

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO NATURAL DE LA EDAD MODERNA

I. Una visión sucinta de la escuela del derecho natural moderno	183
1. Los puntos de partida de la <i>juris naturalis disciplina</i>	184
A. Una nueva ‘ <i>ratio</i> ’	185
B. Las bases antropológicas	189
C. El contrato, punto de inflexión entre el hombre aislado y el hombre social	193
D. La finalidad del cuerpo social creado mediante pactos .	195
E. La mentalidad pactista	200
F. Una teoría jurídica secularizada	205
G. El problema de la ciencia jurídica: los criterios para ob- tener el derecho.	209
2. El derecho natural de la Ilustración	212
A. El eudemonismo como criterio supremo	213
B. La reducción del derecho a la ley y la concepción impe- rativista de ésta	216
C. La consideración de la ciencia jurídica en el iusnatura- lismo ilustrado	220
D. Del iusnaturalismo al positivismo jurídico: J. J. Rous- seau.	223
3. Un breve epílogo	230
II. Samuel Pufendorf y la teoría de la ‘cualidad moral’	232
1. Para leer a Pufendorf	233
2. Persona y libertad	235
3. El derecho como cualidad moral	237
4. La medición de la justicia y el voluntarismo	239
5. ¿Ley natural o pactos libremente convenidos?	242

III. La modernidad jurídica y los católicos	244
1. La tradición según el derecho natural moderno	246
2. Los juicios de los iusnaturalistas sobre la segunda escolástica española	253
3. Los orígenes de la sabiduría: Hugo Grocio	259
4. Pufendorf o la guerra entre dos culturas	262
5. La reacción de los católicos	267
IV. La teoría de la ‘persona jurídica’	274
1. La teoría iusnaturalista prekantiana	276
2. Los fundamentos de la libertad	280
3. El contenido de la libertad de la persona	284
4. La noción del derecho	287
5. El fundamento de la obligación jurídica	292
6. La persona como independencia y autonomía en la escuela de Kant	298
A. Libertad o necesidad	298
B. La identificación de la moralidad con la libertad	301
C. ¿Qué es libertad?	303
D. Libertad y derecho	309
E. La manifestación primaria y fundamental del derecho	312
F. Una libertad formal, negativa y vacía	318
7. El resultado final: la noción de ‘persona jurídica’	322

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO NATURAL DE LA EDAD MODERNA

I. UNA VISIÓN SUCINTA DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL MODERNO

Sobre la Escuela del derecho natural moderno existen opiniones y esperanzas muy confusas. Afirmo esto porque, por ejemplo, es frecuente, aún hoy, que muchos vean en el *ius naturale* una especie de edad de oro, en la que fue imposible el positivismo jurídico, tan denostado y condenado; ignoran los que así piensan que el positivismo jurídico que históricamente ha existido, con toda su carga de voluntarismo e individualismo, es hijo legítimo de la Escuela del derecho natural. Otros, en cambio, que se adscriben a filas iuspositivistas (suponiendo que sea lícito usar este adjetivo de forma tan genérica) atacaron y atacan al derecho natural por suponerlo incompatible tanto con la pretensión de validez incondicionada propia del derecho positivo como con las ideas dominantes de los tiempos que corren. Desde luego, quien ve así el problema muestra no conocer su propio árbol genealógico, pues la mentalidad dominante a finales del siglo XIX, y aún hoy en amplios sectores positivistas, no puede ser entendida si prescindimos de los mitos que le dieron origen, y tales mitos fueron creados y desarrollados por la Escuela del derecho natural de la Edad Moderna.

Efectivamente, la Escuela del derecho natural que se desarrolla entre los siglos XVI al XIX, asumió históricamente la tarea de establecer y hacer creíbles las tesis según las cuales no existe obligación legítima que no provenga del consentimiento de las partes afectadas, y que los ámbitos en los que los hombres desarrollan su actividad —sociedad, propiedad, familia— para ser legítimos no pueden tener otro origen y otro alcance que el que determina el consentimiento prestado por los individuos. De esta forma, aquella pretensión de legitimidad que atiende exclusivamente al hecho de que se haya prestado el propio consentimiento, quedó establecida por primera vez en la historia.

He procedido, en el resumen que expongo a continuación, a aludir a algunas facetas de las teorías de los principales iusnaturalistas de la Edad Moderna. El hecho de centrar el estudio exclusivamente en los autores consagrados me parece un mal método, pues al proceder así se aíslan los problemas de su contexto doctrinal, y la historia aparece como una sucesión de cimas del pensamiento, surgidas poco menos que por generación espontánea. Sucede que los motivos prácticos también deben ser oídos, y lo cierto es que estamos tan acostumbrados a esta forma de exponer y estudiar la historia del pensamiento jurídico que no me ha parecido prudente modificarla en este esquema que ofrezco ahora.

1. *Los puntos de partida de la juris naturalis disciplina*

A partir del siglo XVI la ciencia del derecho sufre algunos cambios muy fuertes. Es bien conocido el rechazo de este siglo de toda la tradición anterior, que afectó a la totalidad de las manifestaciones culturales de la época, desde el derecho a la teología. Se hizo preciso, entonces, ante el desprestigio del derecho elaborado anteriormente, crear una nueva ciencia del derecho que rompiera con los juristas medievales y con la autoridad del derecho romano.

La reacción que surgió inmediatamente, conocida como *mos gallicus*, cuyos seguidores se dedicaron al estudio filológico, histórico y sistemático del derecho romano, no tuvo capacidad suficiente para crear una nueva *iurisprudentia* que sustituyera a la existente hasta entonces; de hecho, el *mos gallicus* sólo ha representado un episodio, muy importante ciertamente, en la historia del estudio del derecho romano. Ante el rechazo de la validez jurídica de los textos jurídicos romanos, y de la ciencia del derecho que los estudiaba y aplicaba a la realidad social, fue necesario construir tanto una nueva ciencia del derecho, como un nuevo derecho sustantivo, es decir, nuevos puntos fundadores del razonamiento jurídico.

Este nuevo derecho y esta nueva *iurisprudentia* fue conocida con el nombre de *ius naturale*, y su estudio en la universidad constituyó la *juris naturalis disciplina*.⁵¹⁹ Aludamos ahora a las notas fundamentales de esta nueva dirección del pensamiento jurídico europeo.

519 El lector puede encontrar una exposición más completa de esta génesis de la Escuela del derecho natural en Carpintero, F., “Mos italicus”, “mos gallicus” y “el humanismo jurídico racionalista”, en *Ius Commune*, VI (1977), pp. 150 y ss.

A. Una nueva 'ratio'

La primera nota puede recaer sobre la explícita intencionalidad política que se propusieron los autores iusnaturalistas, que penetra todas sus construcciones. Vázquez de Menchaca, Hobbes, Pufendorf, Wolff, fueron diseñadores de formas políticas que en su tiempo se presentaron como utópicas porque eran opuestas a la sociedad propia del Antiguo Régimen; claro está que lo propuesto por alguno de estos autores, como es el caso de Hobbes, parecerá irrealizable a cualquier momento histórico, pero este es otro tema. Lo cierto es que todos ellos, con independencia de su talante liberal o absolutista, abordaron directa y fundamentalmente la empresa de construir ideas políticas que fueran aprovechables como futuros modelos de convivencia; es precisamente esta finalidad el factor que en mayor medida determinó la orientación que tomó su razón cuando se desplegó para construir sus respectivos sistemas político-jurídicos.

De la tradición jurisprudencial anterior tomaron, como punto de partida, la idea del hombre aislado y libre, que vive en 'estado de naturaleza'. Estos hombres se unirán, en sus doctrinas, de forma mecánica, impulsados por sus necesidades, y la naturaleza del cuerpo político y jurídico que formarán dependerá de las ideas jurídico-políticas de cada autor. Lo que interesa destacar ahora, es el empleo, por parte de estos nuevos iusnaturalistas, del método analítico-sintético a la hora de construir su doctrina jurídico-política; efectivamente, primero disgregan la sociedad en sus elementos atómicos, los individuos, y en un segundo momento recomponen la sociedad humana atendiendo a la exigencia básica que ellos atribuyen a la naturaleza de estos individuos.

Esta forma de proceder lleva implícita, y exige, una nueva concepción de la razón humana, al menos si la comparamos con la de la Edad Media; la *ratio* de los iusnaturalistas de la Edad Moderna, a causa del uso continuado del método resolutivo-compositivo, se presentó a lo largo del siglo XVII como más mecánica que la razón jurídica anterior, y con un afán de coherencia entre las distintas consecuencias que derivan de sus primeros postulados, que sólo puede ser explicada por la adopción, consciente o no, de la idea de *sistema*. La razón jurídica de esta escuela aparece, pues, como un mecanismo sistemático que presenta fuertes analogías con un procedimiento aritmético o matemático. En este sentido, escribía Hobbes que: "Cuando un hombre razona no hace sino concebir una suma total por adición de parcelas, o concebir un resto por sustracción de una

suma en relación con otra. Pues la razón no es sino cálculo”.⁵²⁰ Del mismo modo: “Por filosofía se entiende —sigue escribiendo Hobbes— el conocimiento adquirido por razonamiento desde el modo de generación de cualquier cosa a las propiedades, o desde las propiedades a algún modo posible de generación de lo mismo”.⁵²¹

Esta nueva noción de razón implicaba suprimir la distinción entre razón teórica y práctica, porque estaba de más, y molestaba, la noción de *praxis*: esta jurisprudencia *racionalista* de la Edad Moderna únicamente pretende una *poiesis* colectiva del género humano que, a falta de metas internas al hombre, estará dirigida por una confusa idea de ‘utilidad’, a la que aludiré poco después; es decir, ya no existe una ‘verdad sobre el hombre’ que el *intellectus* hubiera de intuir: la sola ‘razón’ ha de dirigir al ser humano tomando como punto de referencia un único elemento: la seguridad, o la comodidad, o la felicidad, o la libertad. De ahí la doctrina omnipresente del ‘*principium unicum, evidens et adaequatum*’ en todos los iusnaturalistas. Borraron las diferencias que la filosofía anterior había establecido entre la *ratio* y el *intellectus*.

Tal *principium unicum* operará unidireccionalmente, es decir, jugando con elementos o factores siempre de la misma naturaleza, y siempre en la misma dirección. Por ejemplo, en Hobbes este elemento único será el afán de seguridad del hombre. El resto de las manifestaciones de la realidad que no son reductibles a estos elementos únicos cuantificables geométrico-aritméticamente, serán llamados *qualitates occultae*, con lo que quedaron *eo ipso* desprestigiados. La nueva ciencia social de la Edad Moderna adoptó, frente a la misteriosa o esotérica ciencia anterior, plagada de ‘cualidades ocultas’, una faz jovial y sonriente gracias a su estructura, que apareció como más transparente, fácil, más adherida a la realidad humana. Quizá fue Thomasius el autor que más insistió en esta última nota de la nueva filosofía del hombre. Podríamos decir que la claridad, la sencillez y la transparencia fueron las notas más buscadas por el *ius naturale* de esta época. En consecuencia, aquello que no es reductible a este esquema, o a estas exigencias, fue declarado acientífico. Por tanto, las exigencias de la conciencia, que nada tienen que ver con el método resolutivo-compositivo que es posible gracias a la adopción del esquema aritmético y geométrico, no fueron tenidas en cuenta. Lo realmente específico del nuevo derecho natural fue ignorar la concien-

520 *Leviatán*, trad. de A. Escototado, Madrid, 1980, pp. 148 y 149.

521 *Idem*, p. 700.

cia:⁵²² ya no existe una razón práctica que, a modo de *nous* o *intellectus*, nos proporcione unas reglas primeras de la actuación humana.

Si centramos nuestra atención no tanto en las facetas externas del nuevo razonamiento jurídico de la Edad Moderna, sino en la estructura o presupuestos internos de esta razón, y nos preguntamos por los instrumentos que la hacían avanzar desde sus primeros postulados a las conclusiones concretas, comprobamos que la regla de oro que todos emplean es una difusa idea utilitarista, que les guía en el momento de recomponer la sociedad o, simplemente, a la hora de demostrar o fundamentar los postulados desde los que construyen. Es preciso tener en cuenta que conforme madura esta escuela, se vuelve más imperiosa la necesidad de demostrar ‘racionalmente’ la necesidad o la conveniencia de lo que propone cada autor. Todavía Vázquez de Menchaca o Grocio, que formarían como la primera generación metódica del iusnaturalismo, proceden externamente de forma similar a la de algunos juristas del siglo XVI, y por este motivo son frecuentes las citas y remisiones al *Corpus Iuris* y a otros juristas, que les sirven para fundamentar por vía de autoridad lo que ellos están proponiendo. Pero el argumento de autoridad, o la argumentación humanista con *esprit de finesse* pierde valor conforme avanza el siglo XVII, o bien conforme aumenta la capacidad filosófica de cada iusnaturalista y ello explica que Pufendorf, al tratar del derecho de propiedad, indique que todo lo que el expone “no se fundamenta en la autoridad del derecho civil, sino que fluye de la misma razón natural”.⁵²³ En consecuencia, para fundamentar una opinión fue preciso mostrar su intrínseca necesidad y, a este fin, el argumento más usado fue recurrir a la utilidad que proporciona la solución propuesta. Con independencia de la condición de jurista o filósofo, en todos estos autores está omnipresente lo que imprecisamente podemos llamar el ‘principio utilitarista’, y éste podría ser otro rasgo que diferenciara la razón jurídica moderna de la ciencia del derecho anterior.⁵²⁴

522 Este proceso (dejar de lado las exigencias de la conciencia) se produjo sin grandes revueltas o dificultades. Simplemente, se hizo así. Por este motivo, Lord Kames indicaba que la supresión de la conciencia “*is a true which has been little attended to by those who have given us systems of natural law*”. Cfr. *Essays on the principles of morality and natural religion*, Londres, 1758, p. 57. Esta obra está dedicada fundamentalmente a dos problemas: el de la libertad humana, implícitamente negada por el método del derecho natural moderno, y el de la existencia de la conciencia y su sustitución en los libros de “derecho natural” por procedimientos argumentativos. La obra apologética de la conciencia más conseguida fue, en mi opinión, la de Ferguson, Adam, *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, trad. J. Rincón Madrid, 1974 (1977).

523 *De Iure Naturae et Gentium libri octo*, ed. de 1688, libro IV, cap. VII, 9.

524 La importancia del principio utilitarista es muy grande. Landsberg indicaba a propósito de

Otra palanca interna de este razonamiento fue la exigencia de coherencia propia del sistema; es decir, de la actitud sistemática que ellos adoptaron. El sistema se refiere, ante todo, a unidad: todo sistema es una unidad. Esta palabra (unidad), en este contexto, presupone ya una unidad de los ‘materiales’ con los que operará el diseñador de formas sociales nuevas: el mundo humano se compone únicamente de datos psicológicos y antropológicos perceptibles por los sentidos, lo que llamaron las ‘pasiones del hombre’. En un segundo momento, el sistema exige una *unidad de fines*, cosa que es especialmente perceptible en la *Crítica de razón pura* de Kant.⁵²⁵ El sistema se fundamenta en el principio de no contradicción: todo lo que se opone a mi ‘postulado’ es imposible ¡*Beati possidentes!* Formulado de otra manera: todo aquello cuyo contrario implica contradicción es posible, o existe; Kant parece inclinarse más por el ‘existe’ último. O, dicho de otro modo: todo aquello que no es contradictorio consigo mismo es ‘necesario’. Con este adjetivo, ‘necesario’ o *notwendig*, quieren dar a entender tanto que algo existe objetivamente como que es norma de validez objetiva (incondicionada) para todos los seres racionales. Estas aplicaciones más estrictas de los postulados del ‘sistema’ están presentes en todos los iusnaturalistas. Pero se reconocen con más facilidad en los de última hora, a finales del siglo XVIII.

Al final de la era iusnaturalista, en el siglo XVIII, el *ius naturale et gentium* pierde esta estructura argumentativa y se puede observar en Christian Wolff, por ejemplo, cómo la Escuela del derecho natural llega a un manierismo que se caracteriza por no demostrar casi nada y abusar del principio de autoridad. Así, las obras de Wolff, que tratan del derecho natural y del derecho de gentes están compuestas a modo de un catecismo, con capítulos o párrafos muy breves en los que se exponen las opiniones como si fueran verdades evidentes, y los únicos puntos de apoyo de lo expuesto están constituidos por numerosas remisiones a otras obras de este mismo autor, o a otros lugares del mismo libro. De la misma forma

Grocio, que la originalidad de este autor reside en el hecho de que separa el derecho natural de consideraciones teológico-morales y lo sitúa en principios utilitaristas puramente seculares. *Cfr. Geschichte der deutsche Rechtswissenschaft*, München-Leipzig, 1898, abteilung 3, halband 1, p. 5. Este juicio es matizable, pues parece claro que este autor no conoce el derecho natural elaborado anteriormente a Grocio; pero lo que indica sobre la estructura argumentativa, de corte utilitarista, de Grocio, se puede extender a los demás autores.

⁵²⁵ *Vid.* mi estudio “Las canas de Kant”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI (1994), pp. 443-466.

que sucedió con el *mos italicus*, la etapa final del iusnaturalismo presenta una notable falta de vigor creativo y un abuso del principio de autoridad. Pero estas observaciones sólo es lícito referirlas plenamente al *ius naturale et gentium* en su momento final.

Por lo demás, seguir caracterizando la *ratio* de estos autores es muy problemático, y la empresa ofrece un ancho margen a la imaginación de cada investigador. Externamente, este nuevo curso de la razón jurídica presenta en sus primeros representantes una apariencia similar a lo que caractericé en estudios anteriores como humanismo jurídico,⁵²⁶ con algunas variantes según cada autor y con la radical excepción de Thomas Hobbes, que procede de forma completamente distinta a la de sus otros compañeros de escuela que como Vázquez, Grocio o Pufendorf, eran más juristas.

Veamos ahora los presupuestos o postulados que hicieron posible el despliegue de la razón en el campo jurídico político durante la Edad Moderna.

B. Las bases antropológicas

Si situamos los orígenes de esta escuela hacia mediados del siglo XVI, poco encontraremos que contenga una visión global o filosófica del hombre. Fernando Vázquez sigue una doctrina confusa, extendida por toda la jurisprudencia de la Baja Edad Media, según la cual los hombres habrían vivido una primera etapa conocida como *status naturae* antes de formar una sociedad política: “Yo entiendo que han existido tres épocas. En la primera, al comienzo del mundo, no existían gobernantes, ni jueces, ni magistrados, ni leyes escritas. En la segunda existieron gobernantes...”⁵²⁷ Este periodo supuestamente histórico es entendido por los autores de esta época como una *aetas aurea*⁵²⁸ que es descrito por algunos autores como un estado idílico⁵²⁹ en el que tampoco existían propieda-

526 Cfr. “*Mos italicus*”, “*mos gallicus*”.

527 *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*. Venetiis, 1559, cap. 70, 5.

528 Cfr. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum...*, *op. cit.*, cap. 31, par. 42. Andrés de Exea, *Liber pactorum unus*, Lyon, 1542, p. 119.

529 Vázquez escribía que “*quo aetate ineuntes homines inter se tam innocenter vita degebant, quam equi inter se... Sic ergo et in specie nostra, quamdiu durabat aetas illa felix aurea, tandiu homines inter se cum essent innocentissimi nullo principatu aut iurisdictione inter se egebant aut utabantur, quia eo opus non erat quo tempore improbi sane non erant aut rarissimi erant is principatus eave iurisdictione necessaria minime erat; sic quae eo tempore bella nulla fuisset, quinimo nec belligerandi occasionem ulla fuisse*”. Cfr. *Controversiarum...*, *op. cit.*, cap. 41, 32. Lo mismo viene a decir Francisco Connanus: “*primi homines, rudi illi et agreste, caeterum expertes cupiditates et aemulationes... Nulla tum furta, nulla caedes*”, Cfr. *Commentariorum Juris Civilis libri X*, Basilea, 1557, lib. 1, cap. 4, 4.

des⁵³⁰ ni matrimonios,⁵³¹ y en el que todos los hombres eran igualmente libres porque no existía la esclavitud.⁵³² Al no existir ningún derecho humano, todos los hombres se regían únicamente por el derecho natural⁵³³ que, como explica Francisco Connanus, es el derecho del hombre solitario.⁵³⁴

Esta edad de oro hubo de tener un final, y cabe preguntarse por qué abandonó el hombre el *status naturae*, en el regía sólo el derecho natural, y creó el derecho positivo humano. Al contestar a esta cuestión, Connanus proporcionó dos soluciones no muy congruentes entre sí; la primera era la tradicional entonces, y consiste en afirmar que los hombres se corrompieron, por lo que a la etapa en que regía el derecho natural siguió una “*peior aetas, quam vocaverunt ferream*”.⁵³⁵ Pero, por otra parte, afirma que la creación de la sociedad fue el resultado de la ampliación de los lazos que unen a los hombres entre sí: “La primera sociedad que hubo fue el mismo matrimonio, la segunda la de los padres con los hijos”. Posterior y progresivamente, mediante las *cognationes, affinitatibus, amicitiiis, vicinitatibus et commercia*, que los concibe a modo de escalones precisos a través de los cuales se ha constituido la sociedad, fue preciso crear el cuerpo político en el que se promulgan leyes y se administra justicia.⁵³⁶

El iusnaturalismo posterior recogió estas ideas, abundantes en la literatura jurídica del siglo XVI. Así, Grocio hablará de un *status naturae* en el que los hombres no estaban aún corrompidos; por los vicios y corrupciones de los hombres desapareció este estado —escribe Grocio— y el símbolo de esta nueva corrupción fue la torre de Babel; con él acabó la ‘*communis omnium possessio*’ y se introdujeron las propiedades debido al aumento del número de hombres y de ciudades.⁵³⁷ Pero Grocio no va mu-

530 Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., pp. 119 y 120. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum...*, op. cit., cap. 6, par. 8. Diego de Covarrubias, *Relectio super cap. Alma Mater, sub titulo de sententia excommunicanda*, Salamanca, 1577, tercera parte, al comienzo, 5.

531 Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., p. 317. Vázquez, *Controversiarum...*, op. cit., cap. 4, par. 2. Connanus, *Commentariorum...*, op. cit., l. I, cap. 6.

532 Cfr. Vázquez, *Controversiarum...*, op. cit., cap. 82 par. 1. Covarrubias, *Relectio super Regulis peccatum*, Salamanca, 1578, 11, núm. 3. Connanus, *Commentariorum...*, op. cit., L. I, cap. 5, 6-8. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., p. 118.

533 Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, op. cit., p. 199. Vázquez, *Commentariorum...*, op. cit., L. I, cap. 4, 4.

534 Cfr. *Commentariorum...*, op. cit., l. I, cap. 5, 1.

535 Cfr. *idem*, 6 y 7.

536 Cfr. *idem*, 1.

537 *De iure belli ac pacis libri tres*, Amstelodami, 1651, l. II, cap. 2, 1-3.

cho más allá de estas declaraciones, y es preciso esperar a las obras de Hobbes y Pufendorf para encontrar una doctrina más precisa.

Pufendorf explica extensamente las bases antropológicas de las que él parte en el capítulo 3 de su *De Iure Naturae et Gentium*.⁵³⁸ Explica aquí que el hombre necesita de reglas para dirigir sus acciones, pues es un animal racional; es costumbre designar al conjunto de estas reglas como *ius naturae*. El punto de partida que se ha de considerar al estudiar el derecho natural es el amor que todo hombre siente por sí mismo, pues somos animales extremadamente deseosos de nuestra propia conservación, pero incapaces de existir sin la ayuda de nuestros semejantes, porque el poder de conservarse a sí mismo que tiene el hombre, individualmente considerado, es mínimo, sobre todo si pretende llevar una vida confortable. A este respecto, hay que tener en cuenta que todos los hombres somos iguales naturalmente⁵³⁹ y esta igualdad, unida a la naturaleza deficiente del hombre, provoca, sobre todo, ansiedad,⁵⁴⁰ cosa que se ve agravada porque antes de constituir una sociedad no existen jueces ni árbitros ni hay, en consecuencia, castigo para los criminales.⁵⁴¹ Esto le lleva a concluir que el hombre aislado lleva una vida miserable.⁵⁴²

Esta *imbecillitas* del hombre determina la vocación humana hacia la sociedad y hacia el bien común de esta sociedad, a pesar de que los hombres somos seres maliciosos, petulantes, irritables, dados a desconocer los derechos ajenos. De esta necesidad de la sociabilidad, Pufendorf extrae una regla fundamental del derecho natural:⁵⁴³ cada hombre, en la medida en que él pueda, debe cultivar y defender la sociabilidad con los demás, lo que es algo perfectamente concorde con la naturaleza y fin de la raza

538 Las dos obras fundamentales de Pufendorf, el *De iure naturae et gentium* y el *De Officio*, ofrecen al lector dos líneas argumentativas distintas: según una, los hombres se limitan a desarrollar la tendencia 'natural' a la sociabilidad mediante un contrato social, según la otra, cada individuo es portador de una *qualitas moralis* de libertad, esto es, de un derecho subjetivo 'natural' a la libertad, entendida ésta *ad analogiam spatii*, a modo de un círculo en torno a cada sujeto.

539 Cfr. *De Iure Naturae...*, op. cit., L. III, cap. 3, que está dedicado a este tema.

540 Cfr. *idem*, L. VII, cap. 1, 7.

541 Sobre la inexistencia de los jueces, cfr. *De Iure Naturae...*, op. cit., l. V, cap. 3. Sobre la falta de castigo para los criminales, cfr. op. cit. l VIII, cap. 3, 2.

542 Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., l. VII, cap. 8, 1.

543 Ésta a que ahora aludo es "una" de las reglas fundamentales del derecho natural según Pufendorf. O también podría decir que es la regla fundamental del derecho natural según una de las posibles lecturas de Pufendorf. Porque este alemán sigue con frecuencia estrechamente a Hobbes y, cuando piensa así, entiende que la regla de oro del *ius naturale* es la que provoca la independencia mutua entre los hombres, cada uno de los cuales posee a su alrededor una libertad *ad analogiam spatii*.

humana.⁵⁴⁴ Consecuentemente, todo lo que favorece la sociabilidad viene ordenado por el derecho natural, y todo lo que la entorpece o destruye está prohibido por este derecho, “y esta forma de fundamentar el derecho natural —escribía este autor— no es sólo la más clara, sino también la que la mayor parte de los doctores reconoce como la más adecuada”.

Más completo y extenso había sido, en cambio, Hobbes. El inglés parte de la tesis de que:

la felicidad de esta vida no consiste en el reposo de una mente satisfecha, porque no hay ese *finis ultimus* ni ese *summum bonum* que resulta mencionado en los libros de la vieja moral... La felicidad es un continuo progreso del deseo desde un objeto a otro, donde la obtención del anterior no es sino camino hacia el siguiente... Por esto, sitúo en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte... La competición por riquezas, honor, mando u otro poder inclina a la lucha, a la enemistad y la guerra; porque el camino de todo competidor para lograr su deseo es matar, someter, suplantarlo o repeler al otro.⁵⁴⁵

A esta capacidad que naturalmente poseemos los hombres para alcanzar la felicidad así entendida, la llama Hobbes confusamente *ius*; es decir, *derecho*,⁵⁴⁶ “y mientras persista este derecho natural de todo hombre a toda cosa no puede haber seguridad para hombre alguno por muy fuerte o sabio que sea”. El estado de naturaleza es, por tanto:

un tiempo de guerra, en el que cada hombre es enemigo de todo hombre... En tal condición no hay lugar para la industria, porque el fruto de la misma es inseguro. Y, por consiguiente, cultivo de la tierra; ni navegación, ni uso de los bienes que pueden ser importados por mar, ni construcción confortable... ni artes, ni letras, ni sociedad; sino lo que es peor que todo, miedo

544 Cfr. *De Iure Naturae*..., *op. cit.*, I, II, cap. 3, 15.

545 *Leviatán*, *cit.*, pp. 199 y 200.

546 Cfr. *Leviatán*, *op. cit.*, cap. XIV, en donde contraponen el “*ius*”, es decir, la libertad de hacer todo aquello que es necesario para la preservación de la propia naturaleza, con la “*lex*”, que es un precepto de la razón que prohíbe al hombre hacer lo que es destructivo para su vida. De esta forma, como escribe Hobbes “el *ius* consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos, con lo que la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad”. Cfr. *Leviatán*, *op. cit.*, pp. 227 y 228. Unas veces concibe Hobbes el *ius* como un derecho a hacer lo necesario para la propia conservación, pero normalmente usa este término para referirse a todo aquello que el hombre puede hacer libremente con sus fuerzas naturales.

continuo y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta.⁵⁴⁷

Ante este estado de cosas, la única salida es someterse a la *lex* fundamental de la naturaleza humana, que es un dictamen de la razón que ordena que “todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espera obtenerla”.⁵⁴⁸

Casi un siglo después de Hobbes, Christian Wolff asumía ideas similares a las de Pufendorf e indicaba que todos los hombres somos, por derecho natural, iguales y que, en consecuencia, nadie posee más derechos que cualquier otro, ni puede ser considerado como superior; de esta tesis extrae la consecuencia de que atendido el derecho natural, ningún hombre está sometido naturalmente a la voluntad de otro.⁵⁴⁹ Débilmente añade que la naturaleza misma instituyó la sociedad y obliga a los hombres a hacer vida social, y que esta obligación debe tenerse por necesaria e inmutable.

C. El contrato, punto de inflexión entre el hombre aislado y el hombre social

El hombre, considerado ‘naturalmente’, es un ser aislado que no vive en sociedad. Como esta afirmación choca frontalmente con lo que la experiencia enseña que el hombre es y se comporta, todos los iusnaturalistas afrontaron la empresa de explicar cómo se ha constituido la sociedad humana. Quizá sea necesario advertir que su propósito común, en este tema, no es el de hacer filosofía antropológica; la intención que les guía es, ante todo, política, y esto explica que centraran sus esfuerzos tendentes a explicar la sociabilidad humana en la explicación, casi exclusiva, de cómo puede constituirse una comunidad política con un poder que deba ser considerado legítimo.

La tesis unánime de estos autores es que la comunidad política se ha constituido mediante un contrato celebrado entre los hombres; los hombres aislados decidieron en un determinado momento supuestamente histórico celebrar un pacto por el que renunciaban a parte de su libertad para

547 *Leviatán, op. cit.*, cap. XIII, al final, p. 224 de la edición citada.

548 *Ibidem*.

549 *Cfr. Grundsätze der Natur- und Völkerrechts*, Hallae, 1754, pars. 70-77. Bachmann dedica especial atención a esta faceta del pensamiento de Wolff en *Die naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs*, Berlin, 1977, pp. 100-197.

entrar en un cuerpo social que les garantizaba mayor seguridad y comodidad. Esta idea del pacto o contrato social está presente en todos los tratadistas del derecho natural de la Edad Moderna, y debe ser considerada como una pieza clave para caracterizar esta nueva forma de la razón jurídica frente a la jurisprudencia anterior. No se trataba, ciertamente, de una idea nueva en la literatura jurídico-política; los autores medievales la formularon frecuentemente⁵⁵⁰ pero, a diferencia de los iusnaturalistas modernos, no hicieron de ella un quicio decisivo de su construcción jurídica.

La idea medieval de un contrato del que ha tomado origen la comunidad política se abre paso en la literatura el *jus commune* a mediados del siglo XVI, en medio de resistencias y polémicas; los juristas y teólogos formados en una mentalidad aristotélica acerca del origen y fundamento del poder político no la aceptaron por razones obvias, y su actitud puede quedar resumida en una frase de Diego de Covarrubias: “*Regia potestas caeterorumque principum civilis auctoritas non hominum est inventa*”.⁵⁵¹ En esta época, en la que ya se había fortalecido enormemente la autoridad real y algunos publicistas y juristas pugnaban por hacer creer que ésta provenía directamente de Dios, la doctrina del contrato social encontró también enemigos entre los que defendían el origen divino de los reyes.⁵⁵² Una ojeada a la literatura jurídico-política del siglo XVI muestra que los adversarios de la doctrina del contrato social no sospechaban que se estaban enfrentando al nacimiento de un mito que moldeará la jurisprudencia europea durante los siglos siguientes.

El inicio de este mito en la Edad Moderna podemos situarlo una vez más en Fernando Vázquez de Menchaca. Vázquez suele aducir, al tocar este tema, el antiguo brocardo que reza: ‘*Principatus politicus ex solo populi consensu*’, con el que quiere aludir tanto al fundamento de la legiti-

550 Uno de los primeros estudios que quiso exponer ordenadamente, en un amplio marco histórico, los orígenes y evolución de la idea del pacto creador de la sociedad y del poder político fue el de F. Atger, *Essay sur l'histoire des doctrines du contrat social*, París, 1906. Otto von Gierke se había ocupado, en su *Deutsche Genossenschaftsrecht*, de historiar esta doctrina a lo largo de la Edad Media, y la parte de esta obra dedicada a las ideas políticas medievales fue traducida por Jean de Page al francés bajo el título de *Les théories politiques du Moyen Age*. Posteriormente, A. J. Carlyle volvió a tocar este tema detenidamente; he manejado la traducción que hizo S. Cotta de la edición inglesa de 1950, titulada *Il pensiero politico medievale*, Bari, 1956. Un estudio más moderno, sobre este tema, es el de Lieberwirth, *Die historische Entwicklung der Theorie von vertraglichen Ursprung des Staates und der Staatsgewalt*, Berlín, 1977.

551 *Practicarum quaestionum liber unus*, Salamanca, 1578, cap. I, p. 6. Martín de Azpilcueta llegaría a decir que “*Regnum et regiam potestatem qui dicunt esse contra iura naturae insanium*”. Cfr. *Relectio super cap. Novitate de iudiciis*, Lyon, 1595, notabile III, t. II, p. 112.

552 Sobre este tema, vid. el estudio de Figgis, J., *El derecho divino de los reyes*, México, 1942.

midad del poder del gobernante como a la formación originaria de la comunidad política.⁵⁵³ Ésta, efectivamente, es una *societas* formada mediante un contrato que da como resultado “una sociedad de buena fe formada con el fin de que cada uno pueda llevar una vida más segura y provista de toda comodidad”.⁵⁵⁴ Vázquez no aludió a los escolásticos españoles coetáneos, que mantenían que el pueblo es el titular del poder. Para Vázquez no es el pueblo, sino cada individuo, y la sociedad creada mediante el contrato inicial asumió un tono decididamente artificial: *Defensio artificialis*, como la llama en ocasiones.

El iusnaturalismo posterior siguió decididamente este camino trazado por Vázquez. Hobbes dedicó el capítulo XIV de su *Leviatán* a explicar cómo la razón aconseja a los hombres renunciar a buena parte de sus derechos, es decir, a las facultades o libertades que naturalmente puede ejercer, para transferírseles a una sola persona; la renuncia a los derechos naturales se realiza mediante un contrato, como extensamente expone. Pufendorf dedicó buena parte del libro VII de su obra principal a este mismo tema; el desamparo del hombre aislado, explicaba este autor, le lleva a constituir un cuerpo político a fin de obtener seguridad ante las transgresiones de sus derechos,⁵⁵⁵ y la constitución de la comunidad política se hace mediante un doble contrato.⁵⁵⁶ Wolff indicó reiteradamente que la sociedad humana nace con un contrato entre los hombres⁵⁵⁷ y el poder del Estado tomó origen en tal contrato.⁵⁵⁸

D. La finalidad del cuerpo social creado mediante pactos

En la primera etapa de la vida de la escuela del derecho natural no se puede observar una finalidad única que determine la naturaleza y conteni-

553 Vid. Carpintero, F., *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Salamanca, 1977, pp. 130 y ss.

554 *Controversiarum...*, op. cit., cap. 13, 2.

555 Cfr. *De Jure Naturae...*, op. cit., l. VII, cap. I, 7.

556 Los párrafos 6 al 9 del capítulo 2 de este libro están dedicados a exponer los distintos momentos por los que atraviesa la voluntad de los contratantes hasta llegar a la meta final, que es la erección del Estado. No expone nada original; reproduce la polémica medieval acerca de si antes del pacto por el que se concede el poder al gobernante (que era designado como “*pactum subiectionis*”) es necesario que la multitud se haya constituido previamente en un cuerpo político mediante un previo “*pactum societatis*”. En los párrafos 9 y 10 censura a Hobbes no haber distinguido estos dos momentos en la formación del ente político.

557 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., párrafos 836. Aquí indica que “*Die Gesellschaft (societas) überhaupt ist ein Vertrag*”.

558 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., par. 976. “*Da aus dem Vertrage, wodurch ein Staat errichtet wird, die Verbindlichkeit entsteht*”. Cfr. op. cit., par. 976.

do de la teoría de cada autor, es decir, de aquellos cuerpos políticos que ellos diseñaron basándose en el contrato social. En este sentido, Fernando Vázquez, siguiendo ideas que son frecuentes en la literatura jurídico-política bajomedieval, asigna diversas finalidades al organismo que han creado los hombres, que se resuelven en definitiva en la *tuitio, defensio, custodia et providentia* de los ciudadanos.⁵⁵⁹ Sin embargo, el propósito último de toda su obra lo expone claramente al comienzo mismo de su libro más conocido, las *Controversias ilustres*: defender los *iura naturalia* que —según él— en todas partes se ven desconocidos. De esta forma, el iusnaturalismo nace con un propósito jurídico-político concreto: hacer posible frente al sistema jurídico y político dominante hasta entonces una nueva visión de la finalidad de la comunidad política que se concreta fundamentalmente en la afirmación de la igual libertad de todos los hombres⁵⁶⁰ en el marco de una visión fundamentalmente individualista,⁵⁶¹ hecha posible confusamente mediante el entendimiento de la naturaleza humana como una ‘cualidad moral de libertad *ad analogiam spatii*’.

Grocio, en cambio, se limitó con destacar el origen contractual del poder político, y no vinculó su doctrina jurídica a ninguna forma especial de gobierno: “*Populus eligere potest qualem vult gubernationis formam*”.⁵⁶² La falta de unos presupuestos antropológicos precisos se hizo notar en la obra del holandés y, en un plano más concreto, es bien conocido que Grocio fue un decidido defensor del poder absoluto del monarca que surge en la práctica política de la Edad Moderna.

La bandera del absolutismo estuvo, sin embargo, en las manos de Hobbes. A lo largo del capítulo XIV del *Leviatán* expone los fundamentos de su doctrina jurídico-política: la *lex* es una categoría de sometimiento que impone la razón, que acaba definitivamente con la libertad natural, o *ius*, del hombre. La misión del cuerpo político creado por consejo de la ley natural es conseguir seguridad en la vida a cambio de la cesión de todos los derechos de los ciudadanos —que ahora deben ser llamados

559 *Controversiarum...*, *op. cit.*, cap. 43, 10.

560 Vázquez repite muy frecuentemente que, atendido el derecho natural, todos somos iguales. Pueden verse numerosas aplicaciones concretas de este principio en el capítulo II de Carpintero, F., *Del derecho natural...*, *op. cit.*

561 *Vid.* especialmente el cap. 13 de las *Controversiarum...*, *op. cit.*

562 *De iure belli...*, *op. cit.*, 1. I, cap. 3, par. 8. Esta idea de Grocio lleva a diversos autores a pensar que la teoría del holandés justifica cualquier forma de gobierno, incluso la tiránica. *Cfr.* a este respecto a Stahl, F. J., *Historia de la filosofía del derecho*. Madrid, 1894, p. 219, trad. de E. Gil y Robles; y Vecchio, G. del, *Los derechos del hombre y el contrato social*, Madrid, 1914, p. 157.

‘súbditos’— al soberano. En un primer momento explica que los únicos derechos a los que no renuncian los ciudadanos al concluir el contrato son el derecho a la vida, a la integridad física y el de no soportar prisión injustamente; todos los demás quedan en manos del príncipe. Pero en el conjunto de su doctrina Hobbes legitima cualquier forma de dominio político despótico, sin limitación alguna en absoluto a pesar de las salvedades hechas en el capítulo XIV del *Leviatán*, al que acabo de referirme. Efectivamente, Hobbes mantiene que el poder político, y todas y cada una de las actuaciones concretas de este poder, se fundamentan siempre en la voluntad de los súbditos, porque éstos voluntariamente han creado al soberano que ahora les gobierna; en consecuencia, la responsabilidad por las actuaciones del gobernante sólo puede recaer sobre los sometidos a él, es decir, sobre los ciudadanos y, por tanto, éstos son los responsables de todas las medidas que tome sobre ellos el poder público. Esta explicación le sirve a Hobbes para mantener que todas las decisiones que tomen los súbditos mediante el soberano son siempre justas, pues serán medidas que, en definitiva, tomarán los ciudadanos sobre sí mismos, y es evidente que nadie se causa injusticia a sí mismo; en consecuencia, aun cuando el soberano dictara una sentencia de muerte arbitraria contra un súbdito, ésta no puede ser injusta.⁵⁶³ De forma consecuente con esta explicación de la realidad jurídica, explica el inglés que la libertad de los súbditos consiste únicamente en poder hacer libremente aquellas cosas sobre las que no ha dispuesto ya el soberano.⁵⁶⁴

Por este camino el súbdito no posee ninguna garantía frente a la arbitrariedad del gobernante, porque carece de base jurídica sobre la que fundamentar sus exigencias, ya que el *ius naturale* es un simple poder fáctico que, como hemos visto, no otorga derecho a realizar nada una vez que ha sido creado el poder civil, pues precisamente a lo que todos renunciaban al crear el poder es al libre ejercicio de su libertad, en lo que consistía el derecho natural; en este sentido, y para acallar anticipadamente cualquier reclamación que pretenda fundamentarse en el derecho natural contra la

563 “Sin embargo, no podemos entender que por esa libertad (de los súbditos) el poder soberano queda abolido ni limitado. Pues se ha mostrado ya que nada puede hacer el representante soberano a un súbdito, en ningún caso, que pueda llamarse adecuadamente injusticia o injuria, porque todo súbdito es autor de todo acto hecho por el soberano... Y, por tanto, puede suceder que un súbdito sea ejecutado por orden del poder soberano y, sin embargo, que no haya hecho mal a otro... En tal caso, y en otros similares, quien así murió tenía libertad para hacer la acción, por lo cual fue ejecutado sin injuria”. *Cfr. Leviatán, cit.* pp. 302 y 303.

564 *Idem*, cap. XXI, p. 302.

actuación del soberano, Hobbes indica que todo lo que realiza el soberano bajo forma de ley es, ella misma, una ley natural.⁵⁶⁵ De forma consecuen- te con esta premisa, mantiene que ninguna ley puede ser injusta.⁵⁶⁶

Pufendorf, en cambio, polemizando expresamente contra Hobbes en este punto (porque en los demás suele ser un discípulo fiel del inglés), mantuvo que los hombres no renuncian a todos sus derechos al formar la sociedad.⁵⁶⁷ Al contrario, uno de los fines de la sociedad que los hombres han creado mediante los contratos es el aseguramiento del ejercicio de los derechos naturales que ya poseían antes de entrar en sociedad,⁵⁶⁸ derechos que para él se reducen a la exigencia de libertad individual: hubo que esperar a finales del siglo para que John Locke introdujera, además, el derecho a la propiedad privada. De esta forma, el derecho natural no sólo no desaparece con la creación de la sociedad sino que, precisamente, el fin fundamental de ésta es la protección de los *iura naturalia*. Por lo demás, explicaba este autor, los hombres, llevados por su *imbecillitas* cuando vivían aisladamente, crearon la sociedad impulsados por su instinto de sociabilidad, porque solamente en ella es posible hacer realidad debidamente la seguridad, el honor, etcétera, que son también fines del derecho natural; éste, concluye Pufendorf, no puede ser observado adecuadamente sin soberanía civil.⁵⁶⁹ Con respecto a la forma política concreta que ha de revestir el poder político, Pufendorf entendía que si unos hombres dotados de igual libertad desean unirse en un cuerpo social, lógicamente desearán resolver sus asuntos en un consejo común y, por tanto, establecerían una democracia.⁵⁷⁰ Si el gobernante degenera en tirano, es decir, si no hace posible con su actuación el ejercicio de los derechos naturales, el pueblo puede lícitamente resistirle, destituirle de su soberanía y castigarle.⁵⁷¹

Christian Wolf siguió un camino parecido al de Pufendorf. Él entendía que todos los hombres poseen unos derechos innatos (*angebörne Re-*

565 Cfr. *idem*, cap. XXVI, p. 349.

566 “Por buena ley no quiero decir ley justa, pues ninguna ley puede ser injusta. La ley es promulgada por el poder soberano, y todo cuanto hace tal poder está garantizado y es propiedad de cada uno dentro del pueblo, y nadie puede decir que sea injusto aquello que todo hombre así tiene. Es así tanto en las leyes de un república como en las leyes del juego; ninguna cosa que acuerden todos los jugadores es injusta para ninguno de ellos”. Cfr. *idem*, cap. XXX, p. 418.

567 Cfr. *De Iure Naturae...*, *op. cit.*, I, III, cap. V, 4.

568 Cfr. *idem*, I, VIII, cap. I, 2.

569 Cfr. *idem*, I, III, cap. I, 2.

570 Cfr. *idem*, I, V, cap. V, 7.

571 Cfr. *idem*, I, VII, cap. VIII, 5-9.

chte) que les vienen dados por la naturaleza.⁵⁷² Aunque este autor mantiene que sólo son derechos perfectos (*vollkommen*) las leyes ‘civiles’ (*die bürgerliche Gesetze*) porque éstas son las que tienen la posibilidad de hacer cumplir coactivamente,⁵⁷³ atribuye —en cierta contradicción con sus afirmaciones anteriores— a estos *angebörne Rechte* el carácter de derechos ‘perfectos’, con lo que subraya la plenitud de los derechos innatos.⁵⁷⁴ La existencia y el respeto de tales derechos es el punto de partida de toda su construcción jurídico-política, ya que la sociedad creada contractualmente tiene como fin fundamental hacer posible la *tranquillitas vitae* que surge de la protección de los propios derechos, y en tal protección consiste el bien común de la sociedad.⁵⁷⁵ En consecuencia, el respeto de estos derechos es el límite constante —al mismo tiempo que la razón de ser— de la actividad del poder público.⁵⁷⁶ Wolff no enumera estos derechos, pero tiene muy presente que la ley positiva que restrinja innecesariamente la libertad es una ley contraria a la *natürliche Verbindlichkeit*, es decir, al derecho natural.⁵⁷⁷ De esta forma, su doctrina jurídica adquiere un marcado matiz liberal.

La doctrina iusnaturalista adoptó un marcado matiz individualista en la fundamentación del Estado, observaba Gierke. Pues el fundamento jurídico de cualquier vínculo político no podía ser situado sino en la libre voluntad de los individuos y así, desde la idea de una libertad e igualdad originarias del hombre, resultó ya inicialmente la soberanía del individuo.⁵⁷⁸

572 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., cap. 47. Vid. Bachmann, *Die naturrechtliche Staatslehre...*, op. cit., pp. 115-118.

573 Cfr. *idem*, par. 80. Cfr. también *Ius gentium methodo scientifica pertractatum*, Frankfurt-Lipsiae, 1764, par. 191.

574 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., par. 81.

575 Cfr. *idem*, par. 972. Bachmann dedica amplia atención a este tema en *Die naturrechtliche Staatslehre...*, cit., pp. 219-245.

576 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., par. 1069. Vid. sobre este tema a M. Thomann en *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 1977, pp. 259-261.

577 Cfr. *ibidem*.

578 “Die Doktrin vom Gesellschaftsvertrage musste aber ferner nothwendig dieses individualistische Begründung des Staates näher ausprägen, dass der Rechtsgrund aller staatlichen Gebundenheit in den freien Willen des Individuums verlegt wurde... immer aber in dem Gedanken einer ursprünglichen Freiheit und Gleichheit der Menschen und einer hieraus resultirenden anfänglichen Suveränität des Individuums einig blieb”. Cfr. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, reimpresión de la 7ª edición alemana, Aalen, 1981, p. 107.

E. *La mentalidad pactista*

El contrato que da origen a la sociedad política no es en estos autores un simple momento más de su construcción jurídico-política: este contrato es el punto ideal de referencia del sistema jurídico que proponen que, como todo punto básico de una totalidad sistemática, pretende determinar todas las realidades posteriores. De esta forma las construcciones iusnaturalistas, tanto cuando versan sobre el derecho público como del privado, así como sobre la comunidad internacional, progresivamente fueron siendo moldeadas sobre el postulado de una pluralidad de hombres que pactan libremente. Esta exigencia estuvo presente desde los orígenes mismos de la escuela: “¿Estos ciudadanos, antes de someterse voluntariamente al príncipe, acaso no eran libres sin estar sujetos ni ligados a mando o dominio alguno?”, escribía Fernando Vázquez en 1559.⁵⁷⁹ Este podría haber sido el grito de guerra del iusnaturalismo moderno, que lo remata Wolf doscientos años más tarde cuando explica que nadie puede adquirir o perder derechos contra su voluntad.⁵⁸⁰

Efectivamente, los juristas anteriores entendieron que la jurisprudencia consiste en descubrir, o desvelar, un orden que ya existe y que es relativamente independiente de la voluntad humana. En el iusnaturalismo, en cambio, se fue imponiendo la idea según la cual el derecho consiste en un juego de voluntades libres que chocan entre sí y que libremente pactan. El derecho perfecto, es decir, la obligación que realmente vincula —a diferencia del derecho simplemente natural, que sólo expresaría una vinculación moral o una inclinación hacia algo⁵⁸¹— sólo puede originarse de un acuerdo entre los interesados, y esto lo reconocemos con toda claridad en Wolff cuando escribe que “nadie puede obligarse perfectamente con otro sino prometiendo, es decir, mediante pactos”.⁵⁸² En consecuencia, todo el derecho tiene un origen y una estructura voluntaria y pacticia; ya es revelador que Wolff conciba el íntegro derecho de gentes, expresión que en siglo XVIII quiere decir derecho internacional, como fundamentado úni-

579 *Controversiarum...*, *op. cit.*, cap. 4, 3.

580 *Cfr. Grundsätze...*, *op. cit.*, par. 100.

581 Christian Wolff explicaba en su *Ius gentium*, que los derechos pueden ser perfectos o imperfectos. Las pretensiones que están fundamentadas únicamente en el derecho natural constituyen derechos imperfectos, porque no son exigibles coactivamente. Por este motivo, el derecho natural que tiene todo hombre a comerciar es un derecho imperfecto y, por tanto, inoperante. *Cfr.* par. 187-199. En los *Grundsätze* también expone esta idea, mucho más escuetamente. *Cfr.* par. 80.

582 “... *nemo autem sese alteri perfecte obligare potest nisi promittendo, consequenter per pacta*”. *Cfr. Ius Gentium...*, *op. cit.*, 74.

camente en la voluntad de las partes contratantes.⁵⁸³ Consecuentemente con esta visión de los fundamentos últimos del derecho, las leyes sólo pueden surgir mediante un acuerdo mutuo de los ciudadanos. Fernando Vázquez, que se refería a ellas llamándolas *communis reipublicae sponsio*, explicaba que “así como un contrato en el acuerdo de dos o más individuos sobre un mismo asunto, la ley es el consentimiento de muchos ciudadanos en una misma voluntad”.⁵⁸⁴ Anteriormente, desde otros presupuestos antropológicos y filosóficos distintos, se había entendido que la ley consistía en una recta voluntad del que cuida de la comunidad política, cuya fuerza obligatoria nace de la absoluta necesidad para los hombres de convivir políticamente, lo que podemos interpretar como un esfuerzo por resaltar los condicionamientos objetivos que nacen de la naturaleza de las cosas. Frente a ella se sitúa la doctrina triunfante con el iusnaturalismo, que coloca la fuente del derecho en la voluntad de las personas que se verán afectadas por las leyes. En esta escuela las leyes quedan, pues, como una modalidad de aquella única realidad que constituye la fuente de toda vinculación jurídica: los pactos y contratos.⁵⁸⁵

La importancia de los pactos, en tanto que fundamento de toda manifestación del derecho, la reconocemos una vez más cuando los iusnaturalistas tratan de la interpretación jurídica. Pufendorf dedicó bastantes líneas a este tema. El libro IV, capítulo I, de su *derecho natural y de gentes* está dedicado a exponer reglas que sirvan para entender el lenguaje del derecho, pero se refiere, sin justificar su opción, al lenguaje de los pactos y con ratos. Otro tanto sucede con el capítulo 12 del libro V de esta misma obra: se titula “De la interpretación”, en general, y todo él está referido a la interpretación de los pactos. También Wolff se ocupó de este tema en la segunda parte de los *Grundsätze* en el capítulo 19, titulado “Von der Auslegung” y que, de la misma forma que sucede con Pufendorf, tra-

583 “*Ius Gentium positivum dicitur, quod a voluntate Gentium ortum trahit. Quamobrem cum facile pateat, Ius Gentium voluntarium, pactitium et consuetudinarium a voluntate Gentium ortum trahere; Ius istud omne Ius Gentium positivum est. Et quoniam porro patet, Ius Gentium voluntarium nisi consensu Gentium presunto pactitium expresso, consuetudinarium tacitum*”. Cfr. *Ius gentium...*, op. cit., 23.

584 *Controversiarum...*, op. cit., cap. 2, par. 23. La misma idea la encontramos en *De successio-nibus et ultimis voluntatibus libri IX in tres tomos divisi*; Coloniae, 1612, 2, 1, Praefatio, 86 y 2,3,30, 86.

585 Thomasius se hacía eco de esta mentalidad cuando escribía: “*Cadit et alia doctrina, ius omne esse ex pacto*”. Él la rechazaba porque antes que los pactos existen unos derechos naturales innatos, y porque el fundamento último de la validez y eficacia de los pactos exige un orden jurídico que obligue a cumplir tales pactos. Cfr. *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, Hallae et Lipsiae, 1718, cap. V, 27.

ta fundamentalmente de la interpretación de los contratos y promesas. Este individualismo jurídico radical en torno a los fundamentos últimos del derecho se había mostrado con toda claridad en Hobbes: el inglés destruyó deliberadamente cualquier relación objetiva que pudiera servir para fundamentar una obligación jurídica. En este sentido escribe que “Bueno y malo son nombres que significan nuestros apetitos y aversiones, que son diferentes en los distintos caracteres, costumbres y doctrinas de los hombres... el apetito particular es la medida del bien y del mal”.⁵⁸⁶ Evidentemente, desde estos postulados se hace imposible hablar de una justicia o injusticia que esté por encima de las voluntades de los hombres. Hobbes retoma el tema, de forma plenamente coherente con la posición central que esta escuela atribuye al pacto como fuente de todo derecho y obligación indicando que “cuando se ha celebrado un pacto, entonces romperlo es injusto, y la definición de justicia no es otra cosa que el cumplimiento del pacto”.⁵⁸⁷ Poco antes había preparado algunos fundamentos para esta nueva visión de la justicia al escribir que “merecer”, es decir, hacerse acreedor a un derecho, no es otra cosa que el cumplimiento de un pacto y por ello, “De aquel que cumple el primero en el caso de un contrato se dice que merece aquello que ha de recibir por el cumplimiento del otro, y lo tiene como debido... pues en el contrato merezco en virtud de mi propio poder”.⁵⁸⁸

El autor que mayor interés reviste para nosotros a la hora de mostrar la íntegra naturaleza contractualista del derecho es Samuel Pufendorf. Hobbes, ciertamente, fue todo lo radical que permite la dialéctica de la razón, pero el inglés representa para la historia posterior un cuerpo a veces extraño a causa de la total inaplicabilidad política de sus teorías. El autor, empero, que cumplió, entre otros, la misión de catapultar la carga individualista y pactista, propia de la escuela del derecho natural, a épocas posteriores fue Samuel Pufendorf. Para mostrar la estructura de la aportación de Pufendorf es preferible momentáneamente abandonar el estudio de su *De iure naturae et gentium* y tomar otra obra suya, el *De officio hominis et civis secundum legem naturalem libri duo*, publicada unos años después de aquélla. En efecto, el *De officio* comienza aludiendo a las cuestiones típicas en Pufendorf: Qué es la ley; naturaleza de la voluntad divina, no atada por ningún tipo de naturaleza de las cosas; el doble

586 *Leviatán, op. cit.*, cap. XV, pp. 253 y 254.

587 *Idem*, cap. XV, p. 240.

588 *Idem*, cap. XIV, pp. 233 y 234.

fundamento de la vinculatoriedad de la ley natural, a saber, su utilidad para nosotros y el hecho de estar mandada por Dios; la derivación del derecho natural desde el principio de la sociabilidad; la igualdad de todos los hombres y, finalmente, los deberes de beneficencia. A partir de aquí acaba la exposición del ‘derecho natural’, que queda reducido al tratamiento teórico de las cuestiones más generales para un iusnaturalista de aquella época. Lo que sigue, es decir, la inmensa mayor parte del tratado, ya no consiste en una exposición de los preceptos concretos de la ley natural, sino en orientaciones prácticas que tienden a mostrar que los derechos que usamos los hombres han de provenir de nuestra propia libertad o voluntad, es decir, han de ser creados mediante pactos.

Efectivamente, en el capítulo IX del libro I de esta obra anuncia que: “Desde las obligaciones absolutas hasta las hipotéticas es preciso un tránsito por medio de pactos intermedios, puesto que todas las obligaciones, excepto las ya enumeradas presuponen un pacto expreso o tácito. En este lugar, por tanto trataremos de la naturaleza de los pactos y de todo aquello que es preciso observar en su celebración”.⁵⁸⁹ “Es preciso reparar en que la única obligación a que se ha aludido anteriormente es la de la sociabilidad que ha de existir entre los hombres, obligación, por lo demás que no es fundamentada tanto en un precepto de la ley natural como en una argumentación pragmático-utilitarista muy similar a la de Hobbes”.⁵⁹⁰

Así pues, todo el ordenamiento jurídico ha de construirse sobre pactos.

Es suficientemente manifiesto —escribe Pufendorf— que son necesarios los pactos entre los hombres. Para que se difundan ampliamente las obligaciones de humanidad hacia la vida humana, es suficiente con que los hombres pacten sobre aquello que ellos perciben como beneficioso, y esta sola fuente es suficiente. Porque no hay nadie que, de la sola idea de la humanidad, aunque el tenga una mente excelente, pueda deducir todo lo que es preciso... Así pues fue necesario para los hombres convenir entre sí sobre las cosas que se deben unos a otros, y que proceden de la sociabilidad; porque desde la sola ley de la humanidad no se pueden deducir. Además, ya establecí anteriormente que tanto aquello que alguien debe dar a otro,

589 “*Ab officiis absolutis ad hypothetici sit velut transitus per pacta intermedia, quippe cum omnia officia, praeter iam enumerata, pactum expressum aut tacitum videantur praesupponere. Igitur hoc loco agendum erit de natura pactorum, et quid illa ineuntibus observandum sit*”. Cfr. *De officio...*, op. cit., I, I, cap. IX, 1.

590 *Vid. De officio...*, capítulos I a VI.

como aquello otro que puede exigir de él, debe ser hecho por promesas y pactos.⁵⁹¹

Quiere decir esto que las digresiones de Pufendorf acerca de la sociabilidad —que es lo único que suele aparecer, normalmente, en los tratados de historia del pensamiento jurídico o de filosofía del derecho— son inoperantes; cumplen solamente la función de actuar a modo de preludeo que suaviza lo que vendrá después. De forma consecuente con lo ya visto, Pufendorf expone a continuación su teoría sobre la propiedad y los precios, que también se fundamentan en convenciones de los hombres.⁵⁹² En el *Liber secundus* vuelve al tema, tan querido por los iusnaturalistas, del origen de la sociedad, de la democracia, y de los pactos internacionales dentro del tratamiento del derecho internacional; queda claro que absolutamente todo el sistema jurídico ha de ser construido sobre la base de hombres libres que contratan. En Pufendorf parece estar disuelta la idea de que los hombres, al pactar, crean necesariamente los patrones para medir el bien y el mal, como se desprende de las citas ya transcritas; al parecer, la única condición para que aflore el bien en cada pacto es la completa libertad de las partes contratantes, pensamiento que preludea a Rousseau; no expresa esta tesis de modo explícito, pero aparece diluida a lo largo de todo el *De officio*. El *Ius naturale et gentium* moderno fue ante todo una doctrina antropológica que sentaba las bases más generales para la creación del derecho positivo correcto o justo según sus postulados.

La época del derecho natural fue consciente de esta reducción del derecho al simple pacto, y cuando en el siglo XVIII se produjo una reacción, dentro de esta misma escuela, de corte eudemonista, que pretendía más bien descubrir las reglas inmutables de la naturaleza que hacen felices a los hombres. Thomasius escribía que “No se mantiene la otra doctrina, que sostiene que todo el derecho nace de un pacto, puesto que,

591 “*Fuisse autem necessarium pacta inter homines ininive, satis manifestum est. Quanquam enim officia humanitatis late sese per vitam humanam diffundant, haud quidquam tamen ex eo solo fonte deduci omnia possunt, quae hominibus ab se invicem utiliter percipere licebat. Nam neque quibus ea est ingenii bonitas, ut omnia quibus aliis prodesse possunt, ex sola humanitate velint praestare citra exploratam spem paria recipiendi... Igitur, ut mutua inter homines omnia, qui fructus est socialitates eo crebrius et ed certas velut regulas exerceanur, necessum fuit homines ipsos inter se convenire super eiusmodi rebus invicem praestandis, quae ex sola humanitatis lege certe sibi polliceri ab aliis non poterant. Adeoque in antecessum determinandum fuit, quod alteri quis praestare, quidque ab eodem iterum exspectare, suoque iure exigere deberat. Id ipsum autem sit per promissa et pacta”.* Cfr. *De officio...*, op. cit., l. I, cap. IX, 1.

592 *Vid.* l. I, caps. XII y ss., hasta el final de este libro.

como ya fue demostrado, hay también un derecho innato y, además el pacto por sí no obliga, por lo que no puede producir por sí mismo un derecho ni conformarlo”.⁵⁹³

F. Una teoría jurídica secularizada

La *jurisprudencia* romanista había tenido presente que el ser humano parte desde unas exigencias que él ‘conoce’ parcialmente, sin llegar siempre a construirlas enteramente.

En el caso de los mandamientos y prohibiciones morales más elementales, el hombre las ‘inventa’, ya que la palabra latina *inventio* significa ‘descubrir’. Es decir, todo hombre conoce o descubre que robar, mentir, violar mujeres o asesinar niños son cosas ‘malas’, aunque un sujeto concreto no llegue a explicarse a sí mismo qué quiere decir ‘malo’, sabe, simplemente, que tales cosas le repugnan a él y que *deben* repugnar a cualquiera.

La filosofía premoderna había distinguido dos vertientes en la razón humana: la razón ‘teórica’ y la razón ‘práctica’.

La razón que conoce cosas fue llamada razón teórica. En cierto modo, esta vertiente de la razón es algo así como una cámara fotográfica: se limita a que yo sepa que delante de mí está ahora el ordenador con el que escribo, una mesa, un lápiz, etcétera. Esta dimensión de la razón humana no es todo valorativa: más bien indica que las cosas son o no son (o están o no están). Los griegos, y los filósofos escolásticos de la Baja Edad Media, captaron que el ser humano posee una capacidad cognoscitiva que va más allá del simple reflejo de las cosas en nuestro intelecto, porque el hombre, además de conocer, valora. Por este motivo, los filósofos distinguieron, hace ya muchos siglos, entre la *ratio* y el *intellectus* humano: ambos pertenecen a la razón, pero expresan funciones distintas de esta misma razón. La *ratio*, o razón teórica, conoce; el *intellectus*, además de conocer, valora. Porque un hombre, cuando presencia un homicidio, no se limita a ‘registrar’ por sus elementos y nociones más elementales lo que está viendo: no permanece en la pura descripción a-valorativa. Incluso, si damos un paso más, vemos que la mayor parte de los conceptos humanos

593 “*Cadit et alia doctrina Ius omne ultimo esse ex pacto. Uti, enim hoc ostensum, dari ius conatum. Cap. praec. iam notatum fuit, pactum per se non obligare, aut confirmare*”. Cfr. *Fundamenta Iuris Naturae*..., cap. V, 27. Más razones sobre este mismo tema proporciona en el cap. IV, 98 y 99, y en el cap. V, 11.

que usamos habitualmente son ya valorativos de suyo; cuando alguien dice: “El médico prescribió al paciente recibió un tratamiento inadecuado”, no se está limitando a la simple descripción. Por ello, términos tales como juez, médico, albañil, automóvil, gato, y miles más, conllevan según el uso cotidiano del lenguaje una dimensión valorativa.

Si volvemos sobre aquellos principios más elementales, el hombre es capaz de llevar una vida específicamente humana cuando adapta sus comportamientos a los principios y normas más elementales de la conciencia, normalmente conocidos en la *jurisprudencia* del *jus commune* como los *tria praecepta juris*, que expuso Ulpiano: no hacer daño a nadie, vivir honestamente, y dar a cada uno lo suyo. El problema consiste en la índole del hombre que creó la Edad Moderna: es un ser humano que quiere una realidad enteramente ‘suya’ porque él la ha *construido* íntegramente. Ernst Cassirer expresaba claramente esta idea cuando escribía que esta filosofía

estaba inspirada por el empeño de conformar de tal suerte la totalidad del conocimiento filosófico que, para usar una expresión característica de Locke, no necesitara sostenerse sobre fundamentos prestados o mendigados. Debía sostenerse y justificarse a sí misma. Esta exigencia de autonomía conduce al rechazo del sistema de las ideas innatas, porque la apelación a lo innato equivalía a recurrir a una instancia extraña, no venía a ser otra cosa que fundar el conocimiento por el ser y la naturaleza de Dios.⁵⁹⁴

El gran problema radicaba en que estos preceptos fundamentales de la razón práctica les ‘son dados’ al hombre: cada ser humano los descubre o los debe descubrir en su conciencia, aunque no son exactamente normas innatas; la mayor parte de los teólogos bajomedievales indicaron que son principios que todo hombre debe descubrir mediante el ejercicio de su razón, de una forma *natural*, esto es, sin necesidad de especiales raciocinios; es decir, no los crea o construye cada sujeto, o el género humano conjuntamente. La conciencia, con diversas normas que ella *prescribe* al sujeto, es más bien activa, y cada hombre tiene ante su conciencia, una posición preferentemente pasiva: un planteamiento molesto para quien quiere serlo todo. ¿Por qué la conciencia puede *prescribir* conductas a un hombre, de forma que esas conductas son algo más que reglas prudencia-

594 *La filosofía de la Ilustración*, trad. E. Imaz. México, 1984, p. 145.

les o técnicas, y pasan a ser *normas* que crean un *deber*? Aquí hay dos cuestiones implicadas: ¿qué es el deber?, y ¿por qué se origina?

Con respecto a la primera, los autores ingleses que se ocuparon del problema de la secularización de la filosofía práctica en los siglos XVIII y XIX, reconocieron que el término *duty* es indefinible.⁵⁹⁵ Se trata de una ‘percepción primaria’ que puede servir para definir otras cosas, pero que es indefinible desde sí misma. La segunda cuestión, que es la realmente importante, consiste en explicar por qué los dictados de la conciencia constituyen *deberes*. Los filósofos antiguos habían reconocido que los ‘primeros principios de la razón práctica’ tienen un origen divino: forman como la base constituyente del hombre, y representan lo que Dios ha querido que sea el género humano. Por esta causa son indemostrables y comunes a todos los hombres. Pero la modernidad quiso prescindir de Dios: el incipiente espíritu científico del siglo XVII hacía aparecer como ridícula la imagen de un mundo creado por Dios en el tiempo. A este fin, una vez que rechazaron el espíritu del derecho romano (que sí hacía depender normativamente al hombre de diversos órdenes del ser), quisieron unos sistemas de derecho natural en los que cada norma o proposición era explicable desde la indigencia (*imbecillitas*), la sociabilidad, el miedo, el deseo de felicidad o de libertad, etcétera, de los hombres: éstos eran datos empíricos o positivos, y bastaba argumentar que “si los hombres deseamos ser libres, o felices, o vivir con seguridad...” sólo había que observar lo que cada autor indicaba en su libro sobre el derecho natural. Aparecía un problema importante: la *lex* natural que corrige y encauza el derecho o *ius* natural no ordena o manda nada creando un deber, sino que solamente *aconseja*: “Si quieres ser libre, si quieres la paz...” Este hecho llevó a diversos autores alemanes de esta época a mantener que el derecho natural no contenía ‘reglas imperativas’ o que generaran un deber, sino sola-

595 David Fordyce escribía que “*If we asked after all, How we come by the Idea of ‘Moral Obligation’ or ‘Duty’? We may answer, that we come by in the same way as by other ‘original’ and ‘primary’ Perceptions. We receive them all from Nature, or the great Author of Nature. For this Idea of Moral Obligation is not a creature of the mind, or dependent on any previous act of Volition, but arises on certain Occassions... as necessarily, instantaneously, and unavoidably*”. Cfr. *The Elements of Moral Philosophy*, Londres, 1754, p. 45. Lord Kames indicaba, por su parte: “*Of “Duty” and Moral “Obligation”. Though these terms are of the unmost importance in morals, I know that any author attempted to explain them*”. Cfr. *Essays...*, op. cit., p. 38. Anteriormente ha indicado que “*Human actions are not only agreeable or disagreeable, beautiful or deformed... but are further distinguished in our perception of them, as ‘fit’, ‘right’, and ‘meet’ to be done. These are simple perceptions, capable of no definition, than by making use to the words wich we appropriated to them*”. Cfr. op. cit., p. 34.

mente reglas de la prudencia o de la sagacidad, reglas técnicas,⁵⁹⁶ *Klugheitsregeln*. Pero esto suponía proceder con mucha franqueza, y momentáneamente estos iusnaturalistas salvaron las formas manteniendo que la ley natural obliga (es decir, genera un *deber*) porque Dios así lo quiere.⁵⁹⁷ Se trataba de una declaración que no era sincera: *Les philosophes* franceses de la Ilustración, más desinhibidos en este tema, prescindieron de Dios finalmente.

Uno de los factores que provocó el éxito de las *Lectures* de John Austin fue que el siglo XIX inglés entendió que este autor había secularizado la *jurisprudence*. Esto no es enteramente cierto, porque dentro del tono dubitativo y con frecuencia contradictorio en el que se expresaba Austin, él entendía que el principio de la utilidad había de estar guiado por el *moral sense*. Su época prescindió de estos matices y Markby, por ejemplo, entendía que:

Austin era un utilitarista, e hizo un ensayo (que me parece muy creíble, aunque no siempre ha sido tratado con mucho respeto) para mostrar que el utilitarismo es compatible con la divina providencia. Pero, en verdad, la concepción de Austin del derecho no depende de ninguna teoría o religión, o de alguna moral, o de alguna concepción política. Puede ser aceptada por un hindú, por un mahometano o por un cristiano.⁵⁹⁸

El siglo XVIII negó la posibilidad de una conciencia moral a través de la lucha contra las ‘ideas innatas’. Locke entendió que estos primeros principios de la razón práctica constituían ideas innatas en el hombre, y de acuerdo con su epistemología sensista, él negó toda aquella idea que no tuviera origen en una percepción sensorial. La Ilustración siguió masivamente este camino sensista y fenomenista que culminó bien en el *Tra-tado de las sensaciones* de Condillac, bien (en un plano más práctico) en las filosofías prácticas de Hume o Bentham. La filosofía práctica de Kant

596 Vid. mi estudio “La Modernidad y el tema del deber jurídico”, *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Oviedo, 1991, pp. 151-182.

597 Vid. mi estudio “La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal”, *Estudios en Homenaje a J. M. Rojo*, Valencia, 1996, pp. 41-58.

598 “Austin was a utilitarian, and made an attempt (which seems to me be creditable, though it has not been treated with much respect) to show that utilitarianism is consistent with the belief in a divine providence. But in truth Austin’s conception of law as sovereignty does not depend upon any *theorie or religion, or of morals, or of politics, whatsoever. It might be accepted by a Hindoo, by a Mahomedan, or by a Christian*”. Cfr. *Elements of Law...*, *op. cit.*, p. 5, 23. Esta neutralidad de Austin fue vista como un avance científico: cfr. Markby, *Elements...*, *op. cit.*, p. 6, 14, en donde recoge la opinión de sir Henry Maine.

constituyó la gran excepción: quizá por esto fue malentendida por sus discípulos, *die Kantianer* de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo siguiente, y debidamente trivializada se puso al servicio del incipiente régimen liberal.⁵⁹⁹

G. *El problema de la ciencia jurídica: los criterios para obtener el derecho.*

Parece obvio que, desde los planteamientos expuestos, el derecho sólo puede surgir desde las voluntades de las partes que contratan, sin que exista en esta escuela una base teórica suficiente para orientar eficazmente y señalar limitaciones a las voluntades libres. Por este camino, la tarea del jurista es fundamentalmente pasiva, y se resumiría en conocer lo decidido por las partes contratantes. A este respecto, poca trascendencia tienen las distinciones que pudiéramos hacer acerca de las distintas orientaciones políticas que existieron dentro de esta escuela.

La voluntad creadora del derecho se orientó en dos direcciones. Una es la que se concreta en los contratos celebrados entre los hombres en tanto que particulares; otra es la doctrina de las leyes, como fuente también del derecho, creadas por un acto de voluntad de los hombres. Algunos autores, como Pufendorf o Wolff, atienden más bien a las voluntades privadas, en las que cargan el peso de su explicación, llevados por su *pat-hos* individualista y liberal; otros, como Hobbes, parten de las voluntades privadas únicamente en la medida en que ellas crean el cuerpo político que, mediante el soberano, expresara una voluntad propia y distinta de la de los ciudadanos. En cualquier caso, ni unos ni otros proporcionan criterios para la obtención del derecho fuera, claro está, del juego de las voluntades libres.

Este hecho iba a sumir a la ciencia jurídica en una grave crisis que se concretaría, ante todo, en la ausencia de las razones que justifiquen su existencia. Este juicio podría aparecer exagerado, porque en las obras de los iusnaturalistas existen indicios para considerar como con suficiente fundamento que la escuela del derecho natural no abandonó la creación del derecho a la arbitrariedad de las voluntades libres. En efecto, Fernando Vázquez, influido por la tradición jurisprudencial medieval, muy próxima cronológicamente aún a él, definió a la instancia creadora del dere-

599 Estudié las doctrinas político-jurídicas de los seguidores inmediatos de la filosofía crítica kantiana en *La cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989.

cho como una “*recta voluntas, ius*”;⁶⁰⁰ por tanto, en la averiguación de la rectitud de la voluntad la ciencia jurídica encontraba una razón que justificara su quehacer. Pufendorf, en polémica con Hobbes, había mantenido que lo bueno y lo malo depende de la naturaleza de las cosas, no del arbitrio de una voluntad libre.⁶⁰¹ Pero, en lo fundamental de su obra, este alemán sigue un nominalismo tan pleno como el de Hobbes: también en esto, como en todos los temas fundamentales, se muestra discípulo del inglés.

Aun Fernando Vázquez, muy influido por la jurisprudencia medieval, lanzaba fuertes exigencias a la voluntad del que crea la ley positiva,⁶⁰² pero el iusnaturalismo del siglo XVII prescindió de la doctrina medieval acerca de las limitaciones de la voluntad creadora de la ley. Así, vemos que Pufendorf, cuando trata “Del derecho de dirigir las acciones de los ciudadanos”, mantiene que la fuerza de derecho le adviene al *ius civile* únicamente de la voluntad del poder civil supremo, al menos en aquellas materias sobre las que no se ha pronunciado el derecho natural ni el derecho divino;⁶⁰³ aquí ya no hay referencia a la ‘naturaleza de las cosas’ en tanto que criterio fundamentador de la validez jurídica.⁶⁰⁴

Fue Hobbes el que expuso más clara y expresamente la aniquilación de la ciencia del derecho y su sustitución por la voluntad del soberano que se expresa mediante leyes generales. La ciencia jurídica se había configurado a través de los siglos como una actividad fundamentada en la prudencia, a la que se daba el nombre de *prudencia iuris*, y por este motivo los que se ocupaban con ella eran llamados *jurisprudentes*. Hobbes, en cambio, considera a la prudencia como una forma inferior de conocimiento que, por estar basada en la experiencia, conduce frecuentemente al error y que, por este motivo, debe ceder su puesto a la razón.⁶⁰⁵ La razón indica, según Hobbes, que:

600 *Cfr. De Successionibus...*, *op. cit.*, 2,1, *Praefatio*, 69.

601 *Cfr. Ius Naturae...*, *op. cit.*, l. VIII, cap. 1, 5.

602 *Vid. Carpintero, Del derecho natural medieval...*, *cit.*, pp. 95 y ss.

603 *Cfr. De Iure Naturae...*, *cit.*, l. VII, cap. 1, 1.

604 *Cfr. Idem*, l. VIII, cap. 1, 2.

605 *Cfr. Leviatán*, *op. cit.*, cap. V, p. 153. En el capítulo XLVI de esta misma obra escribe que “Resulta evidente que no debemos comprender como parte de la filosofía ese conocimiento original denominado experiencia, en el cual consiste la prudencia. Porque ésta no es alcanzada mediante el razonamiento, sino que se encuentra tanto en los animales salvajes como en el hombre, y no es sino un recuerdo de la sucesión de acontecimientos en tiempos pasados donde, al alterar el efecto, la omisión de cada pequeña circunstancia frustra la expectativa del más prudente. En cambio, el razonar sólo produce correctamente la verdad general, eterna e inmutable”, p. 701 de la ed. *cit.*

La ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado mediante palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad utilizada para la distinción de lo justo de lo injusto; esto es, de lo contrario y de lo acorde con la regla. Y ésta es una definición donde no hay nada que no sea evidente a primera vista.⁶⁰⁶

Según este autor, opinar que el derecho, o las leyes, los crean los juristas es una opinión necia, pues nunca el derecho puede depender de hombres privados o de jueces subordinados. Parece evidente que la ley nunca puede oponerse a la razón, sigue escribiendo Hobbes:

pero la duda reside en saber a quién pertenece la razón que será recibida como ley. Evidentemente, no se indica con este término ninguna razón privada, pues entonces habría en las leyes tanta contradicción como hay en las escuelas; ni tampoco, como dice sir Edward Coke, una perfección artificial de la razón lograda mediante largo estudio, observación y experiencia...⁶⁰⁷ Y, por tanto, lo que hace la ley no es esa jurisprudencia o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial que es la república y su mandato.⁶⁰⁸

De forma consecuente con estas afirmaciones, Hobbes ataca el último reducto que podría quedarle a la ciencia del derecho, es decir, la interpretación de las leyes, e indica que “para un hombre privado, sin la autoridad de la república, esto es, sin permiso de su representante, interpretar la ley mediante su propio espíritu es otro error en la política”.⁶⁰⁹ Si es preciso interpretar las leyes, la única interpretación posible es la auténtica, pues “la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los interpretes no pueden ser sino aquellos que el soberano designe”.⁶¹⁰

606 *Leviatán, op. cit.*, cap. XXVI, p. 347.

607 Realmente esta observación de sir Edward Coke es poco afortunada. Hobbes la expone más ampliamente en *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, donde escribe que “Es verdad, si lo que queréis decir es *recta ratio*; pero la *recta ratio* que admito que es ley, es, como sir Edward Coke dice (I Inst., sect. 138), una perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, meditación, observación y experiencia, y no la razón natural de cualquier hombre; pues *nemo nascitur artifex*. Esta razón jurídica es *summa ratio*”. *Cfr. op. cit.*, p. 14.

608 *Leviatán, cit.*, cap. XXVI, pp. 346-352. Una desvalorización semejante de la tarea jurídica la encontramos en Thomasius, aunque no con la radicalidad con que está expuesta en Hobbes. Thomasius, efectivamente, distingue entre *lex* y *consilium*, y explicaba que la “*lex pro iussu sumitur, non doctores, sed imperantis*”. *Cfr. Fundamenta... op. cit.*, cap. V, 35.

609 *Leviatán, op. cit.*, cap. XLVI, p. 718.

610 *Leviatán, op. cit.*, cap. XXVI, p. 358.

Con Hobbes se consumó, ya en el siglo XVII, el voluntarismo jurídico total; el derecho ha dejado de ser en él una obra de prudencia y experiencia que se desgrana en cada caso concreto y en su lugar aparece la voluntad libre que se expresa unas veces mediante pactos y otras a través de las leyes del soberano. Sin embargo, este modo de entender los fundamentos últimos del derecho no alcanzó su máximo prestigio a través de Hobbes ni de los restantes iusnaturalistas que he mencionado; es preciso esperar a la segunda mitad del siglo XVIII para que, mediante J. J. Rousseau, esta visión del derecho alcance su teorización más adecuada a la nueva mentalidad democrática y revolucionaria que entonces domina en Europa.

El problema era serio, porque al considerarse que el derecho es una ‘condición de las personas’, de modo que el único criterio para medir jurídica era la naturaleza de la persona misma, no es nada fácil medir al hombre. La dificultad estriba en que toda personalidad es inconmensurable, porque posee un valor infinito, y la tarea del derecho es precisamente la de *mensurar* lo que corresponde a cada cual. John Austin, a comienzos del siglo XIX, fue amargamente consciente de este escamoteo de los criterios para hacer derecho.⁶¹¹

2. El derecho natural de la Ilustración

La escuela del derecho natural nos lleva de la mano hasta el siglo XVIII, en el que se adentra. Sin embargo, en esta época ya sufre fuertes reelaboraciones; el estilo literario de Grocio, Pufendorf, desaparece y progresivamente los tratados de derecho natural fueron adquiriendo un tono filosófico. Esta mutua imbricación de filosofía y derecho vuelve notablemente más complejo el estudio de esta segunda época de la escuela del derecho natural y, por este motivo, una exposición detallada de la filosofía jurídica de este periodo requeriría un estudio profundo de cada autor. De todos modos, sin entrar en detallismos, sí podemos exponer con carácter general las líneas fundamentales por las que discurre la reflexión jurídica en el mil setecientos.

611 Austin se siente molesto ante la distinción de Pufendorf entre libertad “natural” y libertad “civil”. Como la libertad “natural” consiste únicamente en una exención “*from restraint or obligation*”, tal libertad es “*incompatible with law, the very idea which implies restraint or obligation*”. En su opinión, ha sido la escuela del derecho natural la que ha llevado a esta confusión: “*Grotius, Pufendorf, and the other writers on the so-called law of nations, haven fallen into a similar confusion of ideas*”. Cfr. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Londres, 1911, vol. I, p. 216, nota a pie.

Ante todo, hay que advertir que la caracterización general de la escuela del derecho natural hecha en las páginas anteriores es válida para esta otra época: el afán por el método, el sistema, la intencionalidad política que penetra sistemáticamente y domina la teoría que cada cual propone,⁶¹² el uso del método analítico-sintético, etcétera, siguen presentes, sublimados y perfeccionados, en la razón jurídica de la Ilustración. Pero las tesis de Hobbes y Pufendorf habían llegado a su madurez y penetraron en el siglo XVIII fundamentalmente de la mano de John Locke; en cambio, la filosofía ‘sencilla’ de Christian Thomasius permaneció en el área estrictamente alemana. El empirismo que arrancó de Hobbes condujo ahora a un materialismo abierto y sin complejos, tal como reconocemos especialmente en autores francófonos: Helvetius, Paul Tiry baron d’Holbach, Condorcet, etcétera. Ahora dejaremos a un lado la vertiente práctica de estas filosofías materialistas francesas, que contemplan al hombre como un sector más del mundo físico existente, regido por las mismas leyes que el resto del *Nisus*. Tampoco abordaremos los sistemas éticos de los empiristas ingleses, excesivamente omniabarcantes para ser de utilidad jurídica. Nos interesan momentáneamente más las dos direcciones que tomó la escuela del derecho natural en este momento: una, la de los discípulos de Samuel Pufendorf, y la otra —aún muy poco estudiada y diferenciada del resto de los movimientos político-jurídicos de este momento— que podemos llamar escuela del derecho natural más ‘moderado’, racionalista, o de otras formas similares. Es la integrada por autores tan dispares como Daniel Nettelblatt, Darjes, el caballero Filangeri, Burlamachi, Heineccius, etcétera. Estos segundos suelen tener un talante políticamente menos revolucionario que los seguidores de Pufendorf, y en sus obras domina más el espíritu jurídico que la pretensión política. A pesar de las grandes diferencias entre ellos mismos.

A. *El eudemonismo como criterio supremo*

Podríamos enunciar así el gran problema de la modernidad en el derecho: ¿cómo hacer progresar un ordenamiento jurídico desde el postulado de individuos independientes y aislados? La ciencia jurídica romanista había considerado las *relationes* entre ‘las cosas’, de forma que al enjuiciar alguna conducta concreta disponía de algo más que de ideas sobre la dignidad del ser humano y las voluntades libres de los individuos.

612 Este aspecto, referido al siglo XVIII, fue desarrollado por Cotta, S., en *Gaetano Filangeri e il problema della legge*, Torino, 1960.

Casi todos los iusnaturalistas solían exponer dos líneas de pensamiento paralelas, aun dentro de una misma obra: Pufendorf profesa ya desde el primer libro del *De iure Naturae et Gentium* un nominalismo tan radical como el de Hobbes, a quien cita y se remite. Sólo admite la ‘cualidad moral’ que porta cada sujeto, al que compete un derecho de libertad en torno a su ‘persona’: precisamente redefine la noción de *persona* (expresamente contra las nociones romanistas) como el ser libre y autónomo que goza de libertad indeterminable heterónomamente.⁶¹³ En un momento posterior en sus obras, que estos iusnaturalistas llamaron derecho natural ‘hipotético’ —porque consideran a la persona no *absolute*, sino bajo la hipótesis de la convivencia—, recurren a la figura del pacto como única categoría jurídica admisible desde estas exigencias antropológicas. Pero era preciso dar orientaciones pedagógicas sobre los contenidos posiblemente correctos de estos pactos. A este fin recurrieron masivamente a la figura de la ‘utilidad’, que desde su punto de vista individualista poco tenía en común con la *utilitas* más antigua, como el criterio universalmente válido para orientar adecuadamente las voluntades. ¿Qué tipo de utilidad? Locke pareció decantarse hacia el mantenimiento del *status quo* económico existente, pero no fue ésta la actitud de los demás iusnaturalistas, quienes con bastante imprecisión siguieron vagas tesis acerca de la felicidad colectiva o de todos. A esta actitud la podemos llamar ‘eudemonista’, a sabiendas de que le corresponde con mejor título el nombre de hedonista, tal como bastantes investigadores actuales la llaman para diferenciarla del eudemonismo aristotélico-escolástico, que tenía unos fundamentos diferentes. La otra línea que también sigue Pufendorf es más consonante con la tradición y con la ‘idea del derecho natural’: Expone largos recetarios de principios generales del derecho, los combina, etcétera. Él consideraba a estos principios o exigencias como *entia moralia*, ya que no se deducían desde una consideración ‘materialista’ del puesto del hombre en el cosmos, como parecía pretender Hobbes: constituían más bien mandamientos resultantes de la voluntad contingente de Dios, que había querido imponer estas leyes a los hombres. Denzer estudió desde este ángulo las aportaciones de Pufendorf, y esta consideración es correcta siempre y cuando hagamos notar las dos direcciones antitéticas de su doctrina, porque no en vano Nicolás J. Gundling (el discípulo de Pufendorf más direc-

613 Para ésta y las siguientes afirmaciones sobre las obra de Samuel Pufendorf, *vid.* el capítulo de esta obra dedicado a la doctrina de la ‘cualidad moral’ en la modernidad.

to e influyente en la Ilustración) hacía notar que su maestro era un autor cuya lectura “turbaba a la gente”.⁶¹⁴ Consideraremos ahora esta otra línea del pensamiento moderno —que he ejemplificado en la obra de Samuel Pufendorf— y que parece encaminarse por unos carriles utilitaristas.

Es bien conocido que el eudemonismo es el principio fundamental de la ética de la Ilustración,⁶¹⁵ y esta ética fue acogida unánimemente por el derecho natural de este tiempo. En este sentido J. G. Heineccius, el más jurista quizá de este conjunto de autores, se planteó largamente el tema del principio supremo del derecho natural, que había de ser ‘*verum, evidens et adaequatum*’. Descartó que pudiera ser “*id quod sua natura iustum est esse faciendum*”, porque no creía en una naturaleza de las cosas que fuera anterior al mandato de la voluntad en que propiamente consiste la norma jurídica;⁶¹⁶ rechazó, sucesivamente, que pudiera residir “*in consensu omnium gentium*”, o “*in iure omnium in omnia*”, como había mantenido Hobbes, “*nec in socialitate*”, como hicieron Grocio y Pufendorf; el principio supremo del derecho natural, explicaba Heineccius, es la voluntad de Dios en tanto que nos muestra nuestra felicidad, pues los hombres cumplimos el derecho natural “*nostrae felicitatis causa secundum*”.⁶¹⁷

El iusnaturalista, sin embargo, que más lejos llevó el principio eudemonista fue Thomasius, quien, al comienzo de su exposición expuso el fundamento de todo lo que seguirá: “*Omnes homines volunt vivere diutissime, et felicissime, id est, iucunde et sine dolore*”.⁶¹⁸ Por este motivo, la norma universal de las acciones humanas y la proposición universal del derecho natural reza: “Hay que hacer lo que convierte la vida de los hombres en larga y feliz, y evitar todo aquello que acelera la muerte y hace la vida poco feliz”.⁶¹⁹ Una vez que el ambiente cultural estuvo permeabilizado a estas ideas, J. J. Burlamaqui podía escribir como si expusiera una

614 “*Mir, sagt er, ist deswegen der Pufendorf, wenn ich denselben erkläret, verdrüsslich vorgekommen, weil die Leute turbiret; denn mich selbst hat er turbiret*”. Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii De Officio hominis et civis*, Hamburg; 1744, Vorrede, pp. 11 y 12.

615 Vid. Jenessens, M., *La morale de l'imperatif catégorique et la morale du bonheur*, Lieja, 1921, *passim*.

616 Cfr. *Elementa Iuris Naturae et Gentium*, Venetiis, 1764, lin. I, LXVIII y LXX.

617 “*Dei voluntas felicitatem nostram ostendit... Sed quidquid verae nostrae felicitatis caussa secundum ius naturae agimus, id omne agimus volente ac iubente Deo*”. Cfr. *Elementa...*, op. cit., I, LXXVII y LXXVIII. Para lo anterior, cfr. op. cit., y ss.

618 *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium...*, op. cit., lib. I, 120-123.

619 “*Norma universalis quamvis actionum et fundamentalis propositio ius naturae et gentium late sic dicta est: Facienda esse, quam vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam; et evitanda, quae vitam reddunt infelicem et mortem accelerant*”. Cfr. *Fundamenta...*, op. cit., I, I, cap. VI, 21.

verdad evidente que el derecho, en general, es “*tout ce qui la raison approuve comme un moyen sur et abrégé pour parvenir au bonheur*”,⁶²⁰ con lo que la idea de felicidad se inserta en la noción misma del derecho. Desde este pensamiento eudemonista, el tema de la legitimidad de quien impone la ley se ha simplificado hasta caer en el simplismo: “*L’idée de souverain détermine celle des sujets. Un sujet est donc une personne qui est dans l’obligation d’obéir. Et comme la puissance et la bienfaisance constituent le souverain, il faut au contraire supposer dans la personne des sujets la foiblesse et les besoins, d’où résulte la dépendance*”.⁶²¹ El derecho quedaba, pues, fundamentado en la compasión eudemonista y en el afán protector.

No deben engañarnos, sin embargo, estas referencias a la felicidad humana; quizá su valor más profundo resida en mostrarnos que la teoría jurídica del siglo XVIII ha desligado la noción del derecho de instancias trascendentes y se ha centrado inmediatamente en las aspiraciones, caprichos, etcétera, del hombre de la época. Esta fundamentación del derecho, por lo demás, dura poco tiempo; ya en la segunda mitad del siglo XVIII se vio superada por las tendencias revolucionarias enfrentadas a la sociedad estamental y a la monarquía absoluta, y pronto la felicidad de todos en tanto que criterio director de la creación del derecho se vio desbordada por la fe en la ‘*volonté générale*’.

B. La reducción del derecho a ley y la concepción imperativista de ésta

Otro rasgo del pensamiento jurídico de esta época es la sobrevaloración de la ley positiva, que aparece a estos autores como un mandato emanado de la voluntad del poder, y que fue considerada como la única fuente del derecho y de cualquier criterio de justicia.⁶²² La sociedad estamental y monárquica estaba tambaleándose, y con ella la inteligencia del derecho y de la ciencia jurídica como tarea de personas entendidas, de juristas. En su lugar entraba el Estado, que reunía en sí todos los ‘poderes’ y cuyo ordenamiento jurídico reclamaba exclusividad: el derecho romano y el *jus commune*, el derecho canónico y los fueros y costumbres locales,

620 *Eléments du droit naturel*. Lausanne, 1783, reimpresión de Vrin, 1981, première partie, cap. III, p. 15.

621 *Eléments...*, *op. cit.*, cap. IV, p. 20.

622 *Vid.*, entre otros, sobre este tema, a D’Amelio, G., *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milán, 1965, pp. 35 y ss.

tenían contados sus días. Los individuos independientes, una vez que habían decidido concluir el contrato social, no podían ‘soportar’ otro derecho que el expresamente pactado: porque, además de ser éste el único derecho ‘legítimo’ (término que introdujo Pufendorf en el sentido actual), toda manifestación de las *leges* adquirió un tinte negativo y represivo, según el esquema hobbesiano: el *ius naturale* es libertad natural, y toda *lex* es una realidad constrictiva (*lex constringit*, escribía Pufendorf), de modo que hablar de una ley natural es una ‘*contradictio in terminis*’. Consecuentemente, el derecho quedó reducido a las leyes, y en un segundo momento la ley, bajo la óptica de un nuevo concepto de racionalidad, fue concebida como el mandato de la voluntad dominante en la república.⁶²³

Ciertamente, contra esta afirmación puede alegarse que algunos autores, a los que ya he aludido, mantuvieron que el derecho natural marca el índice de la vigencia del derecho positivo, por lo que puede apreciarse que existe tanto una barrera ante la arbitrariedad del poder soberano como una concepción del derecho más amplia que la del simple imperativismo basado en la ley dictada por el poder político. Sin embargo, esta observación debe ser matizada si tenemos en cuenta que incluso en las obras de los iusnaturalistas que no fueron revolucionarios se encuentran las ideas suficientes, completas y sistematizadas, como para hacer de la ley positiva —entendida como la voluntad del poder— el criterio único que regula las acciones de los hombres en la sociedad. En este sentido, Heineccius, por ejemplo, proponía distinguir entre el criterio máximo informador del derecho natural (que es, según él, la voluntad de Dios) y la norma suprema del derecho humano. Explicaba, en este sentido, que el principio del derecho natural es un ‘principio filosófico’ que no sirve para explicar la obligación de obedecer *in rebus publicis*, de modo que el fundamento de uno y otro son diversos. Por ello, explicaba Heineccius, “el fundamento de la obligación que alcanza a todos los ciudadanos de una comunidad política es la voluntad suprema en la república, que es al mismo tiempo a la cual todos y cada uno deben ajustar sus acciones. Y si te preguntas ¿dónde puedes conocer y entender esa voluntad suprema?, todos te remi-

623 Indicaba Otto von Gierke que los autores medievales entendieron que el derecho era un “*judicium rationis, quod sit aliquid justum*”. Francisco Suárez desdobló las dos dimensiones del derecho, la racional y la imperativa. Pero en la filosofía jurídica posterior, todo el derecho fue reducido a ley imperativa, con la excepción de Leibniz: “*In der späteren Rechtsphilosophie wurde die Zurückführung alles Rechts auf den Willen und die Auffassung des natürlichen wie des positiven Gesetzes als reinen Befehls so gut wie allgemein*”. Cfr. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, reimpresión de Scientia de la 7ª ed. alemana (Aalen), 1981, p. 74, nota a pie.

tirán a las leyes”.⁶²⁴ De esta forma, el derecho natural y el positivo quedan separados porque ya no existe una *ratio* común a unos y otro que fundamente su racionalidad; el derecho natural queda como un simple límite extrínseco del derecho humano, como una barrera cuya legitimación no está clara, destinada a desaparecer cuando el derecho de origen humano alcance su máximo prestigio.

Esta separación entre los fundamentos de la vigencia del derecho natural y el derecho positivo encontró un punto de apoyo doctrinal en la consideración de este último como la voluntad del poder supremo en cada comunidad política; de este modo, cada autor asignó un fundamento al derecho natural (la voluntad de Dios, según Heineccius, el eudemonismo según Thomasius o Burlamaqui) y otro fundamento distinto para el derecho positivo. La idea de que ambos poseen un mismo y único fundamento, que consistiría en su íntima racionalidad, es ajena a estos autores, y ello se confirma cuando estudiamos la naturaleza de la norma positiva humana, que no es otra que un imperativismo ingenuo.

En este sentido, Heineccius explicaba que la república posee una sola voluntad, y que las leyes civiles no son sino los preceptos generales que proceden del gobernante supremo de cada comunidad política, es decir, de la voluntad de la república. Thomasius proponía una explicación similar sobre este tema, bastante más amplia: “En sentido estricto, la ley es el mandato de los que gobiernan, o de los dueños... Aún más estrictamente, se entiende que son los mandatos de quienes gobiernan en la república”.⁶²⁵ De forma consecuente con esta premisa, explicaba más adelante que el derecho positivo está constituido por normas que proceden de la voluntad humana, que sólo requieren, para ser derecho, de su publicación.⁶²⁶ Lógicamente, las consideraciones que se puedan hacer no tienen valor jurídico, por muy razonadas que sean, pues no proceden de la vo-

624 “*Nolim vero confundas normam actionum humanarum, et principiis Iuris Naturalis. Illa enim est principium, quod essendi vocant philosophi, quodque nobis principium obligationis est. Per hoc intelligimus cognoscendi principium, id est, propositionem quamdam, ex qua, ad quid obligati sumus, illico adpareat. Sunt haec in rebus publicis diversa. Nam principium obligationis, quae civibus reipublicae, est voluntas summae in qualibet reipublicae potestatis, eaque simul norma est, ad quam omnes et singuli actiones suas componere tenentur. At si quaeras, unde cognosci atque intelligi possit illa summae potestatis voluntas? ad leges te omnes remittent, eaque adeo unum et adaequatum erunt cognoscendi principium*”. Cfr. *Elementa...*, op. cit., l. I, LX.

625 Cfr. *Fundamenta...*, op. cit., cap. V, 3.

626 “*Unde ius duplex est, vel quod abstrahendo a voluntate omni humana habeo, vel quod ex lege humana vel pacto oritur... Secundum, a norma voluntatis humanae, vel etiam a iure humano*”. Cfr. *Fundamenta...*, op. cit., cap. V, & 11. Después, explica que “*Ius naturae cognoscitur ex rationatione animi tranquillii, ius positivum requirit revelationem et publicationem*”. Cfr. op. cit., cap. V, 29.

luntad del poder supremo, y escribe, en este sentido, que “*lex pro iussu sumitur, non doctoris, sed imperantis*”.⁶²⁷ Además de ser un imperativo, el derecho requiere, según Thomasius, de la coacción, pues en caso contrario no pasa de ser un simple consejo; una persona que aconseje comporta, según Thomasius, como un “*Pater, consiliarius sive Doctor*”, pero no dice nada que tenga relevancia “*in specie iustitiam sive iniustitiam*”.⁶²⁸ De esta forma, con Thomasius aparece el derecho en la teoría jurídica como una orden coactiva que tienen como finalidad procurar, por la fuerza, la felicidad de los ignorantes o *insapientes*. Por estas ideas Thomasius puede ser considerado como uno de los grandes teóricos, en el plano jurídico, del despotismo ilustrado.⁶²⁹ Una doctrina moral relativista deshacía las últimas dudas que pudieran quedar sobre la legitimidad del despotismo: el único fin del gobierno es hacer a todos, por la fuerza, felices.⁶³⁰

Desde esta doctrina de Thomasius, que tiene interés para nosotros en la medida en que nos manifiesta una mentalidad extendida en la época, a Burlamaqui le resultaba evidente que la ley (que para él era el derecho) es una regla perpetua y uniforme (en lo que se distingue de la simple orden) mandada u ordenada (y en esto se diferencia del consejo) por una ‘*puissance bienfaitante*’.⁶³¹

Pero donde apreciamos la más fuerte reducción del derecho a la ley es en la segunda mitad del siglo XVIII, en las ideas revolucionarias que desbordaron las páginas de Thomasius y Burlamaqui e impusieron el principio de que cada hombre, atendido el derecho natural, es dueño de sí mismo y de que, en consecuencia, el único derecho que está legitimado para violentar la libertad de cada hombre es aquel en cuya elaboración han tomado parte todos los ciudadanos. Nace, pues, la doctrina que fun-

627 *Idem, op. cit.*, cap. V, 35.

628 *Cfr. idem, op. cit.*, cap. V, 52.

629 El capítulo VII del libro VI contiene, en sus primeros 18 números, un fuerte alegato a favor del despotismo ilustrado. Divide continuamente a los hombres en *stulti* y “*sapientes*” y explica, en el marco de su pensamiento eudemonista, que los “*sapientes*” son los que deben gobernar “*quia eius dictata reddunt homines felicissimos*”.

630 El pensamiento de Thomasius acerca del último fundamento del orden moral es muy similar al de Hobbes, ya que relativiza las nociones del bien y del mal: “*In praxi quotidiana illa conscientia recta est, quae convenit cum iudicio plurium in societate vel eorum, qui alios eminent potentia. Unde facile contigit, quod conscientia recta in hac societate, habeatur pro erronea in altera*”. *Cfr. Fundamenta...*, *op. cit.*, cap. IV, 20. En este mismo capítulo, en el 87, llega a la conclusión de que, en última instancia, lo bueno es lo que permite hacer posible la paz interna, y lo malo es lo que perturba esta paz: “*Extrema bona sunt quae tendunt ad acquirendum pacem internam, extreme malae, quae turbant pacem externam*”.

631 *Eléments...*, *op. cit.*, cap. IV, p. 16.

damenta el derecho en la *volonté générale*, de la mano de las nuevas ideas acerca de la igualdad de todos los hombres.⁶³² Se trataba de una corriente de pensamiento, de inmediata influencia en la praxis política, que erige como dogma fundamental la libertad e igualdad de los hombres. Además de estos contenidos concretos del derecho natural, el iusnaturalismo revolucionario se apartó del derecho natural anterior en el hecho de que centró sus aspiraciones de reforma en hacer posible un procedimiento de creación de leyes que respondiera lo más plenamente posible a las ideas de igualdad y libertad. A este fin, los revolucionarios exigieron una legislación representativa que, por el simple hecho de tener tal nota, se adecuara a los intereses verdaderamente comunes. De esta forma, el derecho natural y el derecho positivo quedarían asumidos en una única realidad, es decir, en la ley emanada de un parlamento que encarna la *volonté générale*. Desde estos planteamientos se cerró el círculo que ya se apuntaba en el derecho natural anterior, y el derecho fue visto como una ley general que reuniera las condiciones indicadas. Así, desde el seno del pensamiento iusnaturalista surgió lo que después hemos llamado el “positivismo jurídico”.⁶³³ De la creencia en la libertad e igualdad de los hombres, que era la suprema exigencia iusnaturalista revolucionaria, surge la ley positiva que, en la medida en que es elaborada según un procedimiento representativo, se alza como criterio supremo para reconocer las exigencias del derecho natural. El derecho queda, pues, reducido a la ley positiva, y ésta es legítima en la medida en que responde a la voluntad general; las demás exigencias que se lanzaban al derecho en épocas anteriores han desaparecido, y el iusnaturalismo revolucionario se cierra en un voluntarismo que identifica razón y voluntad en beneficio de esta última.

C. La consideración de la ciencia jurídica en el iusnaturalismo ilustrado

Las causas que llevaron a la exaltación de la ley positiva fueron, como hemos visto, complejas, y este hecho aconseja matizar y distinguir

632 Una idea acerca de la enorme importancia que habían tomado en la segunda mitad del siglo XVIII las exigencias relativas a la igualdad de todos los ciudadanos, nos la proporciona Montesquieu, quien escribía: “Para la comprensión de los cuatro primeros libros de esta obra hay que tener presente: Primero que lo que llama *virtud* en la república es al amor a la patria, es decir, a la igualdad...”. Cfr. *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Madrid, s.f., p. 48.

633 Esta idea es desarrollada por M. Cattaneo siguiendo precedentes anteriores en *Iluminismo e legislazione, op. cit.*, pp. 24 y ss.

las razones por las que la ciencia jurídica, en tanto que instancia que introduce la racionalidad en el derecho, fue desechada. Veamos algunas de estas razones:

En primer lugar, estaba muy extendida la idea de que la ley, si era ‘clara, uniforme y precisa’,⁶³⁴ cumpliría inmediatamente la función de ordenar la vida social, al introducir claridad y simplicidad en las relaciones sociales; consecuentemente, la interpretación de las leyes debería quedar excluida,⁶³⁵ pues toda hermenéutica, con su inevitable multiplicidad de soluciones, deshace la claridad, uniformidad y precisión que debe exigirse a las leyes. La ciencia del derecho del Antiguo Régimen, con su multiplicidad de fuentes del derecho y su variedad de opiniones discordantes sobre un mismo tema, se oponía directamente a la idea ilustrada del derecho como un dictado claro y sencillo de la razón; por este motivo, en nombre de la claridad y de la sencillez, la ciencia del derecho fue expulsada del ámbito de lo jurídico.

Es preciso observar, además, que la forma de proceder propia de la ciencia jurídica, que gira siempre en torno a problemas concretos, con un método inevitablemente casuístico, agrava su oposición con las exigencias ilustradas. Efectivamente, la mentalidad dominante entre los ilustrados quiere situaciones abstractas y generales que regulen la vida social de forma precisa y ordenada, y esto es radicalmente opuesto al casuismo de los juristas, cuya falta de abstracción y de orden fue vista no solamente como obstáculo a la eficacia, sino como un defecto cultural y moral por su contraposición a la claridad propia de la razón.⁶³⁶

Pero en la Ilustración no sólo se rechazó la ciencia jurídica existente hasta la época, sino cualquier ciencia jurídica. Ciertamente, este juicio debe ser matizado según las diversas escuelas que se movieron dentro del pensamiento jurídico del siglo XVIII. La línea relativamente moderada representada por Heineccius, Burlamaqui, Filangeri, etcétera, posee algunos presupuestos para conceder aún una cierta función a la ciencia del derecho. Pero la corriente revolucionaria francesa, fundamentada en la literatura jusnaturalista alemana, mostró claramente su aversión hacia todo aquello que no fuera ley imperativa como única fuente del derecho. En

634 “*Que toute loi soit claire, uniforme et précise*”. Cfr. voz “Lois civiles et ecclésiastiques”, en *Dictionnaire Philosophique*, París, 1833, vol. IX, p. 71.

635 La prohibición de interpretar las leyes fue una exigencia extendida entre los ilustrados. Vid. sobre este tema a D’Amelio, G., *Iluminismo...*, op. cit., pp. 54 y ss.

636 Vid. sobre este problema a Corpacci, F., *Ideología e politica in Cesare Beccaria*, Milán, 1965, pp. 13 y ss., Cattaneo, *Iluminismo...*, cit., pp. 38 y ss.

este sentido, el problema radical de la ciencia jurídica estribaba en que ésta siempre se desarrolla mediante opiniones emitidas por personas privadas que, en su calidad de tales, no tienen más punto de apoyo o fundamento que su propia racionalidad según el conocimiento de las leyes y según su prudencia.

Pero sucede que el siglo XVIII, especialmente en el área francesa, fue muy sensible ante lo privado. En efecto, esta época marca un hito importante en la contraposición entre lo público y lo privado, ya que se tendió a pensar que lo privado es, por definición, una instancia parcial, atenta sólo a sus propios intereses; sólo la instancia pública representa las buenas intenciones, y ella es, consecuentemente, la única que está en condiciones de realizar la felicidad pública y garantizar el respeto a los derechos de todos. De forma consecuente con esta premisa, aquella persona que pretendiera imponer su opinión o su razón a los demás debe ser considerado, por decirlo con palabras de Diderot, como un enemigo del genero humano, pues no hay más fuente de la justicia o de la injusticia que la voluntad general.⁶³⁷ Y es que los ideales entonces revolucionarios de libertad e igualdad exigían que sólo fuera considerado derecho legítimo aquel que procede de la voluntad de todos, ya que nadie puede ostentar sobre los demás una racionalidad superior. El criterio supremo de la justicia, aquello a que “debe volverse el ciudadano para saber cómo deber ser hombre, ciudadano, súbdito, padre, hijo, y cuándo le conviene vivir o morir”,⁶³⁸ es en la ética que hizo posible la revolución, la voluntad de la mayoría, que conjuga la realidad y la idealidad del derecho. Así, pues, la razón, en el derecho, se reduce a la ley del Estado, y ésta es una voluntad inmotivada que se justifica y legitima por el hecho de decidir libremente, que es su principal derecho.

Estas son algunas de las ideas fundamentales que, en el campo del derecho, dominan en el siglo XVIII. Se trata, como hemos podido observar, de doctrinas distintas, a veces opuestas y casi siempre inacabadas. El autor que supo recogerlas y crear con ellas el cuerpo doctrinal que constituyó el ideario de la revolución fue J. J. Rousseau, mediante su *Du contrat social*.

637 Diderot, en el volumen V de la *Encyclopedie*, al tratar del derecho natural, desarrollaba estas ideas. Vid. Comanducci, P., *L'illuminismo giuridico*. Bologna, 1978, pp. 91-94.

638 Diderot, *op. cit.*, p. 92.

D. *Del iusnaturalismo al positivismo jurídico: J. J. Rousseau*

Rousseau publicó diversas obras, de distinta factura, con finalidades diferentes; en este sentido, su importancia no es menor para la pedagogía que para la historia del pensamiento jurídico. No voy a tratar de exponer el verdadero pensamiento de Rousseau; simplemente, voy a estudiar la obra suya que, trivializada y vulgarizada, constituyó de hecho el soporte doctrinal de las corrientes democráticas y revolucionarias que estallaron en Francia en 1789.

Desde el punto de vista de su forma de proceder, Rousseau representa la culminación de la escuela iusnaturalista. En efecto, la mayor libertad intelectual que reclamaban los humanistas del siglo XVI, que se concretó en el ‘humanismo jurídico’ de la misma época que introdujo un razonamiento nuevo, desligado parcialmente de la autoridad del derecho romano y de los juristas anteriores, se muestra en su plenitud en el siglo XVIII. El razonamiento de Vázquez de Menchaca o de Grocio, tímido aún, necesitaba como apoyaturas citas continuas de los clásicos latinos y, a veces, griegos, del derecho romano, etcétera. Lo mismo sucedía con Pufendorf, aunque éste mantuvo, como ya vimos, que lo que él exponía no se fundamentaba en la autoridad del derecho civil, sino que fluía de la razón natural. Esta razón aplicada al derecho, en la medida en que fue considerándose madura, prescindió de los cañamazos de los primeros iusnaturalistas y por este motivo fueron desapareciendo paulatinamente las remisiones al derecho romano, a los literatos clásicos o a las *Sagradas Escrituras*. La razón iusnaturalista en su madurez, tal como se muestra, por ejemplo, con Christian Wolff, descansa y se fundamenta sobre sí misma, en experiencias inconscientes, en ideales éticos inconfesados que se atribuyen a la naturaleza del hombre y en las leyes de su propia legalidad. Rousseau asume esta última actitud, y su razonamiento se basa en una razón ingenuamente segura de sí misma, que hace tabla rasa de la tradición. Por este hecho, al referirse a su rechazo de la esclavitud, el ginebrino escribía: “Estos principios no son los de Grocio; no están fundados en la autoridad de los poetas, sino que derivan de la naturaleza de las cosas y se fundamentan en la razón”.⁶³⁹

Los puntos de partida antropológicos de Rousseau en esta obra son simples. El hombre es un ser indigente que, para mantenerse, necesita

639 *Du contrat social ou principes du droit politique*, París, Gallimard, 1964, lib. I, cap. IV, p. 358 de esta edición.

unirse a los demás; no es, sin embargo, un ser que esté bien dotado para la cooperación social: su primera ley no es la de cuidar de los demás, sino velar por su propia conservación;⁶⁴⁰ aparece extremadamente celoso de sus intereses particulares, lo que le lleva al enfrentamiento con los demás, y esto determina que deba unirse en sociedad.⁶⁴¹ Así pues, el hombre es un ser egoísta, atento ante todo a su provecho propio, y esta tendencia no desaparece porque constituya una sociedad.⁶⁴² El egoísmo en la vida social dará origen a la hipocresía, pues los gobernantes y oradores políticos dirán muy a gusto que la fuerza del pueblo es la suya propia, que su principal interés es que el pueblo sea rico, numeroso; esto es mentira: su interés personal es que el pueblo sea débil, miserable, que no les pueda resistir jamás.⁶⁴³

Estos hombres, quizá por estas taras que les vienen dadas por naturaleza, han dado origen a una sociedad que es opuesta a los dictados de la razón, pues en ella no hay libertad: “*L’homme est ne libre, et par-tout il est dans les fers*”.⁶⁴⁴ El hecho de que la sociedad sea efectivamente así no quiere decir que deba ser de esta forma, pues el orden social actual no es un reflejo del orden natural, sino que se basa en convenciones humanas.⁶⁴⁵ Resultaba evidente, para Rousseau, que los pactos que han dado origen al orden social existente actualmente (referido al siglo XVIII) son antinaturales, pues han hecho perder la libertad al hombre, que es ante todo un ser libre, y como consecuencia de esta violación de los derechos naturales, los hombres han perdido su calidad de hombres, han renunciado a sus derechos y a sus deberes, han destruido la moralidad.⁶⁴⁶

Esta sociedad inmoral e inhumana debe ser revolucionada. En el pensamiento de Rousseau no es suficiente una actitud reformista o moralizante; ya hemos aludido a la naturaleza egoísta que el atribuye a los hom-

640 *Du contrat social...*, cit., I, I, cap. IV (360).

641 “... car si l’opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l’établissement des sociétés...” *Du contrat social...*, cit., I, II, cap. I (368).

642 Rousseau explicaba que en todo magistrado hay que distinguir la existencia de varias voluntades esencialmente diferentes. Una sería la voluntad del individuo, que tiende a su interés particular, otra es la voluntad del pueblo, o voluntad soberana, que tiende al interés general. *Cfr. idem*, I, III, cap. II (400-401).

643 *Cfr. idem*, I, III, cap. VI (409).

644 *Idem*, I, I, cap. (351).

645 “... l’ordre social est un ordre sacre, qui sert de base a tous les autres. Cepedant ce droit ne vient point de la nature; il est donc fondé sur des conventions”. *Cfr. idem*, I, I, cap. I (352).

646 *Renoncer à sa liberté c’est renoncer à sa qualité d’homme, aux droits de l’humanité, même à ses devoirs... Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l’homme, et c’est ôter toute moralité à ses actions que d’ôter toute liberté à sa volonté*. *Cfr. idem*, I, I, cap. IV (356).

bres y de la mano de este pensamiento, este autor desarrolla extensamente la idea de que las actitudes personales justas no bastan para cambiar la sociedad, porque la persona que proceda justamente, es decir, de acuerdo con la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas, se verá menospreciada pues, a falta de sanción positiva de la ley natural, él vivirá las exigencias de esta ley con todos, y nadie las vivirá con él.⁶⁴⁷ Se precisa, para cambiar la sociedad, no hombres justos, sino un ‘sistema’ social justo o, por decirlo con palabras de Rousseau, es preciso “*Trouver une forme d’association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution*”.⁶⁴⁸ La finalidad del sistema político que él propone “*se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l’égalité. La liberté, parce que toute dépendence particuliere est autant de force ôtée au corps de l’Etat; l’égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle*”.⁶⁴⁹ Las dos grandes exigencias revolucionarias, la libertad y la igualdad, quedan, pues, pretendidamente consagradas en el proyecto de convivencia que Rousseau formula.

¿Es posible una sociedad así, es decir, una sociedad en la que la igualdad esté al servicio y sea la causa fundamental de la libertad? Rousseau entiende que sí, y proporciona a este fin una larga explicación: las cláusulas del contrato social se reducen todas a una sola, a saber: la entrega total de cada asociado, con todos sus derechos, a la comunidad; de esta entrega total de todos a todos —cláusula fundamental cuya menor modificación volvería nulo el contrato— se deduce que las condiciones bajo las que se entra en sociedad son exactamente iguales para todos y, en consecuencia, nadie puede tener interés en hacerlas más onerosas para otros porque, en ese mismo momento, las volvería también más onerosas para sí mismo. La igual *philautia* es, pues, la ley fundamental y la garan-

647 “*Ce qui est bien et consomme à l’ordre est tel par la nature des choses et indépendamment des conventions humaines. Toute justice vient de Dieu, lui seul en est la source; mais si nous savions la recevoir de si haut nous n’auroins besoin ni de gouvernement ni de lois. Sans doute il est une justice universelle émanée de la raison seule; mais cette justice pour être admise entre nous doit être reciproque. A considerer humainement les choses, faute de sanction naturelle les loix de la justice sont vaines parmi les hommes; elles ne font que le bien du méchant et le mal du juste, quand celui-ci les observe avec tout le monde sans que personne les observe avec lui*”. Cfr. *idem*, I, II, cap. VI (378).

648 *Idem*, I, I cap. IV (360).

649 *Idem*, I, I cap. XI (391).

tía suprema de la salvaguarda de los derechos de cada uno. La libertad se conserva, además, en esta enajenación total porque cada hombre, al darse a todos, no se da en realidad a nadie, y como no hay un solo asociado sobre el cual no se adquirieran los mismos derechos que se le han cedido, cada cual gana todo lo que pierde, pero con la diferencia de que ahora, tras concluir el pacto social, recupera todo lo suyo con la fuerza civil y política suficiente para conservarlo eficazmente.⁶⁵⁰

Además de estas garantías, explica en el capítulo VII de este mismo libro del *Du contrat social* que cualquier ciudadano está seguro porque, al estar la multitud reunida en un solo cuerpo, no se puede ofender a un solo miembro sin atacar al mismo tiempo a todo el conjunto; tampoco el poder soberano puede atentar contra uno de los ciudadanos, pues el poder, al estar compuesto por los mismos ciudadanos, no puede tener ideas distintas a las de ellos mismos. Todo esto le lleva a concluir que “*Le souverain, par cela seul qu’il est, est toujours ce qu’il doit être*”.⁶⁵¹

Aunque Rousseau pretenda que la constitución misma del cuerpo político ideado por el salvaguarda la libertad de todos los ciudadanos, ésta es una argumentación excesivamente frágil como para gozar de credibilidad: de hecho, la premisa fundamental que garantizaría el ejercicio libre de todos los derechos —la entrega de todos a todos— es un postulado demasiado parecido al de Hobbes, autor bien conocido por Rousseau y toda su época, que llegaba a conclusiones opuestas a las que el ginebrino se había propuesto. Le era preciso, pues a Rousseau garantizar por otros caminos la bondad incondicional de las decisiones que tomara el poder. Este otro camino que emprende es el justificar la absoluta rectitud de la *volonté générale*.

Al llegar a este punto, la argumentación rousseauiana pierde diafanidad y se ve envuelta bruscamente en una niebla que sólo es explicable por lo que pudiéramos llamar la ‘mística de la voluntad general’. Efectivamente, Rousseau abandona aquí su procedimiento argumentativo habitual y persigue convencer al lector, con abundantes recursos retóricos y literarios, que la voluntad general es siempre ‘buena’. El tema era ciertamente difícil. Los iusnaturalistas anteriores de todas las épocas habían situado por encima del derecho de origen humano un orden de bondad elemental —el derecho natural— que debía penetrar toda creación humana; de esta forma, el derecho creado por los hombres tendría siempre un patrón para

650 *Idem*, l. I, cap. IV (360-361).

651 P. 363 de la ed. *cit*.

el contraste de su rectitud. Rousseau, en cambio, deja reducido el derecho natural fundamentalmente a la exigencia de la igualdad y libertad entre los hombres, y pretende construir un edificio jurídico-político que, al funcionar desde estas premisas determinadas, no pueda jamás cometer injusticia. Todo esto sabe a cosa increíble y nuestro autor, que no debía estar muy seguro de su argumentación anterior, afronta ahora la tarea de justificar la bondad incondicionada de la *volonté générale*. Veamos que indicaba Rousseau.

Parece lógico que la voluntad mayoritaria pueda cometer injusticias; una medida tomada contra la voluntad de los ciudadanos no es legítima, sin más, por estar avalada por los votos de la mayoría. Rousseau se enfrenta a este problema y escribe que la simple voluntad mayoritaria no forma la *volonté générale*; de hecho, la mera voluntad de la mayoría es lo que él llama la *volonté de tous*, que mira al interés particular de los votantes y que no es más que una suma de voluntades particulares.⁶⁵² La verdadera '*volonté générale*', en cambio, es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública.⁶⁵³ ¿Cuáles son los criterios para distinguir la *volonté de tous* de la verdadera *volonté générale*?

En el capítulo III del libro II del *Du contrat social* expone por primera vez el criterio fundamental que repetirá insistentemente: si despojamos a la '*volonté de tous*' de las diferencias de intereses particulares, que se autodestruyen, resulta la voluntad general; ésta es de este modo, y como repetidamente se ha puesto de manifiesto,⁶⁵⁴ una comunidad de intereses que surge del seno de los numerosos intereses particulares: aquello que todos estos tienen en común, eso sería la voluntad general. En este sentido, la formación correcta de tal voluntad supone, según explicaba Rousseau repetidas veces, que los ciudadanos, al deliberar, no tengan comunicación entre ellos, que no existan 'sociedades parciales' que conviertan a las decisiones en menos numerosas y a los resultados de las deliberaciones en 'menos generales'. Si una 'sociedad parcial' llega a ser tan grande que domina sobre las otras, entonces ya no puede haber voluntad general porque, en tal caso, los votos no se corresponden a los hombres y a sus intereses comunes, sino a los de tal sociedad o sociedades.⁶⁵⁵

652 Cfr. *idem*, I, II, cap. III (371).

653 *Idem*, I, II, cap. III (371); L-II, cap. IV (380).

654 Cfr. Welzel, H., *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Madrid, 1971, pp. 165 y 166.

655 *Du contrat social*..., *cit.*, L, II, cap. III (371).

¿Qué es lo que avala esta confianza ilimitada en la voluntad general? En Rousseau no es una fe inquebrantable en la rectitud de las decisiones de los votantes: “no se sigue de esto <del hecho de que la voluntad general es siempre recta> que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Siempre quiere su bien, pero no lo ve siempre: jamás se corrompe al pueblo, pero con frecuencia se le engaña”.⁶⁵⁶ Realmente lo que parece predominar en Rousseau es la creencia inmotivada de que la voluntad general, esté formada o aún no, es siempre algo bueno, con independencia de las voluntades empíricas que la han formado o la formarán. Así, el libro IV del *Du contrat social* se abre con un capítulo titulado: “Que la voluntad general es indestructible”. En él explica que la voluntad general es inalterable y pura, y que incluso cuando se vende el voto por dinero no se la corrompe, sino que sólo se la elude.⁶⁵⁷ Parece claro que la *volonté générale* a que aquí alude Rousseau no tiene nada que ver con la decisión fáctica tomada por los ciudadanos concretos; de hecho, la voluntad general aparece como algo superior y trascendente a los intereses de quienes integran la comunidad política. Esta impresión se refuerza por lo que expone más adelante, dentro de este mismo capítulo:

Cuando se propone una ley ante la asamblea del pueblo —escribe Rousseau— lo que se pide no es precisamente si ellos aprueban la proposición o la rechazan, sino si ella está conforme o no con la voluntad general... Cuando prevalece una opinión contraria a la mía, esto no prueba otra cosa sino que yo estaba equivocado, y lo que yo creía que era la voluntad general no lo era.⁶⁵⁸

Los votos, pues, no forman la ‘*volonté générale*’: sólo la reconocen, pues ésta ya existía. La misma desconfianza que existía en la tradición anterior sobre la capacidad de los hombres para conocer por sí mismos lo que es recto, se encuentra en Rousseau: “*De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n’est pas toujours éclairé*”.⁶⁵⁹

En Rousseau, pues, la sociedad no está por sí misma madura para determinar el bien. La sombra de desconfianza en la capacidad humana que

656 Cfr. *ibidem*.

657 Cfr. *idem*, p. 438 de la ed. cit.

658 *Idem*, p. 440 de la ed. cit.

659 *Idem*, I, II, cap. VI (380).

está en la base de toda doctrina del derecho natural se muestra con toda claridad en la obra del ginebrino; él explicaba, en efecto, que al pueblo “*Il faut lui faire voir les objets tels qu’ils sont, quelquefois tels qu’il doit lui paroître, lui montrer le bon chemin qu’elle (la volonté générale) cherche, le garantir de la séduction des volontés particulières*”.⁶⁶⁰ La instancia protectora que muestra al pueblo las cosas tal como realmente son (o tal como deben parecerle, por seguir las propias palabras de Rousseau), la que enseña a los ciudadanos el buen camino que les guía hacia la mística *volonté générale*, es el Estado. Parece evidente que Rousseau no confiaba en la capacidad de discernimiento de los votantes. Por ello escribía que “Los particulares ven el bien, pero lo rechazan; la instancia pública no lo ve, pero lo quiere. Todos tenemos necesidad de que nos guíen, pues es necesario obligar a los ciudadanos a conformar sus voluntades con la razón... y es así, con las luces que aporta el Estado, de lo que resulta la unión de la inteligencia con la voluntad general”.⁶⁶¹

Resulta palpable que la propuesta jurídico-política de Rousseau poco tiene que ver con el parlamentarismo. Efectivamente, en un primer momento, muestra cómo la *volonté générale* es cosa independiente de lo decidido en las votaciones: ya sabemos que tal voluntad es algo que preexiste al acto de votar, de modo que este último sólo la ‘desvela’. De ahí su pureza, su incorruptibilidad, su bondad incondicionada. Por ello, lo que deciden los ciudadanos poco o nada afecta a su sublimidad. En un segundo paso, nuestro autor, quizá consciente del hecho de que no ha proporcionado criterios que aseguren el efectivo y seguro desvelamiento de la voluntad general, propone recurrir a la decisión del Estado como la guía segura para discernir la verdadera voluntad general. A fin de cuentas, esto es lo único tangible: *Tous ont également besoin de guides* y, en consecuencia, el dictamen de la instancia pública es lo único que garantiza la pureza de la ‘*volonté générale*’. Toda la propuesta rousseauiana se reduce, en definitiva, a mirar al Estado como la estrella polar que debe guiar nuestras vidas. Quizá este juicio pueda parecer a alguno unilateral, excesivo; ciertamente, la riqueza literaria de Rousseau, su enorme capacidad de sugerir, suscita y, sobre todo, ha suscitado históricamente, tantas ilusiones, que llegar a este parco resultado parece desalentador. Pero una lectura de sus obras jurídico-políticas no nos lleva a otra conclusión.

660 *Ibidem*.

661 *Ibidem*.

3. *Un breve epílogo*

Esta síntesis sobre la escuela del derecho natural queda incompleta si no aludimos a Immanuel Kant. No es el momento, sin embargo, de ocuparnos de la doctrina jurídica del pensador prusiano. La razón de ello reside en que Kant, a diferencia de los autores a que he aludido en este estudio, presenta una complejidad que volvería ridículo el intento de dedicarle unas pocas líneas pretendiendo, con ellas, mostrar su inserción histórica en la evolución del pensamiento jurídico. Queda, pues, el problema kantiano para otro momento.

A vista de pájaro hemos visto tensiones, contradicciones, tanteos inacabados en la *iuris naturalis disciplina*. Una visión que no abarcara el conjunto sospecharía, incluso, abismos insalvables entre sus integrantes; en este sentido, en algunas áreas culturales se identifica el iusnaturalismo con la apoyatura teórica del despotismo monárquico de la Edad Moderna. Se pueden hacer muchas matizaciones, y posiblemente todas sean acertadas. Pero si prescindimos de lo accidental, de lo que dictaban tanto la moda intelectual con las exigencias político-sociales de cada momento, podemos apreciar una continuidad fundamental desde Fernando Vázquez de Menchaca hasta Kant. En efecto, lo que constituyó a esta escuela como tal, es decir, lo que dio a sus integrantes la conciencia de ser iusnaturalistas y no juristas del *ius commune*, o filósofos tradicionales, fueron varias exigencias que han quedado expuestas. Pensemos en su rechazo total de toda la tradición anterior al siglo XVI, en sus insultos —ésta es la palabra adecuada— contra los que pretendieron continuidad con la jurisprudencia anterior.

¿Qué quedó? Ellos partieron de hombres libres e iguales que pactan y que, pactando libremente, crean la sociedad, el Estado, la propiedad, los regímenes políticos... todo, en una palabra. Cuando la fe en el pacto se debilitó, cosa que ya sucedió en la segunda mitad del siglo XVIII, porque sabía a cosa increíble que tales pactos hubieran podido ser reales, los iusnaturalistas recurrieron agónicamente a declarar que el pacto, ya que irreal, era y debía ser una idea regulativa de razón para moldear la convivencia; en el *Gemeinspruch* de Kant encontramos la mejor defensa de este último extremo. Pero ya eran coletazos de un cuerpo moribundo. ¿Cómo se puede tomar como idea regulativa algo que es manifiestamente falso?, argumentaban algunos alemanes poco después de Kant.⁶⁶²

662 Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993, pp. 26-31.

A finales de la Edad Moderna la *iuris naturalis disciplina* había cumplido su misión fundamental, a saber: la destrucción de la ciencia jurídica. El iusnaturalismo arrasó —en las varias acepciones de esta palabra— la cultura jurídica europea, sin encontrar oposición apreciable.⁶⁶³ Por ello, la Edad Contemporánea se indica con la herencia dejada por el derecho natural.

¿Qué quedó? preguntaba líneas arriba. A finales del siglo XVIII desapareció el prestigio del iusnaturalismo y, con él, la construcción teórica de la convivencia basada en pactos entre hombres iguales. La ciencia jurídica, en este momento, resucita tímidamente, pero ahora como una sirvienta del legislador estatal: ordenación, aclaración de conceptos contenidos en las leyes emanadas del Estado. Lógicamente, su función precisa en cualquier época —es decir, introducir racionalidad en la vida social al dirimir conflictos—, no era posible; después de dos siglos de predominio universitario del *ius naturale*, al estudioso del derecho le faltaban criterios humanos, morales, o como queramos llamarlos, para orientar la convivencia.

Quedó el Estado, apoyado por la policía y el ejército, y éste era el único dato ‘real’. Más allá de él, todo pareció una quimera propia de filó-

663 La “escuela del derecho natural” no prosperó en los países unidos bajo la Corona inglesa. Hobbes y Locke han tenido, desde luego, una importancia excepcional para el desarrollo de esta escuela; pero ya he indicado que las aportaciones de los ingleses han sido tan decisivas como breves. Porque la enorme mayoría de los moralistas y juristas ingleses no admitió el “jusnaturalismo” moderno. Lord Shaftesbury, por ejemplo, no admitió el empeño secularizador de este movimiento: por esta razón ideó la tesis del *moral sense* (en un sentido más próximo a Malebranche que no a Tomás de Aquino) y sentó, ante todo, que los hombres valoramos *naturalmente*: “*The Mind, which is spectator or Auditor of ‘other Minds’, cannot be without its ‘Eye’ and ‘Ear’; so as discern Proportion, distinguish Sound, and scan each Sentiment or Thought that comes before it*”. Cfr. “An Inquiry concerning Virtue and Merit”, *Characteristics of Men, Manners, Opinions, Times*, vol. II (1711), reimpresión de G. Olms (Hildesheim-New York), 1978, p. 30. Por esta causa y no por otra cosa, afirma Shaftesbury, el hombre “*is capable of having a ‘Sense of Right and Wrong’*”. Cfr. *op. cit.*, p. 31. Adam Smith se opuso al postulado del “contrato social”. Vid. *Lectures on Jurisprudence*, Oxford, 1978, p. 207. Adam Ferguson siempre exigió partir, en la consideración universitaria “de cada ente activo desde el punto de vista de su comportamiento en la situación en la cual se forma, no desde la apariencia cuando se le someta a una circunstancia anormal o forzada”. Cfr. *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, ed. cit., p. 6. Él entiende que todas las conductas del hombre son igualmente *naturales*: “pero empleado para especificar una conducta que procede de la naturaleza del hombre, no sirve para distinguir nada, pues todas las acciones humanas son igualmente el resultado de su naturaleza”. Cfr. *op. cit.*, p. 13. David Fordyce parte, polémicamente, desde la tesis de la sociabilidad natural al hombre. Vid. *The Elements of Moral Philosophy*, cit., p. 193. Lord Kames hizo lo mismo que Fordyce. Vid. sus *Essays on the principles of morality...*, *op. cit.*, p. 12. En la página 23 de esta obra denuncia las arbitrariedades que han llevado a que existan varios sistemas distintos del derecho natural. John Austin denunció como falsos los *rights of man*, o las *unalienable liberties*, etc. Vid. *Lectures on Jurisprudence...*, *op. cit.*, vol. I, p. 199. Igualmente, se opuso en todo momento a considerar una especie de libertad genérica anterior a cualquier regulación jurídica. Vid. *op. cit.*, vol. I, pp. 273-275.

sofos, y llamar filósofo a un universitario alemán era, hacia 1830, un insulto, tal como muestran tantos testimonios. Una lectura de las introducciones de los principales tratados de derecho, público o privado, que se publican entre 1800 y 1840 nos muestra, a veces con claridad chocante, la reducción precisa del derecho a la fuerza del Estado. Se trataba de una fuerza que se legitimaba por su propia existencia, y poco importaba que el régimen político concreto fuera monárquico-autoritario o más o menos liberal, por más que una turbamulta de discípulos de Kant pretendieran, en un ambiente de descrédito creciente, rehabilitar o mantener los postulados básicos del derecho natural referentes a la igualdad entre los hombres.

Todo esto, expuesto en un pretendidamente breve epílogo, es muy complejo, y no es cuestión de caer en el simplismo, mucho menos en un simplismo moralizante. Por esto, es aconsejable poner aquí el punto final a esta presentación del pensamiento jurídico-político de la modernidad.

II. SAMUEL PUFENDORF Y LA TEORÍA DE LA 'CUALIDAD MORAL'

Hugo Grocio fue un autor de transición que preparó el terreno, con sus estados de naturaleza y pactos sociales, a la nueva mentalidad racionalista y ya plenamente moderna que irrumpe con nitidez de la mano de Samuel Pufendorf. Los supuestos cardinales de la ética y de la jurisprudencia moderna ya los había puesto Fernando Vázquez de Menchaca, pero quedaban aristas por limar para que la figura del individuo aislado, independiente y autónomo se erigiera en el punto sistemático de referencia de toda posible construcción jurídica. Ante todo era necesario prescindir del método casuístico que aún conservan los escritos de Vázquez, porque la modernidad reclamaba el sistema. Fue mérito de Grocio hacer una obra ordenada (ya que no sistemática) desde diversos supuestos. Dando un paso más, era preciso romper definitivamente con la *jurisprudencia* romanista. Grocio no se atrevió a tanto: su *De iure belli ac pacis* está plagado de citas que, como las de los escolásticos españoles del siglo XVI, eran aún excesivamente deudores de la ciencia jurídica prudencial. Y, finalmente, era necesario que la figura del sujeto aislado, independiente, que únicamente cuenta con su voluntad, fuera erigida en el único esquema heurístico posible para la comprensión de la vida práctica humana. Estas dos últimas tareas correspondieron a Pufendorf históricamente, porque aunque Grocio parte a veces desde el individuo aislado en el '*status natu-*

rae’, el holandés suele remitirse a *quod accidere potest* (de forma pretendidamente histórica) y tal individuo así diseñado no cumple de hecho una función normativa en sus teorías.

1. Para leer a Pufendorf

Pufendorf parece consciente de que está proponiendo un fuerte cambio en la consideración de la ciencia del derecho. A diferencia de los teóricos anteriores, que solían indicar taxativamente que “el derecho se entiende como...”, él comienza indicando que “La palabra derecho es bastante ambigua”.⁶⁶⁴ El problema comienza, indica este autor, porque se le entiende equivocadamente como la ley, o como el complejo de las leyes que es sistemático y homogéneo, o por la sentencia dictada por el juez.⁶⁶⁵ Ninguna de estas significaciones se adecua al derecho porque él pretende considerar al hombre y a su vida ‘naturalmente’. Este adverbio nos introduce en la médula de la nueva ciencia del derecho, en sus postulados metódicos más básicos y determinantes: “*Per natura, id est, remota omni lege*”,⁶⁶⁶ como indica al comentar a Hobbes, al único autor al que él realmente tiene en cuenta y con quien discute efectivamente y de modo prácticamente exclusivo a lo largo de su extensa obra. No cuentan ‘las cosas’ en la consideración *natural* del hombre, como veremos. Como cada individuo sólo se posee a sí mismo y como él es una mónada de voluntad o arbitrio, hay que prescindir de todas las posibles leyes, si es que se pretende hacer derecho natural.

Es preciso no dejarse dominar por la capacidad persuasiva de este alemán. Por ejemplo, una vez que ha establecido que la sociabilidad es el principio supremo del derecho natural, y que esta sociabilidad nos la ha infundido contingente Dios a los hombres, mantiene una noción de ley o derecho natural que poco se diferencia de la de tradición estoica-cristiana: “Bastantes convienen en que el derecho natural fluye desde la misma razón del hombre, de la cual surgen un dictamen recto... y así dicen las *Sagradas Escrituras* que la ley natural habla porque está inscrita en el cora-

664 “*Iuris vocabulum valde est ambiguum*”. Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*, ed. de Frankfurt y Leipzig de 1759, reimpresión de la editorial Minerva (Frankfurt/M) de 1967, I, I, cap. XX, 20, p. 20 de esta edición.

665 “*Praeter illas significaciones, quibus usurpatur pro lege, et complexu seu Systemata legum homogenearum, ut pro sententia a iudice pronunciata*”. Cfr. *ibidem*.

666 *De iure...*, cit., I, I, cap. 6, 19, p. 95.

zón de los hombres”.⁶⁶⁷ Por eso entendemos —prosigue Pufendorf— que la ley natural es congénita a los hombres desde su nacimiento, y que los principios generales están como impresos, al modo de distinciones y proposiciones actuales <de vigencia actual>, de forma que el hombre puede conocerlos sin ulterior información o mediación.⁶⁶⁸ Más adelante remacha esta última idea cuando indica que “es evidente que estos principios no sólo han de ser necesarios y verdaderos, sino también propios y como domésticos de esta disciplina, de modo que el ánimo, a causa de su certeza, los admita plácidamente sin más pruebas”.⁶⁶⁹ Expresándose así parece que estamos otra vez ante los *prima principia communia et indemonstrabilia* de la ciencia jurídica medieval, esos *principia* que se conocían *absque ratiocinatione*. Anteriormente ha establecido la doctrina más o menos oficial acerca de los *entia moralia*, con la que Welzel entiende que Pufendorf intenta oponerse al mecanicismo social de Hobbes. En efecto, al comienzo de este tratado ha dejado establecido que tales ‘entes’ son los mandatos que Dios ha dirigido a los hombres para que éstos compongan su vida de forma ordenada y honesta y se diferencien así de los animales.⁶⁷⁰

En esta primera versión de los *entia moralia* Pufendorf insiste en desvincularlos de la realidad ontológica humana. Por ello, recaba que no son ‘cosas, sino ‘modos’ o *modi* que no provienen de los principios extrínsecos de las sustancias de las cosas, según su terminología; que son realidades ya existentes que se ‘sobreañaden’ al arbitrio de los seres inteligentes gracias a una voluntad superior.⁶⁷¹ Está algo preocupado porque es cons-

667 “*In eo plerique conveniunt, ius naturale ex ipsa hominis ratione eruendum, idemque adeo ex istius recte habendi dictamine profluere... quo nomine etiam Sacra Litterae eandem cordibus hominum inscriptam pronuntiant*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, II, cap. III, 13, p. 196.

668 “*Quam ad rem tamen vix necessarium arbitramur praefecte contendere, animis hominum ab ipsa nativitate congenita, et velut impressa esse iuris naturalis saltem generalia praecepta, ad modum distinctarum, et actualium propositionum, quae statim atque usus sermonis accesserit, citra ulteriorem informationem aut mediationem abs homini possit exprimi*”. Cfr. *ibidem*.

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

670 “*Nobis illud iam est dispiciendum, quomodo ad dirigendos voluntatis potissimum actus certum attributi genus rebus et motibus hominum naturalibus sit superimpositum, ex quo peculiaris quaedam convenientia in actionibus humanis resultant, et insignis quidem decor atque ordo vitam hominum exoneret. Et ista attributa vocantur Entia Moralitatis, quod ad ista exiguntur, et iisdem temperantur modo actionesque hominum, quo diversum ab horrida brutorum simplicitate habitum faciemque induant*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. I, 2, p. 5.

671 “*Exinde commodissime videtur entia moralia posse definire, quod sint modi quidem; rebus*

ciente, o así lo parece, de que está cortando definitivamente con la jurisprudencia existente hasta entonces. Esta jurisprudencia partía desde la consideración de la justicia como un *medium rei*, tema al que Tomás de Aquino dedica una *quaestio* entera. A Pufendorf le sobra la palabra ‘rei’, que indica que la justicia o la ciencia jurídica es cuestión de las cosas, ‘real’, no personal; y precisamente él quiere establecer nítidamente, por primera vez en la historia, que la justicia es cuestión estrictamente ‘personal’ porque estamos ante cualidades morales de las *personas* y no ante la consideración y medición de lo que reclaman ‘las cosas’. Por esta razón escribe que el derecho no se ocupa de las cosas: “*Res, quatenus sub obiectum iuris, in censum entium moralium proprie referemus, opus non videtur*”.⁶⁷² El derecho se compone, pues, de cualidades morales que son propias de las ‘personas’.

2. Persona y libertad

Acuña definitivamente la expresión ‘persona’ para indicar el individuo aislado e independiente o libre. Entendí encontrar el origen de la expresión persona o ‘persona jurídica’, en el sentido específicamente moderno, en la obra kantiana,⁶⁷³ pero lo cierto es que también en este tema, Pufendorf se adelanta en más de un siglo a Immanuel Kant.

Los comienzos de su explicación son ambiguos: “Los entes morales, que los concebimos al modo de substancias, se dicen que constituyen personas morales”.⁶⁷⁴ La noción más antigua de persona entendía que esta figura constituía una especie de ‘*munus publicum*’ o dimensión necesaria de cada hombre, estereotipada. Pufendorf se enfrenta directamente a este tema: cada persona moral es un hombre singular en tanto que está vinculado en un sistema por un vínculo moral, de forma que se le considere en

aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum... Porro uti modus originarius producendi entia physica est creatis; ita modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possis exprimere, quam per vocabulum impositionis. Scilicet quia illa non ex principiis intrinsicis substantiae rerum proveniunt, sed rebus iam existentibus et physice perfectis, eorundem effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, absque unice per eorundem determinationum existentiam nanciscuntur”. *Cfr. De iure...*, cit., L.I, cap. I, 3 y 4, pp. 5 y 6 de esta edición.

⁶⁷² *De iure...*, cit., l. I, cap. I, 16, p. 16.

⁶⁷³ *Vid.* “La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la ‘persona jurídica’”, *Anuario de Filosofía del Derecho IV* (1987), pp. 477-522.

⁶⁷⁴ “*Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur personae morales*”. *Cfr. De iure...*, cit., l. I, cap. I, 12, p. 12.

su *status* o *munus*.⁶⁷⁵ Pero en el párrafo 15 de este capítulo rompe con cierta brusquedad con esta consideración de la noción de persona y explica que “Pero, en realidad, las *verdaderas* personas morales que produce cualquier imposición son libres (*ita est libera*)”.⁶⁷⁶ Efectivamente, la ‘persona’ es aquel ser dotado de arbitrio indeterminable sobre sus acciones que no reconoce superior.⁶⁷⁷

Esta persona así concebida goza de una libertad, de una especie de cerco o coto de libertad que ha de ser entendida *ad analogiam spatii*, como una facultad de hacer al modo de una ‘cualidad activa’.⁶⁷⁸ Es lógico que los últimos iusnaturalistas, kantianos, hablaran de ‘esferas de libertad’, *Freiheitssphären* para referirse a la cualidad moral fundamental que es propia del ser humano.⁶⁷⁹ El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica. El primer autor que explicó convincentemente esta tesis dentro del marco de ideas del *iusnaturalismo* de la Edad Moderna fue Brückner a comienzos del siglo XIX, quien entendía que la realidad humana estaba constituida, ante todo, por una *lex permissiva originaria*. Pufendorf prevé esta posibilidad y explica “si queremos hablar con propiedad, este efecto no resulta exactamente de la permisión de la ley, sino de la propia libertad de cada uno. Porque allí donde la ley no me pone ningún impedimento, en ese punto gozo de libertad, y el primer efecto de esto es que nadie puede turbarme...”.⁶⁸⁰ Cada sujeto tiene bien asegurada esta esfera de libertad, porque esta *cualidad* originaria es “*maxime velut diffusiva sui*”,⁶⁸¹ y está de tal modo unida a la *persona* que a nadie le es lícito determinar los actos de otro.⁶⁸²

675 “*dicuntur personae morales, quae sunt homines singuli, aut per vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere, in quo vita communi versantur*”. Cfr. *ibidem*.

676 “*Ast veras personas morales quae produit impositio haudquicquam ita est libera*”.

677 “*sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore proveniens*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, cap. I, 19, p. 20.

678 “*Sic v. gr. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. I, 11, p. 11.

679 Vid. Carpintero, F., *La cabeza de Jano*, cit., pp. 103 y ss.

680 “*Enimvero si accurate velimus loqui, neque iste effectus proprie ex permissione legis resultat, sed ex propria cuiusque libertate. Circa quae enim lex mihi impedimentum non ponit, circa eadem libertate gaudeo; cuius hic praecipue est effectus, ut ne quis mihi innoxium eiusdem exercitium turber*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. IV, 15, p. 107.

681 “*Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. I, 19, p. 19.

682 “*Quaedam enim potestates ita arcte cum persona sunt coniunctae, ut earum actus per alium recte exerceri omnino nequeant*”. Cfr. *ibidem*.

3. *El derecho como cualidad moral*

El hombre posee unas “cualidades morales operativas” que, caso de ser activas, pueden ser llamadas *ius, potestas et obligatio*.⁶⁸³ La *potestas* es aquel <modo> por el que alguien “legítimamente y con efecto moral” puede actuar.⁶⁸⁴ Pufendorf introduce la palabra ‘legítimo’, que no encuentro en autores anteriores. No es extraño que recurra a este recurso porque él mismo dedica bastante espacio a rebatir lo que se solía llamar la medición objetiva o real de la justicia; falto de un título o causa jurídico concreto, el hombre sólo puede actuar porque está ‘legitimado’ *naturalmente*. Consecuentemente, la potestad sobre la propia persona y los propios actos se llama ‘libertad’, aunque encuentra reticencias él mismo para usar este término (el de libertad) por las ambigüedades a que se presta.⁶⁸⁵ Y tal libertad no puede ser entendida como “un principio dividido de aquel al cual se le atribuye, sino como una facultad de disponer de sí mismo y de sus actos según su propio arbitrio”.⁶⁸⁶

Tenemos, de este modo, como una tríada inicial que irá indisolublemente ligada a la sustancia misma del pensamiento jurídico moderno: la noción de cualidad moral activa, a la que se añade la de expansión *ad analogiam spatii* dando lugar a la representación geométrica de una ‘esfera de libertad’, y que es completada por la negación de la doctrina tradicional de la causa o título; en su lugar entra el término *legítimo*, con todos sus derivados adverbiales. Esta cualidad moral activa no la entiende al modo de un ‘derecho moral’ contemporáneo: más bien entiende que es un derecho ya adquirido.⁶⁸⁷ El derecho o *ius* es, pues, en su sentido más exacto, una cualidad activa que permite exigir algo de otro.⁶⁸⁸ Postula que sólo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada (¿desde qué instancia, tratándose del derecho natural?) de

683 “*Operativae qualitates morales sunt activae vel pasivae. Illarum nobilissimae species sunt potestas, ius et obligatio*”. Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. I, 19, p. 19.

684 “*Potestas est, quae quis legitime, et cum effectu morali agere potest*”. Cfr. *ibidem*.

685 “*Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum)*”. Cfr. *ibidem*.

686 “*Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda... sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi*”. Cfr. *ibidem*, p. 20.

687 “*Ius autem proprie et perspicue indicat, recte eum fuisse acquisitum, et recte iam obtineri...*”. Cfr. *ibidem*.

688 “*Referimus autem ius ad qualitates activas eo respectu, quod propter illud aliquid ab altero possit exigi*”. Cfr. *ibidem*.

coercibilidad.⁶⁸⁹ No es extraño que bastante más adelante mantenga que el derecho natural no posee carácter jurídico.

Planteadas así las cosas, la noción de ‘ley’ no encuentra acomodo en su explicación sobre el derecho natural. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades, la expresión ley natural es una *contradictio in terminis*. “El término derecho significa frecuentemente lo mismo que ley, especialmente cuando se lo entiende como el conjunto de las leyes; ten cuidado, no vayas a entenderlo así por ley, como cuando la ley divina ordena hacer algo: entonces no se puede hablar de derecho, sino de precepto de la ley divina”.⁶⁹⁰ Porque “el uso del habla” nos lleva a entender que sólo puede ser derecho, *ius*, una facultad de hacer (*ius agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad.⁶⁹¹ “En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural”.⁶⁹² Es lógico que explique bastante más adelante, ya en el libro segundo de esta obra, que la expresión ley natural es inadecuada⁶⁹³ cuando nos queremos referir a un ‘*modus agendi*’; porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran “con derecho”.⁶⁹⁴

La ley nada tiene que ver con el derecho, aunque hablemos de la ley natural como fundamento de nuestra actuación. Introduciéndose en cuestiones más propias de la teología, Pufendorf explica sobre este tema que la naturaleza no nos presta (a través de sus leyes) como una fuerza para actuar. Si consideramos a las cosas creadas y a los seres racionales como ‘contradistintos’ (*contradistinctae*) de Dios, la naturaleza ‘no es activa’, porque el hombre no puede recibir la capacidad para obrar desde las leyes

689 “*Tertia secundum quam nos alterum vel invitum ad quid exhibendum possumus adigere, et ipse idem plene est obligatus ex lege aliqua poenam definitam dictitante*”. Cfr. *ibidem*.

690 “*Denique iuris vocabulum uti cum lege saepe idem significat, ubi cum primis pro complexu legum ponitur; ita cavendum, ne pro lege id accipiamus, quando hoc vel illud lege divina faciendi ius esse dicitur, putemus, idem lege divina praeceptum...*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. VI, 3, p. 89.

691 “*inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interdicuntur, ex illa lege eadem agendi ius esse dicitur, igitur in hoc quidem significatu ius ad libertatem pertinet*”. Cfr. *ibidem*.

692 “*lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur*”. Cfr. *ibidem*.

693 “*Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando notat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: Sic et impropria potentia et modus agendi*”. Cfr. I, II, cap. II, 2, p. 156.

694 “*Sic et impropria potentia et modus agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspiciuntur, iuris nomine vocatur. Nam proprie illum duntaxat ius ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit*”. Cfr. *ibidem*.

de la naturaleza.⁶⁹⁵ La naturaleza está ‘determinada’ por estas leyes y desde ella no puede surgir ninguna potestad o *ius*: es algo esencialmente pasivo. Un pensamiento en la línea de Viète o Galileo, que introduce de pleno en la teoría del derecho natural y de la justicia la visión mecanicista del universo propia de la modernidad. La naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas, y el derecho, por el contrario, sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas. Lo único ‘natural’ al hombre, en el plano propiamente humano, sería su libertad originaria.

4. La medición de la justicia y el voluntarismo

Desde la persona surgen las cualidades morales, esto es, las potestades, facultades o derechos. El derecho es, pues, una ‘condición de la persona’, no una vertiente que presente la realidad. Hemos visto que, coherentemente con esta tesis, Pufendorf explica que ‘las cosas’ son ajenas al arte jurídico. Pero el problema inmediato que presenta el derecho entendido como una condición de la persona, como un conjunto de cualidades morales de libertad que fluyen desde un ser indeterminable heterónomamente, estriba en que la persona es inconmensurable: no hay criterios para medir lo que se le debe a cada cual una vez que se han perdido de vista ‘las cosas’.

Pufendorf, consciente del cambio que él está introduciendo, aborda este tema. En un primer momento, en el capítulo 1 del libro I, ya explica a sus lectores que la ‘cantidad moral’ no se calcula matemáticamente.⁶⁹⁶ Es necesario recurrir a otras consideraciones, a “otro género de cantidad que es distinto de la cantidad física o matemática”; esta nueva forma de medir que él propone la llama “cantidad desde la imposición” (del mandato del superior), que surge por la determinación de la potencia racio-

695 “*Sed si per naturam intelligimur universitas rerum creatorum, Deo contradistincta, tunc negamus, potentiam naturae esse ipsius Dei potentiam, et illam cum haec eaque late patere... Sed et proprie naturaliter determinatae illae res sunt, agentibus liberis contradistinctae: eoque homines circa actiones, quarum directio penes ipsos est, non a natura, sed a lege ad certi quid determinati sunt; et inde non statui illis ius ad agendum competit, quod intra vires naturae ipsorum est*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, II, cap. 2, 2, p. 157.

696 “*Iam pauca quoque subnectenda de modis aestimativis seu quantitativis moralibus. Adparet enim, in vita communi personas et res aestimari non tantum secundum extensionem substantiae physicae, aut quantitate motus, et quantitate physicarum, prout considerantur tanquam aliquid ex principiis naturalibus resultans*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. I, 22, p. 21.

nal.⁶⁹⁷ Realmente, no ha explicado gran cosa, pero al menos posee el mérito de la honradez: no ha soslayado el tema de la medición del *medium rei* y ha declarado que es preciso seguir otro tipo de medición. Es algo más explícito más adelante, cuando explica que la ‘cantidad moral’ posee una naturaleza distinta a la cantidad física, porque ésta es algo natural, y por ello es también inmutable y perpetua.⁶⁹⁸

Pero las cantidades morales provienen de la imposición y de la estimación de seres inteligentes y libres, cuyo juicio y *placitum* no cae bajo la medida física, sino que conciben y determinan la cantidad como cosa suya, de modo que no pueden ser revocados <sus juicios> por una medida similar,⁶⁹⁹ sino que retienen esa como libertad y laxitud que poseían en su origen.⁷⁰⁰

Es preciso subrayar el *placitum* de cada cual en la determinación de la cantidad de derecho, porque “esta determinación tan precisa no proviene tanto de las mismas cosas o de las circunstancias del momento como de la imposición y del arbitrio<*placitum*> de los hombres”.⁷⁰¹

El problema le preocupa, ciertamente: debía ser consciente de que estaba atacando la garganta de la *jurisprudencia* existente. Quizá por esta razón dedica todo el capítulo VIII del libro I a tratar este tema, negando la posibilidad de una medición objetiva de la justicia. El argumento que está en la base de su argumentación es claro: la cantidad moral proviene exclusivamente de la coincidencia o congruencia de la conducta del hombre con lo dispuesto en la ley, *porque no existe ninguna medida*.⁷⁰²

De este modo la actividad específicamente prudencial desaparece en Pufendorf. No existe cálculo de la medida: sólo hay normas o leyes, que supone preexistentes a la actuación concreta, y únicamente cabe pregun-

697 “*sed et secundum aliud quantitatis genus, et diversum a quantitate tam physica quam mathematica; quae quantitas ex impositione, et determinatione potentiae rationalis oritur*”. Cfr. *ibidem*.

698 “*Cuius ratio dependet a diversa natura quantitatis physicae, et moralis... Ac sunt praeterea quantitates istae aliquid naturale, eoque inmotum et perpetuum*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. II, 10, p. 35.

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

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

701 “*ista tamen tan praecisa determinatio non tam ex ipsis rebus, aut tempora momentis, quam ex impositione et placito hominum provenit*”. Cfr. *loc. cit.*, p. 36.

702 “*cum ipsa bonitas in coincidentia seu congruentia cum lege consistat, cuius nulla esse mensura intelligitur*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. VIII, 1.

tarse por la adecuación de nuestra conducta a esas normas. El peso de la argumentación jurídica se desplaza simplemente al conocimiento de las leyes. “Es necesaria aquella acción que es obligatoria según la ley o el mandato del justo superior. En esto consiste la necesidad de las acciones morales”.⁷⁰³ El único criterio de la bondad o maldad de los actos es la congruencia con la norma del superior: “Decimos que es moralmente buena la acción que es congruente con la ley; mala, la que discrepa de ella. Es decir, la razón formal de la bondad o maldad de las acciones consiste en el hábito o en la relación determinativa a la norma directiva que llamamos ley”.⁷⁰⁴

Puede mantener esta actitud tan voluntarista y legalista porque ha llevado su nominalismo al extremo. Al parecer, no reconoce la existencia de ‘las cosas’: sólo aprecia signos. Explica en este sentido que hay que proceder desde las cosas conocidas a las desconocidas, y desde lo que es congruente <con la ley> hasta lo que no parece congruente. Las nociones universales se forman desde las singulares, y así llegan a ser ‘abstractas’. Así obtenemos signos que nos permiten comunicarnos y comparar las medidas y los pesos morales.⁷⁰⁵ Obviamente, si los hombres únicamente disponemos de signos y de nociones abstractas, no es posible una medida objetiva. La realidad se disuelve en esos signos y sólo queda la voluntad expresable a través de ellos.⁷⁰⁶ De modo parecido al de Guillermo de Ockham, Pufendorf sostiene que, si Dios quisiera, se le daría culto mediante las blasfemias y el desprecio, tal como mantuvo —según él mismo cita— Fernando Vázquez de Menchaca en las *Controversias ilustres*, libro I, capítulo 27, parágrafos 9 y siguientes.⁷⁰⁷

703 “*Actio necessaria est, quam ex lege aut iustis superioris omnino facere tenetur ius, cui ea lex aut iussum fuit datus. In hoc enim consistit haecce actionum moralium*”. Cfr. *De iure...*, cit., I, I, cap. VII, 2, p. 112.

704 “*Actionem bonam moraliter... dicimus, quae cum lege congruit; malam, quae ab eadem discrepat. Scilicet formalis ratio bonitatis et malitiae actionum consistit in habitudine, seu relatione determinativam ad normam directivam, quam dicimus legem*”. Cfr. *loc. cit.*, 3.

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

706 A Pufendorf se le puede aplicar la objeción que exponía G. Solari: “*All’unità fondamentale del mondo del pensiero col mondo reale l’empirismo sostituì un parallelismo incomprensibile tra il mondo esterno e interno*”. Cfr. *L’idea individuale e l’idea sociale nel diritto privato*, parte I. L’idea individuale, Milán-Torino-Roma, 1911, p. 23.

707 “*Deum, si voluisset, potuisset constituere, ut blasphemis aut contentu coletetur. Quod facit Vasquius Controv. illustr. I, I, cap. 27, n. 9 seqq.*” Cfr. *De iure...*, cit., I, II, cap. III, 4, p. 180.

5. ¿Ley natural o pactos libremente convenidos?

El derecho o ley natural desaparece en Pufendorf para quedar sustituido por una sucesión de pactos entre individuos libres, y el derecho natural tal como lo concibe este autor viene a ser más bien la exigencia antropológico-jurídica de considerar que todos los sujetos son igualmente libres porque nadie posee el *privilegio* para normar la conducta de otro.⁷⁰⁸ El derecho sustantivo estaría constituido bien por los pactos efectivamente concluidos, bien por las condiciones de perfecta simetría que exige la naturaleza o el *ius naturale* en la conclusión de estos pactos. El Pufendorf más maduro que escribe el *De officio...*, en donde enumera muchas reglas concretas de moralidad, normalmente extraídas de tratados escolásticos, es inconsecuente: ni su nominalismo ni su consiguiente voluntarismo le permiten establecer normas concretas y materiales de la conducta humana. Además, él ya ha establecido que el único criterio de justicia son los pactos.⁷⁰⁹ Incluso la justicia ‘distributiva’ la reduce o la hace depender de los pactos sociales.⁷¹⁰ Contra Hobbes, que redujo según él toda justicia posible al pacto, explica que el derecho penal no se rige por pactos, que hay por tanto una justicia anterior a las convenciones entre los hombres.⁷¹¹ Podemos suponer lícitamente, *a sensu contrario*, que estamos ante una declaración más, explícita, en la que reduce todo el derecho (excepto los casos penales) a pactos.

A la vista de este panorama podemos acercarnos a la complejidad contradictoria de las diversas teorías de Pufendorf: ha declarado reitera-

708 Cfr. “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la escuela del derecho natural”, *Persona y Derecho* 13 (1985), pp. 82 y ss.

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

710 “*Ius porro isthoc oritur vel singulis ex pacto (tacito, aut expresso) cum societate aliqua inito hoc fine, ut ipsius membra fiant; vel societate ex pacto eodem cum singulis, ut eos sibi membra adiungat... Ubi exercetur ea, quae ex pacto societatis cum membro, aut membri cum societate ob finem iam dictum inito debentur, vocatur iustitia distributiva*”. Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. VII, par. 9, p. 118.

711 *Vid. idem*, l. I, cap. VII, par. 13, pp. 122 y 123. La misma idea la reitera en el par. 15.

damente que la bondad o maldad consiste únicamente en la congruencia de los actos de los hombres con las leyes divinas, y esto sería el derecho natural. Pero como en su pensamiento domina la tesis de la cualidad moral de la persona, que se concreta en esa libertad difusiva *ad analogiam spatii*, las leyes divinas brillan por su ausencia y todo queda reducido a la exigencia moral-jurídica de una situación de simetría en la conclusión de los pactos. Éste es el verdadero derecho natural de la modernidad. Las declaraciones sobre la ley o el derecho natural, las primeras teorías sobre los ‘*entia moralia*’ entendidos como los mandatos del superior legítimo, etcétera, sólo cumplen la función de un decorado que facilita la introducción del espíritu propio del racionalismo jurídico moderno. Es comprensible el problema que él mismo plantea en el libro I, capítulo VII, par. 15 del *De iure naturae et gentium*: estamos ante una alternativa en la que es preciso optar: porque únicamente disponemos del derecho natural, que no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, o hay que recurrir a los pactos.⁷¹²

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

712 “*Circa priorem modum est observandum, deberi aliquid alicui vel ex mero iure naturae, ita tamen, ut ad ea perfectum ius non habeat, uti sunt officia humanitatis, beneficentiae, grati animi; vel ex pacto, eoque vel peculiari, vel contento in obligationi nostra ad leges civiles, qua nos adstringimus ad praestanda ea, quae leges istae alteri iubent exhibere*”. Cfr. *De iure...*, cit., l. I, cap. VII, par. 15, p. 125.

III. LA MODERNIDAD JURÍDICA Y LOS CATÓLICOS

Europa experimenta en el siglo XVI una convulsión en la que fueron puestas en cuestión no solamente las manifestaciones artísticas tradicionales, sino la totalidad de la cultura heredada. Esta naturaleza innovadora y, en cierto modo, revolucionaria de la modernidad, explica el hecho de que una innovación que aparentemente se circunscribía al dogma religioso —la reforma protestante— reclamara, en realidad, un cambio en toda la cultura, que hubo de comenzar por los más fundante y primario, es decir, por la filosofía.

Como suele suceder cuando aparece un movimiento nuevo, la tarea primera es la de descalificar todo aquello que se pretende renovar. En este caso, la empresa era especialmente ambiciosa, ya que se trataba de rechazar la totalidad de la cultura teológica, filosófica y jurídica creada hasta entonces. El pensamiento pagano, surgido desde una *ratio corrupta* —según la teología protestante— sin ayuda de la Revelación cristiana, no podía ofrecer ningún valor positivo. Y en lo que se refiere a lo creado por los cristianos desde los inicios de la Iglesia hasta el siglo XVI, eso era, precisamente, lo que había que reformar. El protestantismo de los siglos XVI y XVII se contempla a sí mismo como el medio elegido por Dios para restaurar el uso de la razón, oscurecido hasta entonces. De esta forma, los reformadores, Lutero, Zwinglio, Calvino —explicaba Thomasius— fueron los instrumentos de que se sirvió la Providencia para enmendar los errores antiguos y enseñarnos el uso correcto de la razón, tanto en un plano natural como sobrenatural.⁷¹³ Según Barbeyrac, Lutero y Calvino no limitaron su reforma al plano religioso, sino que ellos reinstauraron la doctrina moral y la ciencia del derecho natural.⁷¹⁴ Es decir, la nueva ciencia moral, distinta de la escolástica, y el nuevo derecho natural, conocido usualmente como racionalista, laico o moderno para diferenciarlo del escolástico-católico, fueron creaciones protestantes,

713 “*Jam porro inquirendum est, qui factum fuerit, ut per reformationis Lutheri, Zwinglii et aliorum instrumentorum, quibus divina providentia in opere reformationis usa fuit, ponetur alias Emendationes antiquorum errorum, non etiam differentia, et genuinus usus luminis naturalis et supernaturalis tam in cathedris ecclesiasticis, quam academicis fuerit restituta*”. Cit. por Desing, Anselmo, *Iuris naturae larva detracta*, München, 1753, cap. XV, thema II, 1. Desing expone aquí unas líneas de la *Historia juris naturalis* de Christiano Thomasius.

714 “*Revera autem Barbeyracus in Praefatione ad Puffendorffii Ius Natu 11 contendit, Lutherum et Calvinum non modo Religionem, sed et moralis doctrinae Jurisque naturae scientiam redintegrasse*”. Cfr. Desing, *Iuris...*, cit., cap. XV, thema XII, 12.

que se afianzaron en el siglo XVII en tono polémico con la cultura establecida hasta entonces. El adjetivo escolástico, en el que se personificaba cuanto había de aberrante, inculto y bárbaro, fue usado profusamente para referirse, en general, a todo el saber anterior, que se suponía que era católico.

Según los protestantes, la cultura tradicional se basaba en Aristóteles y en el derecho romano. El aristotelismo filosófico y teológico que se profesaba en la mayor parte de las universidades, así como el *ius commune* elaborado sobre el derecho romano, fueron considerados como el núcleo de la doctrina católica que debía ser superada por la nueva ciencia traída de la mano de los reformadores. Samuel Christian Hollmann nos informa, a este respecto, que la filosofía moral aristotélica había invadido toda Europa hasta que Lutero la declaró enemiga de la fe cristiana.⁷¹⁵

El *ius commune* bajomedieval no fue atacado de forma especialmente directa: quedó dentro del saco de todo lo reprobado. Además, los ataques de los humanistas y juristas que integraron el *mos gallicus* en el siglo anterior, lo habían desprestigiado ampliamente en los sectores progresistas. Quedó el derecho romano, cuyo estudio ‘culto’ gozó de indudable prestigio y, quizá por este motivo, la nueva ciencia iusnaturalista de la reforma no se enfrentó expresamente con él: se limitó a ignorarlo. Ya tardíamente, cuando los manuales del *ius naturale et gentium* poseían más prestigio y autoridad que los tratados y monografías romanistas, Immanuel Proelius podía escribir con naturalidad que él exponía su doctrina al margen de los prejuicios propios del derecho romano, ya que él comparte la <poca> estimación que usualmente existía ante los filósofos romanos y el derecho que ellos crearon.⁷¹⁶ Tengamos presente que en los ámbitos racionalistas ilustrados se entendía entonces que el derecho era y debía ser siempre obra de *filósofos*.

Así, al margen de las disputas propiamente teológicas quedaron enfrentados dos bloques culturales: el aristotélico y romanista, de hecho pa-

715 “Atque ab his, haereditatis quasi iure, philosophiae moralis Aristotelicae studium ad alios, qui ex illorum scholis egressi sunt, transit, numenque fere Europam tandem invasit. Quendam Lutherus vero, post reformationem, Aristotelis doctrinam moralem fidei Christianae adversam et inimicam esse, existimaret, ideoque et gravissime saepe, et ultra fere, eiusque dogmata, inveheretur. Cfr. *Juris prudentia naturalis primae lineae*”, Gottingae, 1751, 24.

716 “Hier bitte ich aus, dass die folgenden Lehr-Sätze ohne Vorurtheil des Römischen Rechts, wie es insgemein dociret wird, betrachte. Ich habe indess die gehörige Existimation gegen die Römischen Philosophen und gegen das von ihnen herstammende Recht”. Cfr. *Grundsätze des Rechts der Natur*, Leipzig, 1709, cap. XII, 5.

trimonio católico,⁷¹⁷ y la ciencia *iusnaturalista* protestante. Por este hecho, la pugna universitaria, más que jurídica, se centró en la imposición de la nueva cultura iusnaturalista, pues bajo el rótulo del *ius naturale* se desarrolló buena parte de la doctrina moral, jurídica y filosófica universitarias protestantes.

Difícilmente exageremos la importancia el *ius naturale et gentium* en el cambio cultural que se produjo entre bastidores, en la guerra de religiones. Ya he indicado que la nueva moral y la nueva filosofía ven la luz, en muy buena medida, a través de los libros del nuevo derecho natural que se publican en los siglos XVII y XVIII. Por esta razón, no fue ninguna casualidad que la mayor parte de los autores iusnaturalistas modernos tuvieran la condición de filósofos, y que los filósofos —especialmente los profesores de matemáticas— se ocuparan ampliamente del derecho natural. Se pierde la idea de la *jurisprudencia* como saber basado en la experiencia: Hobbes fue paradigmático a este respecto, y no reconocen ya más la figura del *jurisprudente* o jurista. Las pretensiones de la filosofía, especialmente en la Ilustración, fueron absolutas. Los protestantes entendieron que la nueva cultura moral y jurídica, distinta de la filosofía aristotélica y de la jurisprudencia romanista, comenzó con Hugo Grocio.⁷¹⁸

1. La tradición según el derecho natural moderno

Thomasius explicaba que la filosofía platónica se introdujo muy pronto entre los cristianos bajo el pretexto de que, al conocer éstos tal filosofía, podrían refutar mejor las calumnias que les lanzaban los paganos. Así comenzó a oscurecerse la luz de la Revelación, que quedó sustituida por quimeras platónicas aceptadas como artículos de fe, y si bien el cristianismo genuino y apostólico no se extinguió completamente, quedó postergado y oculto.⁷¹⁹ En su soberbia, aquellos primeros cristianos —prosi-

717 Adam Glafey, uno de los historiadores de la doctrina del *ius naturale* más conocido en el siglo XVIII, escribía que “*Es hat zwar die Scholastische Philosophie noch nicht aufgehört, sondern Aristoteles hat noch hin und wieder, zu mahlen in der Catholischen Klöstern, seine heimlichen und öffentlichen Verehrer. Es hat aber doch die Reformation Lutheri diese Lehr Art eine solchen Stoss gegeben, dass man deren Ende, wo nicht gänzlich, dennoch grossen Theils in die Zeiten Juris Naturae anheben kan*”. Cfr. *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft*, Leipzig, 1739, p. 84.

718 Johannes Georgius de Kulpis, por ejemplo, entendía que el éxito de Grocio se debía fundamentalmente al hecho de haberse apartado el holandés de la filosofía de Aristóteles y del derecho romano, que tanta infelicidad habían traído —en opinión de Kulpis— sobre el género humano. Cfr. *Collegium super iure belli ac pacis*, Stutgardiae, 3ª ed., praefatio primae editionis, p. 3.

719 “*Introducebatur usus inutilis Philosophiae Platonicae, initio sub praetexto, ut ejus ope Philosophi Platonici Ethnici, Christianos strenua persequentes et calumniantes, eo melius refutari ac iis*

gue Thomasius— olvidaron que los misterios de la esencia divina son incomprensibles para la razón natural, y que Cristo y sus apóstoles propusieron la doctrina de la voluntad de Dios a gente simple y sin cultura.⁷²⁰ Según Thomasius, el estado de la Iglesia empeoró con la conversión de Constantino, quien traspasó al cristianismo una dialéctica amena, pero sofisticada. Y los cristianos, en lugar de depurar la verdad revelada de todas las falsas doctrinas filosóficas paganas —mediante una vía simple, perspicua y mansa— para confundir de este modo los errores del paganismo, más bien hicieron propios los modos de disputar, perversos y falaces, de los paganos.⁷²¹ Siendo así las cosas, no es de extrañar que el papado cayera en todo tipo de errores y herejías, de modo que se sucedió un tiempo en el que lo único que destacó fue la ceguera y la mísera confusión de la luz natural y sobrenatural.⁷²² La supresión de la recta razón por el papado —prosigue Thomasius— no fue sino un artificio con finalidad política, de modo que los errores teológicos fueron, en realidad, astucias seudopolíticas que tenían como fin favorecer la supremacía del papa romano. Por este hecho, en vano han buscado los doctores protestantes durante estos siglos una doctrina política verdadera. Las tinieblas se extendieron durante varios siglos por el orbe de los estudiosos, si bien hoy, por gracia singular de Dios, existe una luz meridiana que nos muestra las insuficiencias y artificios de los tiempos católicos.⁷²³

ora obturari possent. Sed nimius ac nimis properans amor hujus luminis vel ignis fatui, eo adducebat ejus amasios, ut mediante illo lumen divinum illuminare stulte auferent. Quodsi sinceriores consequerentur de hoc abusu, et docerent, hoc modo lumen divinae revelationis potius obscurari, praemii loco haereticabantur a prioribus, et cogebantur chimaeras platonicas, ut articulos fidei suscipere, ut ita christianum primero ac genuinum et apostolicum, non extingueretur quidem penitus, sed tamen supprimeretur et occultaretur, et contra Christianismus Platonicus imperium teneret”. *Cfr. Paulo plenior Historia Iuris Naturalis*, Halae Magdeburgicae, 1719, p. 22.

720 “*Jam enim illa usum luminis nimis extendebant, et ejus ope essentiae divinae mysterium, inter omnia incomprehensibilia maximum, comprehendere ac funditus edernere studebant, non contenti videlicet, quod Christus et ejus Apostoli mysterium voluntatis divinae doctrina simplici ab idiotis palpabili propuesuerint*”. *Cfr. ibidem*.

721 “*Etenim Constatini Magni tempore eruditi ex Ethnicismo in Christianismus transferebat modum docendi verbosum quidem et amoenum, sed et simul sophisticum, oratorium, rixantem, et affectum ubique testantem. Et cum solliciti esse debuissent, ut veritas christiana a falsis doctrinis Philosophiae ethicae per sinceram, mansuetam, perspicuam et simplicem viam purgaretur, et errores Paganismi hoc modo confunderentur, et extinguerentur, potius tamen utebantur modis disputandi perversis et fallacibus Ethnicorum*”. *Cfr. Paulo...*, *op. cit.*, p. 23.

722 *Cfr. Thomasius, Paulo...*, *op. cit.*, p. 26.

723 “*Haec ipsa suppressio et abjectio rationis ad maxime arcana inventa Papatus politici pertinet, quod primi Reformatores Ecclesias Protestantium statim detegere non poterant, utpote qui potissimum controversias Theologicas examinebat; neque Politici etiam advertabant, cum in universitati-*

Desde esta perspectiva hay que valorar las aportaciones de los padres de la Iglesia. Barbeyrac, en el prefacio a la versión francesa del *ius naturae et gentium* de Pufendorf, presentó a Tertuliano, Agustín, Clemente Alejandrino, Orígenes, Juan Crisóstomo, etcétera, como personas que no sólo no supieron nada de doctrina moral (en la que se incluye en derecho natural), sino como hombres que incurrieron en errores graves, incluso contra el derecho natural, al explicar las *Sagradas Escrituras*.⁷²⁴ En general, los tratados de derecho natural, cuando ya tardíamente, en el siglo XVIII, incluyen a veces una breve historia de la doctrina del *ius naturale et gentium*, ironizan y trivializan los escritos de los padres de la Iglesia, de modo que a cada Padre se le dedican unas cuatro o cinco líneas en la que se muestra algún pretendido error especialmente chocante. Por ejemplo, L. Fr. Fredersdorff se hace eco de una mentalidad extendida cuando escribe que los primeros padres de la Iglesia rechazaron la razón y dejaron únicamente a la revelación como criterio de la actuación humana; así acumularon error tras error, ya que cada cual entendió la revelación a su modo y rechazó la doctrina de los otros padres que no se acomodaba a la suya propia. Mezclaron el derecho natural con la moral y la religión, y al final resultó un caos en el que cada uno contradecía a los demás, y las disputas no tenían fin.⁷²⁵ Es interesante observar cómo la

bis nequaquam manuducerentur ad veram et rationalem Politicam, et in Papatu saltem errores Theologicos non vero astutias Pseudo-Politicorum arcanorum observarent. Et haec tenebrae per aliquot saecula regnarunt in orbe Eruditorum. Jam vero per Dei singularum Gratiam lux meridiana tenebras istas discussit, et artificia omnia astuta ac violenta insufficientia sunt, ut non possint amplius, luminibus ubique perrumpentis veritatis officere". Cfr. Paulo..., op. cit., p. 28.

724 "Cui vero tempus et occasio deficiunt, praefatos et alios Autores consulendi, et valde commendanda est, eruditissima praefatio Barbeyracii, quam versioni gallica operis Pufendorfiani de *jure naturae et gentium* praemisit, utpote qui laudabili et a Politicis et Juriconsultis grata mente agnoscenda industria, quicquid de haec materia apud Clemens Alexandrinus, Tertullianus, Origenes, Cyprianus, Lactantius, Basilius, Gregorius Nazianzenus, Ambrosius, Chrysostomus, Hieronymus, Augustinus, Leo, Gregorius Magnus (et catenam Patrum Ecclesiae praeciporum et passim pro sanctis habitorum) non solum in doctrina morali parum aut nihil sciverint, sed in explicatione Scripturae Sacrae aut alias, occasione ita ferente, varia noxia et erronea, ac non solum luci Evangelii, sed et *juri naturae adversaria dogmata (ut ipse loquitur) in animis auditorum suorum disseminaverint". Cfr. Thomasius, Paulo..., op. cit., p. 29.*

725 "Die ersten Kirchenlehrer aber hatten den unseligen Gedanken, dass sie Vernunft gar nicht wollten gelten lassen, sondern die Offenbarung sollte allein die Richtschnur des menschlichen Thuns und Lassens seyn. Hieraus entstand Verirrung über Verirrung. Denn ein jeder deutete die Lehre der Offenbarung nach seinen Wahn; jeder setze Lehren fest, und alles was auch noch so vernünftig war, aber mit jenen angenommenen Menschenlehren und Erklärungen nicht passte, würde verworfen. Man michte Recht der Natur, Moral, Religion unter einander und so entstand ein Chaos. Der eine widerspricht dem andern und das Streiten war kein Ende". Cfr. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gesellschaften, Gesetzgebung und das Völkerrecht angewandt*". Braunschweig, 1790, Vorberich, p. IV.

explicación de Fredersdorff (por lo demás, un autor muy poco conocido incluso en su momento), una exposición que posee el tono de una versión popular entre los protestantes acerca de la historia de la corrupción de la Iglesia católica, se oponía a la de Thomasius. Este tipo de cosas no debía de preocuparle gran cosa a los iusnaturalistas modernos, que coinciden en su falta de base documental,⁷²⁶ porque ellos, protestantes en su totalidad,⁷²⁷ se contentaron con desprestigiar la cultura enemiga, sin preocuparse gran cosa de los medios para ello.

En este contexto pretendidamente histórico, la suerte de la doctrina del derecho natural fue más bien triste. Thomasius indica que el papado corrompió y oscureció el derecho natural⁷²⁸ a fin de que los laicos estuvieran persuadidos que sólo podían creer y hacer lo que el clero les prescribiera, de modo que su salvación sobrenatural dependía de esta obediencia suya. De este modo, el laicado cayó en una dependencia ciega y en una extrema servidumbre.⁷²⁹ El clero, a fin de afianzar su poder, fomentó la ignorancia más crasa entre los laicos y les apartó del estudio de aquellas disciplinas que podían llevarles a una verdadera sabiduría.⁷³⁰ Por este camino, los laicos quedaron relegados a oficios no humanistas, como la milicia (¡qué mala opinión de los militares!), o a gestiones económicas relacionadas con la agricultura. Como por naturaleza, explica Thomasius, los hombres somos necios y poco dados a usar de la razón, era muy difícil que alguien llegara a la sabiduría sin ser guiado.⁷³¹ Pero el clero, reitera, fomentó la estulticia de los laicos y, de este modo, bien por actos *inter*

726 Thomasius sólo muestra conocer, sobre la atrística, la muy breve y sesgada obra de Abraham Scultetus que él cita en *Paulo plenior Historia...*, p. 28.

727 El único autor católico que tomó parte en el movimiento *iusnaturalista* moderno fue el barón Von Ickstatt.

728 “... *inprimis vero doctrina morum et politica, item Jus Naturae magis magisque obscurata et corrupta fuerit*”. Paulo..., *op. cit.*, p. 29.

729 “*Jam vero facile intelligitur, cur supra docuerim, suppressionem luminis naturalis esse unum ex praecipuis fulcris papatus. Cum enim laicis semel esse persuasum, ut omnia crederent, ipsi esse facienda et credenda, quae a clero praescriberentur, et ut ab haec persuasione ipsorum felicitas temporalis ac aeterna et praecipitum necessarium, in extrema servitute*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 39.

730 “*Hoc autem semel obtento, clerus non amplius habebat opus studiis ac lucubrationibus, quibus mediis laicos sub jugum mitterent, sed quotidie magis magisque immergebantur crassissima ignorantiae, ita ut tandem vix latina scribere aut legere nossent, tantum abest, ut literis humanioribus ac artibus liberalibus, et disciplinis ad veram sapientiam necessariis, dedisse operam*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 39.

731 “*Reliqua vero laicorum turba in officiis aulicis vel militaribus, aut etiam in rebus oeconomis ad agriculturam pertinentibus adulta vix de genuino usu sacrae rationis cogitabat. Etenim a natura omnes homines stultiis et actionibus rationi adversis immersi sunt, et rarissime eorum aliquis sine manuaductione aliorum ad viam sapientiae sua sponte transfertur*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 40.

vivos, bien por últimas voluntades, éstos dejaban sus bienes a las *pias causas*, *orphanotrophia* y *ptochotrophia* de los clérigos. Los laicos no podían usar del sentido común al margen de la indulgencia y aprobación del clero, y a todo el que se atrevía a ello le esperaba el exilio, los tormentos, la hoguera, la espada y todo tipo de persecuciones.⁷³²

Thomasius añade que el papado fomentó el estudio de la filosofía aristotélica porque esta filosofía era especialmente útil para aumentar la autoridad del clero, y por este motivo la metafísica, la física y la ética según los principios de Aristóteles fueron introducidas públicamente en la Universidad de París.⁷³³ Realmente, la Sorbona siempre se mostró bastante refractaria a la filosofía aristotélica, y en sus aulas se enseñó preferentemente filosofía seminominalista y escotista: ignoro por qué causa Thomasius puso su punto de mira en la Universidad de París. Igualmente ignoro en qué se basaba para explicar que la filosofía aristotélica favorecía el incremento de la autoridad del clero: es una filosofía demasiado racionalista para fomentar autoridades; a este fin hubiera servido mejor una doctrina voluntarista, como la de Escoto. Siempre cabe suponer, en el plano de las conjeturas que, dado que la filosofía aristotélica era la filosofía dominante entre los católicos en tiempos de la Reforma (pensemos en la II Escolástica española), Aristóteles hubo de cargar con las culpas que los iusnaturalistas atribuían a los católicos.

El instrumento del que se sirvieron los clérigos para mantener a los laicos en la ignorancia fueron los libros. Una vez creadas las universidades, el clero fomentó la máxima ignorancia entre los estudiantes; a este fin les ponían en las manos unos libros muy concretos, que impedían el desarrollo del intelecto. La razón de este proceder estaba en que los eclesiásticos temían que si se concedía libertad a aquellos primeros profesores, se descubrieran los arcanos de la falsa autoridad del papa y del clero;

732 “*Accedebat, quod Clerus eo omnibus incumberet viribus, ut potentiores, ditiores, ac acutiores ex laicis in stultitia et cupiditatibus suis confirmaret, ita ut mitissime eos tractarent, ac omnia illis indulgerent, si modo venerentur clerum, si ad pias causas, monasteria, hospitalia, orphanotrophia, ac ptochotrophia sive per actus inter vivos, sive per ultimas voluntates magna dona conferrent, ac paucissimos illos ex laicis, qui clero se opponeret auferent, exilio, fustigationibus, gaudio, rota, viri-comburio, etc. persequerentur. Quae artes et media, quamvis sensu etiam communi essent adversa, nec adeo profundis meditationibus opus esset, etiam sensu communi, sine indulgentia et approbationi cleri, uti”.* Cfr. *ibidem*.

733 “*Aristotelicam Philosophiam profuturam esse ad augendam auctoritatem clericalem, priora decreta papalia mox mutabantur in favorem philosophiae Aristotelicae, ut lectiones ac professiones philosophicae, quae realis vocatur, scilicet metaphysicae, physicae, ethicae, secundum principia Aristotelis in schola Parisiensi publice introducebantur”.* Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 44.

por este motivo, la astucia clerical exigía que los maestros universitarios tuvieran a unos libros como ciertos, y de este modo ellos mismos quedaban como sepultados bajo el prejuicio de una autoridad humana, que podían transmitirla eficazmente a sus oyentes.⁷³⁴ Hasta aquí la explicación de Thomasius. Jacobo Federico Ludovici añadía que las universidades presentaban un aspecto miserable. Si el teólogo era un clérigo, el jurista era aun clérigo, el médico era un clérigo, y lo mismo sucedía con los filósofos, ¿qué se podía esperar de aquellos pechos negros en aquellos tiempos?⁷³⁵ Basta una ojeada a *La historia del derecho romano en la Edad Media* de Savigny, también protestante, pero no sectario, para comprobar que nada de esto era cierto. Pero tengamos presente, a tenor de las mismas referencias históricas que estos autores hacen, que cuando se atreven a aventurar algún dato concreto, no habían ni mirado aquello que decían criticar.

El contenido de los libros a través de los cuales el clero dominaba a los laicos era la filosofía de Aristóteles, sostenía Ludovici. En el marco de la mediocridad de esta filosofía estaban presos los espíritus, de modo que entendían que no podía haber autoridad superior a la de Aristóteles: descuidaron el derecho natural porque Aristóteles apenas se ocupa de este derecho, y por este motivo esta disciplina fue excluida del ámbito de las ciencias.⁷³⁶ De este modo, añade Thomasius, toda la docencia se centró en el *Organon* aristotélico, en los libros de *Retórica*, y como en la obra de

734 “*Neque tamen illa observatio de statu primaevo Professorum in studiis universalibus (unde Universitatum postea nomen ortum fuit), a scopo nostro aliena erit. Monachi qui juventutem informare in studiis debebant, ut modum dictum, maxima ignorantia laborabant ipsi, atque adeo non erant capaces, ut lumine naturali intellectus humani ipsemet debito modo uti possent. Igitur opus erat, ut illis, qui aliorum intellectum dirigere atque in activitatem transferre deberent, certi quidam libri, instar sustentaculorum in manus darentur, ut ipsorum intellectus ope illorum progredi paulatim asuefieret. Luberat etiam arcanum politicum clericale: Metuebant enim, si primis professoribus libertatem relinquerent, ut in disciplinis, quas profitebantur intellectu suo pro lubito uti potuissent, ne ipsemet mysteria clericalis et papalis potestatis et autoritatis pseudo divinae introspererent, atque arcana illa laicis propalarent. Igitur postulabat astutia clericalis, ut Magistri alligarentur quasi ad certos quosdam libros, ut si hoc modo ipsi sunt praepudicio humanae autoritatis quasi sepulti essent, idem praepudicium tanquam fundamentum Papatus eo majori cum successu in animus auditorum firmas ageret radices”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 45.*

735 “*Sed et ipsae Academiae miseram faciem habebant. Theologus enim erat Monachus, Jctus erat Monachus, Medicus erat Monachus pariter ut Philosophus... Quid vero a nigris hisce pectoribus illo tempore erat spectandum?”. Cfr. Delineatio..., op. cit., p. 11.*

736 “*Philosophi costra glebae Aristotelicae adscripti intra cancellos mediocritatis et undecim virtutum sese continebant, firmiter credentes, non reperiri sapientiam Aristotelicam majorem, adeoque jus naturae, licet tale existet forsam, sapientiae non esse annumerandum, quippe de quo Aristoteles nihil scriptum reliquebat”. Cfr. Delineatio..., op. cit., p. 11.*

Aristóteles no se encuentra ningún libro de matemáticas, los estudios matemáticos fueron descuidados. Los teólogos quedaron dominados por las *Sentencias* de Pedro Lombardo, los juristas por los dos cuerpos del derecho, el canónico y el civil, los médicos se circunscribieron a Galeno. Así, las facultades de cada cual sólo disponían de un cierto espacio, fijado por unos límites, dentro del cual podían ejercer su intelecto, cuyos términos, prescritos, no podían traspasar.⁷³⁷

Si tocamos directamente el tema de la filosofía moral —escribe Thomasius— y del derecho natural en las universidades, el panorama era desolador. Esto se debía a que tanto la moral a Nicómaco de Aristóteles como su gran moral son obras llenas de sutilidades inútiles, de una prolijidad tediosa, *pro more Aristotelis*, de modo que en el exiguo Epicteto se encuentran más cosas interesantes y mejor método que en estos extensos volúmenes de Aristóteles (¡Llamar ‘volumen extenso’ a la *Gran Ética*! Seguramente Thomasius nunca vio estas obras). En estos libros, prosigue Thomasius, se encuentran muchas cosas sobre las virtudes, pero nada acerca de la naturaleza de éstas y sobre el discernimiento entre las virtudes verdaderas y falsas, así como de las formas de adquirir las virtudes: todo se resuelve en un tratamiento superficial y oscurísimo, en el contexto de un fárrago de palabras sin sentido.⁷³⁸

Thomasius expresa su juicio definitivo indicando que lo cierto es que esta época católica no nos ha dejado nada acerca de la prudencia legislativa y consultoria, y que estos teólogos y filósofos no propusieron nada relevante sobre el discernimiento de lo justo y de lo injusto. Hay que concluir que la ética filosófica en las universidades instituidas por los papas, fue tan vacua que no servía para nada en la vida civil.⁷³⁹ Por esto, el mis-

737 “*Theologi, ut mox latius explicabimus, ad sententias Petri Lombardi erant adstricti; Jcti ad duo corpora juris, civilis nempe et canonici; Medici ad Galenum. Sic vero cuilibet facultati certi fines ac spatia, intra quae intellectum suum exercerent, et quorum terminos tanquam servi, ad trirames damnati, egredi non possent, erant praescripti*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 46.

738 “*Videamus jam, quaenam fuerint fata Philosophiae moralis et juris naturae in universitatibus. Incipiamus a Philosophis. Aristotelis libris ad Nichomachum ejusque magna moralia sunt quidem libri non undiqueque absurdi, aut spernendi, interim passim inutilibus subtilitatibus, atque tae-diosa prolixitate, pro more Aristotelis, in tantum laborant, ut, e.g. in exiguo Epicteto enchyridio melior methodus et plura realia, ut in scholis loquimur, occurrant, quam in magnis istis voluminis Aristotelis... Multa quidem de virtutibus disseruit, sed naturam earum, et quomodo fictae virtutes a genuinis accurate discerni deberent, ut et media virtutes acquirendi, vel plane non attingit, vel superficialiter saltem et obscurissime, quamvis multis verborum ambagibus adhibitis, exposuit*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 46.

739 “*Id certum est, quod de prudentia consultoria et legislativa, item de Jurisprudencia naturali nullos reliquerit libros. Ut adeo, ut mox videbimus, Theologi doctrinam de justo et injusto ab illis*

mo Thomasius, cuando propone —en el *Praefatio* de la obra que cito— lo que tratará en ella, explica que sus lecciones versarán sobre la ignorancia y la servidumbre universal entre los cristianos, del rechazo y de la supresión de la recta razón y de las verdades sensibles, de la condición misérrima de las escuelas, tanto superiores como inferiores, de la condición mísera de la teología, y de los testimonios acerca de estas cuestiones antes de la Reforma protestante.⁷⁴⁰

No es difícil observar que el tono que adoptaron los iusnaturalistas para explicar la historia de la filosofía moral y del derecho natural hasta la aparición de la Reforma es estrictamente maniqueo: no existió entre los católicos nada positivo, nada valioso, nada, en definitiva, de interés o que no fuera estrictamente perverso. El clero católico es presentado como un conjunto de hombres demoníacos, únicamente preocupado por sojuzgar a los laicos, siempre mediante el engaño. Durante quince siglos se ha compuesto de hombres corrompidos, que han extirpado de la faz de la Tierra la razón, a fin de que no se descubriera su impostura. Dentro de este juicio de conjunto quedan comprendidos los teólogos españoles que integran la Segunda Escolástica. Pero como algunos estudiosos pretenden establecer diversas vinculaciones entre estos teólogos católicos y el iusnaturalismo moderno, no será ocioso examinar cómo los modernos entendieron y valoraron a estos teólogos.

2. Los juicios de los iusnaturalistas sobre la segunda escolástica española

Quiero advertir que en vano buscaremos entre los iusnaturalistas modernos una crítica o un análisis comparativo con la filosofía escolástica, sea la bajomedieval, o la española del siglo XVI. Los iusnaturalistas no *criticaron* la escolástica, en el sentido que decimos que Kant criticó a Wolff. Se limitaron —con éxito— a descalificarla mediante insultos.

temporibus totam sibi solis vindicaverint, et Philosophis nihil, de quo justo et injusto auditoribus suis proponerent, relinquerint. Certe ethica Philosophorum in Academiis, a Papis institutis, tam jejunia fuit, ut ad nullum plane vel minimum usum in vita civili ejus doctrina potuerit adhiberi”. *Cfr. Paulo..., op. cit.*, pp. 46 y 47.

740 “... de communi et pene universali inter Christianos ignorantia et servitute, orta potissimum ex rejectione vel suppressione rectae rationis et veritatum sensibilium; de miserrima conditione scholarum tam superiorum, quam inferiorum... de misera conditione Theologiae Academicæ Orthodoxorum; de testibus veritatis quoad agnitionem illius miseria ante reformationem”. *Cfr. Paulo..., op. cit.*, Praefatio, sectio III.

El único autor que trató con cierta benevolencia a estos escolásticos fue Immanuel Proeleus, que explicaba que Grocio entendió que la mala fortuna de ellos se debió, en parte, a que los escolásticos vivieron en tiempos ignorantes, por lo que carecieron tanto de la llave del idioma como de la luz de la historia⁷⁴¹ Pero lo que se puede observar, indico yo ahora, es que ni Grocio (quien, efectivamente, emitió este juicio) ni Proeleus tienen en cuenta es que el momento de la Segunda Escolástica, el siglo XVI, es el del humanismo, también en el derecho y que en bastantes escolásticos encontramos un latín y unos conocimientos históricos y filosóficos muy destacables y, desde luego, muy superiores a los de tiempos posteriores, paradójicamente más *ilustrados*. Pero nada de esto contaba entonces, porque los siglos XVII y XVIII, desde su absoluto complejo de superioridad, despreciaban todo cuanto ignoraban.

Si pretendiera exponer de forma algo completa los juicios de los iusnaturalistas sobre los escolásticos españoles, resultaría un catálogo de insultos excesivamente extenso y prolijo, aburrido para el lector. He optado, en consecuencia, por reproducir solamente aquellos juicios que poseen un cierto valor representativo de la forma cómo la Modernidad entendió el trabajo de estos autores.

Samuel Christian Hollmann explicaba tardíamente que los escolásticos se aferraron de tal forma a la filosofía moral escolástica, que la equipararon a las doctrinas de los Padres de la Iglesia primitiva, a los decretos de los concilios y de los pontífices romanos, a las *Sagradas Escrituras*. De esta forma emergió un cuerpo confusísimo de filosofía escolástica, formado por una mixtura de teología y filosofía. Fue tanta la autoridad de Aristóteles entre ellos, que el Evangelio quedó sustituido por la filosofía aristotélica, y todo este tipo de confusiones se puede apreciar ejemplarmente en la *Suma teológica* de Tomás de Aquino.⁷⁴² Explica también Hollmann que estos escolásticos pretendieron derivar el derecho natural to-

741 “Grotius hält es von ein Stück ihres Unglück, dass sie in unwissenden Zeiten gelebt haben, denn sie haben weder Schlüssel der Sprachen, noch das Licht der Historien”. Cfr. *Grund-Sätze...*, op. cit., Praefatio, sectio III.

742 “Tanti enim iisdem doctrinae moralis Aristotelicae, postquam in manus ipsorum inciderat, fieri plenita coeperunt, ut dictis assertisque patrum primitivae ecclesiae, decretisque conciliorum, Pontificum Romanorum, non solum, sed ipsis etiam Scripturae S. oraculis, eadem aequipararent, indeque tandem confusissimum illud theologiae, et philosophiae, scholasticae corpus emergeret. Tanta apud hos homines Aristoteli autoritate fuisse, ut, ablegato evangelio, eiusdem ethica pro concione enarrarent, testem amicum se profitetur Philippus Melachton, in Apolog. A.C. art. IV. Confusionis istius specimina videre iam licet in Thomas Aquinatis Summa Teolog. imprimis parte I et II secundae”. Cfr. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*, Gottingae, 1751, “Prolegomena generalia”, 23.

mando como *principium* la bondad de Dios, de modo que, para ellos, las ‘leyes naturales’ fluían de la justicia y de la santidad divinas. Así llegaron a una noción confusísima del derecho natural, porque entendían que las leyes naturales eran algo así como una realidad escrita en los corazones de los hombres, una doctrina inane que él ya ha refutado.⁷⁴³

Thomasius, al pretender historiar la doctrina del derecho natural, nos indica que la fuente de la sabiduría fue, durante mucho tiempo, el libro de las *Sentencias* de Pedro Lombardo, libro en el que, por lo demás, según ha explicado anteriormente, se confunden la filosofía y la teología, las *Sagradas Escrituras* con los principios de la filosofía pagana, y en lo que se refiere a la doctrina moral y al derecho natural, expresan la vieja ignorancia y los errores comunes de entonces:⁷⁴⁴ como podemos comprobar, cualquier referencia a una obra anterior al siglo XVII era forzosamente negativa. Sobre las *Sentencias* de Pedro Lombardo, sigue Thomasius, escribieron varios autores, tales como Alberto Magno, Tomás de Aquino, Buenaventura, Durando, Escoto, Occam. Como estos autores mantenían discrepancias entre sí, pronto surgieron escuelas diversas: albertistas, tomistas, escotistas, occamistas. Tomás de Aquino no sólo ilustró el libro de las *Sentencias* de Lombardo, sino que él mismo compuso un nuevo ‘sistema’, la *Suma teológica*, que agradó a muchos y fue, a su vez, comentada, cosa que hicieron Tomás de Vio, Cayetano (Thomasius ignora que estos dos nombres corresponden a la misma persona), Bartolomé Medina, Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, y otros. “En estos comentarios —concluye Thomasius—, tanto en los que se hicieron sobre las *Sentencias* de Pedro Lombardo como sobre la *Suma* de Tomás, en vano buscarás doctrinas útiles, procedentes de la sana razón, sino que todos ellos están repletos de autoridades, sutilidades, inanidades”.⁷⁴⁵

743 “Ex illis, quae de legum naturalium formali ratione, et indole, hactenus dicta sunt, indicari jam facile potuit, quid de illa scholasticarum quaestione, et controversia, sentiendum sit: num leges naturales ex Justitia, ut Sanctitate, Dei essentiali ita fluant, ut, illis salvis, locum habere aliae nequeant? Confusissimum enim illa notionem, quasi leges naturales cordibus hominum insitae, sint, tota illa supponit: qua ipsa vero satis jam confutata, haec ipsa etiam simul corrui”. Cfr. *Jurisprudentiae...*, cit., par. I, cap. II, 62.

744 “Verosimile est, quod uti Lombardus in his libris voluit doctrinam Augustini cum Aristotelica unire, ita etiam in toto opera Theologia et Philosophia inter se confusae, et Scriptura Sacra ex principis philosophiae pagana exposita, simul vero in doctrinis moralibus et ad jus naturae pertinentibus ignorantia vetus et errores communes propagati fuerint”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 51.

745 “Iste vero liber sententiarum tum erat fas sapientiae theologiae, in qua virium Professores glossas suas scribebant, uti Jurisconsulti in corpus iuris. Wilhelmus Antisiodorensis, Albertus Magnus, Thomas Aquinas, Bonaventura, Gulielmus Durandus, Johannes Duns Scotus, Occamus, Estius, commentariis suis in Lombardum editis, quasi de praemio certabant, quisnam ex illis prae reliquis-

El reproche más común que el derecho natural moderno dirigiera a la Segunda Escolástica consistió en objetar que sus autores se habían perdido en discusiones sutiles, altamente retóricas, sobre temas sin importancia. Müldener comparaba sus obras con telas de araña, sutiles pero inútiles, construidas en el marco de un estilo literario bárbaro y de una ignorancia a la que no era ajena la rudeza.⁷⁴⁶ Juan Francisco Budde, uno de los historiadores del derecho natural más conocido e influyente en la Ilustración, escribía que estos escolásticos convirtieron toda la filosofía en puros sofismas, y el arte de saber quedó reducido en arte de altercar, incluso sobre temas levísimos, de forma que así como los alquimistas pugnaban entre sí por convertir los metales viles en oro, los escolásticos convirtieron la sabiduría en logomaquia. Derramaron tanta seriedad en cosas tan vanas que se podría juzgar —concluye Budde— que estos hombres estaban completamente locos.⁷⁴⁷

Johannes Gottlieb Heineccius se preocupó por hacer una relación de los errores en los que habrían incurrido los escolásticos.

Los escolásticos trataron mal el derecho natural y de gentes, y esto lo demostraré rápidamente: 1) no sólo eligieron como guía a Aristóteles, sino también a los escritores árabes mahometanos que interpretaron a Aristóteles, que trataron de toda la filosofía moral; 2) todo lo exponen sin ningún

mentem Lombardi recte exponere valeret. Et cum saepius in explicatione sua inter se dissentirent, et tamen quilibet sententiam suam, ut veriolem, tueretur, statim inter hos scholasticos ratione orthodoxiae sectae oriebantur, Albertistarum, Thomistarum, Scotistarum, Occamistarum, quas inter secta Thomistarum ob autoritatem Thomae Aquinatis fere pro praecipua habebatur. Siquidem Thomas non solum commentariis illustraverat libros sententiarum Lombardi, sed et ipse novum systema sive Summam Theologiae scripseret, quod multis sic placebat, ut quasi obliiti sententiarum Lombardi, commentaria in hac systema Thomae Aquinatis scriberente, uti fecerunt Thomas de Vio, Cajetanus, Bartholomaeus Medina, Gabriel Vasquez, Franciscus Suarez, et alii. Interim in his omnibus commentariis tum super sententias Lombardi quam super Summam Thomae frustra quaeres doctrinas utiles a sana ratione profectas, sed omnia repleta sunt autoritatibus, subtilitatibus, inanitatibus". Cfr. Paulo..., op. cit., pp. 51 y 52.

746 "Magno insuper conatu nugae agebant Doctorum Scholasticorum plurimi, spisaque sua Volumina, pauco vel nullo referta orbi, tunc quidem parum eruditio, obstrudebant, in quibus frivolemm quaeestionum artifices aranearum, telas, subtiles quidem, sed inanes ac inutiles, operose contexebant, ac ita ruditate saeculi barbaro sermone et ignorantia affectata non leviter augebant". Cfr. *Positiones inaugurales, in quibus Iuris Naturae definitio et fundamentum, Halae Magdeburgicae, 1698, 1.*

747 "Per intempestivam sane horum hominum diligentiam tota philosophia in sophismata paulatim delapsa est, artemque sapiendi in artem rixandi et altercandi, idque de rebus levissimis, convertunt. Diceret, quod Alchymisti certamen illos iniisse, hoc saltem discrimine quod illi quidem viliora metalla in aurum, hi sapientiam in logomachiam mutarint. Tanta autem severitate in hisce naeviis vanissimisque commentis versantur, ut iurares, homines tum maxime insanire". Cfr. *Selectas jure naturae et gentium, Halae Saxonum, 1704, p. 325.*

orden; 3) suponen un principio oscurísimo, la santidad de Dios;⁷⁴⁸ 4) el derecho natural y de Gentes lo desarrollan ineptamente desde Aristóteles; 5) proponen cuestiones absurdísimas, como, por ejemplo, si alguien debe morir por dar una bofetada, sobre si se puede adorar una hostia sobre la que existen dudas de si está consagrada, etc.; 6) defienden tesis impías, como el probabilismo, el método de dirigir las intenciones, la reserva mental y el pecado filosófico.⁷⁴⁹

La aportación de la Segunda Escolástica no fue vista solamente como un intento históricamente fracasado, sino como algo en sí mismo peligroso y dañino. “Los jesuitas, escribe Thomasius, se dedicaron a esta tarea, e inculcaron en la doctrina moral principios máximamente nocivos y peligrosos, cosa que siguen haciendo aún hoy. De entre ellos hay que citar a Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, Juan Azorio, Luis de Molina, Leonardo Lessius y Antonio Escobar, que fueron jesuitas”.⁷⁵⁰ Para emitir este juicio, Thomasius se apoya en el estudio de Adam Triebchovius, *De Doctoribus scholasticis et corrupta per eos divinarum humanorumque rerum scientia*, publicado en Giessen en 1665. Thomasius mantiene que, por lo general, estos ‘escolásticos’ se guiaron, al elaborar sus doctrinas filosóficas y teológicas, por sus intereses temporales, fundamentalmente en busca del incremento del poder del papa y del clero.⁷⁵¹ De esta forma, si una conducta no convenía a sus intereses, aunque

748 Ignoro de dónde sacaron la idea de este *principium unicum* de los “escolásticos”: el de la santidad divina. Quizá de la apología de Melachton contra los católicos.

749 “*Ceterum quam male de J. N. et G. meriti sint Scholastici, paucis demonstravimus.*”

1) *Non solum duces elegerunt Aristotelem, sed et scriptores Arabes Mahumedanos, Aristotelis interpretes, qui totam philosophiam moralem maxime observarunt.*

2) *Omnia sine ordine tradunt.*

3) *Principium supponunt obscurissimum, sanctitatem divinam.*

4) *Ius N. et G. probant inepte ex Aristotele.*

5) *Propusuerunt quaestiones absurdissimas, e.g. a ob aliquam alampam intentatam aliquis possit occidi? An possit adorari hostia, de qua dubitas, an sit consecrata?.*

6) *Accedit quod Scholastici immiscet impia de probabilismo, de methodo dirigendi intentionem, de reservatione mentali, et de peccato philosophico”. Cfr. Praelectiones Academicæ in Hugonis Grotii De Iure Belli ac Pacis libros tres, Roboreti, 1746, Proemium, pp. 48 y 49.*

750 “*Inprimis autem Jesuitae operam dederunt, ut principia maxime noxia et periculosa in doctrina morali inculcarentur, et adhuc hodie id faciunt. Nam ex hactenus memoratis Gabriel Vazquez, Francisco Svarez, Johannes Azorius, Ludovicus Molina, Leonhardus Lessius, Antonio Escobar Jesuitae fuerunt”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 52.*

751 “*Itaque initio saeculi decimi, doctrina de virtutibus et vitiis, sive de differentiis justi et iniusti, boni et mali, de iure nat. e g. tam apud pontificos, quam apud evangelicos misserrimo e pene incurabili morbo laborabat. Scholastici pontificii in libris, qui titulis de iustitia et iure vel similibus insigniebatur, talia dogmata insinuabant animis discentium, quae solum inserviebant incremento papatus et clericatus”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 63.*

tal conducta se fundamentara en la sana razón e incluso en el sentido claro y perspicuo de las *Sagradas Escrituras*, ellos enseñaban que era deshonesta, injusta, digna de penas infernales. Así, por ejemplo, el jesuita Mariana enseñaba que era justo matar a los reyes heréticos, esto es, a los que no eran suficientemente ortodoxos o que en extremos mínimos disientían del clero dominante.⁷⁵²

Tras este tipo de escritos, pronto se difundió por toda Centroeuropa un sentimiento de profundo desprecio por las inmundicias de la ciencia propia de los católicos. Ello explica los juicios que encontramos tardíamente, a mediados del siglo XVIII, sobre los escolásticos españoles. Adam Glafey explicaba, como un dato evidente, que tanto los juristas como los teólogos se habían llenado la cabeza con abstracciones metafísicas, que se habían dejado guiar por el principio de autoridad y que, de manera consecuente, habían convertido el derecho natural en un puro chisme y logomaquia que no tenía más finalidad que fortalecer al derecho canónico romano.⁷⁵³ De forma más resumida, Eberhard Roesler se limita con indicar que “los doctores escolásticos no proponen más que cosas falsas, perniciosas, turbulentas, inútiles”.⁷⁵⁴ Toda la especulación escolástica está tan cargada de sutilidades e inutilidades que, ante ella, cualquier lector no puede sentir sino náusea y horror.⁷⁵⁵ Como juicio de conjunto sobre la fortuna de estos escolásticos, puede servir la indicación de Otto von Gierke:

El espíritu del derecho natural era más fuerte que ellos. Su destino estaba decidido desde el momento en que los que propugnaban una noción de soberanía independiente tanto de la Iglesia como del pueblo, no solamente no

752 “*Contra quicquid iidem fecerunt, secundum ductum sanae rationis, vel etiam secundum claram et perspicuam literam Scripturae Sacrae, malum esse docebatur, turpe, injustum, et poenis infernalibus dignum, si scilicet non conveniret cum scopo et interessa scholasticorum. Ex Jesuitis Mariana incipiebat defendere, justum esse interficere Reges haereticos, id est, non satis orthodoxos, et vel in minimis apicibus a clero dominante dissentientes*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, pp. 63 y 64.

753 “*Gleichwie aber so wohl die Juristen als die Mönchen ihre Köpfen mit Metaphysischen Terminis und Abstractionibus, nach welchen Mass-Stabe sie alle Dingen in der Welt ausmassen wollten, angefühlet halten: hiernach gewaltig an dem Praejudicio Auctoritatis laborirten: Also machten sie auch den Jur. Nat. ein bloss Gewäsche und Wort-Gefechte, oder thaten weiter nichts, als dass sie aus dem Jure Canonico und Romano Bestärckung ihrer Assertorum Testimonia zusammen suchten*”. Cfr. *Vollständige Geschichte...*, *op. cit.*, p. 79.

754 “*Doctores Scholastici et Academici falsa, pernicioza, turbulenta, inutilia dogmata se proponant*”. Cfr. *Institutiones Jurisprudentiae naturalis*, Tubingae, 1756, liber II, cap. XVIII, 9.

755 “*... qui totus speculationibus scholasticorum subtilibus et inanibus ita repletus est, ut cuiuscunque lectori, solidioribus depibus adueto, facile nausea et horror moveri possit*”. Cfr. Paulo..., *op. cit.*, p. 77.

aceptaron, sino que consideraron como un veneno la construcción puramente iusnaturalista de los jesuitas y monarcómacos.⁷⁵⁶

3. Los orígenes de la sabiduría: Hugo Grocio

Esta etapa tenebrosa de la cultura occidental acabó con la publicación del *De iure belli ac pacis*, de Grocio, según nos indica Samuel Pufendorf.⁷⁵⁷ En el coro unánime de los iusnaturalistas, Grocio fue el restaurador o fundador de la ciencia moral y del derecho natural, de los que no existía anteriormente ningún vestigio.⁷⁵⁸

La situación había sido, ciertamente, grave, porque incluso después de la Reforma, la disciplina moral había permanecido en las tinieblas propias de los escolásticos, sometida a la autoridad de Aristóteles, hasta la aparición de esta obra de Grocio.⁷⁵⁹ Y ello, a pesar de que Lutero odiaba a la filosofía aristotélico-escolástica.⁷⁶⁰ Pero, tal como indica Thomasius, para la Providencia no hay nada imposible, y por ello, allí donde reinó el error amaneció la verdad. Así, en las facultades de teología, derecho y filosofía, en las que reinaba la confusión entre lo verdadero y lo falso de la mano de la filosofía escolástica, la divina sabiduría suscitó un varón que, sin ser doctor escolástico, ni académico, ni teólogo, ni jurista, ni filósofo, fue, sin embargo, un egregio teólogo, un excelente jurista y un eximio filósofo.⁷⁶¹

756 “*Der Geist des Naturrechts war mächtiger als sie. Ihr Schicksal war entscheiden, seitdem die Vorkämpfer einer sowol von der Kirche wie vom Volke unabhängigen Herrschersoveränität die rein naturrechtlichen Konstruktion von Jesuiten und Monarchomachen nicht nur übernahmen, sondern zum Gipfel führten*”. Cfr. Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Aalen, 1981, pp. 71 y 72.

757 “*Verum, qui naturalia iura a positivis accurate discerneret, et ista in plesystematis rotunditate disponere aggrederentur, ante Hugonem Grotium nemo extitit*”. Cfr. *Eris Scandica. Qua adversus libros de iure naturali et gentium objecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686, p. 200.

758 “*Accinxit porro esse Grotius ad molliendum opus, in qua nulla priorum vestigia ipsum regebat*”. Cfr. Pufendorf, *Eris scandica...*, op. cit., p. 205.

759 Ludovici nos indica que “*atque adeo post Reformationem quoque usu ad tempora Grotii Disciplina Juris Naturalis in Scholasticis tenebris et squaloribus sepulta jacebat*”. Cfr. *Delineatio Historiae...*, op. cit., p. 15. Thomasius, pocos años más tarde, explicaba también que la filosofía aristotélica dominaba entre los protestantes hasta la aparición del *De iure belli ac pacis* de Grocio. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 69. Hollamn escribe, más extensamente, que “*Omnis ergo doctrina moralis ab hoc tempore, vel inter protestantes ipsos, intra cancellos librorum moralium Aristotelis veluti conclusa, iisdem ita quasi circumspecta, fuit, ut ne latum quidem unguulum ab eadem recedere liquet*”. Cfr. *Jurisprudentia...*, op. cit., “*Prolegomena generalia*”, 25.

760 Vid. Thomasius, Paulo plenior *Historia...*, cit., supra.

761 “*Sed divinae providentiae nihil est impossibile. Omnia agit suo, id est, debito tempore. Et ubi error summum attingit, fastigium, adventus veritatis appropinquant. Confuso veri et falsi per Doctores in cathedras ecclesiasticas et Academicas introducta erant, tres Facultates Academicae, Theo-*

Efectivamente, Grocio, tal como nos informa Heineccius, fue el fundador del derecho público universal, que antes de él había sido ignorado, ya que la *jurisprudencia* había permanecido en tinieblas.⁷⁶² Aun Juan Federico Weidler, mejor conocedor del derecho, concedía que Grocio había tenido algunos predecesores, como era el caso —cita Weidler— de Diego de Covarrubias, Fernando Vázquez de Menchaca, Hopper, Gentili, Winckler, Seduardus⁷⁶³ o Ayala.⁷⁶⁴ Pero Hufeland, más fiel al espíritu que animaba a la Escuela del derecho natural moderno, explicaba que estos juristas no pueden ser considerados, hablando con propiedad, como predecesores de Grocio, porque sólo hicieron una especie de filosofía del derecho romano conocido hasta entonces y, en lo que respecta a la *Jurisprudencia*, sus explicaciones son tan incorrectas, tan inadmisibles, tan inacabadas, que de ellas sólo puede decirse que componen la ‘prehistoria’ (*Vorgeschichte*) de la ciencia del derecho.⁷⁶⁵

La figura de Grocio es un tanto extraña, por lo mucho que condensa y los sobreentendidos que supone. Grocio ni siquiera tituló a su libro jurídico fundamental, el *De iure belli ac pacis*, con el rótulo de *ius naturale*. Pero la época esperaba un nuevo saber, a la vez moral y jurídico, que sustituyera al derecho romano, a la jurisprudencia bajomedieval del *ius commune* y a la inteligencia del derecho natural como unos primeros principios conocidos naturalmente mediante la conciencia, y este saber nuevo se identificó con este tratado de Grocio. Al parecer, lo que importaba no eran los contenidos o los resultados sustantivos, sino el método seguido: suponer el *status naturae*, los individuos aislados e independientes en tal ‘status’, etcétera. Este derecho natural específico de la Edad Moderna ha-

logia, Juridica, Philosophica, nugis scholasticis erant addictae. Suscitabat igitur divina sapientia virum, qui neque Doctor Ecclesiasticus, neque Academicus esset, qui neque Theologiam, neque Jurisprudentiam, neque Philosophiam tanquam Professor publicus doceret, simul tamen et egregius Theologus et excellens Jctus et Philosophus eximius esset”. Cfr. Paulo..., op. cit., pp. 65 y 66.

⁷⁶² “Inprimis egregie Grotius consulit iuri publico universali. Id enim quum ante Grotium poene ignoraretur, ejus opera primum caput exservit tenebris”. Cfr. Praelectiones..., op. cit., p. 32.

⁷⁶³ Weidler entiende que Seduardus fue un jurista destacado. Ignora que no es más que un personaje literario de la obra de Joaquín Hopper *Seduardus, sive de vera jurisprudencia...*, que tiene forma de diálogo. Resulta patente que estos autores, cuando hablan de jurisprudencia anterior a Grocio, lo hacen de oídas.

⁷⁶⁴ Cfr. *Institutiones Juris Naturae et Gentium methodo geometricae digestae collatoque sparsim iure positivo illustratae*, Vittembergae, 1731, cap. II, XXI.

⁷⁶⁵ “... ist zum Theil nur eine Art von Philosophie über das einmal existirende und eigentlich römische Recht, zum Theil aber so unzugänglich, unbestimmt und unausgeführt, dass man von diesen Männer beständig gleichsam nur in einer Vorgeschichte der Wissenschaft behandelt”. Cfr. *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig, 1785, p. 16.

bría roto definitivamente las tinieblas y la confusión escolásticas. El adjetivo ‘escolástico’, tal como es usado por estos iusnaturalistas de la Edad Moderna, representa todo lo que de engañoso, reaccionario, venal o despreciable ha existido.

Envueltos en una constelación de personajes geniales⁷⁶⁶ que, por primera vez en la historia han sentado sobre bases firmes la ciencia del derecho, el derecho natural y la sabiduría moral, ya no tiene sentido volver los ojos a los juristas anteriores al siglo XVII. Ludovici explica a este respecto que quien caiga en la actitud ridícula —una pérdida de tiempo— de leer a los ‘doctores’ anteriores, es decir, a Bartolo, a Baldo, etcétera, incurrir en una actitud *papista*.⁷⁶⁷ Ya sabemos que, entre los iusnaturalistas, el ‘papismo’ era la suma de todos los males; toda la época ensalzó de tal forma la obra de Grocio que Aubery no dudaba en afirmar, según testifica Ludovici, que Grocio ha sido el espíritu más grande después de Aristóteles.⁷⁶⁸ Una comparación, ciertamente, de valor dudoso, ya que según el *ius naturale* entendía a Aristóteles, *el Estagirita* habría sido el corruptor por excelencia de la razón humana.

Hugo Grocio, si bien con sus estados de naturaleza, contratos sociales, etcétera, rompió con la ciencia político-jurídica aristotélica y escolástica (hecho por el que los católicos lo consideraron antiaristotélico),⁷⁶⁹ sin embargo procedió con una cautela y una prudencia excesivas, en opinión de buena parte de los iusnaturalistas, por lo que entendieron que él marcó el *initium* del derecho natural, pero en modo alguno su plenitud.⁷⁷⁰ Era

766 Ulricus Obrecht escribía que “*Post scholasticorum labores, hoc superiore seculo susceptent vindicandem, adversos imperitorum cavillationes, Civilis Prudentia certitudinem tam in questione juris, quam consilii, magna ingenia: Grotius, Lipsius, Illustrissimus Marxinius, Conringius, Boeclerus, Weichelius, Feldenus, Pufendorffus, et qui ab his laudentur*”. Cfr. *Academica in usum Volumen collecta*, Argentorati, 1704, cap. V, 3.

767 “*Contra vero, si centuriis legum ex Corpore Juris depromti, si myriade Doctorum, Bartoli, Baldi, aliorumque stipetius incedas, Papae!*”. Cfr. *Delineatio...*, op. cit., p. 3.

768 “*Meminit Autor Gallus, Aubery, antea citatus se audivisse a Viris Summis hoc elogium, quae Mr. Grotius étoit le plus universellement sçavant homme, qui eut paru dans le monde de puis Aristote*”. Cfr. *Delineatio...*, op. cit., p. 16.

769 Indicaba Agatopisto Cromaziano que “*Giovanni Feldeno Matematico e Giureconsulto di Helmstadt vene tra i primi impugnatore e amaramente lacerò quella sentenza che repugnavano al grande maestro Aristotele... Il feroce Claudio Salmasio ripete lo stesso, e fere plauso al Seldeno. Giovanni Adamo Osiandro Teologo di Tubinga espose e forte alterò le offese fatte del Grozio alla Teologia e alle gente Scolastiche*”. Cfr. *Della Istoria critica del moderno diritto di natura e di genti*, Perugia, 1789, p. 36.

770 Explica Thomasius que Grocio “*caute procedebat, et quamvis operam daret, ut ea, quae hactenus Scholastici confusissime tradiderunt, miscendo videlicet jura divina, communia, Mosaica, cum legibus humanibus particularibus, iterum separaret, ac distingueret, non tamen statim eorum fundamentales errores oppugnare tantum putabat, sed potius eos in prolegomenis laudabat, et ope-*

preciso romper completamente con la ciencia aristotélica o escolástica propia de los católicos, a la que Grocio aún concedía alguna atención, y esta tarea estaba reservada a Samuel Pufendorf.

4. Pufendorf o la guerra entre dos culturas

Destacaba Samuel Hollmann que Hugo Grocio, por la recepción que hizo en su obra de la doctrina aristotélica, no innovó radicalmente el tratamiento del derecho natural. De hecho, indica Hollmann, son numerosos los autores que han puesto de manifiesto el aristotelismo que aún existe en la obra del holandés.⁷⁷¹ Ningún autor del derecho natural moderno destaca con precisión en qué consiste o cómo se reconoce la influencia de Aristóteles en Grocio. De hecho, las controversias de los iusnaturalistas de la época acerca de la obra de Grocio se reducen al tema de si es aceptable para un protestante mantener —como hace Grocio— que las cosas poseen en sí su propia bondad o maldad o si, por el contrario, es preciso postular que las conductas son en sí mismas indiferentes, adiáforas, y que sólo reciben su calificación moral por el mandato que las ordena o prohíbe.⁷⁷² Efectivamente, a lo largo del siglo XVII se fue extendiendo entre los iusnaturalistas la opinión según la cual la actitud objetivista en moral es propia de los católicos que, para mantenerla, re-

ram dabat, ut eorum fundamentalem propositionem de Jure Naturae, etsi obscuram et falsam cum socialitate Ciceronis conciliaret. Atque ista cautela ad hoc ipsi proderet, ut ejus doctrina non cum tanto ac tam hostili impetu impugnaretur, quam postea alii sunt experti, qui absque dissimulatione grillos scholasticos aperte oppugnare instituerunt. Paucis; Grotius erat instrumentum, quo divina sapientia utebatur, ut initium faceret, tollendae confusionis adeo diuturnae luminis naturalis et supernaturalis. Dico: Initium”. Cfr. Paulo..., op. cit., p. 67.

771 “*Neque multum mutata ista rerum facies est, per quam Hugo Grotius novae disciplina moralis fundamenta prima superiori saeculo feliciter iecit. Etsi necessitatem enim atque utilitatem istius doctrinae summam Aristotelici ipsi satis intelligerent; tantum tamen opus eosdem Aristotelis valebat auctoritas, et recepta hactenus consuetudo, ut divina illa Jurisprudentiae naturalis capita, ad ethicam, politicam et oeconomicam, suam referre, et inter easdem quasi dispersiti, mallent, quam totam illam in disciplinarum suarum moralium in societate admittere, receptaque ades philosophiae practicae in easdem divisionem derelinquere*”. Se remite a Henniges, Henricus, *Annotat. in Grotio de I. B. ac P.*; a Sharrock, Robert, *Tract. de officiis secundum Naturae Jus*, Oxon., 1660, a Eisenhart, Io., *Inst. Iur. Nat. in morali phil. doctrina repraesentatione*. Helmstadt, 1699, y otros. *Cfr. Jurisprudentiae naturalis...*, op. cit. “*Prolegomena generalia*”, 26.

772 Con respecto al objetivismo o voluntarismo como fundamento último de la “moralidad” de los actos, escribía Johann Christian Müldener que “*Prius quidem* (se refiere al objetivismo) *faciunt Scholastici, et qui illos hic secutus est, Grotius*”. *Cfr. Positiones inaugurales...*, op. cit., 10. Sobre esta contraposición entre Grocio y Pufendorf, *vid. Palladini, F.*, “*Volontarismo e ‘laicità’ del diritto naturale: la critica di S. Pufendorf a Grozio, De Iure Belli ac Pacis, Prolegomena, 11*”, comunicación presentada al *Symposium Reason in Law*, Bologna, 12-15 de diciembre de 1984.

curren a la ficción de sostener que existe una ley eterna divina a tenor de la cual cada acto recibe su naturaleza moral que, resultaría de este modo inmutable y eterna, tanto como lo es la misma ley eterna de Dios.⁷⁷³ Dado que Grocio mantiene el objetivismo ético, se vio en esta actitud suya un resto escolástico.

Realmente, estamos ante un hecho un tanto sorprendente. La Iglesia católica había declarado históricamente igualmente aceptables las tesis voluntaristas, representadas por Escoto y Occam, como la objetivista, que encontró su exponente más radical en Gabriel Vázquez de Belmonte. Por este motivo, en las universidades de las zonas católicas existieron (hasta que el Estado rehizo la Universidad europea) dos cátedras de teología, una escotista, en la que se defendía por definición la doctrina voluntarista, y otra tomista, en la que se solían mantener actitudes más o menos objetivistas. No tenía, pues, sentido que en su día se calificara a Grocio de escolástico únicamente porque siguiera la opción objetivista, ya que tan escolástica, aristotélica o papista era una opción como la otra. El problema residió más bien en que Grocio no se mostró lo suficientemente antiescolástico o anticatólico. El holandés, de personalidad conciliadora, diplomático de profesión, echó mano de la mayor parte de las fuentes jurídicas y filosóficas que entonces se conocían, y por este motivo son frecuentes en su obra las citas de los escolásticos españoles del siglo XVI, además de alguna que otra remisión al propio Aristóteles. Esta forma de proceder no era aceptable para el sector progresista protestante, empeñado en descalificar de raíz toda cultura surgida sobre un suelo de hecho católico.

Grocio hubiera podido ser de hecho un hombre puente entre la cultura ético-jurídica católica tardía, ya muy racionalista, y las pretensiones protestantes. Esta posibilidad se veía facilitada por el hecho de que la filosofía y la metafísica estudiadas en las universidades de las zonas protestantes eran fundamentalmente las de los escolásticos españoles de los siglos XVI y XVII.⁷⁷⁴ A pesar de las heterodoxias, estrictamente teológicas, que se contienen en el *De iure belli ac pacis* —que motivaron que la lectura de este libro fuera prohibida entre los católicos— pronto recayó sobre esta obra una multitud de comentadores de formación escolásti-

773 Thomasius mantenía que la ley eterna “*nihil nisi figmentum Scholasticorum*”. Cfr. Ludovici, *Delineatio...*, op. cit., p. 43.

774 Vid. sobre este tema a Weber, E., *Die philosophische Scholastik der deutschen Protestantismus im Zeitalter der Orthodoxie*, Leipzig, 1907. Petersen, P., *Geschichte der aristotelischen Philosophie im protestantischen Deutschland*, Leipzig, 1921, y, fundamentalmente Wundt, M., *Die deutsche Schulmetaphysik des 17. Jahrhunderts*, Tübingen, 1939.

ca⁷⁷⁵ y, de hecho, los católicos de los siglos XVII y XVIII entendieron que Grocio era un autor valioso, aceptable para un católico salvadas las heterodoxias estrictamente teológicas.⁷⁷⁶

Grocio no era un hombre enteramente aceptable para el sector progresista protestante del siglo XVII. Jacobo Federico Ludovici nos indica que, dado que en Grocio hay un fermento escolástico, que existía en su obra a modo de residuo, fue necesario que Samuel Pufendorf acabara de limpiar la disciplina del derecho natural.⁷⁷⁷ De esta forma, Pufendorf fue considerado, tal como lo llama Budde, el ‘restaurador’ del *ius naturale et gentium*⁷⁷⁸ y, más tarde, cuando la mentalidad contractualista y secularizadora había progresado más, Karl Christian Heydenreich no dudaba en llamarlo el ‘padre’ del derecho natural, ya que el barón de Pufendorf, según Heydenreich, ha sido quien ha marcado la verdadera época de esta disciplina, pues él purificó el derecho natural de los errores de sus predecesores y alejó los principios teológicos que podrían haber turbado esta ciencia⁷⁷⁹

La contraposición entre Pufendorf y Grocio determinó la existencia de dos líneas de pensamiento dentro del movimiento iusnaturalista moderno.⁷⁸⁰ De un lado permanecen los seguidores de Grocio, autores moderados por lo general, que de formas distintas creen en la existencia de

775 Vid. Ludovici, *Delineatio...*, op. cit., p. 29. Cromaziano nos informa que “*Giangiorgio Simone Dottore di Halle e Samuele Rachelio e Valentino Veltemio furono commentatori tedeschi del Grozio, e per l’Aristotelismo, per lo Scolasticismo... non furono riputati uomini di moda*”. Cfr. *Della Istoria critica...*, cit., p. 34.

776 Ignatius Schwarz, el primero cronológicamente que denunció las pretensiones de la escuela del derecho natural moderno, escribe a este propósito que “*Hugo Grotius, sicut erat ingenio acutus, ita de disciplina iuris naturae et gentium in multis est bene meritus, nec Protestantibus elogiis indignus*”. Cfr. *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Augustae, 1743, p. 227. En la página 237 hace un elenco de los errores teológicos de Grocio.

777 “*Ergo quod Grotius e fermento scholastico adhuc reliquum habebat, successu temporis Perillustrius Vir, Samuel (demum liber Baro) de Pufendorf repurgare masculi aggressus est*”. Cfr. *Delineatio...*, op. cit., p. 28.

778 “*Pufendorfium alter post H. Grotium iuris naturae restaurator*”. Cfr. *Selectas...*, op. cit., p. 42.

779 “*Pufendorf macht in der Geschichte des Naturrechts in der That Epoche, und wird nicht ohne zureichenden Grund mit dem ehrenvollen Nahmen eines Vaters dieser Wissenschaft bezeichnet. Er vermied auf das glücklichste mehrere Abwege, auf denen sich seine Vorgänger verirrt hatten, entfernte allen Einfluss der theologischen Systems auf seine philosophischen Grundsätze...*”. Cfr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, “Einleitung”, p. 66.

780 Para conocer los seguidores de uno y otro, vid. Budde, *Selectas...*, op. cit., 28 a 54. Frederic Harrison contraponía energicamente a Grocio y sus discípulos con la línea que arrancaba de Hobbes. Indicaba, entre otras cosas, que “*Under the loose methods of arguments, and the recourse to the “reason of the thing” and to “natural justice”, which were inevitable in this philosophy, the stricter logic of Bodin and Hobbes was los sight of...*”. Cfr. *On Jurisprudence and the conflicts of law*, Oxford, 1919, p. 14.

unos principios ético-jurídicos inmutables y que, en el caso del muy extenso tratado de Van der Muelen-Gronovius, incluso intentan la tarea imposible de conciliar el iusnaturalismo protestante con las doctrinas de la segunda escolástica española.⁷⁸¹ De otra parte, pronto surgieron numerosos seguidores de Pufendorf que, en general, a lo largo de la primera mitad del siglo XVIII radicalizan las tesis del cabeza de escuela, hasta llegar a actitudes francamente radicales y unilaterales.⁷⁸²

La obra de Pufendorf, como destacan ampliamente Desing y Finetti, supone la completa ruptura con la Iglesia católica, a la que él designa en el *Praefatio* de su *De Iure Naturae et Gentium* como *Regnum Tenebrarum*, siguiendo la expresión de Hobbes de ‘*Kingdom of Darkness*’, aunque Hobbes llamaba así a la cultura aristotélica. Ciertamente, la actitud doctrinal del alemán se vio radicalizada por el tono grosero que él usa habitualmente: es raro un folio suyo en el que no figure, una o varias veces, el adjetivo *stupidus*. A partir de la difusión del pensamiento de Pufendorf, la oposición del *ius naturale* moderno con el catolicismo fue radical, incondicional, y éste fue el momento en el que la doctrina del derecho natural moderno adoptó el talante maniqueo a que me he referido en páginas anteriores. Como simple ejemplo de este hecho, vemos que Hermann Conring, protestante del siglo XVII que, por ironías de la historia puso su obra al servicio del *ius commune*, había indicado que Joaquín Hopper —el autor del *Seduardus*— había sido el primer ‘filósofo del derecho’ que había existido, y no sólo lo alabó largamente,⁷⁸³ sino que él mismo reeditó el *Seduardus* de Hopper en época ya tardía para este tipo de publicaciones. Conring no podía ser desacreditado, porque al ser protestante era ampliamente conocido en las escuelas de las zonas reformadas. Pero como era imposible admitir que un católico (Hopper lo fue) hubiera podido escribir un libro de calidad, Thomasius, el inmediato

781 Vid. el *Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libri tres cum Commentariis Gulielmi van der Muelen. Et Authoris Annotata, ex postrema eius ante obitum cura nec non Joann. Frid. Gronovius, Ultrajecti, 1696-1703.*

782 En mi opinión, el autor más radical fue Henricus Koehler, en sus *Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocata specimina VII*. Frankfurt am Main, 1738. Además, hay que tener en cuenta al siempre contundente Nicolás Jerónimo Gundling, tanto en su *Jus Naturae ac Gentium connexa ratione novaque Methodo elaboratum*, 2ª ed., Halae Magdeburgicae, 1728, como en la *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De officio hominis et civis*, Hamburg, 1744.

783 Escribía Conring que “*Princeps (quod equidem sciam) imo unus, utilissimus hunc civilis Philosophiae locum serio et data opera aggressus est V.C. Joachinus Hopperus, magno, omnique doctrina veterum philosophorum pariter ac Jurisconsultorum, ut et pietate morumque insigni gravitate, plena imbuto animo*”. Cfr. *Dissertatio epistolica de varia et maxime vera jurisprudentia*, Helmstadt, 1663, p. 146.

discípulo de Pufendorf, dedicó un largo comentario a esta afirmación de Conring, en el que concluía que “no se podía leer este libro de Hopper recomendado por Conring sino con la máxima aversión y náusea”.⁷⁸⁴

Me parece que no exagero si mantengo que el iusnaturalismo de la segunda mitad del siglo XVII marca el momento, por primera vez en la historia, en el que la pugna es total. Porque los iusnaturalistas no se limitaron con atacar la doctrina católica en aquellos temas en los que ellos disentían de la Iglesia de Roma, sino que procuraron convencer a su auditorio de que ‘todo’ lo que había surgido sobre el trasfondo histórico católico había de ser forzosamente inhumano. Es una actitud que contrasta con la etapas históricas anteriores, cuando los padres de la Iglesia acogieron la filosofía pagana, y cuando los teólogos de la baja Edad Media acogieron las aportaciones filosóficas y jurídicas que procedían de ámbitos culturales ajenos al cristianismo. Pufendorf y sus discípulos, en cambio, traspasaron la lucha teológica al ámbito cultural en general, y por este motivo, a partir del siglo XVII aparece por primera vez la lucha cultural, en la que ya no se trata de imponer un conjunto de determinados dogmas teológicos (o de imponer su ausencia), sino de hacer prevalecer toda una cultura opuesta a la atacada. Desaparece, pues, la noción de respeto y en su lugar entra, si acaso, la de tolerancia, aunque temo que las alusiones modernas a la ‘tolerancia’ no son más que un expediente para salvar las formas: el lector ya tiene datos para formarse su juicio sobre este extremo.

El talante de estos iusnaturalistas hizo posible esta realidad. A lo largo del último tercio del siglo XVII la actitud encarnada en la obra de Grocio se fue olvidando progresivamente, y ya Thomasius podía mantener, en 1719, que “se es enemigo del derecho natural o de Pufendorf, o se es amigo”.⁷⁸⁵ En poco tiempo, de la mano de los omnipresentes Thomasius y Gundling, el estudio del *ius naturale* se impuso en toda Centroeuropa y desplazó cualquier otro talante ante el saber jurídico que se funda-

784 “*Quod Hopperianum opus commendavit Conringius, equidem non mirandum, cum Hopperus methodo platonica, partim Aristotelica et scholastica, opus illud elaboraverit... Sed tamen postquam coeptum est, et moralia et politica omissis, grillis Scholastico-Aristotelicis, et Platonicis proponere sermone perspicuo ad captum omnis generis hominum, etiam terminos metaphysicos ignorantium, certo persuasus sum, hominem veritatibus perspicua simplicitate proponi solitis assuetum, nonnisi cum maxima aversione et nausea legere Hopperi opus a Conringio hic commendatum*”. Cfr. el “Appendix II ad Cap. ult., 14, Mentio ibi facta est epistolarum Pufendorffii, Conringi et Boecleri”, en *Paulo plenior Historia...*, op. cit., p. 194.

785 “*Vel inimici iuris naturae aut Pufendorffii, vel amici*”. Cfr. *Paulo...*, op. cit., p. 18.

mentara solamente en la tradición pero no en la razón, como era el caso, para Proeleus, del derecho romano y del *ius commune*.⁷⁸⁶

5. La reacción de los católicos

Juan Francisco Finetti alude al silencio de los católicos: “*ex hoc Catholicurom silentio*”⁷⁸⁷ para referirse a la actitud generalizada de las cátedras de las universidades católicas ante estos ataques. Finetti escribe que los protestantes cobraron grandes ánimos y aumentaron su audacia, de modo que vindicaron al *ius naturale* como propiedad suya, y doctores hubo que discutieron acerca de si los católicos eran aptos para ocuparse con el derecho natural.⁷⁸⁸ Por esta razón, Schmier, monje benedictino, escribía que “todo el orbe literario quedaría estupefacto si algún católico se atreviera a publicar algo sobre el derecho natural y de gentes”. Parecería, a la vista de los hechos, que el mismo derecho natural pugna abiertamente con la doctrina católica, apostilla Finetti.⁷⁸⁹

Fue lógico que sucediera esto: el *ius naturale* nació con entraña anti-católica, y era muy de esperar que los católicos no prestaran su colaboración. Anselmo Desing se quejó, a propósito de este problema, en 1753, del hecho de que en los tratados de derecho natural, así como en las universidades protestantes, reinaba frecuentemente el desprecio por los primeros Padres de la Iglesia, por los juristas y teólogos (católicos), de modo que lo que los iusnaturalistas exponen no es sino una versión sesgada, con todo tipo de insultos, de las obras de los doctores católicos.⁷⁹⁰

786 “... dass man zu unsern Zeiten diesen Wissenschaft (se refiere al Derecho natural) von sehr vielen sey beliebt und vorgetragen worden. Es wird heutiges Tages fast mehr von dem Recht der Natur als von andern gemeinen Rechten die nur in den Gewohnheit oder dem Herkommen sich gründen, gehalten”. Cfr. *Grund-Sätze...*, op. cit., “Vorbericht”, 1.

787 Vid. *De principiis Juris Naturae et Gentium adversus Hobbesium, Pufendorfium, Thomasium, Wolfium et alios libri XII*. 2ª ed. Venetiis, 1777, “Praefatio”, p. V.

788 “... quorundam plausu Protestantibus plerosque magnos sumpsisse animum; quin et eo audaciae devenisse, ut disciplinam hanc quasi peculiarem, et propriam sibi ipsis vindicarent, se unicos in ea magistros, et doctores esse contenderent, omnesque Catholicos arbitrarentur ad quippiam de ea recte conscribendum ineptos”. Cfr. *De Principiis...*, op. cit., “Praefatio”, p. V.

789 “Quare cum P. Schmierus Ordinis S. Benedicti Monachus librum, qui hunc pertinere ridebatur, edidisset, illorum quidem in has temerarias voces erupit, “Totus literatus Mundus obstupuit, cum Catholicorum aliquis aussus est, ius naturae, et gentium, seu publicum universale edere”: quasi vero ius naturae, et gentium cum Catholicorum doctrina aperte pugnaret”. Cfr. *ibidem*.

790 “In D.D. Heterodoxorum libris de Jure Naturae, aut in aliorum collegiis frequens regnat contemptus priscorum Ecclesiae Patrum, et omnium Theologorum, et Jurisconsultorum; qui arguuntur ius naturae penitus ignorasse; cum illud ante Grotio omnino incognitum fuisse persuadere volunt. Praeterea false traducitur iam S. Augustini acumen; iam S. Hieronimy impetus; S. Chrysostomi Rhetorica, S. Thomas Barbaries, aliaque configuuntur et jactantia in Catholicos doctores omnes convi-

Ante el estado de la cuestión, las facultades de derecho de las universidades de los países católicos siguieron enseñando bien el derecho romano, ya bastante depurado histórica-filológicamente, ya este derecho con los comentarios de algunos juristas bajomedievales, como fueron Bartolo y Baldo.

Desing nos indica que a los católicos les costaba creer que Grocio fuera el descubridor de la razón natural y, con ella, del derecho natural, y esto gracias a un hecho milagroso.⁷⁹¹ Argumenta Finetti que si Grocio, según los protestantes, fue el instrumento de que se sirvió la Providencia divina para traer la luz de la razón al mundo, ¿por qué esperó la Providencia hasta el siglo XVII?⁷⁹² Si antes de Grocio existió tan absoluta ignorancia del derecho natural, ¿cómo es que un hombre tan valioso —según los mismos protestantes— como era Grocio cita reiteradamente (para referirse al derecho natural) a Vitoria, Soto, Molina o Suárez?⁷⁹³ Si el derecho natural es aquello que se deduce de la recta razón, o de la *sociabilitas*, o del amor, o de la *philautia*, ¿es que nadie antes de Grocio tuvo una razón recta? ¿Nadie fue socio? ¿Nadie amó a Dios o al prójimo? ¿Todos se odiaban a sí mismos?⁷⁹⁴

Vemos, pues, que los católicos se opusieron tardíamente, ya a mediados del siglo XVIII, a la pretensión inicial de la cultura ético-jurídica de aquellos protestantes, a saber: que la luz de la razón brilló por primera vez en la historia en la Edad Moderna. Y en oposición a estos protestantes, Desing escribía que “si ellos se toman la molestia de leer a dos o tres

791. Cfr. *Ius naturae larva...*, cit., cap. IV, thema VII. Sobre los insultos a los padres de la Iglesia, vid. Finetti, *De Principiis...*, op. cit., pp. 8 y 9.

792. “Cum aliis Grotium dicit primum inventorem Rationis naturalis, et qui per miraculum hocce ius invenitur”. Cfr. *Jus Naturae...*, op. cit., “Praefatio”, p. 6.

793. “Sed si ita res est, cur, Divina Providentia (tantiper te alloqui, et tecum conqueri licet) cur, quaeso, tot annos, et saecula passa est in rei tam necessariae ignorantiae, tenebrisque jacere? Cur haec astra tam fulgida oriri tam fero tulisti? Ergone ad haec postrema impeditissima tempora cultum rectae rationis, veramque morum doctrinam reservasti?” Cfr. Finetti, *De Principiis...*, op. cit., p. 14.

794. “Si tanta fuit, ut ipsi contendunt, apud Catholicos, praesertim ante tempora Grotii iuris naturalis ignorantia, undenam est, quod ille, vir et acerrimo ingenio, et criterio solidissimo, dum celebrem suum de iure belli ac pacis librum conscriberet, scholasticos doctores praecipuos Franciscum Victoriam, <sic> Dominicum Sotum, Molinam, Suarezium, et id generis alios evolverit, et tam multa ex his in usum transtulerit, ut indicat frequentes eorundem allegationes, quas in margine videre est?”. Cfr. Finetti, *De Principiis...*, op. cit., p. 4.

795. “Si dicunt, conferri debere cum recta ratione, aut cum socialitate, aut cum amore, aut cum studio conservandi esse. Respondebo: Ergo ante Grotium nemo habuit rectam rationem? nemo socius fuit? nemo amabit Deum ac proximum? omnes ses interenuerunt?”. Cfr. Desing, *Ius naturae larva...*, op. cit., cap. IV, thema XI, 4.

de los casuistas, o de los juristas, encontrarán todo eso que ellos mismos creen haber descubierto *ex novo*, ampliamente tratado, con muchas razones y argumentos pulcramente expuestos”.⁷⁹⁵ Desing se refería tanto a los teólogos católicos, Tomás de Aquino, Escoto, Vitoria, etcétera, como a los juristas del *ius commune*.

Los católicos se quejaron de los ataques de la Iglesia católica contenidos en los libros del derecho natural. “El ánimo y la finalidad de Pufendorf —escribe Desing— tanto en sus escritos de derecho natural como en otras obras suyas, es la de presentar (*facere*) como ridícula, propia de necios, a la religión católica, mostrándola repugnante al derecho natural”.⁷⁹⁶ Finetti se preguntaba: ¿A qué vienen los insultos de Pufendorf a la Iglesia católica, en los que vanamente buscarás equidad y decencia? ¿En qué se fundamenta esa falacia según la cual la Iglesia católica por su propia naturaleza es opuesta al derecho natural?⁷⁹⁷ Los católicos que conocían el contenido de los tratados de derecho natural no sufrían que Pufendorf hablara de “esta doctrina pestilentísima y opuesta al derecho natural y a la sana política” para referirse a la Iglesia de Roma.⁷⁹⁸

Parte del problema residía en que los tratados de derecho natural, lejos de limitarse a exponer este nuevo modo de entender el derecho, fueron utilizados por sus autores para atacar, con fines de propaganda, a la Iglesia católica.⁷⁹⁹ Vemos que el *jus naturale et gentium* de la Edad Moderna estuvo lejos de constituir un conjunto doctrinal que sirviera de campo común de entendimiento entre las distintas confesiones. Se trató de una guerra total de los protestantes contra los católicos, en la que trataron aquéllos de mostrar toda la cultura creada desde el siglo I al XVII como insana, falsa, irracional. Por este motivo, los libros de Pufendorf y sus

795 “... nam si vel duos tresque ex solo casuistis, et ex Juriconsultis attente legissent, omnia illa, quas a se dicunt de novo intenta esse, reperissent uberrime tractata, multas rationes et argumentationes pulcherrime stabilita”. Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. XV, thema I, 1.

796 “Animus ac scopus Pufendorfi in *Jure Naturae* scribendo et in plerique a se scriptis suis, Catholicam religionem facere ridiculam, imo stultam et *Juri Naturae* repugnantem”. Cfr. *Juris naturae larva...*, op. cit., cap. XII, thema II, 1.

797 “Quo enim spectat illibenda illa in Romanam Ecclesiam convitia, in quibus non tantum aequitatem, sed et decentiam frustra requiras? Quo illae fallaciae, quibus Religionem Catholicam (quanquam supresso nomine) iure naturae repugnare subdole insinuat?” Cfr. *De Principiis...*, op. cit., p. 32.

798 “Quod si crude et indigeste ita sumptam hanc doctrinam pestilentissimam et *Jure Naturae* ac sanae politicae adversam dicit Pufendorfius...”. Cfr. Desing, *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. XII, thema VII, 5.

799 El capítulo XII, *Themae* I y II del *Juris Naturae* de Desing está destinado tanto a exponer las heterodoxias como los insultos que Pufendorf dirige a la Iglesia católica.

discípulos nunca hacen mención de las obras de los católicos, a no ser para insultarlos. Finetti lamentaba que Pufendorf despreciara a todos los autores católicos y que, sin embargo, citara *ad nauseam* los escritos de los paganos, porque el mismo Pufendorf declara que rechaza a todos aquellos que son adictos a la secta católica. “¡Llama secta a la Iglesia de Dios!”, se duele Finetti.⁸⁰⁰

La finalidad de Pufendorf —escribe Desing— es la de destruir a la Iglesia católica.⁸⁰¹

Estas cosas se han planteado de tal forma, escribe este mismo autor, que es necesario suponer que Pufendorf es un grandísimo ignorante de la doctrina católica, porque él ataca temerariamente a la Iglesia católica, a la que desconoce; y si no es un ignorante, entonces es un mentiroso, culpable de no decir la verdad y de dar testimonio falso entre los jóvenes. Y no se trata sólo de mentiras groseras, sino de calumnias, ya que se trata de vencer en público a través de la mentira, constituyendo él en culpable a la parte opuesta. Por lo que todo esto que vende Pufendorf no son sino fraudes dialécticos y falacias sofísticas.⁸⁰²

En estos autores, concluye Finetti, anida un espíritu tiránico, ya que los mismos protestantes indican —referido a su confesión— que “todo aquello que directa o indirectamente constituye una vejación de la religión, es una verdadera tiranía”.⁸⁰³

Un resumen de las quejas de los católicos nos lo ofrece Cromaziano: “Ellos continúan declamando, aún hoy, que el derecho natural y de gen-

800 “*Illud etiam cuique prudenti movere stomachum debet, quod tam elato supercilio Catholicos omnes Scriptores despiciat, ut quum Gentilium Auctorum textus ad nauseam usque congeret, omnes tamen Catholicos ab opere suo excludendos putari, eo quod ii, frigidus (sic ait) ut plurimum quaestiones paribus ratiunculis confirmari sunt contenti. Atque ita Pufendorffius arrogantia intolerabili omnes sectae (sectam vocat Ecclesiam Dei), Romanae addictos fasce collectos rejicit, et projicit*”. Cfr. *De Principiis...*, op. cit., p. 32.

801 “*Scopus Pufendorffius, evertere rem Catholicam*”. Cfr. *Juris Naturae...*, op. cit., cap. XII, thema XIII, 7.

802 “*At haec tamen omnia talia sunt, ut vel ignorantissimum rerum Catholicarum fuisse Pufendorffium necesse est; adeoque temerarie esse impenderit contra rem Catholicam incognitam, vel, si non ignorarit, mendacii et contra mentem locutionis ac falsis apud juvenes et alios dicendi testimonius sit reus. Neque rudi mendacii, sed calumniae, sive studii vincendi in publico judicio per mendacium, et partem adversam ream constituendi. Denique permulta ex his, quae vendit Pufendorffius, fraude dialectica et sophistica fallacia colorantur*”. Cfr. *Juris Naturae...*, cap. XII, thema II, 4. Las intensidades son de Desing.

803 “*Sed hoc mirandum, quod quum in illis spiritum tyrannicum agnoverit (putat enim, ut ait paullo post, ‘quacunquē sive directum, sive indirectum Religionis, causa vexationem, esse veram tyrannidem’)*”. Cfr. *De Principiis...*, op. cit., p. 9.

tes, la política y la economía, y todo cuanto tiene de grande la disciplina moral, fue limpiado y expurgado de las inmundicias escolásticas y casuísticas católicas por los estudios de estos héroes y de sus discípulos y por la nueva sabiduría de la Reforma”.⁸⁰⁴ Más adelante indica que “se levantaron los lamentos de los católicos, presentados como los enemigos del derecho de la razón, como los vivientes más ridículos, más injustos y más venenosos que habitan sobre la faz de la Tierra”.⁸⁰⁵

Los católicos no permanecieron en la actitud puramente defensiva de las lamentaciones. Ellos, formados en la mentalidad propia de la jurisprudencia romanística, poseían elementos de juicio para entender que el derecho natural de los protestantes, con sus ‘estados de naturaleza’, sus ‘principios únicos’ y, sobre todo, con la pretensión suprema y omniabarcante del sistema, poco tenía que ver con la idea más antigua del derecho natural. Por este motivo, Ignatius Schwarz, el primero que publicó un tratado de derecho natural que —valga la paradoja— no era ‘iusnaturalista’, indicaba que la Reforma protestante no había contribuido en nada a la causa del derecho natural, ni siquiera a renovarlo, sino que más bien, con sus principios, lo había corrompido.⁸⁰⁶ Finetti estimaba que en los tratados de derecho natural al uso no se encuentran principios firmes, ni racionios sólidos, ni altura, ni siquiera cosas nuevas; más bien encuentra en ellos falta de orden y de estilo, prejuicios, mucha temeridad, y muy poca buena fe.⁸⁰⁷

Desde luego, el derecho natural de los protestantes presentaba puntos flacos que se prestaban a las críticas. Finetti insiste en que los iusnaturalistas pretendían establecer un principio supremo a partir del cual quieren desarrollar, deductivamente, todo un ‘sistema’ de derecho natural; pero el problema reside, indica este autor, en su mismo punto de partida, porque ellos ni si-

804 “... così declamarono che il diritto della Natura e delli Genti, e la Politica e la Economia, e tutta quanto è mai grande la morale disciplina fu sollevata e purgata delle immondezze scholastiche monaceli cattoliche per gli questi stessi Eroi e de' loro Discepoli, e per la nuova sapienza della Riforma”. Cfr. *Della Istoria...*, op. cit., p. 59.

805 “... si levarono i lamenti de' Cattolici, dipinti come i nemici del ragionevol diritto, e come i viventi più ridicoli, più ingiusti, e più velenosi che supergginno sulla faccia della Terra”. Cfr. *Della Istoria...*, op. cit., p. 59.

806 “Reformatio protestantica adeo nihil contribuit ad disciplinam iuris naturae et Gentium, seu renovandum, seu illustrandum, ut eandem suis principiis potius foederavit, penitus corrumpuit. Ut adeo vana sit Buddei jactantia, qui reformationis praetensae tempora, sicut omni litteraturae, ita Juri Naturae praesertim, ac Gentium, auspiciatissime gloriatur”. Cfr. *Institutiones...*, op. cit., p. 219.

807 “Ego contra, neque firma principia, neque solidum ratiocinium, neque delectum sententiarum, neque sublimitatem, novitamque doctrinae in illis deprehendo; non ordine concinnum, non stylum perspicuum, non ornatum dicendi genus: video autem errores quamplures, praepudicia vanissima, multum temeritatis, bonae fidei parum”. Cfr. *Principiis...*, op. cit., Praefatio, p. V.

quiera se ponen de acuerdo sobre el principio fundamental que ha de informar sus respectivos sistemas. Grocio y Pufendorf proponen la sociabilidad como punto sistemático, Thomasius rechaza la solución de éstos y establece el eudemonismo, Wolff se muestra disconforme con todos ellos, Schmauss hace una enmienda a la totalidad del planteamiento existente hasta entonces e indica que este principio no ha de buscarse en el intelecto, sino en la voluntad, no en la recta razón, sino en el instinto natural. ¿Qué se puede juzgar, concluye Finetti, de estas doctrinas que ni siquiera concuerdan en su primer principio?⁸⁰⁸ Recuerdo al lector que el tema del *principium ático unicum, evidens et adaequatum*, del que habría que deducir todo el cuerpo del derecho natural había sido objeto de polémicas desde comienzos del siglo XVIII. Samuel Cocceius, el comentarador más conocido de Grocio, se ocupó ampliamente de este tema,⁸⁰⁹ en tono bastante crítico.

Anselmo Desing, que demuestra ser buen conocedor del método del *ius commune*, se opuso a la pretensión iusnaturalista moderna de suponer o construir un derecho natural inmutable y universal, que se desarrollaría fuera de la historia. Desing, con espíritu más adecuado a la jurisprudencia, tiene a la vista no este tipo de derecho natural sino la ciencia del derecho romanista. Conectando con las explicaciones de los primeros teóricos del *ius commune*, como fueron Hopper, Connanus, Bolognetus o Tholosanus, Desing explica que todo aquello que es ‘justo’ es concorde con el derecho natural, por lo que este derecho no se encuentra en los cielos de la especulación, sino *dentro* de los órdenes jurídicos realmente existentes. Los derechos naturales (*iura autem naturalia*), explica Desing, consisten en el mismo derecho civil, *ius civile*, por lo que no hay que buscarlo ‘antes’ del derecho positivo.⁸¹⁰ Son ese mismo derecho positivo. Y

808 “¿Dicant vero etiam, quod progressus in morali doctrina fecisse censerit poterunt qui nondum primum principium, seu primam, unde caetera derivandae sunt leges, adinvenere? Annon constat, tot ferme in rem hanc eorum esse sententias, quot capita? Socialitatem a Grotio propositam pro primo principio statuit Pufendorfius: hanc primo defendit, deinde impugnat Thomasius: Thomasiai principio rejecto, aliud proponit Wolfius: atque alii alia excogitarunt; Postremo Schmausius et Pufendorfi et Thomasiai et Wolfii ceterorumque omnium, qui eum praecessere, principia impugnat, novumque systema, novamque iuris naturalis sedem adstrui, non scilicet intellectum, sed voluntatis, non rectam rationem, sed naturalem instinctum. ¿Quid itaque praesumendum est de eorum doctrina, qui nondum de primo ipso principio convenire potuerunt?”. Cfr. *De Principiis...*, op. cit., p. 14. Las intensidades son de Finetti.

809 Vid. *Tractatus Juris Gentium de Principio Juris naturalis unico, vero et adaequato*, Francofurti ad Viadrum, 1702.

810 “*Iura autem naturalia ut congruant civitati, sive ut ea in moderno statu exercendae sunt circumscripta legibus positivis, consistunt in ipso iure civili, neque adeo ante ius civile discenda sunt*”. Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. IV, thema XXII, 3.

si las leyes civiles humanas obligan en conciencia, esto se debe a que tales leyes no son sino declaraciones del derecho natural.⁸¹¹

Se presentó la necesidad de elaborar una explicación del derecho natural que, abandonando la pretensión de eternidad e inmutabilidad, presentara a ‘lo justo natural’ o a lo justo *naturalmente* (un juego de palabras que puede prestarse a equívocos) dependiente de lo concreto, de lo real existente, de modo que el derecho positivo fuera un factor constitutivo más de este derecho natural. Por tanto, el ‘estado de naturaleza’, como punto de partida de la consideración de la ‘naturaleza’ humana, debe ser abandonado ya que, como indica Desing, un derecho natural escrito para un estado inexistente, no sirve para nada. El derecho natural que es preciso explicar, escribe este mismo autor, ha de tener en cuenta, en lugar de estados inexistentes o imaginarios, la verdadera razón del hombre, si es que quiere constituirse en un saber *práctico*; al saber práctico se le opone el teórico o metafísico, que de nada sirve en la vida concreta de los hombres, que es asunto de *praxis* y no de *theoria*, que siempre es ociosa, es decir, destinada a contentar el intelecto, pero sin finalidad humana o moral.⁸¹²

La empresa de elaborar esta nueva explicación del derecho natural fue emprendida por Ignatius Schwarz con sus *Institutiones Iuris Naturae et Gentium*, publicadas en 1743, por Desing, con el *Jus naturae liberatum ac expurgatum a principiis lubricis, et multa confusione per doctores heterodoxos inducta*, publicado diez años más tarde, y Juan Francisco Finetti, con el *De Principiis Jure Naturae et Gentium*, aparecido en 1777. De este modo aparece, ya desde mediados del siglo XVIII una versión del derecho natural, expresamente opuesta a la Pufendorf, Thomasius, Gundling, etcétera, que enlaza con las grandes obras de teoría jurídica del siglo XVI, del tipo de las de Bolognetus, Hopper, Connanus, Tholosanus y, algo más tarde, de Hugo de Roy.

Esta nueva dirección no prosperó a lo largo del siglo XIX. Las cabezas habían quedado aturridas bajo la presión de la exigencia de un orden jurídico eterno e inmutable, y cuando los católicos pretendieron hablar de

811 “*Hae leges civiles humanae, modo non ad evertendum naturam aptae sint, obligant in conscientia; quia non sunt nisi declarationem iuris naturae*”. Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. I, thema V, 8.

812 “*Juris Naturae disciplina, quae scribitur pro nullo statu existente, otiosa est. Quia non est practica... Igitur Juris Naturae disciplina pro tali statu scripta esset otiosa*”. Cfr. *Juris Naturae larva...*, op. cit., cap. III, thema II. Desing insiste en la naturaleza práctica del derecho natural, frente al carácter “metafísico” que había tomado en las obras de estos iusnaturalistas.

la objetividad de la justicia, frente al relativismo ético-jurídico que conllevaba la idea del ‘Estado’, no echaron mano de los libros *jurisprudenciales* de la baja Edad Media, o del siglo XVI, o de estos autores de la segunda mitad del siglo XVIII, sino que idearon un nuevo Tomás de Aquino, entendido bajo la falsilla del *ius naturale immutabile* propio de la línea moderada del siglo XVIII representada por Christian Wolff, Heinecke, Darjes, Nettelbladt, etcétera. En líneas generales, éste podría ser el reproche más de fondo a hacer a las obras escolásticas que pretenden restaurar el derecho natural a lo largo del siglo XIX. Y ésta es una corriente de pensamiento que se adentra muy en el siglo XX: de hecho, aún hoy, bajo la expresión derecho natural, la mayor parte de los universitarios piensan en aquel derecho inmutable que prometió en vano Hugo Grocio.

IV. LA TEORÍA DE LA ‘PERSONA JURÍDICA’

Ha llegado el momento de intentar esclarecer en alguna medida el andamiaje conceptual y teórico que hizo posible que la ciencia jurídica del siglo XIX partiera exclusivamente del hombre aislado, de la libertad que le corresponde, y diseñar todo el ordenamiento jurídico tomando como punto único de referencia la libertad general y abstracta del individuo. Este hecho lo observamos por primera vez en la historia en la pandectística alemana del siglo pasado, que pretendió en lo que se ha llamado su ‘gran ilusión’, traspasar desde el plano filosófico-iusnaturalista al plano jurídico-positivo la idea del individuo como ‘sujeto de derecho’, con todos sus atributos y predicados, especialmente con su capacidad de querer, de modo que el sistema jurídico fuera desarrollado sobre esta figura.⁸¹³

Para el estudio de este problema es necesario partir de la Edad Moderna que, como indica Orestano, llevó, cada vez en mayor medida, a entender el derecho en función del individuo, y a considerar que el universo jurídico está constituido por el conjunto de los derechos que le corresponden. De este modo, todas las posibles relaciones jurídicas pensables vinieron a resolverse en atributos o predicados del *sujeto del Derecho*⁸¹⁴ o ‘persona jurídica’, de modo que el ordenamiento jurídico fue identificado

813 *Vid.*, sobre este problema, a Orestano, R., “Diritti soggettivi e diritti senza soggetto”, en *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 132.

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

con el sistema de los derechos subjetivos del individuo. El centro motor de todo el sistema es el hombre, que, desde ‘objeto’ de las normas jurídicas asume el rango de *persona*, en el sentido nuevo que este término había adquirido en el siglo XVIII en la filosofía y, por reflejo, también en la doctrina jurídica.⁸¹⁵

En efecto, en la ciencia tradicional del derecho, desde la romana hasta el siglo XVIII, los juristas no habían tenido ningún inconveniente en considerar también jurídicamente relevantes situaciones distintas a las creadas voluntariamente por los hombres, de las que surgían derechos y obligaciones. No existía entonces un concepto unitario de ‘persona’ desde el que pretendieran deducir las normas jurídicas. Las cosas comenzaron a cambiar, indica Orestano, en el curso del siglo XVIII cuando, bajo el influjo ideológico del individualismo iusnaturalista, se hizo coincidir el *status hominis naturalis* y el *status hominis civilis*, esto es, la noción del hombre como dato ‘natural’ con la noción de ‘persona’ o *sujeto* como dato jurídico, sosteniéndose que todo hombre sería portador de derechos subjetivos, todos ellos reconducibles, en definitiva, a su capacidad de querer inmotivada, *arbitrium*, *Willkühr*.⁸¹⁶ La primera elaboración de lo que será con el tiempo el ‘sistema de los derechos subjetivos’ se remonta a los filósofos modernos del derecho natural, concretamente, a los de la Ilustración alemana, y este empeño representó una utopía ideológico-política que tendía deliberadamente a enfrentarse, para sustituirlo, al derecho positivo e histórico.⁸¹⁷ Sin duda alguna estamos en presencia de una de las batallas más ambiciosas que ha mantenido el pensamiento humano para afirmar al individuo mediante lo que inicialmente se llamaron sus ‘derechos innatos’ (*iura innata o connata, angebohrne Rechte*) y, en primer lugar, su libertad o arbitrio, fundamento y condición de cualquier otra manifestación de su personalidad en el derecho.

De esto resultó un cambio radical en la contemplación de la función del derecho objetivo que, si no era ignorado en la construcción del sistema de los ‘derechos naturales’, venía, en el mejor de los casos, reconduciendo al arbitrio del individuo a través de la ficción del ‘contrato social’. En cualquier caso, su función se limitaba a proteger los derechos innatos de la ‘persona’, muy especialmente su ‘potestad de querer’, en la que se hizo

815 Cfr. Orestano, *Diritti soggettivi...*, op. cit., p. 117.

816 Cfr. Orestano, “‘Persona’ e ‘persone giuridiche’”, en *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, op. cit., p. 203.

817 Cfr. Orestano, *Diritti soggettivi...*, op. cit., p. 132.

consistir la esencia misma del derecho subjetivo.⁸¹⁸ Lo que entonces se llamó el ‘sistema jurídico’ fue articulado en torno a una figura nueva, el *subiectum iuris*, expresión que fue entendida no ya como el hecho de encontrarse sometido a una regulación jurídica, sino como el ser pensante y, sobre todo, con voluntad libre e indeterminada, portador de unas ‘cualidades morales’ de libre arbitrio. La noción equivalente a la de ‘sujeto del Derecho’ fue la de ‘persona jurídica’, que se introdujo en la ciencia jurídica, por primera vez, en el siglo XIX, como elemento simétrico al de persona física,⁸¹⁹ entendida en el mismo sentido que he explicado a propósito del *subiectum iuris*.

Pretendo dar algunas pinceladas que puedan servir para esclarecer los presupuestos teóricos que hicieron posible esta nueva inteligencia de la noción de ‘persona’, típicamente iusnaturalista-moderna y, posteriormente, decimonónica. No pretendo, obviamente, hacer una historia de la evolución doctrinal del concepto de persona en el derecho; solamente me propongo mostrar algunas facetas del periodo filosófico-jurídico inmediato en el que el entero ordenamiento jurídico pasó a ser considerado como una emanación de la libertad *abstracta* —en el sentido hegeliano del término— de los individuos.

1. La teoría iusnaturalista prekantiana

El punto de partida necesario de una ética individualista es la afirmación de la autonomía e independencia de cada individuo, y la escuela del derecho natural moderno hizo posible esta consideración del hombre recurriendo, en un primer momento, a la ficción del *status naturae*; en efecto, los iusnaturalistas calificaron a la situación real de los hombres en la sociedad, con sus inevitables desigualdades y restricciones a la libertad, como un *status adventitius*, es decir, como una situación artificial que es distinta, y se opone, al estado o constitución originaria del hombre.⁸²⁰ De esta forma, el estado ‘natural’ de los hombres, por oposición a los vínculos, limitaciones y constricciones sociales, no puede ser sino un estado de

818 Cfr. Orestano, *op. cit.*, p. 134.

819 Vid. Orestano, “‘Persona’” ..., en *op. cit.*, p. 228.

820 Esta terminología la encontramos, entre otros, en Nicolás Jerónimo Gundling, cuando escribe que “*Status ist eine Conditio sive Societas certa; darinnen der Mensch constituiret ist. Es ist aber derselbe status entweder naturalis, in quo homines a natura sua constituuntur, oder adventitius, in quo homo vivit ex pacto certo, ex contractu, ex conventionione. Advenit enim pactum*”. Cfr. *Erläuterung über Samuelis Pufendorf De officio hominis et civis*, Hamburgo, 1744. I. II, cap. 1, 2.

libertad individual en el que no debe existir, en principio, limitación alguna al arbitrio de cada sujeto. Lógicamente, la primera condición para hacer posible esta visión del hombre, es su consideración *extra societatem*, afirmando que ésta es la que verdaderamente responde a la naturaleza del hombre o a las exigencias de un método científico. Así se expresaba Alexander Gottlieb Baumgarten, que escribía que

Al considerar la condición del hombre podemos abstraer de todas las determinaciones que provienen de una sociedad concreta, o bien podemos considerarlo en ellas. En este último caso tenemos el estado social del hombre, y en el primero el estado natural, que se opone al otro... En nuestra disciplina del derecho natural, y en la Ética, entendemos por estado natural del hombre el *status* individual, tal como se observa en cada hombre singular.⁸²¹

De esta forma se cumplía la primera exigencia del individualismo moderno, es decir, tomar como único punto de partida posible, tanto en la ética como en el derecho natural, al individuo aislado.

El segundo paso que se había de dar venía ya determinado por el punto de partida expuesto; porque los ‘iusnaturalistas’ de la Edad Moderna entendieron que el hombre aislado, por el hecho de no estar relacionado con otros hombres, sólo depende de él mismo, puesto que su aislamiento conlleva necesariamente que él se contempla únicamente a sí mismo, sin hacer referencia a los demás. Desde la independencia surgía la autonomía. Es, por tanto, un individuo que sólo depende de sus pasiones, instintos y debilidades individuales y que, por este mismo hecho, no reconoce ninguna limitación a su arbitrio que no provenga de él mismo, es decir, de su constitución individual.

Dado que, desde el inicio de la escuela del derecho natural, el concepto de individuo, representado por el término *homo*, fue usado metódicamente para designar un arbitrio indeterminado, la naturaleza del hombre apareció, ante todo, como construida primariamente por la indeterminabilidad del arbitrio,⁸²² en la que se hizo consistir la libertad. A comienzos

821 “*In statu homini vel abstrahitur ab omnibus eius determinationibus ex peculiari societate, vel quaedam eiusmodi determinationes simul attenduntur. Posterior est status hominis socialis, prior status hominis naturalis sociali contradistinctus... In iure naturali nostro et Ethica statum naturalem intelligimus secundum 1 eumque individualem qualis in singulis hominibus deprehenditur*”. Cfr. *Ius Naturae*, Halae Magdeburgicae, 1763, pars. I, 1 y 4.

822 Lord Kames realizó, en la segunda mitad del siglo XVIII, un enérgico esfuerzo para demostrar que la libertad no es lo mismo que el ‘arbitrio’. En su opinión, los autores que confundieron metódicamente estas dos realidades distintas en Inglaterra fueron los calvinistas escoceses, que opu-

del siglo XVIII esta idea había sido aceptada ya incluso por los iusnaturalistas más moderados y Johannes Nicolaeus Hertius, por ejemplo, escribía que “este estado puede ser descrito como aquella condición de los hombres en los que ellos, entre sí, son iguales, y nadie está sujeto al arbitrio de otro”.⁸²³ Esta consideración de la constitución ‘natural’ del hombre traspasa toda la Ilustración y, a mediados de siglo, Baumgarten exponía esta tesis con precisión indicando que “en el estado de naturaleza nadie podía ser forzado a obedecer, esto es, nadie estaba sujeto”.⁸²⁴ A causa de esta falta de sujeción el arbitrio ajeno (única posibilidad de limitación del arbitrio que encontró la escuela del derecho natural), el estado de naturaleza fue llamado desde muy pronto un ‘estado de libertad’, *status libertatis*;⁸²⁵ la consecuencia inmediata de la libertad de todos era la igualdad, por lo que los iusnaturalistas también entendieron que el *status naturae* era un *status aequalitatis*.⁸²⁶ Esta terminología se fue imponiendo con naturalidad conforme avanzaba el siglo XVIII y la encontramos usada sin dificultades por todos los iusnaturalistas.

Me interesa destacar que esta libertad imaginada del individuo no fue considerada como algo simplemente fáctico, es decir, como una propiedad que de hecho poseyeran los sujetos, sino que la mayor parte de los componentes de la escuela del derecho natural atribuyeron a la naturaleza del individuo que ellos habían ideado un valor normativo con respecto a cualquier situación ‘civil’ en la que se encontraran los hombres. La indeterminación del arbitrio, llamada comúnmente ‘libertad’, apareció, de esta forma, como un derecho, que fue considerado como el derecho básico del hombre. Ioachim Georgius Darjes explicitaba sobre este tema, que

sieron la libertad a la necesidad, en lugar de oponerla a la coacción. *Vid. Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, London, 1758, p. 165. Si Grocio confundió ambas cosas, esto se debió a que el holandés era protestante arminiano, y esta afirmación no implica ninguna falta de respeto: “*I am sensible, that the Arminian doctrine has been and is exposed by many good and pious men*”. *Cfr. op. cit.*, p. 178. Según Kames, confundieron la libertad, que implica necesidad, con la ‘*Liberty of indifference*’. *Vid. el Essay III, “Of Liberty and Necessity”*, especialmente pp. 144, 145 y 149.

823 “*Status hisce describi potest, conditio hominum inter se aequalium, neminisque alterius, praeterquam Dei et divinarum legem, arbitrio subjectorum...*”. *Cfr. Elementa prudentiae civilis*, Francofurti, 1703, pars. I, sectio I, III.

824 “*In statu naturali ad obedientiam non potest cogi, i.e. non esset subiectus*”. *Cfr. Ius Naturae*, *op. cit.*, pars. I, 11.

825 *Cfr.*, por ejemplo, Gundling, N. H., *Via ad veritatem cuius pars tertia iurisprudentiam naturalem nova methodo elaboratum praesentis opinionibus aliisque ineptis vacuam sistit*, Halae Magdeburgicae, 1715, cap. III, 12-20.

826 *Cfr.* Heinrich Gribner, M., *Principiorum iuris prudentiam naturalibus libri IV*, Vitembergae, 1724, 5a. ed., lib. I, cap. IV, 2.

todos los hombres tenemos, según la naturaleza, los mismos derechos. La naturaleza común de todos funciona como razón suficiente de la igualdad, ya que supuesta la misma razón, es decir, la misma naturaleza, deben seguirse los mismos derechos; pero la libertad que se desprende de la igualdad de derechos —prosigue Darjes— no se detiene en una consideración absoluta del hombre, en abstracto, o en el ‘estado de naturaleza’, sino que también opera cuando consideramos a los hombres en sus estados hipotéticos o sociales.⁸²⁷

En consecuencia, el individuo es libre, ya lo consideremos en el *status naturae*, ya en la vida social. Esta libertad del individuo, genérica, que no se circunscribe a una posibilidad determinada de hacer, fue considerada como un *ius commune*, es decir, como un derecho universal que posee cada sujeto, y que consiste en el derecho de determinar nuestras acciones según nuestro arbitrio. En este sentido, Daniel Nettelbladt escribía que “*libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio*”,⁸²⁸ con lo que expresaba en pocas palabras lo que era el nervio fundamental del iusnaturalismo moderno, y esta idea quedaba rematada cuando explicaba que tal libertad *communis* era un derecho innato del hombre.⁸²⁹ Planteadas así las cosas, la libertad tiende a dilatarse, y los iusnaturalistas, llevados por su propia dinámica, mantuvieron —aún en esta fase prekantiana— que lo constitutivo del hombre en tanto que tal, esto es, lo que la naturaleza es en última instancia, no es más que la libertad del individuo. Por ello, Georg Samuel Madihn escribía en 1767 con entera sencillez que “*Die menschliche Natur ist nemlich das Wesen eines Menschen mit seiner Freiheit zu handeln*”, es decir, que la naturaleza humana consiste en la esencia del hombre, consistente en actuar con libertad.⁸³⁰ La libertad deja, pues, de ser un simple derecho más, e incluso el derecho fundamental, y pasa a ser considerada como el constitutivo esencial y determinante de la ‘naturaleza del hombre’. La indeterminación del

827 “*Homines natura eadem iura. Posita eadem ratione sufficiente idem etiam inde sequitur. Quare, cum homines eandem habeant essentiam seu naturam, quatenus absolute spectantur homines, iisdem etiam iuribus naturalis absolutis, et quatenus eadem subhypothesi considerentur, iisdem etiam iuribus naturalibus hypotheticis instructi sunt*”. Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae naturalis*, Jenae, 1764, 13. La expresión ‘*sub hypothesi*’ que aparece en este texto expresa el estado del hombre ‘hipotético’ o ‘adventicio’ en oposición al estado ‘absoluto’ que es el expresado en el ‘estado de naturaleza’. Esta es la terminología usual en buena parte de los iusnaturalistas de esta época.

828 *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, Hallae Magdeburgicae, 1767, 255.

829 Cfr. *idem*, 259.

830 Cfr. el extenso párrafo 18 de sus *Gedanken von den wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Hallae, 1767.

arbitrio ocupa el trono de todo el sistema iusnaturalista, y todo ordenamiento jurídico posible sólo puede ser pensado en la medida en que protege y hace posible esta libertad de cada persona.

Este individuo necesitaba una terminología nueva que lo designara, ya que a las realidades nuevas hay que buscarles nuevas palabras; el término elegido fue el de *Person* o *moralische Person*, con el que se destacaba la naturaleza esencialmente libre del sujeto que no quedaba suficientemente reflejada en los viejos términos de *homo*, *Mensch*, *individuum* y, mucho menos, *subiectum*. Por esto, Johann Friedrich Gildemeister escribía que “*Jeder Mensch, jede moralische Person ist von Natur frey, und erkennt also keiner Menschen gesetzgebende Gewalt*”, todo hombre, toda persona moral es libre por naturaleza, y no reconoce ningún poder legislativo en otro hombre.⁸³¹ *Person* fue, pues, el término que designaba de forma precisa al individuo independiente de los demás hombres, que es dueño de sí mismo sin reconocer ninguna sujeción legítima que no provenga de su propio consentimiento. Por expresar esta idea con palabras de Johann August Schlettwein:

Cada hombre, atendida su entera persona y sus posibilidades personales, recibidas de la naturaleza o de la ordenación de Dios, está separado y es distinto de los demás. Por esto ningún hombre puede contemplar la fuerza o las capacidades personales de otro hombre como una fuerza o unas capacidades suyas. En consecuencia ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona, en tanto que hombre, de otro; esto quiere decir que todo hombre, considerado como hombre, es por naturaleza independiente y libre de cualquier otro hombre.⁸³²

2. Los fundamentos de la libertad

La caracterización del hombre como *persona* fue el resultado de una afirmación, de una opción ideológica que careció en sus inicios, y durante bastante tiempo, de una explicación filosófica suficiente, y ésta seguía

831 *Juristische Enzyklopädie und Methodologie*, Duisburg, 1783, 4.

832 “*Ein jeder Mensch ist nach seiner ganzen Person und seinen personal Fähigkeiten durch die Natur, oder durch Anordnung Gottes, von dem andern unterschieden, und abgesondert. Daher kann kein Mensch die Menschenkraft und Personal Fähigkeiten eines andern Menschen, in wieferne sie beyde als Menschen betrachtet werden, als seine Kraft, oder als seine Personal Fähigkeiten ansehen. Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen zu disponiren. Das heisst: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig oder frey*”. Cfr. *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Giessen, 1784, 92.

siendo la situación del derecho natural a comienzos del siglo XVIII. Los autores del derecho natural moderno, para considerar únicamente al individuo como el punto de referencia de sus respectivos sistemas jurídicos, partían de las posibilidades que les ofrecía la categoría del *status naturae* que, con su exigencia de atender únicamente a los hombres considerados aisladamente, hacía posible el individualismo jurídico-político que la escuela del derecho natural afirmaba. La tarea se vio notablemente facilitada por el hecho de que el uso metódico del *status naturae* se convirtió en poco tiempo en un tópico aceptado con raras excepciones en el área europea protestante, y esto disculpó momentáneamente de la fundamentación filosófica.

Los iusnaturalistas del siglo XVIII, hasta Kant, continuaron en una situación similar a la del siglo anterior, es decir, partían de los individuos libres e iguales en el 'estado de naturaleza', y no abordaban la empresa de demostrar la licitud de este procedimiento. A ellos, como a su época, les resultaba evidente que ésta era la manera de proceder más de acuerdo con la razón; pero, aunque no exista en el derecho natural tardío prekantiano una explicación sobre este hecho mayoritariamente seguida, sí podemos observar aquí y allá, en los tratados de *Ius naturale et gentium*, o *Naturrecht*, explicaciones que aparecen intermitentemente y que tienden, desde ángulos distintos, a legitimar que la única fuente legítima del derecho es el consenso entre las libertades de los individuos. Dado que estamos ante una legitimación absoluta de la voluntad sobre cualquier otra manifestación de la razón, se tratará, en el momento más teórico del estudio, de aludir a aquellas explicaciones a través de las cuales los integrantes de la escuela iusnaturalista intentaron demostrar que la voluntad, en este caso la de cada individuo, es la potencia o facultad superior del hombre que le constituye en tal.

Johann Friedrich Rubel explicaba, en este sentido, que la fuente originaria de los actos del hombre es el *acto reflejo*; desde la reflexión surge la *ratio*, y ésta, a su vez, es completada por la *libertas*. A partir de este momento de la vivisección psicológica del actuar humano, todo depende de la libertad: la voluntad, la virtud, la felicidad,⁸³³ de modo que el hombre se configura como una voluntad, independiente de los demás, que tiende hacia su felicidad. Nicolaus Jeronimus Gundling fue, quizá, el autor que se ocupó de explicar más extensamente el hecho de que ellos

833 Cfr. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*, Wittemberg, 1735, p. 147.

atendieran fundamentalmente a la voluntad de los hombres. Él argumentaba que una acción sólo podía ser imputable en la medida en que fuera voluntaria, libre. *Sed cur voluntaria actio imputatur?*, ¿por qué una acción libre sí es imputable? “Podemos decir que ella es imputada al sujeto porque la voluntad es el fundamento de todas las acciones no necesarias, y la mayor potencia o facultad del hombre, a través de la cual todas las demás facultades del alma deben guiarse”.⁸³⁴ Lógicamente, al afirmar esto, lo que más debe resaltar en el hombre es su libertad y, en consecuencia, la libertad o indeterminación del arbitrio es el bien jurídico supremo que reclama protección. El individuo se encuentra a solas consigo mismo, con su arbitrio libre, sin que a él pueda afectarle lo que hagan los demás, ya que, como explica Gundling, *voluntas tertii ist nicht voluntas nostra* y, en consecuencia, la voluntad de los terceros es irrelevante para determinar la moralidad de mis actos.⁸³⁵ La teoría de la *imputatio* que arranca de Thomasio jugó una función especialmente importante en el ascenso del individualismo ético-jurídico, ya que, al considerar únicamente las acciones voluntarias, que son las únicas imputables al sujeto, los tratados de ética y derecho natural se centraron exclusivamente en las acciones libres. El entramado de relaciones sociales de las que no era directamente responsable un sujeto, quedaron excluidas de su consideración.

Christoph Friedrich Schott, en una *Dissertatio* tenida lugar en Tübingen en 1759, reforzaba también la función de la voluntad en el acto humano a fin de realzar la libertad como el bien humano fundamental. Para ello entendía que la libertad es una *affectio voluntatis* a través de la cual podemos determinarnos a obrar o a no obrar, o bien, entre varios objetos, elegir uno y posponer los otros.⁸³⁶ De esta forma, atribuyendo una función decisiva a la voluntad, que siempre es individual, el hombre aparecía ante todo como una voluntad independiente de las demás, como un átomo de voluntariedad que sólo responde de sus actos ante sí mismo.

834 “*Imputationis fundamentum est, ut quis sit auctor actionis: requiritur ergo ut sit voluntaria. Sed cur voluntaria actio imputatur?... man kann wohl sagen, darum werde sie imputiret, weil voluntas fundamentum ist omnium actionum non necessariorum, und die grösste potentia vel facultas, wornach sich alle andere facultates animae richten müssen*” Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., l. I, cap. I, 18.

835 “... denn voluntas tertii ist nicht voluntas nostra... Factum tertii nobis non imputatur, quia non sumus auctores actionis nec physici, nec morales”. Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., 26 y 27.

836 “*Liberatatem autem, ut dubium non sit, quid per eam intelligamus, definimus, modo in scholis nudum recepto, per affectionem voluntatis quae haec positis omnibus ad agendum requisitis potest agere vel non agere aut ex pluribus obiectis unum eligere caetera respicere*”. Cfr. *Dissertatio III*, “De notione obligationis”, incluida en *Dissertationes iuris naturalis*, Erlangae, 1784, p. 92.

Esta moral subjetivista, aun cuando con ella no estemos aún en un terreno específicamente jurídico, jugó una función decisiva en la configuración de la mentalidad individualista que también alcanzó al derecho. Para comprender mejor este proceso histórico, es preciso tener en cuenta que la mayor parte de los tratados de “derecho natural” que aparecen en el siglo XVIII son, en realidad, tratados de ética y, por ello, dedican sus primeros libros o capítulos al esclarecimiento de las cuestiones más típicamente filosófico-morales. Desde conclusiones que obtienen de su especulación filosófico-moral cada autor pasa, posteriormente, al plano jurídico, que no era otro, desde Pufendorf, que el tratamiento de los pactos y contratos, ya que unas voluntades libres e independientes (conclusión obtenida en el tratado de la moral) no pueden vincularse ‘externamente o jurídicamente’ de otra forma que no sea prestando libremente su consentimiento. Por esto, la filosofía moral de esta época jugó una función determinante en la configuración del pensamiento jurídico de la escuela del derecho natural moderno.

Esta alusión a los fundamentos de la libertad e independencia de los individuos quedaría incompleta si no hiciera una referencia a la pretensión específicamente moderna de la igualdad entre los hombres. Efectivamente, en su empeño por desmontar la sociedad propia del Antiguo Régimen,⁸³⁷ el derecho natural moderno buscó tanto hacer posible la libertad individual como la igualdad entre los individuos, de modo que el binomio libertad-igualdad fue unido. Por otra parte, la igualdad se desprende tan inmediatamente de la igual libertad e independencia de cada individuo, fue fundamentada con tanta frecuencia en el hecho de que todos somos iguales, que el tratamiento y fundamentación de una y otra fueron inseparables. De hecho, esta escuela, desde sus inicios, partió en sus teorías de los hombres viviendo libres e iguales en el *status naturae*; la igualdad se fundamentaba en el hecho de que todos somos igualmente libres, y la li-

837 Una muestra significativa de hasta qué punto las ideas sobre igualdad y libertad se oponían a la estratificación social y política existentes, nos la proporciona D. Georgius Strube, en su *De origine nobilitatis Germaniae et praecipuis quibusdam eius iuribus*. Lugduni Batavorum, 1718, sectio I, cap. I, par. I, en donde escribe que “*Priusquam humanum genus, deserta libertate naturali, compages illas, quas civitates appellamus, efformavit, distinctio inter nobiles et plebejos procul dubio fuit incognita; quoniam enim in statu naturali homines inter se omnino sunt aequales, in illo nec nobilitas locum invenire potuit, utpote quae quibusdam prae ceteris non leves tribuit praerogativas, et ita aequalitate e diametro est adversa*”. Se trata de un testimonio especialmente valioso porque Strube, al no ser un tratadista del derecho natural, sino un expositor del derecho feudal, nos muestra hasta qué punto las ideas relativas a la igualdad entre los hombres, surgidas de la escuela del derecho natural, habían penetrado entre los cultivadores de las restantes ramas del derecho.

bertad se explicó por el hecho de que, al ser todos iguales, nadie puede pretender tener derechos sobre las personas de los demás. Lógicamente, se podrían aducir muchos testimonios sobre este extremo, desde la aparición, en 1559, de las *Controversias ilustres* de Fernando Vázquez de Menchaca. Pero mejor que un fárrago de citas, prefiero exponer el testimonio de Ludwig Freiherr von Holberg, que presenta la peculiaridad de que enlaza directamente los temas iusnaturalistas con la filosofía cartesiana, hecho muy poco frecuente en aquella época entre los juristas: “Porque la naturaleza humana corresponde por igual a todos los hombres, se sigue que cada cual debe ver a otro hombre como un igual... y todos debemos imprimir en nuestro ánimo lo que decía Descartes: cada uno de nosotros posee, al igual que yo, una voluntad libre, y puede usarla tan bien como yo mismo la usaría”.⁸³⁸

3. *El contenido de la libertad de la persona*

Immanuel Proeleus, a comienzos del siglo XVIII, explicaba que “el fundamento de la justicia reside en esto, en que a uno que ha entendido un asunto y lo ha ponderado racionalmente, se le haga justicia concediéndole lo que él exige o lo que él quiere tener. Pues Dios ha dado a cada hombre la libertad de exigir y de hacer lo que él quiera”.⁸³⁹ La justicia, según Proeleus, queda reducida a libertad y ésta, a su vez, a que cada sujeto haga “*was er will*”, lo que él quiera. Una declaración así puede sorprender al lector, porque el derecho o la justicia forzosamente han de ocuparse de metas supraindividuales, y dejar reducida la justicia a hacer posible que cada uno haga lo que quiera supone renunciar a la pretensión de constituir un orden normativo por encima de los intereses o del capricho de cada individuo. Sin embargo, estas líneas de Proeleus concuerdan perfectamente con la teoría ética dominante en el siglo XVIII que fue individualista porque partió desde el amor a sí mismo, la ‘*Philautia*’. El amor a sí mismo no

838 “*Und weil die menschliche Natur allen Menschen ohne Unterschied zugeeignet wird, so folgt daraus, dass ein jeder den andern als einen solchen ansehen muss, der ihm gleich ist... seinem Gemüthe einprägen, was Cartesius sagt: Ein jeder hat eben so wohl, als ich, seinen freyen Willen, und kann denselben eben so gut, als ich gebrauchen*”. Cfr. *Einleitung in das Natur und Völkerrechts*, Copenhagen und Leipzig, 1748, pp. 110 y 112.

839 “*Was Gerechtigkeit sey, ist von vielen weiltäufig disputirt worden. Der Grund der Gerechtigkeit bestehet eigentlich darinnen, wenn einem, der die Sache wohl versteht, und vernünftig erwogen hat, das widerfüret was er verlangen oder haben will. Denn Got hat einem jeden Menschen die Freyheit gegeben zu verlangen und zu thun, was er will*”. Cfr. *Grund-Sätze des Rechts der Natur*, Leipzig, 1709, cap. II, 7.

constituyó solamente un dato más de la experiencia, como sí sucedía en Hobbes, sino que fue elevado a *principium unicum* del nuevo derecho natural, como reconocemos en el solo título del ensayo de 1770 de Federico *El Grande* de Prusia: *Versuch über die Eigenliebe als Moralprinzip*. Dentro de este contexto de ideas, Proeleus explicaba que “Si nos preguntamos cuál es exactamente el *principium* del derecho natural, es preciso contestar que nuestra conservación”. Este principio, explica este autor, no se opone al de la sociabilidad de Pufendorf, sino que más bien constituye el fundamento de él. Pues desde la *conservatio sui* fluye como un corolario particular que la sociedad debe ser conservada, porque ella hace posible nuestra conservación.⁸⁴⁰ Gundling, en su abundante magisterio iusnaturalista, repitió incansablemente que “dado que todos los hombres han nacido libres externamente, ellos pueden hacer lo que les agrada”.⁸⁴¹ Años más tarde, en su *Ius Naturae et Gentium*, este autor explicaba que el término ‘*placet*’ (transcrito en el título del capítulo: *Possunt facere, quod placet*) expresa el deseo de cada hombre no limitado por ninguna ley humana.⁸⁴² A todo hombre le es lícito hacer todo lo que él quiera, ya que todos los hombres poseemos razón y, desde este punto de vista, todos somos iguales.⁸⁴³

La mayor parte de los iusnaturalistas mantuvo esta opinión acerca del contenido y alcance de la libertad: en este sentido, Carolus Ferdinandus Hommel, por ejemplo, al tratar de concordar el derecho natural moderno con las declaraciones iusnaturalistas que se encuentran en el *Corpus Iuris Civilis*, no duda en mantener que el *principium* del derecho natural no es otro que la *libertas*, es decir, tener libertad para hacer todo aquello que tú quieras.⁸⁴⁴ Daniel Nettelblatt, cuya opinión ya he expuesto, se limita a

840 “Wenn nun gefragt wird, was eigentlich vor ein Principium Iuris Naturae zu seyn pflegt, so wird geantwortet, die Conservatio nostri. Es widerspricht dieses Principium dem Puffendorfiano de socialitate nicht, sondern es ist der Grund davon. Denn aus der Conservatione sui, oder da man schuldig sey sich zu erhalten, fließet als ein particulires corollarium, societatem, esse colendam, quoniam facit ad conservationem nostram”. Cfr. *Grund-Sätze*..., op. cit., cap. III, 9.

841 “Omnes enim homines externe liberi nascuntur: possunt facere, quod placet”. Cfr. *Via ad veritatem*..., op. cit., cap. III, 15.

842 “Vocabulum placet desiderium involuit nulla lege humana limitatum”. Cfr. *Ius Naturae et Gentium*, Hallae Magdeburgicae, 1728 (2ª ed.), cap. III, XVI.

843 “Sunt enim homines liberi homines ratione praediti: quam, quia etiam hac parte aequales sunt, sequi omnes fas est”. Cfr. *Ius Naturae*..., op. cit., cap. III, XVIII.

844 “Quare, si illud iuris naturalis esse videtur, quod in omni animalium genere semper observatur, consequens sane est: facere ea quae velis, natura justum esse. Itaque iuris naturae principium, si veteres audias, fuit haud dubia LIBERTAS, sive omnia faciendi, quae velis, potestas.” Cfr. *Propositum de novo sistemate Iuris Naturae et Gentium ex sententia veterum Iurisconsultorum concinnando*, Lipsiae, 1747, p. 41.

repetir la vieja idea: “*Libertas naturalis est ius commune actiones nostras determinandi pro nostro arbitrio*”.⁸⁴⁵ Gundling, aproximándose más al formalismo que reclamaba el derecho natural otoñal, explicaba que la libertad existe cuando la voluntad, externamente, está libre de toda coacción.⁸⁴⁶ No añade nada nuevo con esta declaración a lo ya expuesto por la escuela, pero es interesante ver, cómo en 1744, ya está acuñado el concepto de libertad jurídica típicamente kantiano, que reduce la libertad a la ausencia de coacción externa para el arbitrio personal.

El autor que llevó más lejos la independencia y autonomía del individuo como punto sistemático de toda construcción ético-jurídica fue Johann Jacob Schmauss. Él parte, desde el inicio de su *Neues Systema*, de considerar al derecho como una libertad, o una facultad para la libertad, como era usual entonces. Pero una tarea que apenas abordaron los iusnaturalistas era la de preguntarse en dónde se fundamenta la libertad, y Schmauss precisamente afronta este tema. En efecto, normalmente los integrantes de la escuela parten, sin más, de la libertad de los individuos, porque ‘naturalmente’ (es decir, en el *status naturae*) el hombre ‘es’ libre; pero apenas nadie se atrevió a afirmar que la libertad e independencia del arbitrio constituyen la ley propia del hombre, de modo que la legalidad específicamente humana consistiría en, paradójicamente, estar libre de cualquier ley que no fuera el deseo, apetito o arbitrio del sujeto. Y esto es lo que hace Schmauss: “Es una gran prerrogativa —escribe este autor— ser uno su propia ley, es decir, vivir en la libertad natural y exclusivamente según su propia voluntad”.⁸⁴⁷ El hombre se constituye a partir de su arbitrio en su propia ley, y no existe, explica este autor, ninguna realidad u orden de cosas que presente para él una normatividad; el hombre posee instintos, y podríamos entender —explica Schmauss— que tales instintos funcionan a modo de leyes para su conducta. Pero, en tal caso, el término ‘ley’ sería usado impropriamente, del mismo modo que Platón y otros llaman ley natural a la disposición de los elementos de la tierra y del cielo, etcétera.

Por otra parte, prosigue Schmauss, nosotros que vivimos en el estado civil, estamos acostumbrados, porque así nos lo han enseñado desde

845 *Systema...*, *op. cit.*, p. 255.

846 “*Libertas ist, wenn der Wille extrinsece oder auswärtig von allem Zwang frey ist*”. *Cfr. Erläuterung...*, *op. cit.*, I, I, cap. I, 9.

847 “*Es ist eine grössere Praerogativ, als exlex seyn, das ist, in seiner natürlichen Freyheit, und bloss nach seinem eigenen Willen zu leben*”. *Cfr. Neues Systema des Rechts der Natur*, Göttingen, 1754, cap. IV, 11.

nuestra infancia, a considerar que una ley presupone un superior que dicta una orden a cuyo tenor los subordinados deben acomodar su conducta. Pero un hombre que vive sólo en su estado natural, según su libertad, no puede considerar tales cosas como leyes, como algo prescrito, aunque vayan reforzadas con penas de muerte: para él estas cosas son algo completamente ajeno y desconocido, de las que no se puede hacer una idea correcta. Ciertamente, siempre se puede considerar que estos instintos nos han sido dados por Dios, y entonces Dios aparece como el legislador; pero el hombre no considera a Dios como su legislador, sino más bien como su creador, que le ha dado una cierta naturaleza.⁸⁴⁸ En consecuencia, el individuo, en lo que hace al fundamento y límites de su libertad, permanece a solas consigo mismo, ya que la libertad surge de él, y es él el que ha de ponerle límites personalmente, normalmente mediante la aplicación a su conducta del principio de no contradicción.

4. La noción del derecho

Para esta escuela, el Derecho, o el *ius*, es ante todo libertad. Pero, ¿qué tipo de libertad? En 1686, David Mevius había denunciado la confusión, frecuente según él entre los juristas, del derecho natural con la libertad natural, aunque desgraciadamente Mevius no especifica quiénes son los que incurren en esta confusión, ni qué alcance tenía.⁸⁴⁹ Más explícito fue Thenius que, un siglo más tarde, reprocha a Pufendorf haber confundido el poder físico con la facultad moral legítima, dejando al derecho reducido a fuerza.⁸⁵⁰

848 “*Die Instintus naturales der Menschen können zwar mit Gesetzen einiger massen verglichen, auch also genennet werden. Aber wenn diss geschicht, so ist es doch allemahl nur improprie zu verstehen, eben als wie Plato und andere die gantze Einrichtung der Elementen, des Himmels, der Erde, usw. legen naturalem genennet haben. Ein lex proprie dicta und in dem Verstand, wie ihn alle Juristen nehmen, supponirt einen Regenten und Oberrn, der den Unterthanen Gesetze und Ordnungen vorschreit, nach welchen sie leben sollen. Weil wir nun mehrentheils heut zu Tag in statu civili und unter Regenten und Gesetze leben, so ist uns diese Idee von unserer zarten Kündheit an bekannt. Aber ein Mensch, der nur allein in seinen natürlichen Zustand und Freyheit bleibt, kan sich von einem vorgeschriebenen und mit allerley Drohungen von Leibes —und Todes— Strafen bekräftigten Gesetz, als einer ganz fremden unbekanntem, Sache, kaum eine rechte Idée machen. Wann er auch sine Instinctus als von Gott eingegeben betrachtet, wird er Gott hierin nicht als einer Gesetzgeber, sondern vielmehr als seine Schöpfer der ihm eine solche Natur anerschaffen hat, ansehen.” Cfr. *Neues Systema...*, op. cit., cap. IV, 11.*

849 “*Ex quibus et quarto constat multum inter se discrepare naturale ius et libertatem naturalem, quae et Jurisconsulti non raro confundunt*”. Cfr. *Nucleus iuris naturalis et Gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1683, Inspectio III 7.

850 “*Haec est illa confusio potestatis hominis physicae cum facultate morali legitima*”. Cfr.

Estos testimonios nos ayudan a centrar el objeto de nuestro estudio. Efectivamente, los iusnaturalistas que no suelen creer en la noción usual del derecho natural, es decir, un orden normativo jurídico superior a los individuos. Ellos parten de la libertad del hombre en el estado de naturaleza, y dado que los hombres y su libertad peligran en tal ‘estado’, la razón aconseja tomar una serie de medidas para que acabe el peligro. Por este hecho, cuando los conceptos se perfilaron, algunos iusnaturalistas no dudaron en llamar a los ‘preceptos’ de este derecho natural *Klugheitsregeln*, es decir, normas de prudencia o simples reglas técnicas que, en sí mismas, no comportan o conllevan ninguna obligación.⁸⁵¹ En cualquier caso, lo único que la escuela conoció y tuvo en cuenta fue la libertad —llamémosla física, de facto o moral, esto es indiferente— de los individuos. Esta libertad fue tanto punto de partida como el término de sus teorías, pues se trató de diseñar colectivamente un ordenamiento jurídico que estuviera fundamentado en la libertad de la persona. Sería un error pensar que este planteamiento sólo existió en Hobbes y en sus discípulos. Al contrario, constituye el nervio fundamental de esta escuela y se refleja ejemplarmente en la forma como concibieron al derecho, en general.

Sobre este último tema, Johannes Adam von Ickstatt había establecido, muy moderadamente, que el derecho puede significar tanto la facultad moral o legítima de hacer u omitir que le corresponde a un sujeto, como el conjunto de leyes que vibran sobre un mismo objeto.⁸⁵² Ickstatt, al calificar de ‘legítima’ a la facultad moral bajo la que entiende el ‘*ius*’, abre la puerta a considerar que una facultad sólo puede ser legítima cuando existe una norma superior que la legitima y en tal caso, a este ordenamiento superior a los individuos se le puede llamar ‘derecho’. Sin embargo, este planteamiento moderado de Ickstatt, que es el propio de los discípulos de Wolff, no es representativo de la mentalidad dominante en la escuela del derecho natural. Al contrario, Gundling ya había establecido anteriormente que “el derecho significa *libertad*, o facultad y potencia activa, que

Quaestiones iuris naturae et gentium, 1766, p. 17. Thenius cita el 3, cap. 6 del libro I del *De iure naturae et gentium* de Pufendorf como lugar en el que se puede encontrar un ejemplo de la confusión aludida.

⁸⁵¹ Vid. por ejemplo, Madihn, G. S., *Gedanken von der wahren Grenzen des Rechts der Natur*, Halle, 1767, 22.

⁸⁵² “*Iuris vocabulum in duplici praecipue significatu sumitur; aut enim 1) facultatem moralem seu legitiman aliquid agendi, omittendive denotat: aut 2) complexum plurium legum circa idem ali-quod obiectum versantium, et ad eandem disciplinam pertinentium innuit*”. Cfr. *Elementa Iuris Gentium*, Wigeburgi, 1740, l. I, cap. 1, 2.

Grocio explica como un atributo de la persona”.⁸⁵³ Como podemos observar, en esta descripción de Gundling no se contempla ningún ordenamiento superior que esté por encima de la libertad o potencia del individuo. Sigue fielmente los pasos de Pufendorf.

No pensemos, sin embargo, que Gundling sólo representa a los seguidores de Hobbes, porque él, ciertamente, es un discípulo del inglés. Al contrario, Gundling sólo explicaba en tono conciso y rotundo lo que, a partir de su obra, resultó más claro para la corriente iusnaturalista, a saber: que el término *derecho* expresa fundamentalmente —son palabras de Schmauss— una libertad o facultad para hacer u omitir.⁸⁵⁴ Por ello, proseguía este autor, aunque por derecho nos solemos referir también a la ley, en su acepción más fundamental y originaria designa una libertad, facultad o habilitación que le es concedida a cada criatura, racional o irracional, sin que ella tenga noción de una ley; se sigue de ello, prosigue Schmauss, que la criatura tiene ante todo la libertad, la facultad o el derecho de servirse de sus fuerzas innatas que posee de acuerdo con la naturaleza.⁸⁵⁵ Desde aquí se deducen los derechos innatos que la naturaleza ha concedido al hombre: “El primero y principal, escribe este autor, que ofrece el fundamento a todos los restantes derechos, es el de vivir de acuerdo con su voluntad libre y sus ganas, tan cómoda, alegremente o tan contento como él pueda”.⁸⁵⁶

Unos años más tarde, otro de los pilares del derecho natural tardío, Darjes, escribía algo parecido: no podemos hacer algo si no estamos dotados de una facultad para hacer; tal como nos enseña la experiencia, nosotros obramos libremente y, en consecuencia, es necesario que poseamos

853 “*Ius libertatem, seu facultatem et potentiam activam significat, Grotius adtributus personae dixit*”. Cfr. *Ius Naturae...*, op. cit., cap. I, LVIII.

854 “*Unter Wort: Recht, versteht man vornehmlich eine Freyheit oder Befügnüss etwas zu thun oder zu lassen.*” Cfr. *Neues System...*, op. cit., cap. I, III.

855 “*So wohl das lateinische Wort ius, das teusche Wort Recht hat hauptsächlich zweyerley Bedeutung. Es wird nemlich pro attributo personae und pro lege, genommen, wie schon in dem vorhergehenden Capitel zum voraus erinnert worden. Nach seinem allerersten Ursprung bedeutet es eine Freyheit, Befügnüss oder Berechtigung. Die sie wird einer jeden vernünftigen und unvernünftigen Creatur mit seiner Natur angebohren, ohne dass ihm etwas von einem Gesetz bekannt ist... Also folgt daraus eine facultas moralis, und ist unstreitig, da die also erschaffene Creatur berechtigt seye, und die Freyheit, Befügnüss, oder das Recht habe, der gedachten angebohrenen Kräften sich zu bedienen, als die ihm eben deswegen von der Natur anerschaffen worden sind*”. Cfr. *Neues System...*, op. cit., cap. II, 1.

856 “*Hier folgen nun der Ordnung nach einander die vornehmsten iura connata und angebohrene von der Natur verliehene Rechte und Freyheiten der Menschen. Das erste und vornehmste, so zum Grund der meisten übrigen dienet, ist das Recht nach seiner Natur, freyen Willen und Wohlgefallen, so bequem, frolich und vergnügt, als er es nur haben kann, zu leben*”. *Neues System...*, op. cit., cap. II, 2.

una facultad de obrar libremente o, como otros dicen, para actuar según nuestro propio arbitrio. Esta facultad, en la medida en que se refiere a una acción, es llamada ‘*ius*’.⁸⁵⁷ Achenwall, el autor que más directamente influyó en Kant, explicaba a su vez, muy cuidadosamente, que esta facultad moral a la que llamamos derecho no es sino la facultad física del hombre en tanto que no se opone a ninguna ley moral; en consecuencia, el derecho es la potencia física del hombre, ilimitada desde sí misma, y con el solo límite extrínseco de la ley ética; esta potencia o facultad moral, que es idéntica con el término ‘*ius*’, debe ser entendida *pro affectione personae*, es decir, como una ‘cualidad de la persona’.⁸⁵⁸

Los autores que escriben al final de la Ilustración y antes de Kant perfloraron más este término. Johann August Heinrich Ulrich explicaba que a cada hombre, según su libertad natural, si no ha sido limitada, le corresponde un derecho sobre sí mismo, y sobre todo lo que es suyo, vida, cuerpo, alma, un derecho a existir y a obrar.⁸⁵⁹ Höpfner, enlazando ya con la filosofía crítica, escribía que cuando un hombre puede actuar según su gusto, con exclusión de los demás, entonces se puede hablar de ‘lo suyo’. Por ello, el primer derecho del hombre, considerado absolutamente, es decir, en un ‘estado absoluto’, antes de limitar su libertad socialmente mediante pactos, es el derecho sobre sí mismo. Todo hombre, escribía Höpfner, está capacitado para disponer sobre las fuerzas de su alma, sobre su cuerpo y todas sus partes y fuerzas físicas según su gusto, y a excluir a los demás de esta disposición. Ésta pertenece al hombre, de modo innato. El otro derecho, proseguía este autor, es el de la libertad natural, pues todo hombre es, en este ‘estado’, libre, y ser libre no quiere decir otra cosa que poder disponer sobre sí mismo, sobre sus fuerzas y acciones, según su gusto. En consecuencia, no existe ninguna sumisión ni poder político en este estado.⁸⁶⁰

857 “*Fieri non potest, ut aliquid agamus, nisi facultate idem agendi instructi simus. Quare, cum experientia doceat, nos saepissime libere agere, consequens est, ut etiam facultate libere seu, ut alii dicunt, pro arbitrio proprio agendi, instructi simus. Eiusmodi facultas, quatenus determinatam quandam actionem spectat, vocatur ius (das Recht, die Befugnis)*”. Cfr. *Institutiones...*, op. cit., p. 9.

858 “*Facultas homini physica, quatenus nulli legi morali adversatur, est facultas moralis et uno verbo IUS (morale) late et subiective sive pro affectione personae sumptum*”. Cfr. *Ius Nature in usum auditorium*, Göttingae, 1774 (7ª ed.), pars. I, 23.

859 “*Libertate autem illi naturale, nulla sua parte adhuc imminutae, ac circumcisae, respondet ius quoddam cuiuslibet in se ipsum, et omne suum connatum, vitam, corpus, animam, ius ad existendum et operandum*”. Cfr. *Initia Philosophiae iusti seu Iuris Naturae*, Jenae, 1783, 136.

860 “*Vom Seinen. Womit ein Mensch nach Gefallen, mit Ausschliessung anderer, zu verfahren befugt ist, heist das Seine. Es ist entweder ein angebohrnen, oder ein erworbenes Seine... Das erste Recht des Menschen in absoluten Zustande; das Recht des Menschen über sich selbst: Nach dem*

De esta forma, el hombre, trascendiendo su simple ser físico, se configura como ‘persona’, es decir, como una isla irreductible de libertad e independencia que puede excluir a los demás hombres de ‘lo suyo’, y que no reconoce obligaciones frente a los demás, exceptuando, claro está, la de respetar esa misma autonomía e independencia en las personas de los demás.

De esta forma, el derecho fue adquiriendo un carácter esencialmente negativo, porque lo que destaca ahora ante todo es la exigencia de abstenerse de invadir el ámbito de arbitrio de los demás. Schlettwein expresaba esta idea claramente cuando escribía que “ningún hombre tiene el derecho de disponer sobre la persona de otro, lo que quiere decir que todo hombre, en tanto que hombre es, respecto de los demás hombres, independiente o libre”.⁸⁶¹ De esta forma, el derecho natural inmediatamente prekantiano sólo exigió *omisiones*: “Todos los comportamientos de omisión —escribía Höpfner— son justos. Solamente son injustos aquellos comportamientos a través de los cuales alguien es molestado en la disposición sobre su cuerpo, alma o fuerzas”.⁸⁶² Por ello, esta libertad o independencia sólo puede limitarse desde sí misma, desde la exigencia de la igual libertad e independencia para todos:

Esta igualdad de los derechos y deberes del hombre es tan evidente —escribía Schlettwein— que ningún entendimiento sano puede dudar de ella. Porque lo que es derecho para un hombre bajo ciertas relaciones, eso debe ser también derecho para los otros bajo las mismas relaciones, y lo que un hombre está obligado a hacer o soportar en unas ciertas relaciones, a eso mismo están obligados los demás a hacer o a soportar en esas mismas relaciones. Y esta igualdad esencial de los derechos y obligaciones del hombre es la base verdadera e inmovible del comportamiento de un hombre frente a todos demás.⁸⁶³

natürlichen Zwangsrecht ist jede Handlung erlaubt, wodurch andere nicht beleidigt werden. Jeder Mensch ist also befugt, über seine Seelenkräfte seinen Leib dessen Glieder und Kräfte nach Gefallen zuschalten, und jeden andern vor jeder Disposition darüber auszuschliessen. Diese Dinge gehören also zum Seinen eines Menschen, und zwar zum angebohrnen”. *Cfr. Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und Völker*, 2a. ed., Giessen, 1783, pp. 37 y 38.

861 “*Mithin hat auch kein Mensch ein Recht, über die Person des andern, als Menschen zu disponiren. Das heisst: ein jeder Mensch als Mensch betrachtet, ist in Ansehung eines jeden andern Menschen von Natur unabhängig, oder frey*”. *Cfr. Die Rechte der Menschheit...*, op. cit., p. 92.

862 “... *alle Unterlassungshandlungen aber gerecht sind. Nehmlich nur die Handlungen sind ungerecht, wodurch jemand in der Disposition, über seinen Leib, Seele, Kräfte, gestört wird*”. *Cfr. Naturrecht...*, op. cit., p. 44.

863 “*Diese Gleichheit der MenschenRechte und MenschenPflichten ist in der That so evident, dass ein gesunder Menschen Verstand schlerterdings nicht daran zweifeln kann. Was dem einem*

5. El fundamento de la obligación jurídica

Si el hombre es ‘persona’, es decir, una ‘esencia libre’, como gustaba de decirse en esta época, sólo puede quedar obligado jurídicamente o externamente cuando él acepta la obligación; dicho con otras palabras, es preciso, para que exista una obligación jurídica, que el sujeto la contraiga prestando su consentimiento. Por este motivo, la figura jurídica a través de la cual los hombres se obligan mediante su consentimiento, el pacto, se erigió en la única forma mediante la cual una persona podría quedar obligada en el derecho, ya que cualquier otra obligación que no se fundamentara en el consentimiento libremente prestado fue considerada, desde los inicios de la escuela del derecho natural, como antijurídica.

Sobre este tema, Johannes Georgius de Kulpis indicaba que en Grocio existen tres fuentes de obligación jurídica: la generación, que explica las relaciones paterno-filiales, el consenso y el delito.⁸⁶⁴ En realidad, estas fuentes se reducen a dos: la generación y el consenso, ya que Grocio asigna una base contractualista al derecho penal suponiendo que el delincuente ‘merece’ la pena porque él ha consentido anticipadamente en ella.⁸⁶⁵ Por este hecho, Gaspar Ziegler explicaba que el esquema de Grocio era el siguiente:

Menschen als Menschen in einer gewissen Verhältniss recht ist, das muss auch dem andern in der nämlichen Verhältniss recht seyn, und was der eine Mensch als Mensch in gewissen Verhältnissen zu thun, oder zu leisten schuldig ist, das ist auch der andere in den nämlichen Verhältnissen zu thun, oder zu leisten schuldig. Diese wesentliche Gleichheit der Menschen Rechte und Menschen Pflichten ist die wahre unveränderliche Basis des Betrages eines Menschen gegen allen seine Mitmenschen”. Cfr. Die Rechte der Menschheit..., op. cit., 90-91.

⁸⁶⁴ “*Ius, quod in personis nobis originarie acquiratur, Grotius ex triplici fonte deducit, generatione, consensu, delicto. Ex primo est ius parentum in liberos...*”. Cfr. *Collegium Grotianum, super iure belli ac pacis*, 3ª. ed., Stuttgartiae, 1697, exercitatio, IV, 1.

⁸⁶⁵ Sobre este tema, Anselm Feuerbach escribía que “Grocio, tanto tiempo olvidado entre el polvo de las bibliotecas, pero que es tan moderno, nos parece que ha encontrado el verdadero fundamento del derecho penal mucho más correcta y claramente... que muchos de nuestros nuevos y filósofos tratadistas del derecho. En este tema —escribía Grocio— estamos próximos a la naturaleza del contrato, porque así como el que vende, aunque no exprese nada peculiar, se obliga a todas aquellas cosas que son naturales en la compraventa, del mismo modo el que comete delito se obliga a la pena por su voluntad, puesto que un crimen grave no puede dejar de ser castigado; sucede lo mismo en el caso del que directamente quiere pecar, que merece la pena porque él quiere”. Cfr. *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798, p. 224.

“*Humana natura,
Ius naturale,
Obligatio ex consensu,
Ius civile*”,⁸⁶⁶

Con lo que destacaba lúcidamente, ya a finales del siglo XVII, el nervio fundamental del derecho natural moderno, a saber: que toda la teoría iusnaturalista no era sino un ropaje, bajo el rótulo tranquilizador de derecho natural, que estaba al servicio del arbitrio indeterminable de los individuos, de modo que la única fuente del *ius civile* o derecho positivo era el consenso entre tales individuos. De esta forma, el sujeto, considerado como ‘persona’, se sacudía cualquier peso heredado de la tradición, especialmente el derecho romano, y creaba autónomicamente todo el ordenamiento jurídico.

Esta naturaleza consensualista y voluntarista del derecho positivo se advierte más claramente que en Grocio, en Pufendorf. En efecto, en sus obras fundamentales, el *De iure naturae et Gentium* y en el *De Officio*, Pufendorf, una vez que ha terminado con el tratamiento puramente teórico, filosófico, de las cuestiones más generales, que le ocupan los primeros libros de cada obra, comienza directamente con el estudio de los pactos y contratos, de modo que el *ius civile* comienza, y tiene como única fuente, el pacto.⁸⁶⁷ De este modo, el tratamiento del derecho sustantivo gira siempre en torno al pacto. El Pufendorf anciano, que ha prescindido de sus explicaciones farragosas sobre los *entia moralia* (que realmente no aportaban nada a su teoría), publicó en 1694 un pequeño compendio de su doctrina, especialmente importante a mi juicio para entender e interpretar su obra anterior. En él se pregunta en qué consiste la igualdad entre los hombres, y responde que “la igualdad de libertad consiste en que antes de un hecho, o un pacto entre los hombres, nadie tiene poder sobre otro, sino que él mismo es el moderador de sus propias acciones y fuerzas”.⁸⁶⁸

866 Cfr. In Hugonis Grotii de Iure Belli ac Pacis libros, Argentorati, 4ª ed., 1706, p. 10.

867 Vid. Carpintero, F., “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho natural moderno”, en *Persona y derecho* 13 (1985), pp. 82-85.

868 “*Libertatis aequalitas in eo consistit, quod citra antegressum factum, aut pactum humanum nemo potestatis quid in alterum habeat, sed quilibet actionem et virium sit moderator*”. Cfr. *Compendium iurisprudentiae naturalis*, Frankfurt, 1694, l. III, cap. III, 2. Esta idea ya la había expresado, con este tenor, en la *Apologia Samuelis Pufendorffii*, 30, p. 50. Incluida en el *Eris scandica. Qua adversus libros de iure naturae et gentium objecta diluuntur*, Frankfurt am Main, 1686.

Georges Beyer intentó en vano convencer a la escuela que el pacto, por sí solo, no genera ningún derecho u obligación, sino que precisa necesariamente de una ley anterior que sancione lo pactado,⁸⁶⁹ ya que el pacto es solamente un hecho humano más, sin valor normativo a menos que intervenga una ley superior a las partes que establezca que es obligatorio cumplir lo pactado. Pero este tipo de consideraciones se vieron ahogadas y desbordadas por la exigencia de considerar a los individuos como la única fuente del derecho, al que crean mediante pactos. En definitiva, fue Hobbes el triunfador dentro de la escuela del derecho natural. Quizá fuera más preciso decir que Hobbes fue, simplemente, el autor que explicitó con más claridad las ideas fundamentales de esta Escuela. Los otros iusnaturalistas, por falta de audacia o porque no eran plenamente conscientes de lo que estaban haciendo, no se atrevieron a exponer estas ideas con la radicalidad y rotundidad de Hobbes, pero sustancialmente tampoco se apartaron de ellas.

Tenemos, pues, unos individuos libres que pactan, y que con sus pactos crean la sociedad política y el derecho *ex novo*, sin que exista ninguna ley anterior que coarte su autonomía. Las únicas restricciones que podían afectar a su libertad habrían de provenir del ámbito de la moral, y para evitar peligros, Gundling, siguiendo los pasos de Thomasius y, en definitiva de Pufendorf, se apresuró a declarar que: “no existen ideas morales innatas. Por esto, la forma de hablar según la cual ‘las leyes están escritas en nosotros o en nuestros corazones’ no se ha de entender como si existieran en nosotros unas ideas innatas acerca de la ley natural, sino que más bien hemos de decir que nosotros somos capaces de aprender tales ideas desde la razón”.⁸⁷⁰

Este aprendizaje moral *ex ratione* a que alude Gundling no es otra cosa que el resultado de la aplicación metódica a nuestros actos del principio de no contradicción, y muy especialmente a los pactos, ya que debe ser tenido como un loco —prosigue Gundling— el que promete algo y no lo cumple, pues no existe nada más demencial que contradecirse, porque

869 “*Et a pacto, quod est consensus plurium, et nonnunquam lex vocatur nempe ratione effectus, quod non minus inde prodeat obligatio, quam immediate ex lege*”. Cfr. *Delineatio iuris divini, naturalis et positivi universalis, ad fundamenta sua revocati*, Lipsiae, 1726, cap. V, 14.

870 “*Non dantur ideas innatas in Moralibus. Daher ist die RedensArt, quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen, als ob wie ideas innatas de lege naturali hätten, sondern da wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen*”. Cfr. *Erläuterung...*, op. cit., l. I, cap. 4, 12.

la contradicción pertenece *ad dementia et furorem*.⁸⁷¹ Estamos, pues, ante una razón que se da a sí misma sus propias leyes según el *mos geometricus* y que ha prescindido de la conciencia moral. Lord Kames se quejaría, en 1758, de que estos iusnaturalistas estaban pretendiendo sustituir la conciencia por la razón.⁸⁷²

La escuela repitió monótonamente que el pacto constituía la única fuente del derecho y de la justicia. Gribner, en 1724, había mantenido que el único criterio para hablar de tiranía era la violación de las leyes fundamentales por parte del gobernante ya que, al violarlas, tal gobernante procedía contra el pacto que él había concluido con la república.⁸⁷³ De esta forma, la injusticia, igual que sucedía en Hobbes, queda reducida a la violación de lo pactado. Henricus Koehler, más explícito, por radical, escribía que “las leyes civiles se originan del imperio civil sumo y, consecuentemente, del pacto entre los gobernantes y los ciudadanos sometidos. Por lo que, junto con Grocio, decimos rectamente que los pactos constituyen la fuente de la que se originan todas las obligaciones civiles”.⁸⁷⁴

Pero los pactos no constituyen solamente la fuente y medida del derecho civil, sino que tal como Koehler había explicado anteriormente, las obligaciones ‘perfectas’, esto es, coactivas, sólo pueden provenir de un pacto, de modo que todos aquellos actos que son conformes con un pacto justo, concuerdan con el derecho natural. Por el contrario, los actos de los

871 “Alle die vor honette Leute passiren wollen, müssen ihre Promisse und pacta halten, sonst werden auch ihre promisse und pacta ebenfalls nicht halten und sie werden Zeit Lebens unglücklich seyn, und incommode leben müssen. So ist auch derjenige ein Narre, der pacta macht und hält sie nicht. Denn es ist nichts nährlicher als wenn sich einer contradiciret; ja sich contradiciren gehört ad dementia et furorem”. Cfr. Erläuterung..., op. cit., l. I, cap. 9, 3.

872 “For the truth of the matter is, that the term ‘fitness’ and ‘unfitness’, in their present signification, depend entirely upon the moral sense. ‘Fitness’ and ‘unfitness’, with regard to a certain end or purpose, are qualities of action which may be gathered from experience. But ‘fitness’ or ‘unfitness’ of actions, as importing ‘right’ or ‘wrong’, as denoting what we ‘ought’ to do, or obtain from, have truly no meaning... The doctor’s error is a common one, that he endeavours to substitute reason in place of sentiment”. Cfr. Essays..., op. cit., pp. 71 y 72. El doctor al que se refiere es David Hume, según parece resultar del contexto. Inmediatamente después, en las pp. 72 y 73, indica que los ‘primeros principios’ de la razón práctica no son argumentables mediante razonamientos abstractos: indica que la naturaleza sería realmente muy deficiente si dejara que los derechos y deberes “in the first rank of duties” fueran alcanzados por un frío razonamiento: “to be direct by cool reasoning?”.

873 “Si Rex in limitato imperio leges fundamentales violet, conditiones, sub quibus imperium accepit, negliget, quicquid ab eo contra pactum cum republica initum suscipitur, nullum est, cives, non obligat, iniustum est”. Cfr. Principiorum iuris..., op. cit., l. I, cap. VIII, 4.

874 “Leges civiles oriuntur ex imperio civili summo, et consequenter ex pacto inter imperantes et cives subiectos. Unde cum Grotio pacta eiusmodi recte dicimus fontem, a quo iura civilia fluxerunt”. Cfr. Iuris socialis et gentium ad ius naturale revocati specimina VII, Francofurti ad Moenum, 1738, 736.

paciscentes que son contrarios al contenido del pacto violan el *suum cuique* y, por ello, son contrarios al derecho natural, por lo que son injustos; y es que en la sociedad, sólo puede ser considerado como justo aquello que los socios han convenido entre sí.⁸⁷⁵ En definitiva, lo que afirma Köhler más o menos edulcoradamente es que, en la sociedad, el único derecho posible es aquel que procede del pacto, y que tales pactos constituyen, según su contenido, los criterios últimos de la justicia y de la injusticia. El derecho natural aparece aquí como algo posterior al pacto: la acción que se adecua a lo pactado es conforme con el derecho natural, y, por tanto, es justa. Por ello, la apelación al derecho natural no pasa de ser mera retórica a menos, claro está, que se entienda que todo lo pactado es conforme a este derecho, porque las obligaciones que se originan del pacto han sido constituidas libremente por los individuos. En este último caso, el derecho natural expresaría sólo la exigencia de considerar a cada individuo como un ser autónomo e independiente que únicamente queda obligado *legítimamente* (en el sentido nuevo que Pufendorf dio al término ‘legítimo’) cuando él ha prestado su consentimiento.

A los autores tardíos se les planteó el tema de justificar prácticamente aquellas obligaciones que, como las paterno-filiales, quedaban aparentemente al margen de cualquier pacto. Gundling, al considerar improcedente reconducirlas a un pacto, puesto que los hijos realmente no han prestado su consentimiento a la potestad paterna, negó que el imperio paterno constituyera un verdadero *imperium*,⁸⁷⁶ y con esta declaración entendió eliminar el problema. Köhler, sin dar explicaciones, mantuvo simplemente que todas las relaciones familiares provienen de un pacto.⁸⁷⁷

Para la posteridad, una vez que se desdibujó la idea del incómodo *ius naturale* superior a la voluntad de los individuos, quedó la exigencia de la prestación libre de la propia voluntad para que pudiera existir una obliga-

875 “*Si dantur societates, quae nullo pacto nituntur, illae non sunt obligatorie in foro externo... sed omne dependere debere a cuiuslibet membri arbitrio... Obligationes igitur perfectae, et iura sociorum, qua talium, non nisi pactitia sunt... Omnia ea, quae pacto iusto conformia sunt, etiam iure naturali congruunt et consequenter iusta sunt... Actiones paciscentium, quae pacto repugnant, violant tot suum cuique, et consequenter iuri naturali externo repugnant, adeoque etiam injustae sunt... In societate iustum est, de quo inter socios conventum est*”. Cfr. *Iuris socialis...*, op. cit., 44-61.

876 “*Imperium paternum non est proprie imperium; quia, cum ad naturam aetatem perveniunt liberi, et beneficia cessans, non amplius apparet si quid amplius in eo sit hodie, id ex iure civili venisse credas*”. Cfr. *Ius Naturae...*, op. cit., cap. III, XLIX.

877 Cfr. *Iuris socialis...*, op. cit., 185, 191. Mantiene que la esclavitud se fundamenta en un pacto en el 311. En el 411 escribe que “*societas domestica obligatoria non nisi ex pacto sociorum descendit, et obligationes atque iura sociorum illius, qua talium non nisi pactitia sunt*”, y en el 443: “*Si ius naturale spectaveris, ius familiare... non nisi ex pacto eorum repetendum est*”.

ción ‘legítima’. En este sentido, un autor tan influyente y moderado como Johann Stephan Pütter escribía que “ningún hombre está capacitado para imponer obligaciones a otro; al contrario, todas las obligaciones que dependan de la voluntad humana han de tener su fundamento último en contratos”. Las únicas obligaciones que no dependen de la voluntad humana, según Pütter, son las paterno-filiales, y las de los vencedores-vencidos en guerra.⁸⁷⁸

A tenor de lo expuesto, aunque me he limitado a exponer botones de muestra, parece claro que la única regla sustantiva del *ius naturale* o *Naturrecht* fue la exigencia de considerar al hombre como un ser autónomo, libre e independiente, que no puede ser forzado a realizar aquello a lo que él no ha prestado su voluntad. La idea usual del derecho natural como un ordenamiento normativo superior a la voluntad de los individuos no tiene nada que ver con lo que la escuela del derecho natural moderno entendió por tal derecho. Al contrario, esta escuela utilizó la expresión derecho natural para hacer posible y consagrar la autonomía del individuo, que sólo queda obligado por su consentimiento. Obviamente, la expresión derecho natural, o escuela del derecho natural, cumplen unas funciones confun- dentes, porque al referirnos a ellas bajo este rótulo, se tiende a pensar en una realidad que nada tiene que ver con lo que históricamente fue y representó. Los iusnaturalistas modernos no fueron precisamente los defensores de una doctrina del derecho natural al estilo, por ejemplo, del que mantiene la tradición cristiana anterior a ellos. Por esto, Michael Heinrich Gribner, desde un contexto vital e histórico mucho más preciso que el nuestro, no dudaba en afirmar que Pufendorf es un seguidor de Hobbes,⁸⁷⁹ y Anselmo Desing, el católico más conocido que se opuso a la Escuela del derecho natural, junto con Schwarz y Finetti, denunciaba, ya en 1753, que en Pufendorf y su escuela no existe, en realidad, nada que se parezca al derecho natural, sino tan sólo derecho positivo, *ius civile*, creado mediante pactos.⁸⁸⁰

878 “Wenn man diejenigen Gerechtsamen ausnimmt, welche selbst nach dem Rechte der Natur theils Eltern über ihre Kinder, theils Ueberwinder über Gefangene behaupten können; so ist übrigens kein Mensch berechtigt dem andern Gesetze vorzuschreiben; sondern alle Verbindlichkeiten, die vom menschliche Willen abhängen, müssen eigentlich in Verträgen ihren letzten Grund haben”. Cfr. *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie nebst etlichen Zugaben*, Göttingen, 1767, 23.

879 Cfr. *Principiorum iuris...*, op. cit., “Prolegomena”, cap. IV, 6.

880 Cfr. *Iuris Naturae larva detracta*, Monachii, 1753, cap. XIV, thema IV, 8.

De esta forma, en lugar de un conjunto de normas intemporales extraídas de la naturaleza del hombre, quedó únicamente la persona, el individuo que autónomicamente crea la moral y el derecho, que no reconoce ninguna limitación a su libertad que no provenga de él mismo, de lo que él ha pactado o de la estructura de su razón, condicionada solamente por el principio de no contradicción. El concepto de ‘*person*’ recibió su fundamentación y sus primeros desarrollos imprescindibles en las obras anteriores a Kant, pero fue en mayor medida en la escuela kantiana donde recibió una elaboración más precisa.

6. *La persona como independencia y autonomía en la escuela de Kant*

La escuela del derecho natural anterior a Kant partió siempre, y tuvo, al mismo tiempo, como meta, al individuo aislado, independiente y autónomo. Se trataba, en un primer momento, de hacer legítima esta consideración del hombre para pasar, en un segundo momento, a mantener que al individuo así caracterizado le repugnaba cualquier heteronomía. Por este motivo, la *Juris naturalis disciplina* convirtió a la *Juris naturalis scientia* en el expediente para explicar cómo cada individuo puede y debe ser libre y autónomo.

Aunque la intención era clara, los resultados, sin embargo, distaban de ser satisfactorios. En efecto, no estaba suficientemente explicada o fundamentada la libertad del individuo, y, por ello, era preciso proceder a construir una doctrina que explicara claramente que el juego de la razón del hombre no puede ser sino el juego de su libertad y de aquellas reglas que, surgidas desde la libertad, tienden a fundamentarla personal y socialmente. Ésta era la empresa reservada a los kantianos. Además, era necesario también depurar la teoría iusnaturalista de muchos añadidos incoherentes, fundamentalmente de los fundamentos teonómicos y eudemonistas que aún poseía en bastantes autores de la segunda mitad del siglo XVIII. Por ello, la consecución, en la filosofía del derecho, del concepto de persona, que representa al individuo que es la encarnación viviente de la libertad, fue un logro kantiano. Veamos los hitos fundamentales de la construcción de esta teoría.

A. *Libertad o necesidad*

Escribía Johan Christian Gottlieb Schaumann en 1792, que todo objeto que se presenta ante nosotros como determinable, determinado o deter-

minante pertenece necesariamente bien al mundo de la naturaleza física, bien al de la libertad; si tal objeto pertenece al mundo de lo natural, se llama ‘físico’ (*physisch*) y, si por el contrario, permanece en la esfera de la libertad, entonces debe ser entendida como ‘moral’ (*moralisch*). Porque la libertad es un modo de causalidad independiente de la naturaleza, que comprende bajo sí lo que no es determinado naturalmente, es decir, causalmente.⁸⁸¹ Esta es la primera declaración que encuentro, en un tratado de derecho natural, en la que se delimitan excluyentemente dos mundos: el de la causalidad-necesidad, que es el ámbito que los kantianos llamaron *Natur*, es decir, el mundo físico, externo al hombre, y el mundo propio del hombre, que no puede consistir sino en libertad. Se trató de una contraposición dialéctica, a saber: necesidad en el ámbito natural y, por oposición, libertad como única concepción posible de la actividad racional-humana.

Ésta fue la concepción del mundo y del hombre que traspasa toda la escuela kantiana, desde sus orígenes hasta su fin. Treinta años más tarde, uno de los últimos seguidores de Kant, Conrad Johann Alexander Baumbach, explicaba, en 1823, que la tesis expuesta es cierta porque la ética no tiene como objeto, al contrario que la física, la necesidad causal, sino sólo la libertad, de modo que sin libertad ningún derecho es concebible, por lo que la ética, y todo el derecho natural, tienen el mismo objeto: la libertad.⁸⁸² Esta forma de ver las cosas se impuso dominadoramente durante cierto tiempo, y hasta los adversarios de la filosofía crítica kantiana, como era el caso del Fichte maduro, participaban de ella.⁸⁸³

No existía un término medio. “El conjunto de condiciones bajo las que un hombre se encuentra constituyen su estado: éste es determinado

881 “*Alles, was von uns als ein bestimmbares, bestimmtes oder zu bestimmendes Object vorgestellt wird, gehört entweder zum Gebiet des Begriffes Natur, oder zum Gebiet des Begriffes Freyheit. Was, als zu jenem gehörend, gedacht wird, heisst physisch; was unter dem Freyheitsbegriffe steht, moralisch. Natur ist der Inbegriff aller Gegenstände des (äussern und innern) Sinnes (Sinnenwelt). Freyheit ist eine von der Natur unabhängige Causalität, und begreift also das unter sich, was nicht durch Natur bestimmt wird (die freyen Entschliessungen moralischer Wesen-moralische Welt). Cfr. Wissenschaftliches Naturrecht, Halle, 1792, 106.*

882 “*... denn die Ethik hat nicht, wie die Physik, das Natur-Nothwendige zu ihrem Gegenstande, sondern allein das Gebiet der Freiheit im Leben... und ist daher ohne Freiheit kein Recht gedenkbar, so haben offenbar die Ethik und das Naturrecht ganz den selben Gegenstand.” Cfr. Einleitung in das Naturrecht als eine volksthümliche Rechtsphilosophie, besonders für Deutschlands bürgerlichen Recht. Nebst einem Grundriss dieser Wissenschaft. Leipzig, 1823, 6.*

883 *Vid. Gottlieb Fichte, J., Die Staatslehre, oder über das Verhältniss des Urstaates zum Vernunftreiche (Vorträgen gehalten im Sommer 1813), Berlín, 1920, pp. 20 y 21.*

por la naturaleza, o por la libertad, es decir, por su arbitrio”.⁸⁸⁴ La naturaleza es una fuerza ciega, que se nos impone sin nuestro asentimiento, por lo que, hablando con propiedad, no podemos decir que se deriven ‘normas’ de ella, pues las fuerzas naturales producen en nosotros un ‘tener que hacer’, un *müssen*, es decir, una necesidad natural ante la que tenemos que doblegarnos, explicaba Jakob Fries. Al *müssen* se contrapone el *sollen*, es decir, la obligación específicamente humana, que brota de la libertad. Las leyes del *müssen* son leyes necesarias de la naturaleza mientras que, por el contrario, las leyes del *sollen* son las normas necesarias para la libertad de un ser racional.⁸⁸⁵

El avance de la ciencia físico-causal en los saberes humanistas había sido muy fuerte en la segunda mitad del siglo XVIII —como reconocemos en Helvetius, D’Holbach, Condorcet, Hume—, y los seguidores de la filosofía crítica de Kant quisieron buscar una esfera racional-humana sustraída al acontecer necesario de la naturaleza física. El problema radicaba en que las cosas, en tanto que fenómenos espacio-temporales, están determinadas causalmente sin ninguna excepción y, en consecuencia, pensaron que desde ellas no se puede extraer una regulación propiamente moral del comportamiento humano. Porque si han de existir comportamientos imputables, libres, y no simplemente necesarios, es preciso suponer la libertad, que no puede subsistir bajo la determinación causal; dada esta incompatibilidad entre mundo físico-causal y libertad, fue preciso suponer que la esfera de la libertad estaba fuera, por así decir, del mundo de los hechos, y que, en consecuencia, debía ser pensada desde sí misma. Por ello, la filosofía práctica determinó, en un primer momento, la naturaleza de la libertad de una forma fundamentalmente negativa: es lo que no está sujeto a la necesidad de la naturaleza.⁸⁸⁶

884 “*Der Inbegriff der Bestimmungen welche einem Menschen zukommen heisst sein Stand. Dieser ist entweder durch die Natur oder die Freyheit (d.i. Willkühr) bestimmt*”. Cfr. Heinrich Jakob, L., *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle, 1795, 185.

885 “*Jeder Person kommt ein absoluter Werth als Würde zu, sie existirt als Zweck schlethin und ihre Würde gibt jeder Person den gleichen absoluten Werthe mit jeder andern. Dieses Gesetz wird das Sittengesetz genannt... Die Vernunft jedes Einzelnen gibt sich hin heisst das Gesetz, sie ist autonomisch, bestimmt aber zugleich ihren Willen in der Idee als einen allgemein gesetzgebenden Willen. Jede einzelne Person ist also einmal Subjekt des Gesetzes, indem sie sich selbst dem Gesetze unterwirft, dann aber auch Objekt derselben, indem ihr durch dasselbe der gleiche persönliche Werth mit jeder andern Person zugeschrieben wird. Jeder Person steht also hier unter ihrem eigenen Gesetze, indem sie es sich selbst gibt zugleich aber unter dem Gesetze jeder andern Person, mit der sie in Gemeinschaft kommt, indem sie sich selbst dem Gesetze ihrer gleichen Würde unterwirft*”. Cfr. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, Jena, 1803, p. 5.

886 Vid. Deggau, H. G., *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, Stuttgart-Bad Cannstadt, 1983, p. 18.

B. La identificación de la moralidad con la libertad

En un segundo momento, Kant y sus discípulos no solamente concibieron al mundo humano como constituido por la libertad, es decir, por aquella dimensión del hombre que no está sometida al acontecer causal, sino que entendieron que todo lo que se refiere a la libertad constituye exclusivamente la materia de la moral y, al revés, la moral sólo puede tener como objeto suyo y campo de sus operaciones el hacer posible, regulándola, la libertad humana. Se trató de un fenómeno doble porque, por un lado, todo lo referente a la libertad fue considerado como el cuerpo u objeto de la moral y, por otro, la moral sólo podía versar sobre la actividad libre del hombre. Por esto no puede extrañar que se llegara a una auténtica confusión entre libertad y moralidad porque, como indicaba Ludwig Heinrich Jakob, “Todo aquello que está relacionado con la libertad se llama práctico, ético o moral en el sentido más corriente de esta palabra, y los hombres son llamados, por esto, *esencias morales*”.⁸⁸⁷ De esta forma, el hombre es caracterizado, ante todo, como una ‘esencia libre’, y esta libertad fue contemplada como el componente esencial y último de la humanidad, de modo que decir ‘racional’ era sinónimo de decir ‘libre’. Por ello, Johann Gottlieb Fichte, que en sus primeros escritos es un epígono más de Kant, escribía con toda naturalidad: “Yo me sitúo como racional, es decir, como libre, de modo que en este momento está en mí la representación de la libertad...”⁸⁸⁸

Wilhelm Traugott Krug, uno de los kantianos más influyentes y conocidos, explicaba esta misma idea con más precisión:

El concepto del derecho no debe ser considerado como práctico simplemente en un sentido amplio, sino también en un sentido estricto, y por ello es un concepto moral. ‘Práctico’, en sentido estricto, se llama a aquello que se refiere a los fines de una esencia racional, en la medida en que tales fines sean realizados a través de la libertad, o según las leyes de la libertad. Porque todo lo que se refiere a la libertad se llama moral y, así, por ejemplo, ‘filosofía práctica’ es lo mismo que filosofía moral.⁸⁸⁹

887 “Was mit der Freyheit verknüpft ist, heisst praktisch, moralisch in weitläufigen Sinne, und freye Wesen werden daher auch moralische Wesen gennant”. Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, op. cit., p. 14.

888 “Ich setze mich als vernünftig, d.h. als frei. Es ist in mir bei diesem Geschäfte die Vorstellung der Freiheit”. Cfr. *Grundlage des Naturrecht nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena und Leipzig, 1796, p. 2.

889 “Der Rechtsbegriff ist nicht bloss praktisch im weitern, sondern auch im engern Sinne; mit-hin ein moralischer Begriff.”

Desde estos presupuestos, a Daniel Christoph Reidenitz le resultaba evidente que “Las leyes de la razón se deducen desde el concepto de la libertad; no son más que las reglas necesarias para el uso de la libertad”.⁸⁹⁰

Así pues, actividad racional o humana es lo mismo que actividad libre, por lo que el hombre fue entendido, ante todo, como una *freyes Wesen*, una esencia libre. La concepción del hombre como ‘persona’, es decir, como un ser que afirma su independencia y autonomía hasta el punto de que todo el ordenamiento moral y jurídico ha de depender del propio sujeto, sin más limitaciones que la legalidad que le impone su propia razón, recibió su espaldarazo y su consideración más extrema y depurada en la escuela kantiana. La oposición, o complementación, que las filosofías anteriores establecieron entre razón y voluntad, ha desaparecido ahora enteramente. Razón y voluntad o libertad se han confundido en beneficio de esta última, y el único reducto propio que se le concede a la razón es el de regular la libertad empírica de los hombres atendiendo al principio racional de generalización y no contradicción. Carl Christian Schmid expresaba con precisión esta exigencia cuando escribía que “La ley moral prohíbe aquel uso de la libertad que, pensado en general, se destruiría a sí mismo. La ley moral ordena el uso de la libertad que, cuando es generalizado, no sólo no se destruye a sí mismo sino que la libertad aumenta con él”.⁸⁹¹ Como podemos ver, libertad era sinónimo de moralidad en la escuela de Kant y, por ello, Tiefrunk explica que el fin de la legislación (moral o jurídica) tiene que residir en sí misma, es decir, en la libertad.⁸⁹² En consecuencia, la razón y la moral, al mismo tiempo que parten de la libertad del individuo, no pueden tener otro fin que hacer posible esta libertad individual mediante la regulación adecuada que el sujeto, o su razón, hace de la libertad. Esta afirmación es aún excesivamente general, incluso simplista, y es preciso proceder a perfilarla más.

Praktisch im engern Sinne heisst das, was sich auf die Zwecke eines vernünftigen Wesen bezieht, wieferne sie durch Freyheit oder nach Freyheitsgesetzen realisirt werde. Alles aber, was sich auf die Freyheit bezieht heisst moralisch—z.B. praktische Philosophie = Moralphilosophie”. Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*, Jena, 1800, p. 13.

890 “Die Gesetze der Vernunft leiten aus den Begriff der Freiheit. Sie sind nothwendige Regeln für den Gebrauch der Freiheit”. Cfr. *Naturrecht*, Königsberg, 1803, p. 16.

891 “Das Sittengesetz untersagt schlechthin einen jeden Gebrauch der Freyheit, welcher sich, als allgemeinen gedacht selbst zerstören würde. Das Sittengesetz gebietet einen solchen Gebrauch der Freyheit, welcher als allgemeine gedacht sich nicht nur selbst, sondern selbst befördert”. Cfr. *Grundriss des Naturrechts für Vorlesungen*, Iena und Leipzig, 1795, p. 7.

892 “Der Zweck der Gesetzgebung kann daher nur in ihr selbst, d.i. in der Freiheit liegen”. *Ueber Recht und Staat*, Zerbst, 1796, p. 15.

C. *¿Qué es libertad?*

He mencionado anteriormente la rigurosa separación kantiana entre el mundo físico-causal, movido por leyes necesarias, y el mundo humano, que fue caracterizado ante todo como el ámbito de la no necesidad, es decir, de la libertad. He aludido también a que fue tan fuerte la acentuación de la libertad humana, que el ámbito de lo humano, es decir, la materia y el objeto de la razón y de la moralidad, fue entendido exclusivamente como constituido por libertad. Por este motivo, la finalidad de la actividad racional y la de la moral no pudo ser otra que el perfeccionamiento de la libertad del hombre mediante la explicación teórico-filosófica de la naturaleza de tal libertad y la determinación, en consecuencia, de la legalidad ínsita en esta misma libertad. Pero he de advertir que, dado el carácter casi mesiánico de apóstoles de la libertad que los kantianos se arrogaron, el esfuerzo colectivo de esta filosofía estuvo orientado no tanto a señalar los límites de la libertad individual como a pregonarla, estableciendo las condiciones especulativas y abstractas que la hacían posible.

Sin embargo, es preciso proceder a hacer algunas aclaraciones antes de proseguir explicando el avance histórico del individuo libre e independiente como centro y final de toda filosofía jurídica. En efecto, la tarea más inmediata ahora es la de explicar qué entendió la filosofía kantiana por 'libertad'. Es conveniente proceder a esta digresión por varios motivos; en primer lugar, porque algunos estudiosos de Kant aluden a una, de hecho, misteriosa 'libertad trascendental' a la que el mismo Kant se refiere en algunas ocasiones, y este concepto, insuficientemente explicado, puede aparecer incluso como corrector de la libertad individual-fenomenica, lo que quizá no acaba de ser correcto. Y en segundo lugar, es útil estudiar lo que los epígonos de Kant entendieron bajo el término 'libertad', porque el análisis del contenido de este concepto nos ayudará a comprender más a fondo la naturaleza individualista de la 'libertad' en que consiste el mundo humano.

Un punto de partida para emprender esta explicación puede ser la pretensión que expresa una contundente declaración de Tiefrunk, a tenor de la cual un concepto es práctico, esto es, moral, referido a la libertad, si la existencia de aquello que es expresado en él depende de él, si él es la causa de la realidad o de la existencia de lo que en él es pensado.⁸⁹³ Tie-

893 "Ein Begriff ist praktisch, wenn das Daseyn seines Objekts von ihm abhängt, wenn er die Ursache der Wirklichkeit dessen ist, was in ihm gedacht wird". Cfr. Ueber Recht..., op. cit., p. 3.

frunk apunta, con esta idea de cierto sabor constructivista, a lo que constituye el postulado central de la filosofía moral kantiana, a saber: que el individuo constituya en el mundo moral, la causa única de sus acciones; esto, expuesto así, es demasiado impreciso y es necesario explicarlo con más detenimiento.

En efecto, Theodor Schmalz indicaba que la libertad no es otra cosa que la facultad de obrar con independencia de todo lo que es externo a nosotros, es decir, del mundo físico y de sus determinaciones causales, de modo que nosotros mismos seamos la primera causa operativa de nuestras acciones.⁸⁹⁴ La contraposición radical entre mundo físico y mundo moral exigía que todo lo concerniente a este último ámbito, a la libertad, se viera incondicionalmente libre de cualquier afección o contaminación que pudiera provenir de la necesidad física, y el camino que encontró la escuela kantiana fue el de exigir, en un primer momento, que la causa única de la decisión que toma cada individuo, a propósito de no importa qué problema, provenga exclusivamente de la radicalmente libre voluntad de ese individuo, de modo que él no se vea condicionado por las incitaciones que provienen del ‘mundo externo’, es decir, de lo que está dominado por la necesidad. En este sentido Jakob explicaba que:

una esencia se llama libre (en sentido moral) en la medida en que tiene una voluntad libre, y la libertad de la voluntad es la capacidad de elegir independientemente de las incitaciones externas, la capacidad de ser uno mismo el fundamento determinante de sus acciones, de modo que él elija entre las diversas representaciones. La libertad es, en consecuencia, una forma peculiar de causalidad, concretamente, aquella forma de causalidad que hace que no dependamos de nadie.⁸⁹⁵

Como podemos observar, la libertad kantiana, que sigue los carriles de la escuela del derecho natural moderno, se presenta ante todo con un sesgo negativo, porque lo que la constituye en un primer momento es la

894 “Denn was verstehen wir anders unter Freyheit als das Vermögen unabhängig von allem ausser uns, die erste wirkende Ursache unseren Handlungen selbst zu seyn”. Cfr. *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur- und natürliche Staatsrecht*, Königsberg, 1798, p. 2.

895 “Ein Wesen heisst aber frey (in moralischen Sinne) in wie fern es einen freyen Willen hat, und die Freyheit des Willens ist das Vermögen sich unabhängig von allen äussern Antrieben, die Bestimmungsgründe seiner Handlungen, unter den verschiedenen Vorstellungen selbst zu wählen. Die Freyheit ist also einen eigenthümliche Art von Ursache, nemlich eine solche, die von keiner andern abhängt”. Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, op. cit., p. 13.

negación de cualquier relación o dependencia con el mundo externo. De esta forma, la libertad no crea tanto un camino a seguir sino más bien una serie de exclusiones que en el plano jurídico se concretan, ante todo, en la exclusión de la dependencia de la voluntad de ‘otra’ persona: en la coronación de la modernidad, los demás son, ante todo, “los otros”, lo absolutamente ajeno. En una primera aproximación, podemos decir que es ‘libre’ aquel individuo que es perfectamente independiente frente a lo que no es él.

Pero ser independiente frente a los demás no se limitaba, en la corriente kantiana, al simple no depender *de facto* de otra persona. Efectivamente, las exigencias de la libertad se dilatan mucho más ampliamente, y lo que estos autores requieren, como condición necesaria a su noción de libertad jurídica, es la autonomía del sujeto, la *Selbstbestimmung*, es decir, la capacidad de darse el sujeto a sí mismo las normas que pueden ser ‘obligatorias’. Por ello, Schaumann, cuatro años antes de que apareciera la *Rechtslehre* de Kant, escribía que es libre una acción cuando la primera causa de ella se encuentra en la autodeterminación (*Selbstbestimmung*) del sujeto⁸⁹⁶ y, en este mismo año Johann Heinrich Abicht proporcionaba una explicación mucho más elaborada:

La voluntad humana, o una persona, solamente puede obligarse a través de sí misma... obligación es el forzamiento de la voluntad a un determinado comportamiento a través de un determinado tipo de motivos... Dado que se trata de personas, y la fuerza de su voluntad en todos sus comportamientos está vinculada exclusivamente a sus propias leyes o a sus fines o bienes personales, lo representado en estas leyes y los fines personales traídos a la conciencia, constituyen exclusivamente los motivos suficientes del forzamiento de la voluntad. No nos referimos a aquellos fines y bienes que comienzan y acaban fuera de la propia persona; en consecuencia, la voluntad humana solamente puede obligarse a través de sí misma. Es iluminador que este carácter de la Humanidad, el de la autonomía, sea una misma cosa con su carácter de libertad.⁸⁹⁷

896 “... *frey heisst eine Handlung, deren erste Ursache in der Selbstbestimmung des Subjekts liegt...*” Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 118.

897 “*Der menschliche Wille, oder eine Person kan sich nur sich selbst verpflichtet, und sie soll auch nur durch sich selbst verpflichtet werden... Verpflichtung ist die Nöthigung des Willens zum bestimmten Handeln durch eine gewisse Art bewusster Gründe... Nun ist aber eine Persohn und ihre Willenskraft in allen ihrem Handeln blos an ihre eignen Geseze, oder ihre persönlichen Güter und Zwecke gebunden; diese in ihren Gesezen vorgestellten und zum Bewusstsein gebrauchten eignen persönlichen Zwecke sind ausschliessend die bewussten Nöthigungsgründe ihres Willens: nicht aber vorgestellte Zwecke und Güter, die und in so fern sie sich der menschliche Wille nur durch sich selbst*

Dicho más resumidamente, una ‘persona’ en el sentido iusnaturalista-kantiano de esta palabra, solamente puede resultar obligada a alcanzar aquellos fines que ella personalmente se proponga, con absoluta exclusión de todo aquello que no sea estrictamente personal. Este último rasgo lo destaca Kohlschütter cuando escribe que “la razón pura práctica es la facultad de una esencia de darse leyes para su comportamiento independientemente de todo aquello que existe fuera de ella”.⁸⁹⁸

Eran, pues, unas exigencias que constituían a cada individuo en el centro y pináculo de la vida moral. Es bien sabido que la ética kantiana exige, entre otras cosas, que cada sujeto reconozca o acepte personalmente como obligatoria aquella conducta que se le presente como deber moral, ya que si no es así, esto es, si falta el convencimiento personal de la necesidad moral de la acción que se realiza, existirá únicamente un comportamiento externo que carecerá en absoluto de valor moral para el sujeto que lo realiza. Kant sólo conoció un único fundamento de cualquier obligación posible, la autoobligación que se produce cuando un individuo se plantea personalmente una conducta como obligatoria siguiendo una cierta regla, el imperativo categórico o principio de no contradicción. Planteado así el problema, el peso de cualquier deber recae sobre cada sujeto, que se constituye, de esta forma, en el centro de la vida moral, de modo que toda obligación ha de ser necesariamente una *Selbstverpflichtung*, una obligación que cada sujeto crea por sí mismo y para sí mismo siguiendo la regla de la no contradicción. Entonces el sujeto es una ‘persona’, porque es perfectamente autónómico, ya que no depende más que de sí mismo.

Esta doctrina llevaba hacia una ética centrada en cada individuo, pero el verdadero problema comienza cuando consideramos que ésta es una doctrina común a la moral y al derecho y, de hecho, las consideraciones anteriores están extraídas de tratados de *Naturrecht*, no de libros de moral. Es decir, también ante el derecho, lo único que tiene relevancia es la ‘persona’, es decir, el individuo que es libre porque es autónomo. Esto plantea varios problemas serios. Como no podemos entrar en su estudio,

verpflichten... Es ist einleuchtend, dass dieser Character der Menschheit nämlich, dass keiner Persohn keine Pflichten von einer andern Persohn vorgeschrieben und aufgegeben werden können...”. Cfr. *Neues System aus der Menschheit entwickelten Naturrecht*, Bayreuth, 1792, p. 23.

898 “Die reine praktische Vernunft ist das Vermögen eines Wesens, unabhängig von allem, was ausser ihm ist und vorgeht, sich selbst Gesetze für seine Handlung zu geben”. Cfr. *Vorlesungen über den Begriff der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1798, p. 20.

ahora quisiera centrarme solamente en uno, a saber: que el universo jurídico kantiano está compuesto de personas que son libres porque son independientes, ya que cada una lleva en sí misma la causa suficiente de su actuación. La independencia mutua del arbitrio, fomentada por la exigencia kantiana de considerar a cada ‘persona’ como un fin en sí misma (*Selbstzweck*) que nunca puede ser puesta al servicio de los fines de otra persona, es, de esta forma, el suelo desde el que debe crecer la metafísica del derecho.

Al llegar a este punto, debemos tener en cuenta que Kant distinguió entre el hombre de carne y hueso, real, al que el llama ‘hombre fenoménico’, al que le corresponde una libertad de hecho, empírica, de modo que él puede legislar sobre su propia vida, pero siempre tiene la posibilidad de legislar mal, inmoralmente —y el hombre ideal o ‘nouménico’, que encarna la razón pura, que tiene en sus manos la ‘libertad trascendental’, que sería algo así como una normatividad superior, objetivamente vinculante. Al filo de esta distinción entre hombre fenoménico-libertad empírica, y hombre nouménico-libertad trascendental, parecía que la ética kantiana no es tan subjetivista como he expuesto anteriormente, ya que en ella existe un orden de normas, provenientes de la libertad trascendental, objetivo y superior a la voluntad de cada sujeto concreto.

Kant dedicó mucho esfuerzo en su *Crítica de la razón pura* para mostrar qué era la libertad trascendental que hacía posible la moral. La verdad es que el tratado de Immanuel Kant es confuso, porque presenta varios entendimientos para un mismo lector, y quizá por este hecho, sus discípulos eluden el tratamiento de la libertad *trascendental*. A este respecto, Tieftrunk explicaba que el derecho expresa una regla de las relaciones entre la razón y la voluntad; esta voluntad es empírica en la medida en que es movida por móviles ‘sensibles’, y es trascendental y pura cuando es independiente de la determinación de los motivos que provienen del mundo empírico.⁸⁹⁹ Lo mismo escribía Karl Heinrich Gros:

Las leyes de la razón práctica no son posibles de otra forma que bajo el presupuesto de que una voluntad que es capaz de determinarse solamente mediante la razón, independientemente de otros motivos. Esta peculiaridad

⁸⁹⁹ “*Das Recht drückt eine Regel des Verhältnisses der Vernunft zum Willen aus. Dieser Wille ist empirisch, in wie fern er durch sinnliche Neigungen afficirt wird, er ist transcendental und rein, in wie fern er von der Nöthwendigkeit der Bestimmung durch empirische Gründe unabhängig ist*”. Cfr. *Ueber Recht...*, op. cit., p. 26.

de la voluntad, que no es conocida, sino postulada, se llama *libertad trascendental o libertad de la voluntad*.⁹⁰⁰

G. L. Reiner, el mejor expositor coetáneo de la filosofía jurídica de Kant, escribía sobre este tema que:

el concepto trascendental de libertad demuestra su realidad solamente en los usos prácticos, a través de principios prácticos que, en tanto que leyes, hacen posible en nosotros una causalidad de la razón pura y una voluntad que es independiente de todas las condiciones empíricas, en la que tienen su origen los conceptos y leyes morales.⁹⁰¹

Schmalz, el primero que publicó un tratado de filosofía jurídica, digno de este nombre, según los principios de la filosofía crítica kantiana, explicaba que: “Esta independencia suya, es decir, esta facultad <de la razón> de ser la primera causa de sus acciones, es la libertad, en el más elevado sentido de esta palabra”.⁹⁰² Como podemos comprobar a tenor de estos testimonios, el adjetivo ‘trascendental’ añadido al término libertad, sólo indica que el hombre es capaz de darse a sí mismo sus propias leyes racionales, al margen de aquello a lo que se siente inclinado por los apetitos empíricos. En consecuencia, la libertad trascendental no expresa *prima facie* un orden de normas, principios o reglas que se impusieran heterónomamente a los individuos empíricos.

¿En qué consiste, entonces, la libertad según la doctrina kantiana? Klein indicaba, sobre este tema, que “el arbitrio, en el sentido amplio de la palabra, es una facultad para actuar según las leyes del mundo inteligible (*Geisterwelt*)”.⁹⁰³ Parece indicar que la libertad del individuo está or-

900 “*Gesetze der praktischen Vernunft sind nicht anders möglich, als unter Voraussetzung eines Willens, welche fähig ist, sich blos durch Vernunft, unabhängig von allem andern Gründen, zu bestimmen. Diese Eigenschaft des Willens, welche nicht erkannt, sondern nur postuliert wird, heisst transcendente Freyheit oder Freyheit des Willens (im metaphysischen Sinne)*”. Cfr. *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, Tübingen, 1802, p. 13. Los subrayados son de Gros.

901 “*Der transcendente Begriff der Freyheit beweiset seine Realität nur im praktischen Gebrauche, durch praktische Grundsätze, die, als Gesetze, eine Kausalität der reinen Vernunft, und einen reinen, voll allen empirischen Bedingungen unabhängigen Willen in uns darthun, in welchen die sittlichen Begriffe und Gesetze ihrem Ursprung haben*”. Cfr. *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut und Augsburg, 1801, p. 13.

902 “*Diese seine Unabhängigkeit, also dieses sein Vermögen, die erste Ursache seiner Handlungen zu seyn, ist die Freyheit, im höchsten Sinn dieses Worts*”. Cfr. *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1795, p. 6.

903 “*Die Willkühr in weitem Sinne ist ein Vermögen, nach dem Gesetzen der Geisterwelt zu wirken*”. Cfr. *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben*, Halle, 1797, 13.

denada o normada por una normatividad superior a él. Pero como esta interpretación no encaja en la inteligencia usual del sistema kantiano, poco más adelante explica que “voluntaria o arbitraria en sentido estricto es aquella acción que hacemos porque queremos, que se opone a la acción a la que nos fuerzan (*actio invita*)”.⁹⁰⁴ El arbitrio es, pues, la facultad de hacer lo que cada cual quiera, al que se opone la forma de actuar no libre, esto es, aquella que se produce cuando alguien nos fuerza a hacer lo que no queremos. J. C. C. Rüdiger explicaba esto mismo más extensamente:

Un rasgo peculiar de la Humanidad es la consciencia, el conocimiento distinto de la representación de las cosas y de sus relaciones, el entendimiento o razón, y la capacidad de determinarse por sí mismo a hacer u omitir. Esto último se llama la voluntad, la libertad o el arbitrio (*arbitrium*), y él solamente da al hombre la facultad para actuar moralmente.⁹⁰⁵

La libertad o arbitrio es, pues, la facultad de cada individuo para determinarse a hacer o no hacer, a hacer esto o lo otro, lo que en castellano se designa bajo el nombre de ‘arbitrio’. Pero la libertad en el sentido kantiano parece tender también a designar aquella capacidad racional, y por ello objetiva, que posee cada sujeto para darse las normas vinculantes. Se apuntaron, pues, dos significados distintos de este término.

No es de extrañar que haya habido dudas sobre el significado de este término en Kant. Reinhold, contemporáneo suyo, le reprochaba al de Königsberg, que los conceptos fundamentales que él usa, *Begehrungsvermögen*, *Wille*, *Willkür*, *Freiheit*, son incomprensibles e inmantenibles (*unverständlich, unhaltbar*).⁹⁰⁶

D. Libertad y derecho

Si el hombre es entendido en función de la libertad, como un ente o sustancia libre que sólo exige al universo el respeto de su libertad, parece obvio que sus derechos solamente pueden ser planteados como una exi-

904 “Willig oder willkürlich im weitem Sinne ist eine Handlung, wenn sie mit Lust gewirkt wird, und sie wird in diesem der ungern unternommenen (*actio invita*) entgegengesetzt”. Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., p. 18.

905 “Aber eigenthümlicher Vorzug der Menschheit ist das Bewusstseyn, die deutliche Erkenntnis der Vorstellung der Dinge, oder Verstand, ihres Zusammenhanges oder Vernunft, und das Vermögen sich darnach selbst zu Thun oder Lassen zu bestimmen. Dieses heisst der Wille, die Freyheit oder Willkühr (*arbitrium*) und giebt den Menschen allein die Fähigkeit zu sittlichen Handlungen.” Cfr. *Lehrbegriff der Vernunftrechts und Gesetzgebung*, Halle, 1798, p. 60.

906 Cfr. Reinhold, C. L., *Briefe über Kantische Philosophie*, vol. 11, Leipzig, 1792, p. 310.

gencia genérica de respeto a su arbitrio. Por esto, ya Abicht, en los inicios de la era kantiana, mantenía que: “un derecho es un fundamento justificador de la voluntad para un determinado tipo de acciones u omisiones: *Ratio, quae dat facultatem agendi...* Pues los verdaderos derechos de una persona no pueden ser otra cosa que derechos de libertad... en consecuencia, para una persona no existen otros derechos verdaderos que derechos de libertad”.⁹⁰⁷

La filosofía crítica redujo todos los bienes protegidos por el derecho al bien único de la libertad, y por ello Hufeland explicaba que quien arrebatara los bienes de un hombre limita la libertad o personalidad de éste,⁹⁰⁸ y por ello este comportamiento es antijurídico. Esta mentalidad alcanzó pronto, gracias a la hegemonía de la filosofía kantiana en Centroeuropa, a todo tipo de ámbitos culturales, incluso fuera de la universidad, y J. P. A. Leisler, que no pretendía sino vulgarizar y hacer asequibles a todos el *Naturrecht* kantiano, escribía que “los derechos del hombre se dejan reconducir todos a un derecho general, a saber: el derecho de libertad social... Pues desde este derecho se deducen todos los otros derechos del hombre”.⁹⁰⁹

Gros matizó más que los autores anteriores y estableció que el derecho podía ser entendido: a) como cualidad de una persona, y entonces consiste en la facultad de exteriorizar su arbitrio sin oponerse a la libertad legal de las otras personas; b) como cualidad de una acción, es decir, la compatibilidad del uso propio de la libertad con la libertad legal general y, finalmente, como un conjunto de leyes, a saber: como el conjunto de aquellas condiciones bajo las que es posible una libertad general externa.⁹¹⁰ Karl

907 “... ein Recht ist ein Berechtigungsgrund des Willens zu einer bestimmten Art von Handlungen oder Unterlassungen (*ratio, quae dat facultatem agendi*)... Grundsatz 2: Die wahren Rechte oder Bestimmungsgründe einer Person können keine andern seyn, als Rechte der Freyheit... Berechtigende Handlungsgründe heissen aber Rechte; folglich kan es für eine Person keine andern wahren Rechte geben, als Rechte der Freyheit.” Cfr. *Neues System...*, op. cit., p. 31.

908 *Wer die Güter eines Menschen nimmt, schränkt seine Freyheit oder Persöhnlichkeit ein; und so lange er fortfährt dem andern Güter vorzuenthalten; so lange fährt er auch fort, seine Freyheit oder Persöhnlichkeit einzuschränken, oder ihm Rechte zu rauben...*” Cfr. *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundene Wissenschaften*, Jena, 1795, p. 112.

909 “Die Rechte des Menschen nach dem absoluten Naturrechte, lassen sich füglich unter einem allgemeinen Rechte begreifen, nämlich unter dem Rechte auf gesellschaftliche Freiheit... Vom diesem Rechte lassen andere alle Rechte des Menschen sich ableiten”. Cfr. *Populäres Naturrecht*, Frankfurt am Main, 1799, p. 32.

910 “Das Recht (*ius*) ist demnach:

1) als Qualität eine Person: das Vermögen (*Facultas*), seine Willkühr zu aussern, ohne der gesetzlichen Freyheit andrer entgegen zu handeln; oder: das durch das Gesetz der allgemeine äussern Freyheit bestimmte Vermögen zu handeln.

Salomo Zacharia concretó más el pensamiento kantiano y dejó establecido que “un derecho externo, o un derecho en el sentido estricto del término, es la posibilidad, fundamentada en la pura existencia de la libertad, de rechazar la violencia con la violencia”,⁹¹¹ con lo que resaltó unilateralmente una sola de las facetas del problema.

En consecuencia, parecen tender a considerar que tanto el derecho como la ciencia jurídica no pueden ser sino desmenuzamiento de la libertad del individuo. En este sentido, Karl Heinrich Heydenreich ya había establecido que “el derecho natural es el tratado sobre la determinación de la propia conciencia de cada hombre por la libertad externa y de la identidad de esta conciencia en todos los demás”,⁹¹² y Gros, más sencillamente, había entendido que “la ciencia de aquello que es determinado por la razón práctica como legislación de la libertad externa se llama *Rechtslehre* o ciencia filosófica del Derecho”.⁹¹³ Schmalz acababa de completar esta idea, en 1807, escribiendo que “dado que la ciencia jurídica es la ciencia de la libertad externa, el derecho natural no puede ser otra cosa que el análisis del concepto de la libertad externa... el derecho natural sólo puede avanzar en el estrecho margen del análisis del concepto de libertad externa”.⁹¹⁴

Por tanto, el derecho, que forzosamente ha de implicar una regulación objetiva y suprapersonal de las conductas, no puede consistir en otra cosa que en la armonización de las libertades de todos a fin de que cada cual posea la mayor cantidad posible de libertad. En este sentido, Franz von Zeiller explicaba tardíamente, en 1815, que “un uso lingüístico general-

2) Als Qualität einer Handlung: die vereinbarkeit des eignen Freyheitsgebrauchs mit der allgemeinen gesetzlichen Freyheit.

3) Als ein Ganzen von Gesetzen: der Inbegriff derjenige Bedingungen, unter welchen allgemeine äusserer Freyheit möglich ist. Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 30.

911 “Ein äusseres Recht, oder ein Recht in der engern Bedeutung ist daher die durch das blose Daseyn der Freyheit begründete moralische Möglichkeit, Zwang mit Zwang zu vertreiben”. Cfr. *Anfangsgründe der philosophischen Privatrechtes. Nebst eine Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*, Leipzig, 1804, p. 3.

912 “Das Naturrecht ist der Commentar über das jedem Menschen eigene Bewusstseyn seiner Bestimmung für äussern Freyheit, und der Identität dieses Bewusstseyn in allen Mitwesen”. Cfr. *Metapolitische Prolegomena für das natürliche Staatsrecht*, Leipzig, 1795, p. 32.

913 “Die Wissenschaft dessen, was durch die praktische Vernunft als Gesetzgebung der äussern Freyheit bestimmt ist, heisst Rechtslehre, philosophische Rechtswissenschaft”. Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 43.

914 “Da Jurisscienz die Wissenschaft der äusserer Freyheit ist: so kann das reine Naturrecht nicht seyn, als eine Analyse des Begriffs eine äusser Freyheit einer zugleich vernünftigen und zugleich sinnlichen Wesens... das Naturrecht kann so nun in der engern Bahn seiner Analyse des Begriffs äusserer Freyheit fortschreiten”. Cfr. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, 1807, p. 11.

mente aprobado indica que el derecho es un determinado tipo del uso de la libertad de nuestros comportamientos externos”.⁹¹⁵

E. La manifestación primaria y fundamental del derecho

Pero si se parte en todo momento del individuo y de su libertad, como hicieron los iusnaturalistas y, con ellos, los kantianos, lo que destaca primeramente no es la coordinación de las libertades de los diversos individuos, sino el derecho a la libertad que ‘yo’ tengo. Procediendo así, la aparición originaria del derecho consiste en una facultad del sujeto a su libertad de arbitrio, y sólo en un momento lógicamente posterior aparecerá la coordinación de los diversos derechos a fin de que los arbitrios no se destruyan mutuamente.

Schaumann, en los inicios de la teorización kantiana sobre el derecho, fue consciente de esta realidad; por ello escribía que “la ciencia jurídica es la ciencia que versa sobre las posibilidades legales de obrar según la propia voluntad”.⁹¹⁶ Sin embargo, aludir a las ‘posibilidades’ entraña una cierta dificultad, porque en la doctrina kantiana existe la ley moral o *Sittengesetz* que regula todos los comportamientos de hombre; en tal caso, las ‘posibilidades legales’ de obrar ¿son aquellos comportamientos que vienen autorizados por la ley moral? De contestar afirmativamente, se seguiría el contrasentido —dentro de las coordenadas kantianas— de mantener que el fundamento o base del derecho es la ley moral, y esto no es posible dada la separación que estableció la filosofía crítica entre moral y derecho. Para superar esta dificultad, Schaumann propuso la fórmula que triunfó en la escuela kantiana, a saber: que la ley moral no determina todas las posibilidades del arbitrio de la persona, sino que deja libre toda una serie de comportamientos. Naturalmente, esto implicaba mantener, como hizo Schaumann, que los comportamientos libres no vienen regulados por la ley moral, sino que se trata de comportamientos que carecen de relevancia ética, porque no tienen un fundamento moral determinante (*moralische Bestimmungsgrund*), ya que están abandonados, es decir, están motivados, por las tendencias naturales (*Naturtriebe*). Se trata, por tanto, de acciones que no son necesarias moralmente, es decir, que no han

915 “Ein allgemein gebilligter Sprachgebrauch der Sachverstände... deutet an dass das Recht eine gewisse Art des Freiheitsgebrauches bey unseren äusseren Handlungen bedeute”. Cfr. *Das natürliche Privat-Recht*, Wien und Triest, 1815, p. 2.

916 “Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln”. Cfr. *Wissenschaftliche Naturrecht*, op. cit., p. 7.

de ser realizadas necesariamente porque así lo ordene la ley moral y, en consecuencia, son acciones que permanecen como ‘posibles’ moralmente (*moralisch-möglich*), dependiendo únicamente del arbitrio del sujeto en cuestión.⁹¹⁷ Pero entonces están separando las dos realidades cuya fusión constituyó el punto de partida de esta filosofía, a saber: las de libertad y moralidad (o racionalidad).

Fue un problema que no resolvieron. Por lo general, se limitaron con afirmar que la ley crea una ‘permisión’ (*Gestattung, permissio*), una posibilidad de actuar. La acción misma, en la medida en que está permitida y es posible, es esencialmente algo permitido, *Erlaubtseyn*. Para el sujeto de la acción permitida resulta, de este modo, una licencia (*licentia*) y entonces decimos que tal sujeto ‘puede’, *darf*, o dicho con términos más precisos, que “a tal sujeto le está permitido”.⁹¹⁸ La ley, por tanto, concede al sujeto una facultad (*Befugnis*) que no es otra cosa que la posibilidad de obrar según la propia voluntad.⁹¹⁹ El derecho es, de este modo, algo esencialmente permisivo, puesto que establece posibilidades de actuar para la persona, a diferencia de la moral, que no establece posibilidades de actuación, sino que limita el poder que *de facto* tienen los hombres. Es decir, la moral se ocupa de responder a la pregunta: ¿Qué debo hacer yo? (*Was soll ich?*), mientras que la ciencia jurídica esclarece el “¿Qué puedo hacer yo? (*Was darf ich?*)”.⁹²⁰ La moral sólo crearía deberes, y el derecho sólo propondría facultades o licitudes.

917 “... so bestimmt es (das S.G.) doch nicht die ganze Willkür der Person, sondern stellt ihr einige freywillige Handlungen frey. Da nun aber in einem jeden endlichen Wesen nur zwey Bestimmungsprincipien —der Sittlichkeit (moralischer Bestimmungsgrund) und der Natur (Naturtrieb)— sind; so kann der Satz des vorigen Paragraph keinen andern Sinn haben, als diesen: das Sittengesetz erklärt, dass die Person in Hinsicht auf die freywilligen Handlungen, welche nicht moralisch nothwendig sind, sich durch Naturtriebe bestimmen lassen könne... freywillige Handlungen also, zu deren sich das handelnde Subject laut des Sittengesetz nach Naturtrieben bestimmen kann, moralisch-möglich.” Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 136.

918 “Die in Gesetz vorgestellte Möglichkeit der Ausübung einer Handlung heisst Gestattung (permissio): die Handlung selbst, in so fern ihre Ausübung möglich ist, Erlaubt, und diese ihre Beschaffenheit, dass sie erlaubt ist, ein Erlaubtseyn. Für das Subject der erlaubten Handlung erfolgt aus der Gestattung des Gesetzes Erlaubniss (licentia)—die Person darf, d.i. sie hat das gesetzliche Vermögen eine Handlung auszuüben”. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 138.

919 “Der in Gesetze liegende Grund der gesetzlichen Möglichkeit einer Handlung heisst Befügung und die Folge dieser Befügung für die Person, Befugniss, oder die gesetzliche Möglichkeit, nach eignen Willen zu handeln”. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 139.

920 “Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft der gesetzlichen Möglichkeit, nach eigem Willen zu handeln. Anmerkung 1. Die Wissenschaft der Sittlichkeit beschäftigt sich mit einer systematischen Beantwortung der Frage: “Was soll ich” —die Rechtswissenschaft mit der Frage: Was darf ich?”. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 7.

Plantear así el fundamento del derecho suponía explicitar con lucidez una exigencia de la escuela del derecho natural moderno, a saber: que el punto de referencia sistemático para toda investigación y creación jurídica debe ser el individuo: sus tendencias naturales, sus intereses, sus pretensiones. Esto se oponía frontalmente, en el punto auténticamente neurálgico, a la ciencia jurídica de orientación romanista que, desde muchos siglos antes, contemplaba al derecho como una realidad que se desprendía de las cosas mismas, esto es, de las situaciones histórico-sociales, de la naturaleza de las cosas, de la constitución psicosomática del hombre, etcétera, lo que llevaba a estos juristas a escribir que el *ius oritur ex facto*, o bien que el derecho es una fuerza ínsita en las cosas mismas, *ius est vis insita in rebus*.⁹²¹ La Escuela de Kant llevó a su plenitud este proceso de subjetivización del derecho y de la ciencia jurídica y, en este sentido, Schaumann escribía que la habilitación o licencia que la ley moral concede a la persona se llama ‘derecho’ (*ius*), es decir, la posibilidad de obrar según las tendencias naturales y no bajo los dictados de la ley moral. Esta habilitación para obrar es, pues, una realidad exclusivamente personal, ya que la ley moral que la crea es estrictamente personal o subjetiva. Schaumann explica que casi todos los filósofos y juristas que se han ocupado de esclarecer el significado del concepto del derecho han considerado que el derecho es una cualidad de los actos, y no han tenido en cuenta que el derecho sólo puede ser una cualidad o facultad del sujeto que obra, de la persona.⁹²² C. F. Mühlenthal resumía esta idea, años más tarde, indicando que el derecho es la posibilidad moral de hacer u omitir algo por lo que, en consecuencia, es una realidad exclusivamente subjetiva: *also einzig subjectives*. Se concreta en la libertad de la voluntad, en la autodeterminación, que constituye la condición necesaria de cualquier estado jurídico.⁹²³ Los derechos, concluye Schaumann a modo de resumen, dependen de la ley moral, del mismo modo que las

921 *Vid.*, por ejemplo, Pedro de Bellapertica, en su comentario núm. 7 a *Instituta* 1.2.1. *Cfr. In Libros Institutionum Divi Iustiniani Sanctissimo principis Commentarii*, Lyon, 1589.

922 “*Der im Sittengesetz liegende Grund der moralischen Möglichkeit einer Handlung heisst Berechtigung; und die Folge dieser Berechtigung für die Person, ein Recht (ius), oder die moralische Möglichkeit, nach Naturtrieben zu handeln. Ammerkung 1. Fast alle Philosophen und Juristen, welche die Erörterung des Begriffs Recht (im naturrechtlichen Sinne) beschäftigt hat, haben das Objects des Begriffs von einem Rechte in der Beschaffenheit der Handlungen gesucht, und nicht, wie doch nothwendig ist, in eine Beschaffenheit (facultas) des hacienden Subjects (der Person)...*”. *Cfr. Wissenschaftliches Naturrecht...*, *op. cit.*, p. 140.

923 “*Recht ist die moralische Möglichkeit etwas zu thun oder zu unterlassen, also einzig subjectives. Freyheit des Willens, oder die Selbstbestimmung in Menschen ist die Bedingung eines jeden rechtlichen Zustandes*”. *Cfr. Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie des positiven in Deutschland geltenden Rechts*, Rostock und Leipzig, 1807, p. 6.

obligaciones. Pero la ley moral, cuando se refiere a los derechos, no dice: Tú debes (*du sollst*), sino ‘tú puedes’ (*du magst*); la fórmula o expresión de los derechos no es, por tanto, imperativa, sino permisiva.⁹²⁴

Sin embargo, la relación del derecho con la ley moral kantiana no era, ni mucho menos, clara. En efecto, la ley moral, según Kant, ordena conductas, tanto de acción como de omisión, es decir, manda o prohíbe. El derecho, en cambio, no puede ordenar nada porque en tal caso, como nos indica Krug, se confundiría con la ley moral.⁹²⁵ El derecho, por tanto, existe solamente en aquella zona en la que la ley moral no dispone nada, en la zona de lo moralmente indiferente. De esta forma, el derecho aparece en la filosofía crítica como una realidad que existe y se desarrolla al margen de las exigencias morales. Con el tiempo, una vez que la escuela de Kant fue más o menos consciente de la desvinculación de los planos ético y jurídico, fue necesario buscar a las facultades en que consiste el derecho otro fundamento más preciso.

En esta última tarea, Christian Weiss mantuvo, en 1804, que las facultades que posee el hombre para realizar comportamientos arbitrarios están fundamentadas originalmente en su naturaleza, de forma que a cualquier otro sujeto le está prohibido estorbarle en este tipo de actos.⁹²⁶ La existencia del derecho, proseguía Weiss, es tan innegable como fáctica (*ist in sofern factisch und unleugbar*),⁹²⁷ de modo que el derecho, en general, tiene su fundamento en la naturaleza misma del hombre, de manera que es un carácter esencial del hombre el disfrutar de derechos.⁹²⁸ Tal naturaleza a que alude Weiss debe entenderse como la libertad que originariamente corresponde a todo hombre y por ello, prosigue este autor, la solución al problema que se suscita cuando nos preguntamos con qué fundamento afirma el hombre poseer una facultad incondicionada para la dirección arbitraria de sus comportamientos, no es otro que observar que el derecho reside en el arbitrio (Wi-

924 “*Rechte also hängen so wie Pflichten, vom Sittengesetz ab. Dieses aber spricht in Beziehung auf Rechte nicht: du sollst, sondern: du magst. Seine Formel ist nicht hier imperativ, sondern permissiv*”. Cfr. *Wissenschaftliches Naturrecht...*, op. cit., p. 140.

925 Cfr. *Aphorismen...*, op. cit., p. 3.

926 “*Es ist auch Thatsache des innern Sinne oder des Bewusstseyns, dass dem Menschen allein in der Natur ein Befugnis zu beliebigen Handlungen zukomme, welches in seine Natur ursprünglich sey, und in dessen Besitze daher ein jeder Andre schlechthin verbunden sey, ihn nie willkürlich zu stören*”. Cfr. *Lehrbuch der Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1804, p. 2.

927 Cfr. op. cit., p. 3.

928 “*... da das Recht überhaupt seinen Grund in der Natur des Menschen selbst haben, und dass es zu dem wesentlichen Charakter des Menschen gehören müsse, Recht zu genießen...*”. Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 4.

llkühr), porque la libertad es una característica esencial y permanente del hombre.⁹²⁹ De esta forma, según Weiss, primero existe el arbitrio indeterminado y, como consecuencia de afirmar tal arbitrio como un derecho de todo hombre, se acaba considerando que ejercer de facto un arbitrio indeterminable es un derecho esencial del hombre, fundamentado en su naturaleza esencialmente libre. Una explicación muy pobre para 1804.

El kantiano que explicó con más coherencia ‘esta’ naturaleza del derecho fue J. A. Brückner. Este autor parte desde la observación usual de que existen acciones que no revisten una necesidad particular de ser realizadas. Estas acciones están, ciertamente, regladas, pero no por un principio que ordena que el agente *debe* hacerlas, sino por otro principio que, sin prescribir nada, imprime sin embargo el sello de la legitimación a todo aquello que un individuo realiza; este último principio, explica Brückner, es lo que nosotros llamamos “principio del Derecho” o “principio jurídico”.⁹³⁰ Este principio jurídico, prosigue Brückner, proclama que un hombre puede querer, y hacer, ciertas cosas de una manera arbitraria, es decir, sin que pueda ser molestado por ninguna consideración, tan lejos como el permiso se extienda. Expresa la idea de una autorización positiva a favor de un agente, de modo que de tal autorización resulta la legitimidad de las acciones de tal agente.⁹³¹ Por tanto, la idea de un derecho nos lleva, en último análisis, a la de una autorización en virtud de la cual un sujeto puede formar sus pretensiones libremente sobre ciertas cosas.⁹³²

929 “*Das Problem, allgemein vorgestellt, ist enthalten in der Frage: Mit welchen Grunde behauptet der Mensch ein unbedingtes Befugnis zu beliebiger Einrichtung seiner Handlungen zu haben? und mit welchem Grunde verlangt er von Andern, welche er sich doch gleich setzt, dass sie ihre Willkühr, um des äusser Möglichkeit seiner beliebigen Handlungen willen, beschränken sollen? Zur Lösung dieses Problem ist fürs erste zu bemerken, dass die natürliche Rechtsforderung in der Willkühr, von welcher aus und gegen sie ergeht, die Freyheit als wesentliches und bleibendes Merkmal derselben nothwendig vorausgesetzt...*”. Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., pp. 29 y 30.

930 “*Mais il y’a des actions qui n’ont aucun caractère de nécessité pratique, quoiqu’on leur attribue indubitablement une valeur absolue dans l’estimation. Les actions sont dons motivées et réglées, non pas par le principe determinant qui commande ce que l’homme doit faire, mais par un principe qui, sans rien prescrire à l’agent, imprime néanmoins le sceau de légitimation à ses actions, en fixant d’une manière absolue ou péremptoire ce qu’il ose faire et vouloir. C’est ce principe que nous appellerons le principe du droit, ou principe juridique*”. Cfr. *Essay sue la nature et l’origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du Droit*, Leipsic, 1810, p. 145.

931 “*Le principe juridique proclame d’autorité, que l’homme ose vouloir et faire certaines choses, d’une manière arbitraire, c’est à dire, sans être gêné par aucune considération, aussi loin que la permission s’étend. C’est la l’idée d’une autorisation positive et expresse, pour et faveur d’un agent, et pour autant qu’il juge à propos d’en profiter. De cette autorisation résulte la légitimité de l’action, pour laquelle l’agent se déterminera*”. Cfr. *Essay...*, op. cit., p. 146.

932 “*L’idée d’un droit remonte donc, en dernière analyse, à celle d’une autorisation, en vertu de laquelle un agent ose librement former des prétensions, a certaines choses comme lui appartenant, à*

Pero, podemos leer entre líneas en Brückner, si cada derecho nos lleva a una autorización expresa que lo hace posible, lo que destaca como ‘principio del derecho’ es más bien la instancia que concede una autorización para cada caso; y esto no es compatible con la pretensión iusnaturalista de hacer del individuo el principio y fin del universo. Por este hecho, Brückner explica que “la autoridad legislativa que fundamenta originariamente los derechos reside en la autonomía jurídica, de la que participa todo ser dotado de razón y que, bajo este punto de vista, puede ser llamada *razón universal*, que es el arquetipo de toda autorización y de todo derecho”.⁹³³ Por tanto, el título primitivo de todos los derechos está en esta declaración, emanada de la autonomía jurídica de la razón, que indica que, con respecto a todo lo que está fuera de él, el agente dotado de razón es originariamente dueño de sí mismo. De esta forma, tal autonomía se proclama como la autoridad suprema en el derecho.⁹³⁴ Pero lo que caracteriza especialmente a la libertad en el sujeto de derechos es que él es libre en tanto que él no tiene ninguna obligación de determinarse a actuar de esta u otra forma, *ni ninguna responsabilidad por el uso, o no uso, que él haga con sus derechos*. En este punto, él está absolutamente abandonado a su arbitrio, sólo determinado por su apetito. Queremos decir, concluye Brückner, que en lo que se refiere a un derecho que le pertenece, el individuo no está sometido a ninguna ley emanada de una legislación exterior, ni a ninguna voluntad extraña, y esto es lo que constituye propiamente la libertad jurídica de todo sujeto de derechos como tal.⁹³⁵

titre de propriété médiatement ou immédiatement disponible; prétentions qui'il peut faire valoir par une détermination actuelle de sa volonté". Cfr. Essay..., op. cit., p. 151.

933 “L'autorité législative qui fonde primitivement des droits, réside dans l'autonomie juridique, qui est le partage de tout être doué de raison, et qui, sous ce point de vue, peut-etre appelée raison universelle, et type primitif de toute autorisation et de tout droit.” Cfr. Essay..., op. cit., p. 155.

934 “Le titre primitif de tous les droits est dans cette déclaration, émanée de l'autonomie juridique de la raison, et qui dit que pour tout être hors de lui, un agent raisonnable est primitivement maître de lui-même. C'est ainsi que cette autonomie s'annonce comme autorité suprême en matière de droit”. Cfr. Essay..., op. cit., p. 157.

935 “Mais ce qui caractérise particulièrement la liberté dans le sujet de droits, c'est qu'indépendamment de sa faculté intérieure, de pouvoir se déterminer en vertu d'une autorisation, il est libre en tant que, vis-a-vis d'autres êtres, il n'a aucune obligation de se déterminer, ni aucune responsabilité, quant à l'usage ou non-usage qui'il juge à propos de faire de sont droit. A cet égard il est entièrement abandonné à son arbitre déterminable par l'appétition. Nous voulons dire par là que, relativement à un droit qui lui appartient, le sujet n'est soumis à aucune loi émanée d'une législation extérieure, ni à aucune volonté étrangère... C'est là ce qui constitue proprement la liberté juridique de tout sujet de droits comme tel”. Cfr. Essay..., op. cit., p. 164.

El individuo, tal como nos muestra el análisis especialmente radical y lúcido de Brückner, no está sometido, jurídicamente, a ninguna ley extraña a él mismo. Por ello, el ‘yo puedo’ en que consiste todo derecho depende, tanto en su fundamentación filosófica última como en su ejercicio concreto, exclusivamente del sujeto que lo ostenta. De esta forma, no existe ninguna ley jurídica superior al individuo y, en consecuencia, la creación del ordenamiento jurídico es una tarea que compete a los individuos que, a partir de la libertad que le es innata, lo construirán autónomamente, usando de los pactos para todas aquellas relaciones jurídicas que impliquen un dominio sobre los demás.

Si nos remontamos a la pregunta anterior, a saber: ¿qué hicieron ante la desvinculación entre el plano moral y el jurídico?, no hay respuesta coherente, porque parece que habían entrado por un camino sin salida. Por este motivo, James Lorimer les reprochaba a estos kantianos que ellos habían creado lo que Gustav Hugo llamó una *Todtschlagmoral*.⁹³⁶

F. Una libertad formal, negativa y vacía

El derecho se manifiesta ante todo en el conjunto de las facultades libres que corresponden a la totalidad de los individuos. La libertad contenida en tales facultades recibió en la escuela de Kant, del mismo modo que en la escuela del derecho natural, una naturaleza esencialmente negativa, ya que no consistía tanto en otorgar derechos para realizar actos concretos como en exigir un respeto a su indeterminación del arbitrio de cada individuo. Podríamos decir que el bien jurídico realmente protegido era la independencia del sujeto.

Lógicamente, un ordenamiento jurídico fundamentado sistemáticamente y que tiene como punto único de referencia el no forzamiento del arbitrio de las ‘personas’ que lo componen, es un ordenamiento jurídico esencialmente formal y negativo. Hablamos de formalismo porque el derecho, así planteado, no protege bienes concretos, sino que carece de contenidos materiales. En este sentido, Gros escribía que “El concepto del derecho no se refiere a la materia del arbitrio, sino únicamente a la forma de éste”.⁹³⁷ En

936 “these are propositions which seems to me not only unsound in theory, but fraught with practical dangers... It was of a system in which this distinction was carried out to its legitimate consequence of a complete separation between law and ethics, that Hugo applied the epithet of a *Cutthroat-code* (eine *Todtschlagmoral*)”. Cfr. *The Institutes of Law*, 2^a ed, Edimburgh, 1880, p. 284.

937 “Der Rechtsbegriff bezieht sich nicht auf die Materie des Willkühr sondern lediglich auf die Form derselben”. Cfr. *Lehrbuch*..., op. cit., 34.

efecto, la razón kantiana sólo exige el respeto a la independencia del sujeto, y no puede ‘descender’ a otras concreciones porque entonces se contaminaría con la empiria, máximo enemigo de la razón pura a priori que los kantianos pretenden usar. Por este motivo Karl Heinrich Heydenreich escribía que

si la verdadera obligación expresa la inmodificable necesidad de una determinada forma de actuar determinada por la razón, ella solamente puede fundamentarse en una ley de la razón que no está sometida a ninguna condición... y en la misma medida en que tal ley no puede ser material ni empírica, en esa misma medida sólo puede consistir en un principio formal.⁹³⁸

Tal principio formal, como expresa a continuación, no es otro que el imperativo categórico propuesto por Kant.⁹³⁹ Con palabras muy parecidas se expresaba Heinrich Stephani unos años más tarde, indicando que lo que es derecho, o justo, permanece siempre igual, y solamente puede ser una forma jurídica (*Rechtsform*), que posee una naturaleza eterna y que de ningún modo está sometida a la variabilidad propia del mundo de la empiria.⁹⁴⁰ El concepto kantiano del derecho sólo puede ser, en consecuencia, una forma intelectual, pura y *a priori*.

Zacharia expresaba esta idea con notable precisión:

El principio del derecho resulta de la pura existencia de una ley moral en el hombre, *sin referirse al contenido de esta ley*. Su formulación no es: lo que yo debo hacer, lo que me es lícito hacer, sino: si yo en general debo (en tanto que ser libre) actuar de acuerdo con la ley moral; entonces me es lícito defender mi libertad externa usando de la violencia (si es preciso).⁹⁴¹

938 “*Wenn wahre Verpflichtung die unwandelbare Nothwendigkeit einer Handlungsweise, bestimmt durch Vernunft, ausdrückt, so kann sie sich nun auf ein Gesetz der Vernunft gründen welches keiner Bedingung unterworfen ist... So gewiss ein solches Gesetz nicht material und empirische seyn kann, so gewiss kann er nur ein formaler Grundsatz seyn*”. Cfr. *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1794, pp. 86 y 87.

939 “*Dasjenige höchste Grundgesetz der praktischen Vernunft welches die Form einer Bestimmung des Willens durch reine Vernunft ausdrückt in wiefern sie diess ist, ist in der Formel enthalten: Handle iederzeit nach solchen Maximen, die der zugleich als allgemeine Gesetze für alle vernünftige Wesen gültig wollen kannst*”. Cfr. *System...*, op. cit., p. 87.

940 “*... so bleibt auch das, was recht ist, sich immer gleich, und kann die Rechtsform, welche von ewigen Natur und keinesweg dem Gesetze der Veränderlichkeit der Sinnenwelt unterworfen ist, nie*”. Cfr. *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Erlangen, 1797, p. 5.

941 “*Das Rechtsprincip ergiebt sich also aus dem blossen Daseyn eines Syttengesetz im Menschen, ohne Rücksicht auf den Inhalt dieses Gesetzes. Die Formel derselben ist nicht: Was ich soll, das darf ich; sondern: Wenn ich überhaupt soll, das ein freyes Wesen und mithin nach dem Sittengesetz handeln, so darf ich (meine äussere Freyheit durch Zwang vertheidigen)...*”. Cfr. *Anfangsgründe...*, op. cit., p. 3.

En el universo jurídico kantiano sólo queda, en definitiva, un individuo, que defiende su libertad usando para ello la violencia cuando sea necesario.

El derecho no puede sino expresar necesariamente una realidad formal, es decir, vacía. Ello ha de ser así forzosamente porque, como escribe Schmid, la ley práctica de nuestra razón no puede descender a detallar qué tipos de comportamientos son adecuados a nuestro amor propio, a nuestra sensualidad, a nuestra felicidad, de modo que, por adecuarse a estas cosas, tales comportamientos sean obligatorios. Al contrario, el concepto fundamental de la razón no puede contener ningún dato de esta naturaleza, ya que si la ley suprema práctica la conocemos a priori y es desarrollada desde los principios fundamentales de la razón, ella sólo puede expresar qué comportamientos son adecuados u opuestos a los conceptos de la razón. Por ello, un principio práctico que presenta una acción como necesaria, no a causa de su adecuación a nuestra empiria, sino por su concordancia con el concepto fundamental de la razón, es un principio formal; la ley práctica sólo puede consistir en un principio formal, por lo que también las reglas que fluyen de ella han de ser igualmente formales.⁹⁴² Tiefrunk, mucho más escuetamente, explicaba que dado que la razón es la fuente de las normas para la libertad, y como nuestra razón es una facultad puramente formal, ella solamente crea las leyes para la libertad a través de su forma.⁹⁴³

Tenemos, pues, en el final de la vida de la escuela del derecho natural, un único derecho, a saber: el derecho a que no me determinen mi ar-

942 “Das praktische Gesetz kann also nicht ausdrücken, welche Art zu Handeln unserer Sinnlichkeit, der Selbstliebe und ihren Gegenstände, der Glückseligkeit, gemäss, und um derentwillen nothwendig sey... kann auch in dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst, kein Datum dieser Art enthalten seyn... Es kann also nichts blos darum Rechts seyn, weil es der Natur unsrer Sinnlichkeit, unsrer Selbstliebe und Glückseligkeit im Ganzen oder in gewissen Rücksicht, an sich oder unter gewissen Umständen und Bedingungen, gemäss ist... Soll das oberste praktische Gesetz schlechthin a priori erkannt und aus dem Grundbegriffe der Vernunft entwickeln werden; so kann dasselbe nichts anders ausdrücken, als: welche Handlungsweise dem Begriffe unsrer Vernunft von sich selbst gemäss oder zuwider, vernünftig oder unvernünftig, und lediglich um deswillen für einen jeden durch Vernunft bestimmten Willen nothwendig oder unmöglich sey... Ein praktischer Grundsatz, welcher eine Handlung als nothwendig vorstellt, nicht wegen ihrer Beziehung auf unsre Sinnlichkeit, sondern wegen ihrer Uebereinstimmung mit dem Grundbegriffe der Vernunft, oder wegen der Vernünftigkeit ihrer Form heisst ein formaler Grundsatz, folglich kann auch der daraus abfliessende oberste Rechtssatz nur formal seyn, d.h. es kann etwas blos darum Recht seyn, weil es mit dem Grundbegriffe der Vernunft von sich selbst übereinstimmt”. Cfr. Grundriss..., op. cit., pp. 90, 93 y 94.

943 “Die Vernunft ist also die Quelle der Gesetze für die Freiheit und zwar lediglich durch sich selbst. Da aber die Vernunft an sich ein bloss formales Vermögen ist, so wird sie nur durch ihre Form selbst Gesetz für die Freiheit werden können”. Cfr. Ueber Recht..., op. cit., p. 26.

bitrio porque yo —su titular— soy el único sujeto que está capacitado para determinarlo, concretarlo o limitarlo. En consecuencia, lo único que puede exigir un hombre es reclamar una abstención general. En este sentido, Klein escribía que “todos los derechos son originariamente negativos”⁹⁴⁴ porque consisten en reclamar una actitud continuada de omisión. Jakob Fries exponía que “todas las obligaciones jurídicas son originariamente obligaciones negativas de omisión... ya que la obligación jurídica solamente puede surgir del mandato que expresa que toda persona debe ser respetada como un fin en sí”.⁹⁴⁵ Esta idea traspasa todo el periodo de vida de la escuela kantiana, y Claudio Droste-Hülshoff, aún en 1823, explicaba que “originariamente, y en general, no existe en absoluto ninguna obligación jurídica positiva”.⁹⁴⁶

Quizá el autor que, en el plano de la teoría jurídica, expresó con más claridad esta tesis, fue Theodor Schmalz: “los derechos y obligaciones jurídicas se refieren al mantenimiento de la libertad externa; dado que la libertad, en sí misma, es algo solamente negativo, que se concreta en la ausencia de toda determinación que provenga del exterior, no podemos hablar de su fomento o aumento, sino sólo de su mantenimiento”.⁹⁴⁷ En consecuencia, prosigue Schmalz,

los derechos y obligaciones jurídicas sólo pueden ser negativos, con exclusión de todo lo afirmativo, pues ellos se refieren únicamente al mantenimiento de la libertad externa y exigen que sea omitido todo aquello a través de lo cual esta libertad se vería molestada. Pues la libertad es, en sí, una realidad negativa, ya que no pretende otra cosa sino ser libre de toda determinación extraña... Y la libertad externa sólo quiere la negación de su destrucción.⁹⁴⁸

944 Cfr. *Grundsätze...*, op. cit., p. 62.

945 “Alle Rechtspflichten sind ursprünglich negative Pflichten der Unterlassungen... die Rechtspflicht kann nur aus dem Gebote entspringen: dass jeder die Person des andern als Zweck respectieren solle”. Cfr. *Philosophische Rechtslehre...*, op. cit., pp. 13 y 14.

946 “So giebt es keine ursprünglich und allgemeine, und überhaupt ursprünglich gar keine, positive Rechtspflicht”. Cfr. *Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, Bonn, 1823, vol. I, p. 22.

947 “Die juridischen Rechte und Pflichten beziehen sich also auf die Erhaltung der äusseren Freyheit. Denn da Freyheit selbst nur etwas Negatives ist, nämlich Abwesenheit alles Bestimmwertens von äussern, so kann nicht von Vermehrung oder Beförderung derselben, sondern nur von der Erhaltung die Rede seyn”. Cfr. *Handbuch...*, op. cit., p. 70.

948 “Juridische Rechte und Pflichten müssen nur negative seyn, mit Ausschliessung aller affirmativen. Denn sie beziehen sich alle nur auf Erhaltung der äusseren Freyheit, also nur darauf, dass alle unterlassen werde, wodurch sie gestört wurde. Die Freyheit is an sich etwas negatives. Sie will nichts, als nur frey seyn von fremder Bestimmung... aber die äussere Freyheit will nichts als die Negation ihrer Störung.” Cfr. *Handbuch...*, op. cit., p. 74.

De hecho, Schmalz ya había explicado años antes que “incluso la obligación de cumplir un contrato es una obligación negativa, de abstenición, concretamente de abstenernos de sustraer a la otra parte aquello que, a través del contrato ha llegado a ser suyo”.⁹⁴⁹ Esto llevaba a Weiss a escribir que la libertad, de acuerdo con su concepto, es algo negativo y vacío (*ist sie negativ und leer*).⁹⁵⁰

7. El resultado final: la noción de ‘persona jurídica’

Este ser que se afirma frente al universo como una totalidad portadora de un arbitrio indeterminable por presiones ajenas requería un término que expresara adecuadamente su realidad. El término inventado dentro de la filosofía óntica, para designarlo, fue el de ‘persona’.

Una de las primeras descripciones de lo que es una ‘persona’ la encontramos en Hufeland, que entendía que “la facultad de un ser de proponerse fines para sus acciones se llama la personalidad”.⁹⁵¹ Debemos cuidarnos de entender estas palabras en su literalidad, y pensar, por ejemplo, que Hufeland propone que el hombre es persona porque es capaz de obrar según finalidades. Al contrario, estos filósofos no pretenden en sus libros de *Naturrecht* ocuparse de psicología, sino dar una proyección normativa a los conceptos que han elegido. Esto queda más claro en Hoffbauer cuando explica que “un ser racional es llamado una persona en la medida en que tal puede proponerse fines para sí mismo y no depende de los fines que le marquen otras voluntades”,⁹⁵² y esta idea queda más explicitada en Tiefrunk, que escribe que “bajo el término de personalidad entendemos nosotros la existencia del hombre como un fin autónomo en el mundo”.⁹⁵³

Con esta pretensión se cierra el círculo que se apuntaba en las páginas anteriores: el hombre es persona no sólo porque posee un derecho a la

949 “*Selbst die Pflicht, unsern Vertrag zu erfüllen, ist nicht ander, als eine Pflicht, unserm Promissair desjenige nicht zu entziehen, was durch Vertrag sein geworden ist*”. Cfr. *Erklärung...*, op. cit., p. 26.

950 Cfr. *Lehrbuch...*, op. cit., p. 36.

951 “*Das Vermögen eines Wesens, sich Zweck für seine Handlungen vorzusetzen, heisst die Persönlichkeit*”. Cfr. *Lehrsätze...*, op. cit., p. 90. La intensidad es de Hufeland.

952 “*Ein vernünftiges Wesen heisst nun Person, in so fern es sich selbst Zweck vorsetzen kann, und nicht blos um der Zwecke anderer Willen vorhanden ist*”. Cfr. *Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts*, Halle, 1795, p. 63.

953 “*Unter Persönlichkeit verstehen wir die Existenz des Menschen als eine selbständigen Zwecke der Welt*”. Cfr. *Ueber Recht...*, op. cit., p. 189.

libertad desde sí mismo, sin depender de ninguna instancia extraña o superior a él, sino también porque la finalidad que debe tomar su libertad se agota en él mismo, que no ha de rendir cuentas a nadie del uso que haga de ella. Por esto, Krug mantenía que “Un ser racional es aquel que es capaz de proponerse fines a sí mismo; él tiene la finalidad de sus acciones y omisiones en él mismo, ya que él es *Selbstzweck*, es persona”.⁹⁵⁴ Zacharia ampliaba esta idea explicando que “una persona es un sujeto al que le corresponde un arbitrio libre”,⁹⁵⁵ y Eisenhart resumía este concepto cuando indicaba que “lo que hace la Personalidad del hombre es la capacidad de determinarse independientemente de la voluntad de los otros y de obrar según el propio juicio y los fines propios”.⁹⁵⁶ Esta misma idea la repite, más extensamente, el Krug tardío.⁹⁵⁷

Como en otros temas fundamentales, también es Brückner el que desarrolla más lúcidamente la noción de ‘persona jurídica’.

Nosotros atribuimos a todo ser racional una personalidad jurídica en consideración a la conciencia que él tiene de la libertad jurídica, libertad fundada sobre una autorización expresa, sea primitiva o secundaria, que le exime de toda responsabilidad exterior con respecto a lo que él hace con lo que es objeto de su derecho. Él es una persona jurídica en tanto que, en toda la extensión de la autorización, él es dueño de su persona física y moral, así como de todo aquello que él tiene, sin responsabilidad frente a los otros.⁹⁵⁸

La culminación lógica de una personalidad jurídica sería aquel ser que, como indica Brückner, tuviera derechos y ninguna obligación; él, en este caso, poseería la personalidad jurídica en el grado supremo, porque ya no tendría ninguna responsabilidad, interior o exterior.⁹⁵⁹

954 “*Ein vernünftiges Wesen ist ein solches, dass sich selbst seine Zwecke zu setzen vermag. Es hat den Zwecke seines Thun und Lassen in sich selbst; es ist Selbstzweck; es ist Person*”. Cfr. *Aphorismen...*, op. cit., p.18.

955 “*Eine Person ist ein Subject, dem das Prädicat einer freyen Willkühr zukommt*”. Cfr. *Anfangsgründe...*, op. cit., p. 2.

956 “*Sich unabhängig von dem Willen anderer nach eigener Einsicht und eigenen Zwecken zum Handeln zu bestimmen, macht die Persönlichkeit des Menschen aus*”. Cfr. *Rechtswissenschaft nach ihrem Umfange, ihrem einzelnen Theilen und Hilfswissenschaften*, Helmstädt, 1804, p. 23.

957 Cfr. *Dikäologie oder philosophische Rechtslehre*, Königsberg, 1817, par 13, y *Naturrechtliche Abhandlungen oder Beiträge zur natürlichen Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1811, pp. 15 y 16.

958 “*Nous attribuons à être raisonnable une personnalité juridique, en considération de la conscience qu’il a de sa liberté juridique; liberté fondée sur une autorisation expresse, soit primitive soit secondaire, et qui l’exente de toute responsabilité extérieure, relativement à ce qui fait l’objet de son droit. Il est une personne juridique, en tant que, dans tout l’étendue de l’autorisation, il est maître de sa personne physique et morale, ainsi que de tout ce qui y tient, a titre de droit et de propriété médiatement ou immédiatement disponible sans responsabilité envers d’autres*”. Cfr. *Essay...*, op. cit., p. 166.

Entre la masa de críticos del iusnaturalismo y, con él, de la doctrina jurídica de la filosofía crítica, Hegel fue quien captó con mayor precisión la noción de persona que habían propuesto los kantianos. Este autor trata de la ‘persona’ y de la ‘personalidad’ al comienzo del tratado de lo que él llama ‘derecho abstracto’, que no es otra cosa que el rótulo que él usa para designar la corriente iusnaturalista, representada en sus conceptos fundamentales. Lógicamente, el primero de estos conceptos, según su importancia, es el de individuo libre, con un arbitrio indeterminado, que se afirma, caracterizado de tal manera, como el fundamento y fin del derecho. Por esto, Hegel explica que:

En su concepto abstracto, la voluntad que es libre en sí y para sí consiste en el estar determinada por su inmediatez. A causa de esta inmediatez, esta voluntad es negativa frente a lo real... es solamente la voluntad en sí individual de un sujeto.⁹⁶⁰ La universalidad de esta voluntad, que sólo es libre para sí misma es la relación formal consciente, pero sin contenido en su propia individualidad, en cuya medida el sujeto es *Persona*.⁹⁶¹

Hegel se refiere a la voluntad del individuo que, en su momento abstracto, cuando es puro arbitrio o capricho de tal individuo, está “determinada”, es decir, limitada e incompleta, a causa precisamente de la limitación inherente al hecho de ser simplemente la voluntad personal, y nada más, de un individuo; por esta limitación, tal voluntad, escribe Hegel, es “negativa frente a lo real”, ya que la voluntad del individuo, porque no es la voluntad objetiva del derecho o del Estado, en principio es un obstáculo frente a todo lo objetivo. Se trata, como explica Hegel, de una voluntad que aún no tiene contenidos, es una voluntad vacía y negativa que lo único que afirma es precisamente su vaciedad, es decir, la pura indeterminación del arbitrio en que ella consiste en este primer estadio, y es precisamente esta indeterminación suya la que le proporciona,

959 “*Un être qui n’aurait que des droits et point d’obligations, aurait le caractère de personnalité juridique au suprême degré, parce qu’il serait exempt de toute responsabilité intérieure aussi bien qu’extérieure*”. Cfr. *Essay...*, op. cit., p. 167.

960 “*Der an sich und für sich freie Wille, wie er in seinem abstrakten Begriffe ist, ist in der Bestimmtheit der Unmittelbarkeit... Nach diese ist er seine gegen die Realität negative, nur sich abstrakt auf sich bezeichnende Wirklichkeit — in sich einzelner Wille eines Subjekts*”. Cfr. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt am Main, 1970, p. 34.

961 “*Die Allgemeinheit dieser für sich freien Willen is die formelle, die selbstbewusste, sonst inhaltlose einfache Beziehung auf sich in seiner Einzelheit, — das Subjekt ist insofern Person*”. Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 34.

en este primer momento provisional, su primera determinación o identidad (*Bestimmtheit*).⁹⁶²

A causa de su falta de contenidos, el derecho, en el estadio primero o ‘abstracto’, ha de ser puramente formal. “La personalidad contiene la capacidad jurídica y constituye el concepto y también el fundamento abstracto del derecho abstracto y, por ello, *formal*. El precepto del derecho es, en consecuencia: sé una persona y respeta a los demás como personas”.⁹⁶³ Lógicamente, si el derecho se limita a respetar la ‘personalidad’ de cada cual, no puede contener normas materiales y concretas; al contrario, las normas jurídicas se verán limitadas a respetar la máxima libertad y a buscar, para ello, una regulación de las libertades diversas.

El derecho así entendido sólo puede consistir en una facultad, explica Hegel en el *Zusatz* del parágrafo 37. Pero la simple facultad individual no puede dar cuenta de todo el derecho ni mucho menos puede fundamentar la obligación jurídica, aunque el derecho natural haya dejado reducido el derecho a facultades de los sujetos. En efecto, una facultad crea solamente una habilitación de obrar para un sujeto, y no expresa, en principio, ninguna obligación jurídica, porque no es ‘necesario’ u obligatorio que yo ejercite mi facultad; sucede que la facultad es únicamente una cara de la relación jurídica, hecho que no tuvo en cuenta el iusnaturalismo. La necesidad de este derecho, entendido como licencia o facultad, se limita a lo puramente negativo, a no vulnerar la personalidad de los demás; por este motivo, argumenta Hegel, el derecho natural se compone exclusivamente de prohibiciones jurídicas.⁹⁶⁴ Finalmente, entre otras observaciones que hace, Hegel destaca el egoísmo (el *Fürsichsein*, el ser-para-sí) como un elemento esencial de la personalidad jurídica iusnaturalista. En efecto, en el momento de la personalidad, explica este autor, yo soy solamente para mí; puedo abstraer de todo, de modo que no queda ante mí sino mi pura personalidad,⁹⁶⁵ es decir, mi simple arbitrio que yo sigo manteniendo frente a las exigencias del derecho.

962 “Die wesentliche Einsicht, die hier zu erlangen wäre, ist nun, dass diese erste Unbestimmtheit selbst eine Bestimmtheit”. Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 34, *Zusatz*.

963 “Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechts aus. Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen”. Cfr. *Grundlinien...*, op. cit., p. 36.

964 “Die Notwendigkeit dieses Rechts beschränkt sich aus demselben Grunde seiner Abstraktion auf das Negative, die Persönlichkeit und das daraus Folgende nicht zu verletzen. Es gibt daher nur Rechtsverbote, und die positive Form von Rechtsgeboten hat ihrem letzten Inhalte nach das Verbot zugrunde liegen”. Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 38.

965 “Die Person ist also das Subjekt, für das diese Subjektivität ist, denn in der Person bin ich

Por tanto, formalismo, vaciedad, negatividad y egoísmo son las características fundamentales, según Hegel, de la noción ilustrada-iusnaturalista de la persona jurídica. Pero la crítica de Hegel apenas alcanzó a salpicar la caracterización y el contenido de la ‘persona jurídica’ en el siglo XIX; en efecto, este individuo libre que no reconoce ninguna norma por encima de él, que es autónomo en el sentido estricto de este término, y que está destinado a crear todo el ordenamiento jurídico pactando con los demás sujetos que se encuentran en iguales circunstancias, se impuso como punto de referencia sistemático en la pandectística del siglo pasado.⁹⁶⁶

schlechthin für mich: sie ist diese Einzelheit der Freiheit im reinen Fürsichsein. Als diese Person weiss ich mich frei und in mir selbst und kann von allem abstrahieren, da nichts vor mir als die reine Persönlichkeit steht...”. Cfr. *Grundlinien*, op. cit., p. 35, Zusatz.

966 Vid. el minucioso estudio que hace Kiefner H., en “Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert”, en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, ed. por Blühdorn-Ritter. Frankfurt am Main, 1969, pp. 3-26. Este estudio muestra cómo Savigny acogió e hizo suya la práctica totalidad de las tesis iusnaturalistas-kantianas, referidas al derecho. Este hecho ya había sido indicado reiteradamente por los juristas ingleses del siglo XIX. Vid., por ejemplo, a John M. Ligthwood cuando indicaba que “According to the view untilt considering, Law <para los alemanes> has for its object the preservation of the external condition for the realisation of Morality”. Cfr. *The nature of positive Law*, Londres, 1883, p. 299. Poco más adelante indica que “We have already seen how Savigny compares the Law to an invisible line drawn round every man, defining for him the province of his Rights. Law serves Morality, but not by accomplishing its precepts, but by assuring to the individual the exercise of his free will”. Cfr. op. cit., p. 303. “The principle of equal freedom”, como fuente suprema del derecho entre los alemanes, es destacado por W. Markby en *Elements of Law considered with reference to principles of General Jurisprudence*. 6ª ed., Oxford, 1905, p. 55. En nota a pie escribe que “In this passage he speaks of private rights only, but I gather from the preceding page that he would apply the same principle to all law. Referring, I suppose, to Savigny’s definition of a jural relation (Rechtsverhältniss) as “a province of the independent mastery of the individual will” (System d. h. röm. Rechts, 52) Lassalle says: “So it is well know that in Germany, Savigny, as the head of the historical shool, is considered to be the most representative of the reactionary party, whereas hisnotions upon the subject of acquired rights are in reality revolutionary and subversive...”. Cfr. *ibidem*.