentiae bonitatis nihil potest apponi, quod sit bonum alio modo, quam participando essentiam bonitatis...*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum*..., 1972, p. 515.

normas están ya dadas. Tomás partía de una tesis algo más compleja que la platónica: la naturaleza no procede al modo de un oficio artístico, que acaba las cosas hasta su final. La naturaleza únicamente nos proporciona algunos principios generales que actúan a modo de meta o ejemplo, tras los cuales trabajamos para acercarnos a ellos.¹⁷⁶ Es decir, la naturaleza nos proporciona a los hombres unas metas o fines hacia los que nosotros tendemos en la historia, y con esta idea entramos en el problema de la *teleología* aristotélico-tomista, habitualmente no muy bien entendida.

El pensamiento medieval que refleja Tomás es ‘teleológico’ a consecuencia de la falta de normas o reglas claras y definidas. Como el hombre no sabe en todo momento qué es lo que puede o lo que debe hacer, ha de hacer un esfuerzo personal y colectivo por seguir —por el camino que él se señale a sí mismo— unos fines que vienen impuestos por la naturaleza y por las necesidades. Algunos afirman —escribe Tomás— que la bondad y la maldad dependen de un *principium* que opera sobre las cosas que hemos de hacer. “El principio en las acciones es el fin en virtud del cual se hace algo”.¹⁷⁷ La noción de fin tiene una importancia decisiva en esta explicación de la realidad humana, hasta el punto de que Tomás de Aquino explica reiteradamente que el criterio decisivo que poseen los seres humanos para saber cómo actuar es la ordenación al bien comunitario, de modo que este bien es el que crea la naturaleza de ley o de ‘deber’ para un acto.¹⁷⁸

De esta forma entramos directamente en la consideración de la función de la ‘causa’. Podríamos decir que ellos consideraban que una causa era tanto aquella necesidad que provocaba una reacción del hombre, como esta misma reacción cuando era la realmente adecuada para resolver aquella necesidad. El problema comienza con el inacabamiento del hombre: el ser humano no posee una naturaleza acabada, de modo que observándose a sí mismo ya supiera lo que le hace falta en cada momento: “la naturaleza no opera a modo del arte”. La meta genérica a la que ha

176 “*Et inde quod philosophus dicit, quod si ars faceret ea quae sunt naturae, similiter operantur ea quae sunt artis. Sed natura quidem non perficit ea quae sunt artis, sed solum quaedam principia praeparat, et exemplar operandi quodam modo artificibus praebet*”. Cfr. *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, Torino-Roma, Marietti, 1066, 1.

177 “*Et huius rationem assignat consequenter; dicens quod virtus et malitia respiciunt principium operabilium quod malitia corrumpit, virtus autem salvat: principium autem in actionibus est finis, cuius gratia aliquid agitur*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 1431, p. 383.

178 En *Suma teológica*, I-II, q. 90, art. 3, ad 3 escribe que “*Ad tertium dicendum quod, sicut nihil constat firmiter secundum rationem speculativam nisi per resolutionem ad prima principia indemonstrabilia, ita firmiter nihil constat per rationem practicam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est bonum commune. Quod autem hoc modo ratione constat, legis rationem habet*”.

de tender el hombre la designaban con el término latino *utilitas*, que es la actitud que subviene a las *necessitates*, de modo que todo lo que fuera ‘útil’ ante una necesidad humana era justo: “*Consistit enim justitia ex hoc quod aliqui adaequantur vel non adaequantur in rebus utilibus et nocivis*”,¹⁷⁹ y esta ‘*utilitas*’ comprendía lo que era útil tanto en un plano poético como práctico: aquí se sitúa la gran cisura que separa al pensamiento antiguo, centrado en la *utilitas*, de la ‘utilidad’ moderna, tal como la expusieron Thomasius, D’Holbach o Hume. John M. Lightwood, en el marco de esta mentalidad jurídica, explicaba que el verdadero derecho natural de la jurisprudencia romana era el *ius civile* basado en la *utilitas*. “Sería un error decir que los juristas romanos encontraron su causa última en el derecho natural. En la medida en que esto principio de utilidad representa el principio más sólido posible, él encarna el punto de referencia de la visión más amplia posible de las relaciones humanas”.¹⁸⁰ De este modo, los juristas romanos estaban capacitados para llegar a la solución correcta aun cuando aparentemente carecieran de normas o principios precisos.¹⁸¹

Francisco de Vitoria explica que “Debemos notar que por necesidad no debe entenderse únicamente una necesidad grave, sino también cualquier carencia... Santo Tomás entiende por necesidad cualquier utilidad”.¹⁸² El pietismo que se impuso en el siglo XVIII en Europa tanto en las zonas protestantes como católicas, hace que hoy sean casi ininteligibles estas explicaciones, porque para la mentalidad puritana habría como dos ámbitos distintos para el hombre: el propiamente humano, que es indiferente moralmente, y el plano de la moral, que sería a modo de unas normas surgidas desde un arbitrio omnipotente que señala imperativa-

179 Tomás de Aquino, en *In octo libros Politicorum..... cit.*, L. I, lectio I, 37.

180 Este jurista escribía que “*It is obviously wrong to say that the Roman Jurists found such an ultimate cause in the Law of Nature. So far as this represents any solid principle at all* —está refiriendo al principio de *causa utilitatis*—, *it represents the principle of appeal to the most extensive view of actual human relations*”. Cfr. *The Nature of positive Law*, Londres, 1883, p. 60.

181 “*In other words, it predisposed the Jurists to adopt the right course, but it gave them no principle to guide them in that course... It is needless to remark that principles are acted upon long before they are formulated and so brought within the sphere of general consciousness*”. Cfr. *ibidem*.

182 “*Ad hoc est notandum quod per necessitatem, non solum debet intellegi gravis necessitas, sed etiam quaecumque utilitas et indigentia... Per necessitatem intellegit sanctus Thomas quancumque utilitatem*”. Cfr. *De justitia, cit.*, q. LXXVIII, art. 4, 2. Tomás de Aquino trata de este tema en *Suma teológica*, I-II, q. 95, art. 3. Pedro de Bellapertica escribía: “*Servitus est de iure civili, quia si de iure naturali esse non potest tolli per ius civile. Istud non est verum, sed nascuntur servi. Non obstat quod ius naturale non potest tolli, verum est nisi causa probabilis*”. Cfr. *Lectura Institutionum*, reimpresión de A. Forni de la edición de 1536. Comentario núm. 11, p. 120.

mente lo que está ‘bien’ o ‘mal’.¹⁸³ De este modo, en primer lugar los hombres “actuaríamos” (también en el derecho), y sólo en un segundo momento saldrían a la luz las normas morales que juzgarían nuestra actuación. Por el contrario, la teoría de la argumentación práctica propia de la mentalidad romanista no separaba estos dos ámbitos de la conducta humana. Porque lo que hoy llamaríamos su “teoría general de la acción” no tendía tanto a la moralidad cuanto era ella misma ‘moral’. Es decir, en la obras de Acursio o Bartolo, sobre cuyo espíritu y método reflexionaban Tomás de Aquino o Francisco de Vitoria, la actitud que el hombre toma ante una necesidad privada o social es ya buena o mala según sea eficaz o no: ellos decían según fuera ‘útil’. Lo que no concebían era una actuación ‘inútil’, esto es, una acción que no sirviera a algún fin propiamente humano y que, sin embargo pudiera ser calificada positivamente desde la moral. Las conductas humanas, tales como ejercitarse en lo militar, ganar dinero, trabajar en el campo, ocuparse de los amigos, constituían el dato primario. Pero estas actividades concretas eran en cierto modo indiferentes, como ya observó Aristóteles: lo realmente importante era que cada persona se perfeccionara ella misma, y perfeccionara a los demás, en el ejercicio de la milicia, trabajando como comerciante, cultivando el campo o tratando con los amigos. Era indiferente ser militar o ser labrador: lo decisivo era que el labrador o el militar realizara en sí mismo su propia humanidad, esto es, que observara una actitud *práctica* (término que proviene de *praxis*, dependiente del de *bios*) a propósito de unas tareas aparentemente sólo *poiéticas*, como eran las de trabajar el campo o escribir libros. Por esta razón Aristóteles afirmaba que la moralidad se constituye en la elección adecuada de los medios.

Se trataba de llevar una vida alegre y feliz, de modo que alcancemos ya ahora la *beatitudo*.¹⁸⁴ La alegría y la felicidad constituyen ya, necesariamente, los fines de los actos humanos: esto es algo que nos viene dado, y no tiene sentido cuestionarlo.¹⁸⁵ Naturalmente, tras los fines genéricos

183 M. Rodríguez Molinero alude a este talante, típico de la filosofía moral neoluterana, en *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, 1973, pp. 225-246.

184 Tomás escribía: “*Sed omnis virtus moralis ordinatur ad delectationem et tristitiam sicut ad quosdam fines consequentes: quia, ut Philosophus dicit, in VII Ethic. delectatio et tristitia est finis principalis, ad quem respicientes unumquodque hoc quidem malum, hoc quidem bonum dicimus*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 58, art. 9, ad 1.

185 Tomás indicaba que “*principium autem in actionibus est finis, cujus gratia aliquid agitur: quod ita se habet in agibilibus, sicut suppositiones, idest prima principia in demonstrationibus mathematicis. Sicut enim in mathematicis principia non docentur per rationem, sic neque in operabilibus*

de la felicidad o alegría, los seres humanos tendemos a alcanzar muchos *bienes* concretos que suponemos ya como buenos. Aquello que estimamos como bueno, y por ser tal lo consideramos como un *bien*, no es tal cosa porque siempre sea bueno o malo ‘por sí mismo’, como explicaron Escoto o Conrado. Se trata de bienes ‘relativos a...’. Algo es bueno cuando es un instrumento eficaz para resolver una necesidad. No existía una misteriosa cualidad última, explicaba el de Aquino que convierta a las cosas en buenas o malas, y a nuestros actos en virtuosos o viciosos. Lo que sí existen son ‘cosas’ (datos de la naturaleza, o acciones del hombre) que ‘son ya’ buenas, y por esta razón decimos que constituyen ‘bienes’. El que una cosa sea buena o mala es más bien *una cuestión de hecho*: esto nunca lo aceptaron Escoto, Conrado, Mayr, Gabriel Vázquez o Luis de Molina. Porque de hecho, todo aquello que es *útil* o eficaz para conseguir un fin humano, es bueno o virtuoso: de este modo la categoría máxima en la vida moral humana es la del ‘*utile*’, supuesto el *honestum*.¹⁸⁶ Si la moralidad se constituye por la elección adecuada de los medios hacia un fin, como explicaron Aristóteles y Tomás de Aquino, esto sólo se puede mantener cuando se tienen ante la vista bienes, y no normas. Las normas son necesarias, pero sólo cuando con ellas podemos alcanzar los bienes: no tiene sentido moral “la obediencia por la obediencia”, fuera del que le pueden dar las personas que han hecho voto de obediencia. Aunque la obediencia a las normas lo es todo cuando es la misma norma la que constituye el bien a alcanzar, como sucede con la norma que ordena decir la verdad; pero la mayor parte de las conductas humanas no encuentran un referente inmediato en este tipo de normas.

La actuación humana es tal, es decir, humana o moral, precisamente porque toda la conducta del hombre resulta como de una cierta tensión hacia algo que se pretende conseguir. En última instancia, la *beatitudo*; en

finis docetur per rationem. Sed homo per habitum virtutis, sive naturalis, sive per assuetudinem circa principia agibulum quod est finis”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 1431, p. 383.

186 Cuando la filosofía práctica entró por un camino constructivista, que ya no distingue entre lo *honestum* y lo *utile*, diversos juristas, normalmente franceses, llamaron la atención sobre el hecho de que lo útil, para ser tal, debía suponer necesariamente el *honestum*. Vid., por ejemplo, a Hugo de Roy cuando escribe que “*Ex relatis satis evidenter constare potest, quatenus id, quod utile est, justum dici possit, et revera sit: nimirum quatenus honestum, hoc est, quatenus juri divino morali consentaneum, vel saltem illi non contrarium. Si namque huic adversetur, foedum atque inhonestum, ne boni quidem publici causa justum dicendum est... Etenim ut utile justum sit, sincerum sit, honestum, atque ex omni parte innoxium: conveniens constante et perpetuo rectae rationis principiis, et divini juris praeceptis... Quocirca ab Aristippo et Carneade dissentimus...*”. Cfr. *De eo quod justum est*, Hildesii, 1653, lib. I, tít. IV, 1-3.

un plano más cotidiano y más pragmático, muchos bienes concretos. Todo depende del fin y de la efectiva consecución de los fines. El fin es el ‘principio’ del que depende la ‘necesidad’ de las cosas que se han de hacer.¹⁸⁷ Dicho en términos más actuales, el fin es la instancia que proporciona al acto la calidad de ‘debido’, su cualidad específicamente *moral*, que se rige por el *principium* del deber, la *doverosità* italiana. Si el investigador de humanidades (un dato ‘real’), necesita para su trabajo tal cosa (otro dato ‘real’ surgido desde las necesidades), se puede decir que posee el derecho a *exigirla* moralmente, o jurídicamente. En cualquier caso, esta exigencia moral es la base fundante del razonamiento jurídico. Así, desde un ‘necesitar algo’, surge la regla moral: estar en situación de poder *exigir*.

La bondad o maldad no era vista, por tanto, un ‘algo’ exterior que se añada a las cosas a modo de un predicado. Hace notar Michel Bastit que el socavamiento de este modo de ver la realidad comenzó cuando se consideraron las cosas como un hecho bruto, sin valor, de modo que era preciso un *discurso exterior* que proporcionara, desde fuera, valor a las cosas.¹⁸⁸ Quizá contra esta tesis de Occam vino la reacción de los discípulos de Escoto,¹⁸⁹ que entendieron que las cosas habían de ser buenas por su propia naturaleza. Cuando a una exageración irreal se opone otra exageración, igualmente irreal, el discurso filosófico se desorienta. El acto humano ni es bueno por sí, ni es indiferente en principio. Aquí tampoco puede tener lugar una especie de *via media*, o solución intermedia. Sucede que todos los actos humanos sirven a varios fines, tanto poiéticos como prácticos,¹⁹⁰ y su bondad depende tanto de la calidad de estos fines como de la calidad del acto mismo, siempre un medio ‘para’.

El fin se llama en lengua griega ‘*telos*’, y de aquí proviene el término ‘teleología’. Según una interpretación vulgar de esta filosofía práctica,

187 “*Est autem considerandum quod in operabilibus finis est sicut principium; quia ex fine dependet necessitas operabilium. Et ideo oportet finem supponere*”. Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, cit., 474, p. 133.

188 Vid. *La naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, París, 1990, p. 255.

189 Juan de Gerson, por ejemplo, explicaba: “*Bonitas moralis unde mensuretur. Bonitas moralis consequitur ad ens, et haec non habet oppositam malitiam: bonitas vero et malitia de genere, sumuntur ex objecto*”. Cfr. *Regulae Morales*, ed. de Amberes 1706, vol. IV, XXIV, p. 82.

190 Si un universitario acepta realizar la traducción de un libro inglés al castellano, se puede decir que esto lo hace para ganar dinero, lo que es la actividad poética por excelencia. Pero, como ganar dinero nunca es un fin en sí, a menos que alguien se haya degenerado profundamente y se haya convertido en un avaro, el fin práctico para el que se quiere el dinero califica en definitiva la calidad de esta acción.

existiría una teleología en el pensamiento de estos autores porque ellos entendían que todas las cosas estaban como encajadas en un orden rígido del ser, de forma que el jurista o teólogo ya sabía qué función cumplía cada ‘cosa’. El investigador no solamente no observa esto, sino que aprecia más bien una relativización de esta forma simplista de pensar, porque Tomás ya nos ha indicado que la naturaleza sólo nos indica unos ‘primeros principios’ o fines elementales.

De estos fines no resulta sin más que la propiedad privada, por ejemplo, sea una institución buena o mala: será mala si no sirve para la convivencia pacífica y al bien común.¹⁹¹ Muy pocas instituciones humanas corresponden al derecho natural “permanente y estable” de estos autores: este sector del derecho natural sólo proporcionaba unas reglas muy elementales. Aquellos institutos morales y jurídicos que los seres humanos han ‘descubierto’ ante las necesidades que nos creamos nosotros mismos, éstos constituyen en principio derecho ‘positivo’, según el pensamiento bajomedieval. Cuando Christian Wolff, siguiendo los pasos de Leibniz, publicó su tratado de derecho natural en ocho volúmenes, en la primera mitad del siglo XVIII, y tal extensión se debía a que había considerado como derecho natural buena parte del derecho privado romano, mostró haber entendido poca cosa del quehacer jurisprudencial. Y cuando sus discípulos, los que integran la línea ‘moderada’ del iusnaturalismo moderno, Burlamachi, Nettelblatt, Filangeri, etcétera, siguieron este modo de proceder, acabaron de enturbiar la cuestión. Por este camino, casi todo el derecho y la moral existiría *a priori*, necesariamente, porque no era creación prudente humana, sino derecho natural. Fue lógica la reacción de los siglos XIX y XX contra este iusnaturalismo extraño, ajeno a nuestra tradición cultural, que era el único que conocían Bergbohm o Kelsen.

Las verdades prácticas no están normalmente ya dadas: hay que descubrirlas mediante la acción. Inciarte señala que, en esta filosofía práctica, el método es el de “ensayo-error”, pues equivocarse no constituye algo excepcional: el error es constitutivo de la existencia humana.¹⁹² La dirección hacia el conocimiento de la moralidad la lleva la acción misma, no una “forma” (¿lógica?) a la que nuestras acciones debieran responder. Michel Bastit explica, a propósito de la noción del ‘bien común’, que lo que caracteriza a la comunidad es justamente el orden que las partes guar-

191 Vid. el estudio de Megías, J. J., *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable, cit., per totum.*

192 Vid. “Sobre la verdad práctica”, *El reto del positivismo lógico*, ya citado.

dan entre sí en vista a un fin. No se trata de una comunidad de individuos unidos por la posesión de una forma común, como es el caso de las comunidades lógicas. Sucede más bien que el todo integra a las partes comunicándoles un orden hacia este fin común. El todo no existe más allá de las partes: es una realidad, y es una realidad que no existe más que en ellas, pero que existe realmente en ellas.¹⁹³ Algo casi idéntico se podría decir, parafraseando a Bastit, respecto de los *bienes*: estos se integran y son tales sólo por una comunidad de acción. Una comunidad de acción que es simultáneamente individual y social, pues el individuo es al mismo tiempo ‘*persona ut persona*’ y ‘*persona jurídica*’, según la terminología de Bartolo.¹⁹⁴

La integración en la acción que trata de conductas contingentes, históricas, singulares, vuelve al acto humano francamente inestable desde el punto de vista de su calificación moral: “Como sucede que la prudencia trata de las cosas operables, en las que concurren muchos factores, pasa que lo que según eso mismo es bueno y conveniente al fin, sin embargo, cuando concurren otras circunstancias, se vuelve malo y no oportuno para el fin”.¹⁹⁵ El estatuto ético de un acto rara vez es estable.

Este ‘todo último’ al que tiende la vida de cada hombre, que es el “*bene vivere totum*”, según explica Tomás de Aquino, actúa como un imán sobre los actos inmediatos del ser humano, de forma que éstos se pueden dividir en grados según ayuden más o menos a alcanzar este fin último.¹⁹⁶ En definitiva, la ‘entelequia’ propia de estos autores, solamente viene a decir que hay unas cosas más importantes que otras en orden a alcanzar el fin de nuestra vida. Nadie encontrará en estos autores una re-

193 “*Ce qui caractérise la communauté est justement l’ordre que les parties entretiennent vis-à-vis d’une fin. Il ne s’agit pas d’une communauté d’individus regroupés par la possession d’une forme commune, comme c’est le cas dans les communautés logiques... Il s’ensuit que le tout intègre les parties en leur communiquant un ordre vers cette fin commune*”. Cfr. *Naissance...*, cit., p. 61.

194 Este jurista escribía: “*Pro solutione huius contrarii distingue, secundum Guglielmum de Cn. ... Aut consideratur ‘persona ut persona’: et tunc una persona non potest sustinere vice plurium personarum. Aut consideratur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem se competiuntur, aut non. Primo casu potest sustinere vice plurium*”. Cfr. *Corpus Juris Civilis Justiniani, cum Commentariis Accursii*, etc. reimpresión de O. Zeller. Osnabrück, 1965, L. I, tit. VII, lex ‘*Si consul*’, additio de Bartolo a la glosa “a”.

195 “*Sed quia prudentia est circa singularia operabilia, in quibus multa concurrunt, contingit aliquid secundum se consideratum esse bona et conveniens fini, quod tamen ex aliquibus concurrentibus redditur vel malum vel non opportunum ad finem*”. Cfr. *Suma teológica...*, cit., II-II, q. 49, art. 7, Resp.

196 “*Ad secundum dicendum quod ad unum finem ultimum, quod est bene vivere totum, ordinantur diversi actus secundum quaedam gradum... Qui tamen habeant quosdam proximos fines*”. Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q. 51, art. 2.

ferencia constante a un ‘orden del ser’ que nos permitiría conocer el puesto de cada ser y sus funciones en el orden de la creación.

Es posible que el lector quede algo desconcertado ante esta exposición: he prometido describir el ambiente jurisprudencial que llega hasta el siglo XVII, y en su lugar me estoy refiriendo a las explicaciones de Aristóteles y Santo Tomás. No se trata de ninguna sustitución: no es que a propósito de Acursio, Odofredo, Bellapertica o Baldo, esté exponiendo una versión, acomodada a los tiempos, de la filosofía práctica aristotélico-tomista. Sucede, más bien, que Aristóteles, y con él sus seguidores serios, ha sido el gran teórico de lo que imprecisamente llamaría el ‘sentido común’ en el derecho. Estos juristas que imparten sus enseñanzas desde el siglo XI al XVI posiblemente no habían leído nunca las obras de Aristóteles, ni les hacía falta. Ellos, como juristas que eran, y no como retóricos o dialécticos, analizaban la realidad. Su talante personal podría ir desde el propio de la persona humilde hasta el del hombre soberbio: pero, en cualquier caso, se asomaron a la realidad sin pretender deformarla con sus ideas, con modestia. Cuando se procede así se es aristotélico, normalmente sin saberlo. Tomás de Aquino conocía bien el *Corpus Juris Civilis* y las obras de algunos juristas: seguramente, la *Glossa ordinaria* de Acursio la conocía toda persona culta de esta época. En su doble condición de aristotélico y de conocedor de los juristas romanos y bajomedievales, Tomás proporcionó una explicación de la estructura de la argumentación que nos explicita muy realísimamente el modo de trabajar de aquellos juristas. Por este motivo, se puede decir sin rebozos que el de Aquino ha sido el mejor teorizador de la jurisprudencia romanista. Solamente en la segunda mitad del siglo XVI, con las obras de Connanus, Hopper, Bolognetus o Tholosanus, esta jurisprudencia se volvió sobre sí misma y reflexionó por primera vez sobre lo que hacían los juristas, en una reflexión hecha por juristas. Pero aún así encuentro la ventaja de que la explicación tomista es más amplia y profunda que la de estos otros autores.

He aludido a una inestabilidad permanente de los actos humanos, motivada por su carácter de medios con relación a un fin. Rara vez son definitivos nuestros actos, o nuestras instituciones: ellos son buenos sólo en la medida en que persiguen eficazmente un fin, y las circunstancias pueden hacer que lo que ayer fue correcto, hoy aparezca obsoleto. De ahí la insistencia de Tomás en el carácter contingente, variable, histórico, de los elementos que tenemos en cuenta. De ahí que no exista un método infal-

ble y siempre correcto que despeje nuestras dudas: la única solución es poner amor, *solicitud*, en nuestro buscar¹⁹⁷ lo que está bien.

Esta realidad se traduce, en el plano jurídico, en la exigencia inmediata y perentoria de que toda solución posea una causa suficiente. Según el pensamiento de esta jurisprudencia, toda decisión con pretensiones de ser justa o adecuada ha de mostrar su causa, que no es más que su idoneidad para alcanzar el fin que es suyo. En principio, pocas conductas son buenas o malas ‘per se’: la bondad o maldad dependen de la idoneidad ‘para’. En la medida en que esto es una relación, la bondad y maldad son ‘relativas a’. Y todo lo que es relativo puede modificarse a tenor de lo existente, puramente circunstancial. Como vemos, ellos emprenden lo que podríamos llamar una ‘ontología de la circunstancia’, cosa que rechazaron, en los siglos XV y XVI, los teólogos que hablaban de la bondad como una cualidad de los actos ‘*ex sua natura*’, y que por este motivo, a tenor de la propuesta de Escoto de considerar las cosas *formaliter*, excluyeron de la consideración práctica los ‘modos’, ‘respectos’ o ‘razones’. Grocio, con su *objetivismo* ético proyectó hacia la modernidad esta consideración absoluta de la moral y, con ella, de la justicia.

La causa determina contingentemente: lo que ahora es determinado como adecuado, justo, puede ser considerado mañana —de forma igualmente objetiva— como injusto. Porque las relaciones que surgen desde los ‘modos’ o ‘respectos’ son objetivas, aunque su objetividad es relativa a unas circunstancias. Esto es difícil de entender ahora porque asociamos exclusivamente la relatividad propia del ‘ser modal’ a la autonomía ética del individuo aislado e independiente que diseñó la modernidad mediante la figura del ‘estado de naturaleza’. Además, y esto fue igualmente difícil de entender para la mentalidad sistemática moderna, en principio cualquier ordenamiento normativo puede y debe ser derogado cuando concurren motivos suficientes para ello. Esto no es más que una consecuencia del carácter ‘relacional’ o relativo de la bondad: la bondad de un acto depende de una causa. Por esta razón, Pedro de Bellapertica mantenía que incluso el derecho natural *primaevum* puede ser modificado si existe causa.¹⁹⁸ En sentido contrario, todo aquello que no puede justificarse median-

197 En la *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 9, Resp., escribe que “*Hoc autem pertinet ad prudentiam, cujus praecipuus actus est circa agenda praecipere de praeconsiliandis et judicatis... Et inde est quod sollicitudo ad prudentiam pertinet*”.

198 “*Ideo ius naturale primaevum non potest immutari et ius naturale quod appellatur ius gentium. Sed sine causa non potest: ideo dico princeps de iure (non dico de potestate sua cum legibus sit*

te una causa es más bien una corruptela, y esta explicación vale para todo el derecho, explica Bellapertica.¹⁹⁹ Este francés nos reitera una y otra vez que la justicia existe únicamente en función de la causa. Tomás de Aquino, que escribe por los mismos años que Bellapertica, explicaba que la ley natural es mudable, sea por adición, porque se le añade alguna institución nueva, o por sustracción, porque se le quita alguna institución hasta ahora considerada como de derecho natural.²⁰⁰ Notemos que Tomás se refiere a la ley, no al derecho. Lo único que no puede variar son los primeros principios de la razón práctica, añadía Tomás. Bellapertica llevaba esta explicación de la justicia hasta sus consecuencias últimas, y entendía que existe un derecho natural ‘de pasado’ (lo que hasta ahora ha sido considerado de derecho natural) y un derecho natural ‘de futuro’: aquello que será derecho natural, pero que aún no lo es.²⁰¹ Lo único realmente importante es que la solución que se aporte, se remonte o no en el derecho natural, se fundamente en una causa.²⁰²

Es decir, esta jurisprudencia no reificó o cosificó la relación jurídica:²⁰³ ésta era posible en la medida en que tendía a hacer posible lo que demandaba la causa. Por este motivo es tan fuerte la doctrina de la causa y casi inexistente la consideración ‘per se’ de la relación del derecho. El derecho existe normalmente ‘en función de’ y, como es lógico, lo que pri-

solutus) non potest mihi rem auferre sine causa. Sed cum causa probabili potest: et ideo ubicumque”. Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., p. 108. La intensidad del último párrafo es mía.

199 “Si sine causa fuit introducta refiere a la costumbre non valet, sed magis est corruptela. Sic intelligo omnia iura istius materiae”. Cfr. *Petri de Bellaperticae...*, cit., p. 109.

200 Vid. *Suma teológica*, cit., I-II, q. 94, art. 5, en donde escribe que “Respondeo dicendum quod lex naturalis potest intelligi mutari dupliciter. Uno modo, per hoc quod aliquid ei addatur. Et sic nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam utilia, tam per legem divinam, quam per leges humanas. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per modum abstractionis, ut scilicet aliquid desinat esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem”. Al final matiza que “Et sic quantum ad prima principia legis naturae est omnino immutabile”.

201 “Aut queritur nunquid ius naturale in se possit tollere. et tunc aut queritur nunquid possit tollere ius naturale futurum aut ius naturale iam introductum. Si queritur nunquid possit tollere ius naturale futurum. Dic quod sic, per consensum contrahitur naturalis obligatio. Aut queritur nunquid possit tollere ius naturale iam introductum et tunc refert: aut queritur nunquid hoc potest ex causa probabili: et dico quod sic”. Cfr. *Petri de Bellapertica...*, cit., p. 110.

202 “Aut queritur nunquid hoc potest sine causa. dico quod non: et sic intelligo”. Cfr. *ibidem*.

203 Por el contrario, Martin Grabmann nos indica que Schell, en *Apologie des Christentums*, Paderborn, 1901, vol. I, p. XIII, afirmaba que “Die scholastische Denkweise hat keinen Sinn für das Werden, sondern nur für das Sein; nur für das Besitz, nicht für den Erwerb, nur für die inhaltliche Fülle, die ruhende Beschaffenheit, nicht für die Tat, nicht für die Art ihrer Verwirklichung”. Cfr. *Die Geschichte der scholastischen Methode*, Freiburg im Bresgau, 1909, I. Band, p. 26.

mero salta a la vista en las obras de estos juristas, es su vinculación con la realidad concreta que están estudiando, de modo que la lógica interna de sus razonamientos es la lógica de las ‘cosas’ que examinan. Hubieran quedado muy sorprendidos si alguien les hubiera hablado de una lógica específicamente jurídica.

6. Normas y problemas

Es necesario sacar a colación el tema del *medium rei* propio de la justicia para mostrar cómo en el pensamiento jurisprudencial medieval, que representa también a la *jurisprudencia* romana, el ‘objeto’ o la cosa sujeta a discusión tiende a llevar la voz cantante. Este ‘hablar las cosas’ se muestra fundamentalmente en que las normas aplicables existen en función de cada solución: primero está el problema, y su resolución adecuada discrimina las normas y principios que han de ‘regir’ su solución.²⁰⁴ Así, los principios y normas no se imponen en nombre de su sublimidad o de su alta autoridad: más bien mendigan de la inteligencia del juzgador que se les tenga en cuenta para colaborar en la decisión del problema.

No estamos ante una mentalidad ‘normativista’, aunque sería francamente arriesgado indicar qué se puede entender por tal cosa. La docencia de nuestras facultades de derecho, que consiste fundamentalmente en que el alumno memorice miles de normas, que ha de repetir en cada examen, normas que (se postula) pertenecen a un único ordenamiento normativo, favorece el espejismo de creer que la *jurisprudencia* consiste en aplicar las normas ‘ya existentes’ al caso que se nos somete a consideración. A veces, desde luego, sucede esto. Pero el supuesto en el que un caso queda atrapado inequívocamente por una norma, ni explica todo el derecho, ni es el supuesto fundamental del que hay que partir para explicar lo que hacen y han hecho diariamente los juristas.

Es decir, el ‘ordenamiento jurídico’ estaba compuesto para ellos por todo aquello que diera pie para argumentar racional o equitativamente. Un jurista del *jus commune* echaba mano, en el momento de fundamentar su opinión, del derecho romano, del *Corpus Juris Canonici*, de ‘comunes opiniones’ de los doctores, de un razonamiento propio apoyado sobre argumentos de equidad, de oportunidad o de lógica, y de todo lo que tuviera

204 Tomás explica esto en *Suma teológica*, cit., II-II, q. 49, art. 1: “oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere”.

en esas circunstancias algún prestigio o fuerza convincente. Como mandaban las exigencias de justicia del problema concreto estudiado, el tema de la ‘jerarquía normativa’ no tenía para ellos la importancia que parece tener para el jurista actual. Cuando Acursio explica que el derecho del que usamos hoy en parte es derecho natural, en parte derecho de gentes, y en parte es derecho civil, no está estableciendo *a priori* ninguna jerarquía de fuentes. La jerarquía de las fuentes (expresión inexistente hasta el siglo XIX) venía dada *a posteriori*, desde el final, desde las exigencias de la resolución del problema: para aquella mentalidad práctica carecía de sentido considerar a las normas como ya existentes antes de su aplicación concreta. Una norma ‘existía’ o entraba en vigor cuando era reclamada por el que juzgaba el caso, y aún así, como hemos visto, la norma sólo era considerada como ‘una cierta (*aliqua*) causa de lo justo’. Es lógico que un romanista como Álvaro d’Ors explique hoy que ‘fuente del derecho’ es aquel momento de la argumentación en el que el jurista descubre la pauta para resolver el problema.²⁰⁵ En consecuencia, el derecho natural, el derecho de gentes y lo que entonces llamaban derecho civil *concurrían* ante el juzgador, cada uno con sus pretensiones. En unos momentos prevalecían las exigencias de equidad y libertad propias del derecho natural, y en otros momentos se imponía el pragmatismo *contra natura* expresado por el derecho de gentes y el derecho civil. La única parte *necesaria* del derecho natural era la constituida por esos principios generales de la razón práctica, comunes e indemostrables para todos los hombres, que los juristas solían llamar derecho divino natural.²⁰⁶

Esta mentalidad que se expresaba condensadamente en la expresión *medium rei* no atiende tanto a normas como a bienes concretos que hay que conseguir. Por este motivo, en las obras de Aristóteles o de Tomás de Aquino se habla mucho de virtudes y bienes, y poco de leyes o normas. Tomás de Aquino trata ampliamente las leyes en el *Tratado de las Leyes*, en la I-II de su *Suma Teológica*. Pero apenas se refiere a ellas en la II-II,

205 Escribe este jurista que “Fuente, aplicado a la teoría jurídica, se emplea por metáfora. Quizá, por eso, sería mejor prescindir de la palabra, pero temo que no sea posible, pues sería difícil encontrar otra más cómoda para decir lo mismo. En todo caso, por tratarse de una metáfora, es necesario precisar bien el sentido exacto en que esta palabra se emplea. Pues bien; yo entiendo por fuente aquel momento de la realidad jurídica en el que se nos aparecen los criterios sobre lo justo, o, en otros términos, las ‘formas de producción’ de estos criterios”. *Cfr. Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963, p. 113.

206 *Vid.* Pedro de Bellapertica: “*Si dicas quod sic: contra, jus naturale est immutabile, quod appelleretur jus divinum*”. *Cfr. Petri Bellaperticae...*, *cit.*, p. 106.

cuando trata de la justicia y del derecho. Obviamente, mientras el protagonismo lo encarnen las ‘cosas’, no hay lugar para hablar del derecho ante todo como un conjunto normativo que existe por sí mismo, o que otorga ‘facultades’ a los individuos; ni tampoco, como un conjunto de ‘cualidades morales’ que los hombres poseerían por el hecho de ser tales. Por tanto, para llegar a la explicación específicamente moderna del derecho, era preciso proceder ante todo a desmontar la explicación del derecho y de la ciencia jurídica que entiende a la justicia y a la realidad jurídica como un *medium rei*, para mostrar que el derecho o la moral consisten en unos conjuntos de normas que existen antes que las relaciones humanas concretas. En una época corporativamente cristiana, huelga decir que estas normas, que existen gracias a un acto de una voluntad superior, fueron entendidas como normas de origen divino. Así, la justicia se desplazó desde los hombres y su realidad, a un acto del arbitrio de Dios.