

SOBRE LA GENESIS DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA EN LOS JURISTAS DE LOS SIGLOS XIV-XVII

I. INTRODUCCION.

II. EL DERECHO NATURAL EN LA EDAD MEDIA.

III. EL DERECHO NATURAL EN LOS COMIENZOS DE LA EDAD MODERNA.

1. «IUS NATURALE EST, QUOD NATURA OMNIA ANIMALIA DOCUIT». EL DERECHO NATURAL COMO REALIDAD HUMANA.

2. EL PRINCIPIO CONSTITUTIVO DEL DERECHO NATURAL:

a) *El Derecho natural y la razón.*

b) *El Derecho natural como naturaleza. Derecho natural y libertad natural.*

3. EL PROBLEMA DEL DERECHO DE GENTES SECUNDARIO.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

En el siglo XVII aparecen varias tendencias iusnaturalistas que fundamentalmente pueden quedar reducidas a dos: la representada por Grocio y Pufendorf, entre otros, conocida comunmente como «racionalista-idealista», y la de Hobbes y Locke, llamada «racionalista-naturalista». Durante mucho tiempo los estudios sobre la historia de las teorías sobre el Derecho natural han comenzado con estos autores porque sus doctrinas aparecían como algo nuevo, sin precedentes conocidos en los siglos anteriores (1). Posteriormente, los estudiosos de la historia del

(1) Vid. entre otros, Joaquín MARÍN Y MENDOZA, *Historia del Derecho natural y de gentes*, edición a cargo de M. García Pelayo, Madrid, 1950. J. F. STAHL, *Historia de la Filosofía del Derecho*, traducción de la edición alemana de 1827 por

Derecho natural, además de ocuparse de las aportaciones iusnaturalistas de Grecia y Roma, repararon en las obras de algunos teólogos medievales, como Santo Tomás o Guillermo de Occam porque vieron en sus teorías no sólo un valor intrínseco, sino un precedente del Derecho natural racionalista del siglo xvii (2). En tiempos más recientes diversos estudiosos han llamado la atención sobre las obras de los teólogos-juristas españoles de los siglos xvi y xvii, que salieron de su olvido para entrar a formar parte de la cadena de autores iusnaturalistas que suele comenzar con Santo Tomás (3).

Siendo éste el estado de la cuestión, no tiene nada de extraño que al estudiar las doctrinas del Derecho natural anteriores al siglo xvii los diversos historiadores aludan a Santo Tomás, Occam, Vitoria, Soto, Molina, etc., porque consideran que el Derecho natural «pre-grociano» sólo se encuentra en los tratados de los teólogos. En los estudios más recientes sobre la historia de la doctrina del Derecho natural se hace una excepción: se contempla la doctrina de Fernando Vázquez de Menchaca, cuya aportación al desarrollo de la doctrina del Derecho natural aparece enmarcada cronológicamente, antes y después, por las teorías de los teólogos aludidos.

Sin embargo, en estos estudios subsiste un problema grave: desde las doctrinas de Santo Tomás, Occam o Francisco de Vitoria no se pueden explicar las teorías de Hobbes o Pufendorf, por ejemplo. Las teorías de unos y otros son excesivamente heterogéneas como para encontrar una relación de precedencia entre ellas.

Entiendo que esta dificultad se puede superar —porque deja de constituir problema— si se estudia el curso real de la Historia del pensamiento y se abandona el escalonamiento doctrinal que hasta ahora existe en los manuales y tratados de historia del Derecho natural. No sé por qué causa la historia del iusnaturalismo medieval y moderno ha sido ligada a las teorías de los teólogos, de modo que desde sus orígenes en Europa hasta el siglo xvii resulta un Derecho natural «teológico» y, des-

Enrique Gil y Robles, Madrid, 1894. J. SAUTER, *Die philosophische Grundlagen des Naturrechts*, Viena, 1932.

(2) Vid. entre otros, G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, traducción de L. Recaséns Siches, Barcelona, 1935.

(3) La bibliografía sobre este tema es muy extensa. Vid. H. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de F. González Vicén de la 4.^a edición alemana. A. VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, traducción de M. de la Cueva de la edición alemana de 1958, México, 1962. E. GALÁN, *Ius Naturae*, Madrid, 1961.

de este siglo en adelante, un Derecho natural propio de juristas y filósofos. Lo correcto hubiera sido buscar los antecedentes de las teorías iusnaturalistas de los juristas y filósofos, que no eran teólogos, de los siglos XVII y XVIII en las obras de los juristas de los siglos anteriores, no en las de los teólogos, y entonces hubiera aparecido una armónica continuidad histórica en el desarrollo de las diversas teorías iusnaturalistas. De esta forma se hubieran evitado toda una serie de problemas y estaríamos en condiciones de comprender correctamente la génesis y desarrollo histórico de las doctrinas iusnaturalistas de la Edad Moderna.

Así pues, nos proponemos estudiar las doctrinas que acerca del Derecho natural se encuentran en los juristas del «ius commune» destacando aquellas ideas que los diferencian del iusnaturalismo de los teólogos. Antes de empezar quisiera hacer dos advertencias. Una, que no ha sido mi propósito estudiar detalladamente este tema en los autores aludidos. Dado que la bibliografía sobre este punto es nula, me contento con señalar lo más importante, desbrozando un poco el camino. También hay que decir que el lector quizá se sorprenda por una aparente arbitrariedad en la elección de los juristas estudiados. No existe tal arbitrariedad. Sucede que algunos juristas poco conocidos, como Alberto Bolognetus, por ejemplo, exponen una doctrina profunda y extensa sobre el tema, mientras que otros, de gran importancia en su tiempo, no les preocupa lo referente al «ius naturale». Por ello, juristas tales como Jasón del Mayno, Pablo de Castro, Juan de Imola, por citar solamente algunos, no son tenidos en cuenta en este estudio.

II. EL DERECHO NATURAL EN LA EDAD MEDIA

Al estudiar los conceptos del Derecho natural que se encuentran en la glosa acursiana lo que más llama la atención, al menos a primera vista, es la fuerte imprecisión terminológica al tratar de este tema. La causa de este fenómeno quizá resida en la equiparación que realizó Gayo entre el «ius naturale» y el «ius gentium» (4) porque Acursio, siguiendo a este jurista romano, identifica repetidas veces ambas expresiones (5) e indica que tales denominaciones expresan la misma realidad

(4) «Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populus peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur», cfr. *Instituta*, 1, 1.

(5) Cfr. ACURSIO, *Accursii glossa in Digestum vetus, infortiatum et novum*, Reproducción «Ex officina Erasmiana» de la edic. de Venecia de 1487, Torino,

porque el «iure gentium... est naturali ratione inductum» (6). Pero Acursio no erige a la «ratio» en el principio supremo del Derecho natural, como pudiera pensarse después de examinar las citas expuestas. Tal Derecho está constituido fundamentalmente por las inclinaciones naturales del hombre y por algunos principios muy generales entre los que destaca la libertad «natural» existente entre todas las personas. Consecuentemente, nuestro autor escribe que «algunas obligaciones que provienen del instinto natural pueden ser consideradas como pertenecientes al Derecho de gentes, como sucede con las originadas por la procreación y alimentación de los hijos» (7), y, refiriéndose a la libertad, afirma que «aquí (D. 1, 5, 4) se define a la libertad según el Derecho en el que se fundamenta, que es el Derecho natural, pues según este Derecho cada cual puede hacer lo que quiera, excepto aquello que se lo impida hacer de hecho o por el Derecho» (8).

Sin embargo, no pueden identificarse el «ius naturale» y el «ius gentium» en un jurista que pretende glosar el texto romano, porque el Derecho natural y el Derecho de gentes fueron entendidos de formas muy diversas por los propios juristas romanos (9). Por ello, al seguir las definiciones de ambos tipos del Derecho contenidas en la Instituta y en el Digesto, Acursio incurre en las mismas contradicciones que los compiladores del «Corpus Iuris». La piedra de toque era la esclavitud en tanto que instituto jurídico. Una vez que Florentino fundamentó la libertad del hombre, según la ley «libertas» (D. 1, 5, 4) en la ley natural, ¿cómo justificar la servidumbre? Existe una posible salida: se puede

1968. Cfr., entre otros muchos lugares, glosa «a» a D. 1, 1, 1, al final; glosa «k» a D. 1, 1, 9. En estos lugares habla del «ius gentium naturale» o equipara expresamente el Derecho natural con el Derecho de gentes.

(6) *Institutionum sive primorum totius Iurisprudentiæ elementorum libri quattuor. Commentariis Accursii et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, París, 1559, Libro II, tít. 1, glosa «i». Lo mismo afirma en glosa «e» del Libro I, tít. II.

(7) *De iure gentium tunc dici potest quandam esse obligationem quam ex instinctu naturae provenit, ut in aleundis liberis et procreandis*. Cfr. glosa «a» a D. 1, 1, 5. En la glosa «a» a D. 1, 1, 1, indica que «ius naturale quattuor modis dici. Primo lex mosaica. Secundo, obligationi qui ex instictu naturali...». En las glosas «a» y «b» a Inst. 1, 2 pr., indica que la «licita coniunctione» y «eo enim quod movetur parens ad educationem filii est ius naturale».

(8) «Definit hinc libertas secundum ius quo est inventa. ius naturale secundum... enim potest facere quod vult inspecto iure naturali nisi vi de facto aut iure prohibeatur». Cfr. glosa «b» a D. 1, 5, 4.

(9) Vid., entre otros muchos, a G. NOCERA, *Ius Naturale nella esperienza giuridica romana*, Giuffré, Milano, 1962, pág. 27 y sigs.

entender que en dicha ley «se define la libertad del hombre libre no la libertad del siervo... de modo que la libertad del hombre libre sea una, y la libertad de siervo otra distinta» (10). Pero esta solución no convence en lo más mínimo a Acursio: «Tú afirma que la libertad es la facultad, es decir, la posibilidad fundamentada en el Derecho natural de hacer cada cual lo que quiera» (11).

Dado que la servidumbre es conforme al Derecho y que la libertad de todos los hombres se fundamenta en el Derecho natural, era preciso admitir que la esclavitud se fundamenta en un Derecho de origen humano. Como el Derecho romano la fundamentaba en el Derecho de gentes (12), Acursio afirma que está legitimada «por el Derecho de gentes que ha sido introducido a causa de las necesidades de los hombres» (13), y esto es posible porque «en este punto el Derecho de gentes derogó al Derecho natural» (14). Ante las dificultades prácticas le fue preciso, pues, admitir la existencia de un Derecho de gentes que deroga el Derecho natural. No caracteriza a este Derecho de ninguna forma completa. Se limita, sencillamente, con reconocer que el Derecho natural puede ser derogado, y tal cosa sucede con la «usucapio» y la esclavitud, y que tal derogación no puede ser total, es decir, no alcanza al Derecho natural en su totalidad, sino sólo a algún instituto jurídico determinado (15).

La opinión de Florentino expuesta en la ley «libertas» motivó, como hemos visto, no ya una fundamentación de la libertad del hombre en el Derecho natural, sino casi una identificación entre Derecho natural y

(10) «Definiri libertatem liberi, non libertatem servi quia ex prima vocantur, scilicet hodie liberi: non ex secundam scilicet qua habet servi. Est ergo libertas alia in servo, alia in libero». ACURSIO, glosa «c» a Inst. 1, 3, 1.

(11) «Tu dic quod libertas est facultas, id est, possibilitas a iure naturali potest facere quicquid vult». Cfr. glosa «b» a D. 1, 5, 4.

(12) Cfr., entre otros muchos lugares, D. 1, 5, 4, 1.

(13) Glosa «b» a D. 1, 5, 4. Esta misma idea la reitera en la glosa «c» a D. 1, 5, 4.

(14) Inst., 1, 3, 1, glosa «c».

(15) En la glosa «c» a D. 1, 1, 6 escribe, a propósito de la «usucapio» «quae est contra ius naturale. est de iure civile. nec obstat quod ipsum sit inmutabilia. illud verum in suo genere. in certis autem capitulis mutat... sed non in totum recedit detrahendo in casibus supradictis». En la glosa «t» a D. 1, 1, 11 proporciona una explicación racional a las dos instituciones que parecen oponerse al Derecho natural: «melius est servitute esse quam non esse. sic enim omnes capti ab hostibus pariret nulli est rei publicae eos vivere servos quam mori ingenuos. Item si inspicias necessitates quae essent nisi usucapiones melius est eas tolerari. aliter enim non possent probari dominum».

libertad. El lector podrá comprobar, páginas adelante, el alcance que tuvo esta identificación. Como consecuencia de este fenómeno, cuya paternidad hay que atribuirle a los primeros glosadores, puesto que en Acursio aparece como una idea ya madura, toda aquella institución que de algún modo se oponga a la libertad o igualdad de los hombres es «contraria» al Derecho natural entendido como orden general de libertad. De ello resulta que los juristas contaban con un concepto del Derecho natural que, al parecer, era desconocido por los teólogos medievales, es decir, tal Derecho entendido como la libertad e igualdad «natural» de los hombres. Y llevado de los textos romanos, Acursio concibe un «ius gentium», derogador del Derecho natural, entendido de la forma aludida, que viene a ser el resultado de un raciocinio pragmático originado por la insuperable dificultad de la ley «libertas».

Pedro de Bellapertica, que debe ser considerado como uno de los que inician la escuela de los «comentadores», y que representa una actitud metódica substancialmente distinta de la de los acursianos o «glosadores», se plantea un conjunto de problemas a propósito del Derecho natural en él, más o menos, sigue el esquema de Acursio, aunque con soluciones diferentes en algunos casos.

El francés distingue expresamente entre «ius naturale» y «ius gentium». «Se dice que es Derecho natural primario aquello que la naturaleza enseñó a todos los animales... Pero el Derecho natural puede ser entendido de otro modo, a saber, como el Derecho de gentes que apareció con el mismo género humano» (16). Pero Bellapertica apenas se ocupa de la naturaleza y contenido del Derecho de gentes. Referido directamente a él sólo nos dice que «es Derecho de gentes aquel que la razón natural constituyó entre casi todos los hombres, del que se sirven casi todos ellos» (17), y aparte de esta declaración, en la que sigue casi literalmente un texto romano, nada más hemos encontrado sobre este tema.

Sin embargo, espigando en su casuística, el estudioso encuentra en la doctrina de Pedro de Bellapertica una teoría del Derecho natural relativamente coherente, sin contradicciones. Estas comenzaban en Acur-

(16) «Ius primaevum naturale dicitur quod natura omnia animalia docuit... Alio modo sumitur ius naturale secundum quod est ius gentium quod cum ipso humano genere introductum est». Cfr. *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratissimi principis Commentarii*, Lyon, 1589, comentario núm. 60 a Inst. 1, 21. Había afirmado lo mismo, con explicaciones prolijas en el comentario núm. 4 al mismo lugar de la Instituta.

(17) «Ius gentium illud quod naturali ratione inter homines peraeque servatur quae quo iure omnes homines utuntur». Cfr. comentario a Inst. 1, 2, 1.

sio, tal como hemos estudiado, ante el problema de la esclavitud, «introducida» por el Derecho de gentes, que deroga en este punto al Derecho natural. Bellapertica soslaya las dificultades en que se vio envuelto Acurcio porque distingue entre «libertad» natural y «derecho» natural. «Se afirma que la libertad es la facultad natural de un hombre, a no ser que la violencia, esto es, el Derecho de gentes, o el Derecho, es decir, el «ius civile» le prohiban su ejercicio. Esto no es correcto. La libertad es la facultad natural de un hombre exceptuando aquello que se le prohíbe por la fuerza, es decir, por la violencia de algún Derecho, sea el Derecho de gentes o el «ius civile». Sigue explicando extensamente que una cosa es la «facultas» y otra el «ius». «Facultas» se deriva de «fas» y el «ius» es algo distinto del «fas». Para explicar mejor su pensamiento, propone un ejemplo: el hecho de transitar por un campo ajeno. «Pasar a través de un campo ajeno es lícito» («fas est»), pero no existe un verdadero derecho o hacer esto. Así pues, Bellapertica entiende que «la libertad es una facultad natural y no se afirma que sea un derecho... pues todas las cosas están permitidas si no están expresamente prohibidas, y por esto, el obrar con plena libertad corresponde al «fas», no al «ius» (18).

De este modo, el Derecho natural entendido, como un orden general de libertad no queda derogado por la existencia, reconocida jurídicamente, de la esclavitud.

Del conjunto de su doctrina parece deducirse que Bellapertica, de forma parecida a la de los teólogos de su época, concibe fundamentalmente el Derecho natural como un conjunto de principios ético-jurídicos inviolables por los hombres. Tal cosa se puede reconocer en la rigurosa inderogabilidad que asigna a este Derecho: «ius naturale non potest tolli per ius civile cum apud omnes peraeque servatur sed ius civile non neque apud omnes» (19). Rechaza, por tanto, la opinión de Acurcio según la cual el Derecho natural se puede derogar «in particularitate» pero no «in sua totalitate» porque ello implica que se establece, respecto a su derogación, una relación de «toto quo ad totum et de parte quo ad partem» que está negada expresamente por las leyes «quae de tota», D., «de rei vindicatione» y «qui scit.», D., «de usur.» (D. 6, 1, 7, y D. 22, 1, 25). Concluye afirmando que «ista solutio non valet unum obolum» (20).

Las inclinaciones naturales que muestran los hombres también deben ser consideradas Derecho natural. Nuestro autor reconoce implícitamente

(18) Comentario a Inst., 1, 3, 2.

(19) Comentario núm. 7 a Inst. 1, 2, 1.

(20) Comentario núm. 65 a Inst. 1, 2, 11.

te esto cuando escribe que «el Derecho natural es una fuerza ínsita en las cosas mismas» (21). Una aplicación de esta faceta del Derecho natural la encontramos a propósito del matrimonio: «Yo afirmo, y así lo entiende la glosa, que el matrimonio, en la forma que hoy existe, «non est de iure naturali». En efecto, se dice que el Derecho natural es aquello que los animales conocen por naturaleza: ¿creéis que la naturaleza enseña a obligarse perpetuamente? Ciertamente, no. Por tanto, el matrimonio, en la forma que hoy existe, «non est de iure naturali» (22). Si el matrimonio, tal como hoy es conocido, se mueve al margen del Derecho natural, ¿hay que suponer que el Derecho positivo humano ha derogado al Derecho natural? Bellapertica no se pronuncia sobre este extremo. Pero es de suponer que tendría ante sus ojos la sentencia de Acursio ante este mismo problema. En efecto, Acursio, aunque había admitido que en el caso del matrimonio queda derogado el Derecho natural, intenta salvar a este Derecho de un número excesivo de derogaciones parciales, que le harían perder dignidad, e indica que el Derecho de gentes y el «Derecho Civil», cada cual por su parte, «additur materia» a la regulación jurídica de la institución matrimonial (23).

Este conjunto de inclinaciones naturales que también constituyen Derecho natural son consideradas causas segundas dentro del orden de la Creación. El francés quiere evitar cualquier solución que conduzca, aunque sea remotamente, a un panteísmo e indica que el término «natura» que se encuentra en la definición del Derecho natural de la Instituta debe entenderse en caso ablativo, y entonces «intelligatur de natura naturata» (24).

Con Bartolo de Saxoferrato se inicia una etapa nueva en las teorías iusnaturalistas de la jurisprudencia medieval. Este autor asumió las doctrinas anteriores sobre el Derecho natural y el Derecho de gentes y dedicó a este tema una atención muy superior a la de los juristas que le habían precedido. De esta forma, la jurisprudencia que se desarrolla a partir del siglo XIV tuvo a su disposición unas teorías relativamente extensas sobre los tipos del Derecho aludidos, y éste fue el primer paso, necesario, para una andadura históricamente muy larga que desembo-

(21) «Ius naturale est vis insita in rebus». Cfr. comentario núm. 7 a Inst. 1, 2, 1.

(22) «Dico et hic glossa sentit, matrimonium in forma in qua est hodie non est de iure naturali. Dixit istud ius naturale illud scitum quod animalia habent per naturam: credetis quod natura doceat quod obligant se perpetuo. certe non. Et ideo secundum quod hodie est matrimonium non est de iure naturali». Cfr. comentario número 7 a Inst. 1, 2, 1.

(23) Cfr. glosa «c» a D. 1, 1, 6.

(24) Comentario núm. 1 a Inst. 1, 2, 1.

caría en el tratamiento del Derecho natural como ciencia con sustantividad propia.

Bartolo emplea a veces indistintamente las expresiones «ius naturale» y «ius gentium» (25), pero prefiere distinguir el Derecho natural del Derecho de gentes. Muestra una cierta irritación por el empleo indiscriminado de dichas expresiones y propone una solución para evitar equívocos: cuando aparezca el término «natural» referido «ad rationem vel ad homines» debe entenderse que se trata del «ius gentium» (26). Esto es así porque el «ius naturale est, quod congruit omnibus» (27) y este Derecho «relatum ad rationem, vel ad hominem, semper intelligitur pro iure gentium» (28).

Sin embargo, esta distinción plantea una serie de problemas con los que también había tropezado la jurisprudencia anterior. Efectivamente, si admite que el Derecho natural propio del hombre es el Derecho de gentes, sin más, no puede explicar cómo el siervo «qui est annihilatus» por el Derecho de gentes puede obligarse «naturalmente» (29). Por otra parte, existen varios institutos jurídicos que son opuestos a la libertad y equidad propias del Derecho natural y esto sucede con la esclavitud, la «capitis diminutio» y la «praescriptio», que se fundamentaban en el Derecho de gentes (30). Lo procedente, para resolver estas dificulta-

(25) Cfr., entre otros lugares, comentario núm. 1 a Inst. 1, 2, 11. Citamos por la edición de Venecia de 1516.

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

(27) Cfr. comentarios a D. 2, 14, 1. D. 1, 1, 3, núm. 5. D. 12, 6, 64. Inst. 1, 3 e Inst. 1, 2, 2, núm. 1.

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

(29) Cfr. comentario núm. 9 a D. 1, 1, 5.

(30) «Quod ius naturale primævum sit mutabile arguit glossa multipliter: et primo, quia servitus est contra ius naturale, cum omnes homines iure naturale primævo sunt liberi: et inde praevallet servitus iure cognitionis, quodam ius naturale tollitur per capitis diminutionem. Item usucapit contra ius naturale, quia naturale aequum est». Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1, 2, 11.

des, es considerar que el «*ius gentium habet duas partes*» (31). Una es la que comprende «el Derecho de gentes que consiste en la razón natural, sin tener en cuenta ninguna constitución de los hombres, que comenzó a existir con el mismo género humano, como es, por ejemplo, cumplir la palabra dada o la promesa hecha. Atendido este Derecho de gentes primario el «status» del siervo no está aniquilado, por lo que hay que concluir que todos los hombres eran libres». La otra es «el Derecho de gentes que todos los pueblos usan, que no consiste en la pura razón natural, sino que ha sido creado por constituciones de los pueblos... como sucede con las guerras, cautividades, esclavitud, distinciones de las propiedades, y según este Derecho el «status» del siervo ha quedado reducido civilmente a la nada» (32).

Así pues, existen dos derechos de gentes que, entre otras, guardan entre sí una pretendida relación cronológica. Existe un Derecho de gentes que se manifestó con el mismo género humano, al que Bartolo llama «*iurisdictionem vel ius naturale primaevum*» (33), y hay otro, «*introducendum usu gentium*» (34), que aparece en la Historia más tarde. Posteriormente, los hombres crearon el «*ius civile*», una vez que pasaron por una etapa en la que sólo estaba en vigor la pura equidad natural o Derecho de gentes (35).

Por tanto, existen dos etapas por las que ha pasado la Humanidad hasta llegar al estado presente. Según Bartolo, en la primera estaba en vigor únicamente el Derecho de gentes, natural «*secundum quod domi-*

(31) Cfr. comentario núm. 10 a D. 1, 1, 5.

(32) «*Iurisdictionem, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, rationali ratione inductum absque aliqua constitutione iuris gentium, ut fidem, seu promissa servare. Et isto iurisdictionem primaevus status servi non est annihilatus, imo omnes erant liberi*». «*Est iurisdictionem, quo omnes gentes utuntur ex constitutionem earum, non rationem naturalem... ut bella, captivitates, servitutes, distinciones dominiorum, et isto iure status servorum est annihilatus*». Cfr. Comentario a D. 12, 6, 64. Otras citas con un contenido casi idéntico las encontramos en los comentarios a D. 1, 1, 5, número 10, y D. 29, 1, 14, núm. 2. Juan Bolognetus, a mediados del siglo XVI, explicaba que Bartolo había distinguido tres Derechos diferentes: El Derecho natural, el Derecho de gentes «*quod a constitutionibus gentium introducendum fuit*», y el «*ius gentium alium tertium mixtum, quod a gentibus factum fuit et propter hoc sit ius gentium, quia sine constitutione ex sola naturali ratione ab hominibus institutum fuit appellatum ius naturale, et sic sit mixtum, et dicant ius naturale gentium*». Cfr. *In eam Pandectarum partem quam Digesti Veteris vocant, Commentarium, seu Repetitionum Pars Prima*, Venecia, 1582. Rúbrica «*de verborum obligationibus*», núm. 22.

(33) Cfr. comentario a D. 12, 6, 13.

(34) Cfr. comentario núm. 2 a D. 29, 1, 14.

(35) Cfr. comentarios a D. 1, 1, 5, núm. 4, y D. 12, 6, 38, núm. 12.

nia fuerunt distincta» (36). Del conjunto de su doctrina parece que Bartolo rechaza la opinión de aquellos que habían mantenido que el poder político no existiría en esta primera etapa de la historia de la Humanidad, porque escribe: «Tu afirmas que porque los jueces y magistrados fundamentan su legitimación en el «iure civili», la obligación de obedecer a los jueces no pudo fundamentarse en el Derecho de gentes, pues este Derecho desconocía a los jueces y magistrados. Contesto que no. Los reyes y magistrados, como declara la ley «ex hoc iure» (D. 1, 1, 5) se legitiman por el Derecho de gentes, y los otros jueces inferiores fueron «introducidos» más tarde por el «iure civili» (37). Entonces no existían acciones ni juicios, «y aquel que quería conseguir algo lo alcanzaba únicamente mediante el poder del rey» (38). Tampoco existía el matrimonio en la forma que hoy lo conocemos y, por ello, todos los hijos eran legítimos (39).

En la segunda etapa entró en vigor el Derecho de gentes creado por los hombres ante las necesidades humanas, y este Derecho consagró la esclavitud, determinadas formas del poder político y otras instituciones jurídicas que parecen opuestas a la libertad o a la equidad del Derecho de gentes primario. Juntamente con este tipo del Derecho de gentes se creó el «ius civile» o Derecho propio de cada comunidad política, y con él entran los hombres en la sociedad actual (40).

Pero, ¿cómo pueden subsistir y ser admitidas en esta segunda etapa unas instituciones que son contrarias al Derecho natural? Nuestro autor, sin que parezca consciente de ello, utiliza varias acepciones muy distintas del Derecho natural, legadas por la jurisprudencia anterior. Una es aquella «quod procedit ex ratione naturali, quod convenit solis hominibus» (41). Aquí tenemos al Derecho natural como «ratio», compuesto por algunos principios ético-jurídicos muy elementales, «ut servare pro-

(36) Cfr. comentario núm. 4 a D. 1, 1, 5.

(37) «Dicis tu quo hoc, cum iudices et magistratus fuerint de iure civili, ergo quod obediamus iudicibus non fuit de iure gentium, cum illo iure iudices et magistratus, et reges, ut 1. ex hoc iure, et, ibi, regna condita, et alii iudices inferiores postea fuerunt introducta a iure civili». Cfr. comentario núm. 14 a D. 12, 6, 60.

(38) Comentario núm. 12 a D. 12, 6, 38.

(39) Cfr. comentario núm. 14 a D. 41, 2, 1.

(40) A tenor de diversos textos podría pensarse que en la doctrina de Bartolo es preciso admitir la existencia de una primera etapa en la que no existiría poder político, etapa que sería conocida posteriormente como «estado de naturaleza». Aunque algunos textos aislados ofrecen cierto fundamento para pensar así, el conjunto de la doctrina de Bartolo rechaza la existencia de tal estadio en la «historia» de la Humanidad.

(41) Comentario núm. 10 a D. 1, 1, 5.

missa», por ejemplo (42). Otra acepción del Derecho natural es aquella que se concreta en la «obligatio naturalis, quod procedit ex instinctu naturali» (43).

El Derecho natural como «ratio naturalis», tal como lo entiende Bartolo, no debe ser confundido con el Derecho natural racionalista que se desarrolla en la Edad Moderna. La «ratio» de los autores de los siglos XVII y XVIII es la razón humana que se despliega ante las necesidades, de una forma deductiva y sistemática. La «ratio» a la que alude Bartolo, en cambio, consiste en el núcleo de principios ético-jurídicos más elementales que todo hombre encuentra en su razón de una forma innata. De hecho, sólo le sirve para conocer unas reglas ético-jurídicas muy elementales frecuentes de encontrar, atribuidas al Derecho natural, entre los juristas bajomedievales. Andrés de Exea, jurista del siglo XVI, expresa muy claramente esto cuando escribe que «nosotros llamamos Derecho natural a aquellos principios que existen naturalmente en todos los hombres, que se descubren no mediante un esfuerzo sino como por un instinto natural y una inclinación a lo que es verdadero y bueno. Porque la criatura racional los determina simplemente, por la fuerza de su naturaleza, y no por una inquisición o raciocinio» (44).

El Derecho natural como instinto natural, en cambio, sólo supone una cierta inclinación natural hacia algo o, lo que es más importante en Bartolo, la concreción de las libertades del hombre en una genérica libertad «natural». Esta libertad ha sido, y es —mantiene nuestro autor— mutilada, ya sea por la institución de la esclavitud, ya por la misma existencia del poder político que, con sus relaciones de jerarquización y subordinación, parece contrario al libre querer de cada cual. Por ello escribía Bartolo: «An contra ius naturale lex possit? Glossa tenet quod non. Contra eam facit: nam sententia iudicis tollit libertatem, quae est de iure naturali» (45). Así pues, el Derecho natural entendido como la libertad a que aludimos, es fácilmente derogable por los hombres, y tiene forzosamente que ser derogado cuando se admite la existencia de una institución que impide el despliegue absolutamente libre de la libertad de cada individuo. Lo mismo sucede con la «usucapio» y la «capitisdiminutio», como ya vimos, que se consideraban opuestas a la equidad natural.

La identificación entre Derecho natural y libertad, que se apuntaba

(42) Cfr. *ibidem*.

(43) Comentario núm. 10 a D. 1, 1, 1.

(44) *Liber pactorum unus*, Lyon, 1542, pág. 119.

(45) Comentario núm. 3 a D. 1, 4, 1.

en las glosas de Acursio, recibe su espaldazado con Bartolo. En efecto, este jurista une la idea de libertad con la de un supuesto estadio histórico por el que atravesó la Humanidad en una primera fase de su desarrollo, y tal estadio será llamado poco después «status naturae» por el hecho de que en él los hombres se regían únicamente por el Derecho natural. La idea del Derecho natural-libertad, enriquecida con la de libertad-estado de naturaleza, fue uno de los componentes del incipiente iusnaturalismo de los juristas, que se apartaron, de esta forma, en el siglo XIV, de las teorías iusnaturalistas de los teólogos, más atentos al contenido ético del Derecho natural. Del mismo modo, el «ius gentium» de los juristas, que era el Derecho que justificaba todo aquello que, aunque admitido socialmente en aquel tiempo sin embargo parecía oponerse a la libertad o bondad ética del Derecho natural, cosa que sucedía con la servidumbre, el fraude tolerable en la contratación, o la prostitución, poco tenía en común con el «ius gentium» que Santo Tomás obtenía del Derecho natural por «determinación» o «conclusión».

Pero esto no supuso una actitud iusnaturalista «revolucionaria», del tipo de las que surgen en el siglo XVIII. El pathos ético de la libertad en el siglo XIV es muy distinto al que se desarrollará a finales de la Edad Moderna. Bartolo se limita a constatar que «naturalmente» el hombre es libre, es decir, que le está permitido todo aquello que no le está prohibido: «se dice que está estatuido por el Derecho natural porque no se encuentra prohibido por este mismo Derecho» (46). Pero aquí no puede apreciarse la existencia de un verdadero imperativo ético-jurídico, pues Bartolo explica repetidas veces que, hablando con propiedad, aunque «aquello que no queda prohibido por la libertad, se dice, por tanto, que está concebido por el Derecho natural» (47), debe entenderse que «el Derecho natural que compete a todo animal no estatuyó nada» (48). Con esta solución resuelve el problema de la legitimación jurídica de la esclavitud, pues la libertad «natural» es algo que viene «constituido» por la naturaleza, pero no «estatuido» por ella (49).

Así pues, el Derecho natural entendido como «naturalis libertas» es fácilmente derogable y, de hecho, se encuentra derogado en muchos ca-

(46) «Dicitur iure naturali primaevum esse statutum, quia per ius naturale primaevum non invenitur prohibitum». Cfr. comentario núm. 1 a Inst. 1, 2, 11.

(47) Comentario a Inst. 1, 2, 2.

(48) «Ius naturale quod omni animale competit, nihil statuit». Cfr. comentario número 1 a Inst. 1, 2, 1. Cfr. además los comentarios a Inst. 1, 2, 11 y 1, 2, 2, número 1.

(49) Cfr. comentario a Inst. 1, 3. En este lugar explica el alcance del término «constitutio», que es distinto de «statutum».

sos. Bartolo sigue la opinión de Acursio, desechada, como ya vimos, por Bellapertica, y escribe que «el Derecho de gentes es inmutable en su totalidad, pues con justa causa puede ser cambiado en ciertos casos. Por ello se puede decir que el único precepto del Derecho de gentes es aquel que indica que no puede ser cambiado totalmente» (50). Sin embargo, «esta solución es contraria a lo que se indica en el texto, en donde se dice que (los «iura naturalia») son siempre firmes e inmutables y que muy rara vez cambian». Pero el epígrafe «sed naturalia iura», de la Instituta, si es entendido ampliamente, no supone obstáculo para admitir la derogabilidad del Derecho natural: «No es obstáculo lo que se indica en el texto, que (los derechos naturales) son siempre firmes e inmutables, pues también se dice de las acciones que son perpetuas y firmes por el hecho de que duran largo tiempo» (51). Por ello, el adjetivo «inmutable» debe entenderse en el sentido de «difícilmente mutable» (52).

Del mismo modo que Bellapertica, Bartolo considera a la «natura» como un complejo de causas segundas. La frase empleada por la glosa, «natura, id est, Deus», despierta recelos en él e indica que la «natura» a que se alude en los textos es la «natura naturata» (53).

Baldo, sucesor en importancia y discípulo directo de éste, radicalizó la distinción —que ya encontramos en Bellapertica— entre el Derecho natural y el Derecho de gentes, es decir, entre aquello que el hombre posee «naturalmente» y lo que alcanza, en el campo del Derecho, mediante su actividad racional. Para el discípulo de Bartolo «pertenecen al Derecho natural todas aquellas cosas que provienen del instinto y de la inclinación natural» (54). Pero este instinto natural y estas inclinaciones de la naturaleza quedan referidas únicamente a aque-

(50) «Ius gentium immutabile est in sua totalitate quae in certu casu potest mutari, et per iustam causam... Dicendum quod ius gentium etiam unico praecepto totaliter mutari non potest». Cfr. comentarios núms. 2-4 a Inst. 1, 2, 11.

(51) «Nec obstat quod dicit littera quod iura naturalia firma et immutabilia sunt, quia et actiones quaedam dicuntur perpetuae et firmas, quia longo tempore durant». Cfr. *ibidem*.

(52) «Dicas immutabilia sunt iura naturalia. lex immutabilia, vel difficulter mutabilia... Ita similiter haec naturalia iura non mutantur, id est, de facile non mutantur». Cfr. *ibidem*.

(53) «Ius naturale. In glosa natura, id est, Deus. sed dic quod hic non est intentio legis, quod dicendum sit de Deo nostro, sed exponant et sic dicendum, natura naturata, nec hic accipit, sed glos. hic accipit, est virtus insita rebus ex similibus simila procreans». Cfr. comentario a Inst. 1, 2, pr.

(54) «Iuris naturalis ea dicuntur esse quae instictu et inclinatione naturae fiat». Cfr. comentario núm. 14 a D. 1, 1, 1, 3. Citamos por la edición de Venecia de 1615.

llo «que es común a todos los animales» (55). Por este motivo, es «natural», por ejemplo, que los hombres sean distintos entre sí, que hablen idiomas distintos o que todo hombre, al igual que los animales, se defienda de las agresiones que pongan en peligro su propia vida, puesto que todos los seres «prona sunt ad conservationem sui esse» (56).

En cambio, «el *ius gentium* es aquel (Derecho) que procede de la razón y del intelecto de las gentes, del que usan casi todas ellas, que siempre es bueno y equitativo y sin el cual los hombres no podrían vivir. Este Derecho de gentes se diferencia del Derecho natural como el cerebro del hombre se diferencia del cerebro de los animales» (57). Del conjunto de la doctrina de Baldo resulta que el Derecho de gentes debe ser entendido como la «*naturalis ratio*» común a todos los hombres, y como aquello que «se originó a causa de las necesidades humanas» (58). Baldo no distingue, al contrario que Bartolo, un Derecho de gentes «natural» y otro Derecho de gentes «positivo».

De una forma no tan clara como en Bartolo, al Derecho natural y al Derecho de gentes corresponden, en la teoría de Baldo, sendas etapas históricas. La referencia a tales estadios presentamente históricos no tiene razón de ser si consideramos atentamente la doctrina de Baldo, en conjunto. Bartolo, al distinguir entre un Derecho de gentes «natural» y otro Derecho de gentes creado por los hombres en la Historia con posterioridad a aquél, no innato en ellos como sí lo era, en cambio, el «*ius gentium quod procedit ex naturali ratione*», se vio forzado por la lógica misma de su doctrina a establecer entre ambos Derechos una relación cronológica en vez de otra puramente sistemática. Pero Baldo, que no hace tal distinción, no tiene por qué andar el peligroso camino de las supuestas etapas «históricas» de la Humanidad. Dejándose llevar por la tradición y por ideas difusas en el ambiente de la época, el de Ubaldis mantiene que existió un primer tiempo en el que los hombres se regían por el Derecho natural «*primaevus*», que se caracterizaba por la inexistencia de la propiedad privada. En un segundo momento se dividieron las propiedades y acabó la «*communis omnium possessio*» existente hasta

(55) Cfr. comentario núm. 1 a D. 1, 1, 1, 3.

(56) Cfr. comentarios a D. 1, 1, 5, núm. 3, y D. 1, 1, 3, núm. 1.

(57) «*Ius gentium est quod procedit a ratione et intellectu gentium, quo omnes gentes quasi peraeque utuntur, quod semper est bonum et aequum, et sine quo homines non possint vivere. Ius gentium distat a naturali, sicut distat cerebrum hominis a cerebro animalium*». Cfr. comentario núm. 1 a D. 1, 1, 4.

(58) «*Quod sumpsit originem a humanis necessitatibus*». Cfr. comentario número 1 a Inst. 1, 1, 2.

entonces (59). Esto nos hace ponderar mejor la importancia que habían adquirido ya las doctrinas relativas al «estado de naturaleza». En efecto, los juristas, a partir de Bartolo no dejaron de aludir al «status naturae», que era entendido de forma muy parecida por casi todos ellos. Por lo estudiado hasta ahora, tal «estado de naturaleza» fue caracterizado por la inexistencia de la propiedad privada, del matrimonio tal como era conocido en el siglo XIV, y del poder político. Los juristas, pues, tomaron un camino iusnaturalista bien distinto al de los teólogos, aristotélicos en su mayor parte.

Volviendo sobre la distinción entre Derecho natural y Derecho de gentes, se echa de ver fácilmente que Baldo, al seguir estrechamente la doctrina de Ulpiano contenida en D. 1, 1, 1, 4 y 5, pretendió concretar claramente en el campo lo ético-jurídico la distinción entre la «natura» o Derecho natural y la «ratio» o Derecho de gentes. Bartolo había mantenido que los dictados de la razón natural corresponden al Derecho natural o Derecho de gentes primario, mientras que lo creado o descubierto por el hombre mediante el ejercicio de la razón corresponde al Derecho de gentes que se origina «ex usu gentium». Baldo, en cambio, contrapone, sin más, las inclinaciones naturales comunes a hombres y animales con lo que ordena o aconseja la razón humana. Por ello, por ejemplo, explica que «la unión de las voluntades no puede atribuirse en modo alguno al Derecho natural, porque aquí se define al Derecho natural en la medida en que coincide con los animales, y éstos carecen de razón» (60). Lo correcto es afirmar que todo acuerdo de voluntades, el matrimonio, en este caso, «se fundamenta en el Derecho de gentes, porque, expresándose con propiedad, los animales no pueden consentir en nada, ya que la acción de asentir es un acto de asentimiento que sólo puede ser hecho mediante el intelecto y la razón» (61).

Pero una separación tan fuerte entre lo que podríamos llamar «lex naturae», por una parte, y «lex rationis», por otra, resulta insostenible y Baldo cae en contradicciones inevitables. En efecto, guiado por el carácter ético que de hecho poseía el Derecho natural, Baldo afirma que

(59) En el comentario a Inst. 1, 2, 2, escribe: «Iure naturali non erat meus, tuus neque suum». En el comentario a C. 5, 12, 30, después de referirse al Derecho natural «primaevus» afirma que «quo iure censebat dominios ex usu: quia quare re utebar, eius dominus censebatur... Et etiam quosdam iurisgen. Posterius subsequunt, quo iure non concernimus usum tm, sed cam: et hoc iure dominia fuerunt distincta, ut D. de iust. et iure, 1. ex hoc iure». La misma idea la reitera en el comentario núm. 1 a D. 1, 1, 3, e Inst. 1, 1, 2.

(60) Comentario núm. 8 a Inst. 1, 2, pr.

(61) Comentario núm. 8 a D. 1, 1, 1, 3.

tal Derecho es inderogable por los hombres (62), lo que no tiene ningún sentido toda vez que lo ha concebido como un conjunto de inclinaciones naturales que por sí mismas no imponen ningún deber. Incurre en el contrasentido de afirmar que «toda obligación natural proviene del Derecho de gentes», y es así por que «el consentimiento es propio del Derecho de gentes, por lo que toda obligación natural pertenece al Derecho de gentes» (63). Para ser consecuente con su doctrina debería haber afirmado que la obligación natural se fundamenta en el Derecho natural, y no en el Derecho de gentes.

Pero a efectos de mostrar la tensión entre la «natura» y la «ratio» existen dos problemas que se plantea el mismo Baldo, que tienen un valor especial. En primer lugar, hay que determinar si la obligación que recae en los hijos de mantener a sus padres, ancianos, viene exigida por el Derecho natural. «*Educatio patris facienda per filium, non est ex instinctu naturae*», declara Baldo. Pero como esta declaración es excesivamente fuerte, porque parece contraria a una regla moral muy elemental, añade: «*sed provenit ab aequitate naturali*» (64). No tiene sentido recurrir a la «*naturalis aequitas*». Debería haber aludido a la «*aequitas iuris gentium*». Al tocar este mismo problema en el comentario al Digesto declara que tal obligación se fundamenta en el Derecho natural «*quia homo formaliter est rationalis... et hoc modo est de iure naturali*» (65). El otro problema es el de la legitimación jurídica de la esclavitud. Por una parte transfiere al Derecho de gentes toda la bondad ética que corresponde al Derecho natural, y por ello escribe que «*ius gentium semper bonum et aequum est nomine, et re, et est amicum humani generis*» (66). Sin embargo, se ve obligado a admitir, porque así lo declara la ley «*ex hoc iure*» (D. 1, 1, 5), que la esclavitud «*a iure gentium originem sumpsit*» (67).

Teniendo en cuenta el estado actual de la historiografía jurídica, podemos afirmar que Baldo de Ubaldis fue el jurista que mejor encarnó en su obra la tensión entre «natura» y «ratio» en la jurisprudencia medieval. Esta jurisprudencia que, bajo el influjo de las definiciones de

(62) Cfr. comentarios núms. 9 y 10 a D. 1, 1, 3.

(63) «*Omnis obligatio naturalis est de iure gentium... consensus et de iure gentium, ergo omnis naturalis obligatio est de iure gentium*». Cfr. comentarios números 42 y 43 a D. 1, 1, 5.

(64) «*Educatio patris facienda per filium, non est ex instinctu naturae... sed provenit ab aequitate naturali*». Cfr. comentario núm. 10 a Inst. 7, 1.

(65) Comentario núm. 17 a D. 1, 1, 1, 3.

(66) Comentario núm. 4 a D. 1, 1, 5.

(67) Comentario núm. 1 a Inst. 1, 3, 2.

Ulpiano contenidas en el primer título del Digesto, concibió el Derecho natural, de forma muy oscura y a veces contradictoria, como una «lex naturae», y al Derecho de gentes como una «lex rationis» preparó los puntos de partida de buena parte de la literatura iusnaturalista de la Edad Moderna. Además, la unión que realizaron algunos juristas entre el Derecho natural y el Derecho de gentes con unas presuntas etapas históricas que ha recorrido la Humanidad hasta llegar al estado presente tendrá una influencia decisiva en el iusnaturalismo moderno, como tendremos ocasión de estudiar en las páginas que siguen.

III. EL DERECHO NATURAL EN LOS COMIENZOS DE LA EDAD MODERNA

Del mismo modo que la doctrina iusnaturalista de los comentadores supuso un avance notable respecto de las doctrinas de la Glosa, las teorías sobre el Derecho natural y el Derecho de gentes de los juristas del siglo XVI enriquecieron el legado iusnaturalista medieval.

Las referencias al Derecho natural en la Edad Media estaban unidas a los comentarios de aquellos textos romanos que de alguna manera aludían al Derecho natural. Por ello, los juristas medievales se ocuparon de este Derecho en la misma medida que los compiladores del «Corpus Iuris» se habían ocupado de él. Por este fenómeno, las teorías iusnaturalistas medievales dormitaron durante varios siglos bajo la sombra de los comentarios al Derecho romano y tuvieron sobre la jurisprudencia de su tiempo la misma influencia que sobre el «Corpus Iuris» tenían las alusiones de los juristas romanos al Derecho natural, es decir, nada o casi nada (68).

Para que el Derecho natural pudiera tener una función propia y eficaz sobre la realidad jurídica era preciso separarlo del «ius civile, quod in sola prudentium interpretatione consistit». Por este motivo, el primer paso a dar para alcanzar tal fin consistió en extraer las teorías iusnaturalistas existentes de la masa de comentarios sobre el «Corpus Iuris» para que fueron objeto de un tratamiento propio. Este paso se dio en la primera mitad del siglo XVI. El origen remoto de este fenómeno hay que buscarlo en la «historificación» que sufrió el Derecho romano en manos de los seguidores del «mos gallicus». Conviene tener en cuenta, desde el siglo XII, el Derecho romano había sido considerado

(68) Cfr., entre otros muchos, a A. TORRENT, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, Gráficas Europa, Salamanca, 1973, págs. 112-117.

un «donum Dei», una creación cultural imposible de superar. En consecuencia, la labor del jurista había sido entendida en forma de glosa o comentario al texto romano, que era el «ius civile» por antonomasia. Pero los juristas y «grammatistae» del siglo XVI que se adscribieron a la corriente metódica conocida como «mos gallicus» o «Humanismo jurídico» no vieron en el «Corpus Iuris» un «domun Dei», sino el Derecho de Roma, del Imperio Romano que existió históricamente y que ya había dejado de existir. No quiere decir esto que por tal motivo lo despreciaran; al contrario, los secuaces de la Escuela de Bourges dedicaron sus esfuerzos a restaurarlo, porque lo suponían corrompido por la actividad de Triboniano y de los juristas medievales. Comenzó así la recomposición del texto original mediante la eliminación de glosemas y la concordancia de textos aparentemente contradictorios a través de su confrontación con otros textos similares. La actividad más importante consistió en reconocer el Derecho genuinamente romano mediante análisis históricos y filológicos.

El resultado inmediato de esta actividad fue considerar el Derecho romano como el producto de una cultura ya desaparecida. De esta forma perdió su validez en un sector amplio de juristas y quedó como un monumento antiguo al que se debe respetar.

Si la autoridad del Derecho romano se debilitó extraordinariamente, el «ius commune» creado sobre él también se resintió. En esta tesitura fue preciso buscar un nuevo fundamento del Derecho distinto de la autoridad del «Corpus Iuris» y el fundamento encontrado fue la apelación al Derecho natural. Pero las doctrinas iusnaturalistas no se impusieron de la noche a la mañana. Durante todo un siglo la jurisprudencia luchó por encontrar un camino metódico nuevo, que se concretó en el discurso de la razón, sometida a los principios éticos de la ley natural, y a través del cual se llega a una serie de consecuencias jurídicas. No se trataba aún del «racionalismo» que encontramos en los autores de los siglos XVII y XVIII, sino de una forma pragmática de discurrir en la que se mostraba con argumentos de utilidad, de oportunidad y de lógica, lo que era conveniente a cada caso (69).

Sin embargo, los juristas que consiguieron renovar la metodología del Derecho no identificaron en modo alguno razón y Derecho natural.

(69) Estas ideas sobre el «mos italicus», el «mos gallicus» y la renovación de la metodología jurídica están desarrolladas más extensamente en un estudio mío, ahora en prensa, titulado «"Mos italicus", "mos gallicus" y humanismo jurídico racionalista. Una aportación a la historia de la metodología jurídica». Aparecerá en la Revista *Ius Commune*, publicación del «Max-Plank-Institut», 1976, vol. VI.

Llevados por el peso de una tradición multiseccular, el Derecho natural no se extendió hasta abarcar soluciones concretas. Estas se fundamentaban en el Derecho de gentes, al que la mayoría de los autores concebía como un Derecho de origen humano. Pero este Derecho fue materialmente lo que los iusnaturalistas «modernos» conocieron como Derecho natural. Por ello, el estudio de su naturaleza y función tiene gran valor.

El primer jurista que conocemos que concedió una cierta importancia al estudio del Derecho natural, a causa de la utilidad que en sí vio en este Derecho, fue Andrés de Exea. Este jurista, en su *Pactorum liber unus*, publicado en la primera mitad del siglo XVI, se ocupó largamente de los Derechos que sancionan el cumplimiento de lo pactado, que «instituyeron» las «empciones, vendiciones locationes conductiones obligationes...», como declara el texto romano (70), o que dieron forma jurídica a los contratos nominados. En otras palabras, Exea trataba de explicar las cuestiones fundamentales del Derecho de obligaciones recurriendo a ciertas teorías, aún algo confusas e inacabadas, sobre el Derecho natural y el Derecho de gentes. De esta forma, el Derecho natural fue liberado de sus ataduras con el Derecho romano y tomó vida propia.

1. «IUS NATURALE EST, QUOD NATURA OMNIA ANIMALIA DOCUIT». EL DERECHO NATURAL COMO REALIDAD HUMANA.

El texto de Ulpiano relativo a que el Derecho natural es aquello que la naturaleza enseñó a «omnia animalia» era la primera declaración iusnaturalista que todo jurista encontraba al emprender los estudios jurídicos, ya que se encuentra en el primer título del Digesto y de la Instituta. Era, pues, preciso ocuparse ante todo de esclarecer esta afirmación.

A grandes rasgos podríamos dibujar como dos grupos de autores que se dividen a propósito de esta cuestión. Para unos, el Derecho natural se compone de las inclinaciones naturales que se observan en todos los seres, racionales e irracionales; la razón humana es, pues, sólo una parte de la naturaleza. Otros, en cambio, niegan que los animales puedan ser sujetos de ningún Derecho; por tanto, el Derecho natural sólo puede consistir en algo que nos muestra la razón.

En el primer grupo se encuentra Fernando Vázquez de Menchaca, que adopta una actitud muy simple; sigue una doctrina similar a la de Bartolo y explica que el Derecho natural común a hombres y animales

(70) D. 1, 1, 5: «Ex hoc iure gentium introductae bellae... emptiones, venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae...».

es el «ius naturale». El Derecho natural propio solamente del hombre es, en cambio, el «ius gentium primaevum» o el «ius naturale hominum» (71), que es una realidad racional, como veremos más adelante. Otros autores profundizaron más en este tema. Juan Bolognettus, al que no hay que confundir con Alberto Bolognettus, al que también aludiremos con frecuencia, entiende que «estas confusiones se deben a la ignorancia de los doctores» (72). En realidad, «el Derecho natural, en su sustancia, es común a todos los animales», pero sucede que «posteriormente, las formas de usarlo y de conservarse los individuos y perpetuarse los géneros son diversas». Ello es así porque «de un modo se conservan los peces en el agua, de otro modo las plantas y piedras, y de forma distinta los hombres quienes, con su razón, y con el uso de su intelecto conservan los individuos y perpetúan el género» (73). Pero el modo de participar cada ser en esta ley natural es tan distinto que Bolognettus declara que existe un «Derecho natural de los hombres, que se fundamenta en un precepto de la naturaleza que no es común a todos los animales y que se llama con más propiedad «ius naturale hominum» (74).

Miguel de Ulzurrun sostiene, contra Santo Tomás, una teoría muy parecida a la de Juan Bolognettus. El navarro afirma que «la ley natural en la que participan las criaturas irracionales, puede ser llamada con propiedad ley...» (75). Pero, polemizando con Oldrado, escribe que «el Derecho natural no se manifiesta de un modo uniforme en los animales racionales e irracionales» (76), sino que tal Derecho, «dado que los animales son distintos, inclina a aquellos que son diversos a (operacio-

(71) Cfr. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, transcripción y notas de F. Rodríguez Alcalde, Universidad de Valladolid, 1934, capítulo 89, núms. 24-26.

(72) «In eam Pandectarum partem...», cit., ley 1.^a, D., de acq. pos. núm. 280, página 210.

(73) «Ius naturale in sua substantia sit commune omnibus animantibus... postea modus eo utendi, et conservandi individua, et perpetuandi genera dicitur esse diversas... alio modo se conservant pisces in aqua, alio modo aves in aere, alio modo plantae et lapides, et alio modo homines, qui cum ratione, et discursu intellectus conservant individua et perpetuant genera». Cfr. *ibidem*.

(74) *Ibidem*.

(75) «Illa lex naturalis, quae participat irrationali creaturae proprie dicitur lex». Cfr. «Tractatus regimini mundi», en el *Tractatus universi iuris*, Venecia, 1583, volumen I, Pars I, quaestio 3, núm. 22.

(76) «Ius naturale non consistere uniformiter in omnibus animantibus rationalibus et irrationalibus». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars II, q. 3, núm. 7.

nes) diversas» (77). El hombre participa en esta ley natural mediante su razón, como estudiaremos más adelante.

Andrés de Exea toca este tema de un modo «más filosófico» (78). El Derecho natural se proyecta sobre «omnia animalia», y en todos origina unas obligaciones naturales «en virtud únicamente de la potencia sensitiva, como son la unión del marido y la mujer; rechazar la violencia con la violencia, etc.», pero «algunas obligaciones se producían en virtud de la potencia sensitiva dirigida a la obediencia de la razón; así, existen preceptos tales como obedecer a los padres, devolver bien por bien», etc. (79). Exea distingue, pues, las obligaciones propias del hombre, es decir, las «racionalizadas», de las puramente sensitivas, que comprenden a los hombres y animales. No es obstáculo a la viabilidad de esta doctrina el problema del consentimiento, del que se originan la mayor parte de las obligaciones, y del que sólo el hombre es capaz: «No presenta ninguna dificultad el hecho de que los animales no presten su consentimiento, porque estimo que también ellos consienten en aquellas cosas a que se inclinan naturalmente» (80).

Existe un segundo grupo de autores que circunscriben el Derecho natural sólo a los hombres. Martín de Azpilcueta mantuvo que «ius naturale est quod instinctu naturae non constitutione habetur» (81). Pero este instinto natural resulta algo excesivamente indeterminado que, si se tiene en cuenta la definición del Derecho natural de Ulpiano, que tienen ante sus ojos todos estos autores, parece comprender tanto al hombre como a los animales. Para deshacer equívocos, Azpilcueta concreta el «ius naturale» en aquello «quod elicitor ex principiis naturae, et illud Imperator ius gentium nominat» (82). Como la operación de «elicere» sólo la puede realizar el hombre, el peso de la naturaleza y contenido del Derecho natural recae sobre la razón humana, quedando excluidos los animales.

Diego de Covarrubias sigue la doctrina de Juan de Torquemada, a la que se remite expresamente, y distingue entre las inclinaciones naturales de los hombres y de los animales. Materialmente («materialiter»)

(77) «Sicut diversa animalia (sunt). inclinat diversos ad diversa». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 3, núm. 7.

(78) «Et licet circa obligationes illius iuris diversi modo sentiat; ego tamen philosophalius distinguet». Cfr. *Liber pactorum...*, cit., pág. 121.

(79) *Liber pactorum...*, cit., pág. 121.

(80) *Liber pactorum...*, cit. pág. 122.

(81) *Relectio super Cap. ita quorundam. de iudaeis. Notabile XI*, Lyon, 1595, «glossa penultima», núm. 13.

(82) *Tractatus de incompatibilitate beneficiorum*, Lyon, 1595, núm. 14.

todas constituyen Derecho natural. Pero formalmente («formaliter»), esto es, en cuanto a la razón de Derecho, sólo se puede hablar de Derecho natural entre los hombres (83).

La doctrina de Alberto Bolognetus es más completa sobre este punto. Este italiano desarrolla este problema con una gran minuciosidad, y su pensamiento podría quedar sintetizado así: dado que el Derecho natural está constituido únicamente por los «principiis communibus, et indemonstrabilis, quae legis naturalis sunt» (84), sólo el hombre puede participar de este Derecho, puesto que es el único ser que tiene una razón capaz de descubrir tales principios. Consecuentemente, escribe que «hay que admitir que sólo en los hombres existe la razón», pues aunque los animales parecen participar en el Derecho natural, «se opera esta participación no tanto porque se rijan por la razón divina como porque se mueven por una razón propia, parecida a la divina, pero distinta en su esencia» (85, 86).

2. EL PRINCIPIO CONSTITUTIVO DEL DERECHO NATURAL: LA «RATIO» Y LA «NATURA».

Desde las primeras glosas al «Corpus Iuris», las teorías iusnaturalistas que expusieron sus glosadores y comentadores se encontraban bajo la tensión existente entre los dos principios constitutivos de sus conceptos del Derecho natural, es decir, de la «naturaleza» y la «razón». El estudio inmediatamente precedente nos ha permitido conocer las líneas fundamentales sobre las que discurre el pensamiento iusnaturalista de varios autores. Pero las soluciones que se dieron al problema que planteaba el «omnia animalia» de Ulpiano no nos aclaran de una forma definitiva la naturaleza del concepto o de los conceptos del Derecho natural que empleaba cada autor. Es, pues, necesario profundizar más en este estudio. Siguiendo la línea expositiva que ya utilizamos para exponer el pensamiento de los juristas medievales, dividiremos nuestra exposición en dos partes, estudiando en primer lugar el Derecho natural como «ratio» y, posteriormente, como «natura».

(83) *Relectio in Regulam Peccatum*, Salamanca, 1577, epígrafe 11, núm. 4.

(84) «De lege, iure et aequitate disputationes», en el *Tractatus universi iuris*, ed. cit., vol. I, cap. 3, núm. 11.

(85, 86) «Non nisi solis hominibus inesse rationem dicere possumus... facit haec participatio, ut non tantum eadem illa regantur divina ratione, sed ut inde propriam rationem noventem assumant divinae quidam persimilem, sed essentia tamen ab ipsa distinctam». Cfr. *De lege...*, cit., cap. 5, núm. 10.

a) *El Derecho natural como razón.*

El Derecho natural está constituido al menos parcialmente para estos autores a los que hemos hecho referencia, por la «naturalis ratio» La naturaleza. y el fundamento de la obligatoriedad de las reglas que nos muestra la razón tienen sin embargo, una caracterización muy distinta según cada cual.

Pedro Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda, Antonio Gómez y Gregorio López conciben el Derecho natural, como ya quedó apuntado, como un conjunto de principios ético-jurídicos inviolables por los hombres (87). Pero no añaden nada nuevo sobre la naturaleza de estos principios o sobre el fundamento de su vigencia. Martín de Azpilcueta es algo más explícito y propone un criterio para conocer lo que es Derecho natural: «El Derecho natural es aquello que resulta evidente al hombre o lo que se deduce de ello de una manera evidente» (88). Pero no profundiza más en este tema.

Diego de Covarrubias concede a la exposición teórica del Derecho natural mayor interés que estos otros autores. Pero sigue considerándolo como «los principios conocidos por los hombres mediante la luz natural (de la razón) y las conclusiones que se deducen necesariamente de estos principios» (89), sin perjuicio de que se encuentren en su obra residuos de teorías medievales, a las que ya aludimos (90).

Andrés de Exea, como ya dejamos constancia, entiende que el Derecho natural se compone de «los primeros principios... que conocemos o que se encuentran en nosotros de una forma natural, pero no porque

(87) Cfr. BELLUGA, *Speculum principis*, Bruselas, 1655, págs. 210 y 493. SEPÚLVEDA, «*Demócrates primero*» o «*Diálogo sobre la compatibilidad entre la milicia y la religión cristiana*», traducción de A. Losada, I. E. P., Madrid, 1963, pág. 165. GÓMEZ, *Variae Resolutiones iuris civilis communis et regii omnis tribus distinctae*, Madrid, 1768, tomo I, cap. 9, núm. 27 y tomo I, cap. 10, núm. 11. LÓPEZ, *Glosa al Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1848, glosa núm. 1 a Partida 3, título 18, ley 31.

(88) «*Ius naturale est quod per se notum homini, aut ex per se notis inferitur*». Cfr. *Opera*, de Lyon, de 1595, vol. I, pág. 490.

(89) «*Ut principia lumine naturali ab hominibus cognita, et conclusiones, quae ab eisdem principiis necessario deducuntur*». Cfr. *Relectio*, cit., epígrafe 11, n. 4.

(90) A lo largo de los cinco primeros números del epígrafe 11 de la *Relect. in Regulam...*, cit., este autor hace frecuentes referencias a supuestos estadios históricos por los que ha pasado la Humanidad. En conjunto, resulta una teoría que parece una mixtura de las doctrinas medievales de Bartolo y Baldo con ideas poco precisas acerca de la condición del hombre antes y después del pecado de Adán.

los hemos conocido desde el principio de nuestra creación, sino porque los podemos conocer sin esfuerzo ni raciocinio» (91).

Fernando Vázquez de Menchaca se diferencia de los demás juristas que le precedieron en la atención que presta al Derecho natural, lo que ha motivado que algún estudioso lo considere como el iniciador del Derecho natural «racionalista» (92). Fernando Vázquez entiende que «el Derecho natural no es otra cosa que la recta razón impresa por Dios en el género humano desde su mismo origen y nacimiento» (93). Pero esta alusión a la «recta ratio» no significa que Vázquez desarrolle deductivamente un sistema de Derecho natural. Al contrario, tal «ratio» se concreta en un conjunto de reglas frecuentes entre los juristas bajo-medievales, que cada hombre encuentra innatas en su razón. Por ello, Vázquez escribe que «el Derecho natural primario, en lo que se refiere a los hombres, no es otra cosa que la misma naturaleza del hombre o un instinto innato, una razón natural que nos inclina a lo honesto y nos aparta de lo contrario» (94). Así pues, su doctrina sigue el cauce normal entre los juristas. Pero llevado de su afición teorizadora, indaga sobre el fundamento del Derecho natural y lo encuentra únicamente en la razón divina: «por ello, si Dios mismo, en nuestro origen, nos hubiera dado una razón contraria a la que hoy tenemos, ello sería igualmente Derecho natural, del que usamos y con frecuencia abusamos, y también sería bueno porque Dios nos lo habría grabado en nosotros. Por ello, si nos diera un Derecho natural contrario, por el hecho de dárnoslo El mismo, eso sería bueno» (95). Al parecer, la razón que le mueve a

(91) «Prima principia... naturaliter innata seu cognita, non quia a principio nostrae creationis sint cognita, sed quia sine inquisitionis et ratiocinatione». Op. cit., página 119.

(92) Vid. E. REIBSTEIN, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae illustres» des Fernandus Vasquius (1559)*, Verlag Paul Haupt, Berna, 1949.

(93) «Ius enim naturale nihil aliud esse, quam rectam rationem ab ipsa natiuitate et origine humano generi a Deo innata supra edocti sumus». Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 27, núm. 11. Otras definiciones similares se encuentran en el capítulo 21, núm. 23 y capítulo 51, núm. 50.

(94) «Ius naturale primaevum quod ad hominibus attinet nihil aliud est quam ipsa natura hominum aut instinctus quidam natus, ratioque naturalis suadens honesta dissuadens contraria». Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 10, núm. 18.

(95) «Ergo si ipsemet Deus contrariam rationem a nostra origine mentibus nostris imbuerit, id similiter erit ius naturale, quo utimur, quoque interdum abutimur, bonum est, quia a Deo infixum nobis est: ita si contrarium nobis dederit ius eo ipso quod ipse dederit, bonum erit». Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 27, números 11 y 12.

opinar así no es tanto una base filosófica definida, que no demuestra tenerla, como la constatación de la libertad con la que Dios obra respecto de sus propios mandamientos, que resulta incomprensible para los hombres (96). Esto le lleva a hacer propio el dicho popular que rezaba: «non licere mortalibus scrutare arcana Dei» (97).

Francisco Connanus mantiene que todos los hombres pueden conocer el Derecho natural porque éste es, en parte, la razón natural, y «la razón natural y la recta razón son una misma cosa, puesto que según la naturaleza, nada puede existir depravado» (98). El pensamiento de este jurista francés presenta un rasgo profundamente original: el Derecho natural entendido como «ratio», además de ser un orden natural de normas éticas, es entendido como una norma prudencial y pragmática. En efecto, Connanus observa que una inteligencia correcta del pensamiento iusnaturalista de Aristóteles requiere la distinción de una doble naturaleza en el Derecho natural. Una es la que proporciona los criterios sobre lo justo y lo injusto, y otra es la que muestra la medida de la utilidad común (99). Por tanto, existen dos especies de Derecho natural, «una primera a la que llamamos Derecho natural, que regula lo justo y lo injusto... y otra, que es llamada Derecho de gentes, que encuentra su razón de ser en la persecución de la utilidad común» (100). En realidad, lo que ha hecho Connanus ha sido identificar el «ius naturale» en su acepción de «ius quod utilitatis communis habens rationem» con el «ius gentium positivum vel secundarium» de Bartolo, es

(96) Vázquez se refiere a las aparentes violaciones del Decálogo que históricamente ha realizado Dios mismo, según consta por diversos testimonios bíblicos. También tiene presente la incierta condición del hombre concretada en el hecho de que la fortuna no acompaña a la virtud, sino que con frecuencia sucede todo lo contrario. Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 27, núms. 1-5.

(97) *Controversiarum...*, cit., cap. 27, núm. 4.

(98) «Naturalis ratio et recta ratio est omnino, quia nihil depravatum potest esse secundum naturam». Cfr. *Commentariorum*, cit., Libro I, cap. 5, núm. 2.

(99) «Monuit me et hic Aristotelis locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale posuerimus, aequitatis unam, utilitatis alteram. Ius illius dicitur ius naturale vere et proprie, quod illud ratio naturalis cuique praescribit, estque aeternum. Alterum et secundum ius est quod in utilitate versatur, quod genus dominia, regna, bella... quod, ni fallor, non inscite ius gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars est». Cfr. *Commentariorum...*, cit., L. I., cap. 6, número 4.

(100) «Illud primum quod naturale appellavimus, recti et non recti quaestionem continens... alterum quod gentium vocamus, utilitatis communis habens rationem». Cfr. *Commentariorum...*, cit., cap. 6, núm. 26.

decir, con el Derecho de gentes, a secas, de su tiempo. En este caso, el Derecho natural desborda los límites fijados por la jurisprudencia existente hasta entonces y alcanza una extensión que sólo sería desarrollada un siglo más tarde. Ahora se puede advertir que la «ratio» de Connanus se ha desligado de la «naturalis ratio» medieval y se ha convertido en la «ratio» de los primeros iusnaturalistas modernos tales como Hobbes, Pufendorf, por ejemplo. El Derecho natural en su acepción de razón ha dejado, pues, de ser un orden ético-jurídico, como lo era en los autores anteriores a que hemos aludido, y se ha convertido en un instrumento con el que se puede edificar todo un ordenamiento jurídico a costa, claro está, de perder su carácter eminentemente ético. Ello explica que el francés hable frecuentemente de la derogabilidad del Derecho natural con una precisión que no alcanzaron los juristas coetáneos que admitían tal derogabilidad, y que desconcertaba a aquellos otros que por considerar como Derecho natural sólo algunos principios ético-jurídicos elementales no admitieron la posibilidad de tal derogación. Un pensamiento sobre la naturaleza del Derecho natural muy parecido al de Connanus se encuentra también en la doctrina de Fernando Vázquez de Menchaca que, del mismo modo que el francés, tampoco lo desarrolló con todas sus consecuencias (101).

En estos autores el Derecho natural está constituido por unas reglas, pocas y muy generales, que muestra la razón, del mismo modo que sucedía con los juristas medievales que estudiamos páginas atrás. Conviene reparar en el hecho de que tal «ratio» es, en sus teorías, la simple y pura razón humana, y que las reglas que constituyen el Derecho natural se encuentran «en» la razón de una forma innata, sin necesidad de discurso intelectual.

Estos juristas, como simples juristas que eran, no poseían conocimientos especiales de tipo filosófico o teológico, estudios por otra parte, que no se consideraban necesarios para hacer jurisprudencia: «Multi sunt in Philosophia rudes, qui tamen iurisprudentiae laude excellent» (102), escribía Alberto Bològnetus. La «ratio» que se esconde tras sus declaraciones viene a ser algo así como la conciencia moral del hombre que muestra los principios más elementales acerca del bien y del mal, y que poco tiene que ver con una metafísica finalista del tipo

(101) En *Controversiarum...*, cit., cap. 21, núm. 23, escribe: «id ius naturae sive gentium non inducat necessitatem praecisam, sed tantum causativam, nempe, ut commodius liceat degere vitam».

(102) *De lege...*, cit., cap. 9, núm. 8.

de las que utilizaban los teólogos de la época, seguidores expresos o, por lo menos, influidos por la doctrina aristotélico-tomista.

Otros juristas, llevados de la mano de la filosofía escolástica, profundizaron más en la indagación de la naturaleza de la «ratio».

Alberto Bolognnetus y Fortún García conciben al Derecho natural como una ley racional que encuentra su asiento en la razón práctica del hombre (103). Aunque el italiano constata que existen tendencias naturales en el hombre propias de su parte sensitiva, que tienen relevancia ante el Derecho natural, éste es racional porque la razón «*tanquam Regina totius simul naturae nostrae supremam partem obtinet*». Por esto escribía: «mi opinión fundamental sobre este tema consiste en que entiendo que la ley natural es la razón o una parte racional de nuestra alma (104).

Pero Bolognnetus, siguiendo una dirección de la filosofía escolástica, y teniendo en cuenta las teorías de los juristas sobre el Derecho natural (105), declara que la ley natural no es una excogitación de la razón humana ni algo creado arbitrariamente por el hombre (106). «La ley natural, declara Santo Tomás, no es otra cosa que una impresión de la razón divina, con cuya sola comunicación todas las cosas asumen aquella fuerza innata gracias a la cual siempre apetecen aquello que es bueno según su naturaleza y se dirigen hacia sus fines propios» (107). Pero, de forma brusca, la ley natural deja de ser en Bolognnetus algo humano. Tal como la concibe este autor, no es una «participación» de la criatura racional de la Ley Eterna, sino que es la misma Ley Eterna o, para ser más preciso, una parte de ella (108). En este punto Bolog-

(103) Cfr. BOLOGNETTUS, *De lege...*, cit., cap. 7, núms. 1 y 2. FORTÚN, «De ultimo fine iuris Canonici et Civili», en el *Tractatus universi iuris*, ed. cit., vol. I, epígrafe 21.

(104) «*Meae sententia summa haec est ut vere affirmari posse existimem, legem naturalem esse rationem seu rationalem animae partem*». Cfr. *De lege...*, cit., cap. 3, núm. 25.

(105) Alude a la doctrina de Bartolo con mucha frecuencia. Normalmente tiene en cuenta, y confronta, las teorías iusnaturalistas de Santo Tomás y Bartolo.

(106) «*Hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingenii excogitatum neque fictum aliquod esse populorum, sed aeternum quoddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia*». Cfr. *De lege...*, cit., cap. 3, núm. 3.

(107) «*Lex vero naturalis nihil aliud est, ut divus Thomas declarat, quam divini numinis impressio, cuius solius communicatione res omnes innatam illam vim assumunt, qua bonum semper aliquod suapte natura appetunt, atque ad proprios fines diriguntur*». Cfr. *De lege...*, cit., cap. 3, núm. 8.

(108) «*Lex naturalis non prorsus dici possit essentia ab aeterna lege diversam,*

nettus fue mucho más lejos que Fortún García; éste sólo admitió que el Derecho natural es una «lex divina» (109) que de algún modo, depende de la Ley Eterna, ya que toda ley positiva humana que procede contra lo dispuesto por el Derecho natural viola al mismo tiempo la Ley Eterna (110).

La actitud de Bolognettus resulta, sin embargo, extraordinariamente contradictoria. Por una parte, quiere hacer descender el Derecho natural desde los principios más generales a las conclusiones concretas (111), con lo que se vislumbra en su doctrina un fuerte objetivismo axiológico de corte racionalista. Pero, por otra parte, apegado aún a la tradición iusnaturalista medieval, declara repetidas veces que el Derecho natural consiste en un conjunto de reglas que se encuentran innatas en la razón humana, reglas que son «communia et indemostrabilia» para todos los hombres porque constituyen una parte de los «theoremata practici intellectus», que también revisten estos caracteres (112).

Miguel de Ulzurum fue el jurista que más «racionalizó» el Derecho natural. Como no encuentra un punto de apoyo estable en la razón humana, refiere el Derecho natural a la razón divina, incurriendo en un platonismo ético de naturaleza muy distinta a la de las doctrinas de algunos teólogos españoles que, como Luis de Molina o Gabriel Vázquez de Belmonte propugnaban un Derecho natural que sería la razón humana subsistente «per se». En efecto, la actitud filosófica de Ulzurum aparece como «teñida» por el pensamiento protestante, como tendremos ocasión de estudiar.

El navarro escribe: «El Derecho natural es una participación de la ley eterna en la criatura», tal como mantienen San Agustín y Santo Tomás, y «esta participación de la ley eterna se conoce por los actos y operaciones de la cosa creada, y en esto consiste el Derecho natural,

ac separatam habere; immo enim pars ipsius est, ab illa sola pendet, et promanat, ab illa denique vim, et robur omne suum assumit». Cfr. *De lege*, cit., cap. 3, número 8.

(109) *De ultimo fine...*, cit., epígrafe 467.

(110) Cfr. *De ultimo fine...*, cit., epígrafe 126.

(111). En el *De lege*, cit., cap. 4, núm. 28, declara que «particularium propositionum usus non quidem ad speculationes, sed tamen ad practicam scientiam est maxime necessarius». Y en el cap. 7, núm. 5, de la misma obra, escribe que «Quemadmodum enim speculativus intellectus, unde scientiae illae prodeunt, habet communes quasdam notiones... sic etiam intellectus practicus, unde nostra oritur iuris scientia, communia quaedam nobis fuggerit principia, itidem indemostrabilia... ex illis communibus variae promuntur variarum conclusiones, ita ex his nostris principiis varia praecepta, variaque».

(112) Cfr. *De lege...*, cit., cap. 7 núms. 1 y 3.

que no puede ser otra cosa que aquella participación divina» (113). Esta «participación» es, ante todo, razón, ya que en el hombre «lex et ratio convertuntur» (114). Pero «la razón humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina, que es la ley natural, sino a su modo y, por tanto, imperfectamente» (115). La razón de esta imperfecta participación de la razón humana en la Ley Eterna reside en la corrupción que ha experimentado nuestra razón, que hace que deba ser llamada «potius corruptio quam ratio» (116). Por este motivo, Ulzurrum opina que «el Derecho natural no consiste en la razón práctica (del hombre), sino en la razón divina» (117) y, en consecuencia, tal Derecho «no es una especie del Derecho humano, sino del Derecho divino» (118). Por ello, el Derecho natural queda elevado a la categoría de «primera regla de la razón práctica y especulativa» (119), que es una «regula regulans» porque, en último análisis, no es otra cosa que la misma Ley Eterna (120).

Pero como los hombres no poseen la capacidad de conocer directamente la razón divina, el Derecho natural se manifiesta, como ya quedó apuntado, «per actos et operationes rei creatae» (121). Dado que la capacidad cognoscitiva de la razón humana es sumamente débil, los hombres necesitan del auxilio divino para ser capaces de distinguir el bien del mal (122), y aún con este auxilio, muchos preceptos del Derecho

(113) «Dico enim quod (ius naturale) est participatio legis aeterna in creatura, et ista participatio legis aeterna cognoscit per actos et operationes rei creatae, et hoc est ius naturale, quod nihil est, nisi illa participatio divina». Cfr. *Tractatus regimini mundi*, cit., Pars I, q. 3, núm. 6.

(114) *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 4, núm. 47.

(115) «Ratio humana non potest participari dictamen rationis divinae, quae est lex naturalis, sed suo modo et imperfectae». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 4, núm. 37.

(116) *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 3, núm. 21.

(117) *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 5, núm. 19.

(118) «Non esse ius humani iuris speciem, sed divini». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars II, q. 4, núm. 12.

(119) «Prima regula rationis practicae et speculativae». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 3, núm. 21.

(120) Cfr. *ibidem*.

(121) Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 3, núms. 4 y 21, y Pars I, q. 4 núm. 25.

(122) «Adam bene sciebat (cum esset sapiens) Deum esse incomprehensibile, et infinitum... Si ergo Adam cum esset in statu gratiae, non valebat per se determinare, quid esse bonum, vel malum, immo ex eo... quod peccatum homo perfecte non potest discernere bonum, et malum per se, et operari bonum sine auxilio divino». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I q. 5, núms. 13-14.

natural se ocultan a la mayor parte, por lo que cabe establecer una gradación en su cognoscibilidad (123).

De forma consecuente con la afirmación acerca de debilitación de la razón humana, Ulzurrum mantiene que los «prima principia» que constituyen el Derecho natural deben ser aceptados por los hombres, pero sin la pretensión de conocer su necesidad racional (124). Así pues, el Derecho natural es algo bueno y santo porque procede «ex rationabile Dei voluntate», y por ello debe ser observado, pero «nadie, excepto Dios mismo, puede indagar en la razón ni en la voluntad divina, o lo que es lo mismo, en la ley divina» (125).

b) *El Derecho natural como naturaleza. Derecho natural y libertad natural.*

«Existen en nosotros, innatas, unas semillas de las virtudes, que si las dejáramos crecer nos llevarían naturalmente a una vida feliz» (126), escribía Fernando Vázquez de Menchaca en 1559. El jurista vallisoleitano opina así porque entiende que la naturaleza del hombre es, al mismo tiempo, la norma por la que debe regular su conducta: «Si seguimos a la naturaleza nunca nos equivocaremos, y éste es el Derecho natural que la naturaleza enseñó a todos los animales y que se manifestó con el mismo género humano» (127). No encontramos expresamente en las obras de los juristas explicaciones de por qué del ser debe seguirse un deber ser. Pero por lo estudiado páginas atrás sabemos que, aunque sólo fuera de forma intuitiva, ellos tienen presente el carácter normativo de la Naturaleza a causa de su origen divino.

La «naturaleza» del hombre quedó representada en sus teorías de formas distintas, siguiendo con cierta fidelidad las doctrinas medievales a las que ya aludimos. Pero estos autores no parten explícitamente de

(123) Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 3, núm. 40.

(124) *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 3, núm. 4.

(125) «Nullus potest investigare ratione divina, ita nec eius voluntate, sive legem divinam, nisi ipse Deus». «Sicut enim in speculativa ratione ex principiis indemonstrabilibus naturaliter cognitis producuntur conclusiones diversarum scientiarum... ita etiam ex praeceptis legis naturalis, quasi ex quibusdam principiis communis et indemonstrabilibus». Cfr. *Tractatus...*, cit., Pars I, q. 4, núm. 20.

(126) «Sunt enim in nobis semina innata virtutum, quae si adolescere liceret, ipsa nos natura ad beatam vitam perduceret». Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 70, número 4.

(127) «Naturam ducem si sequamur nunquam aberrabimus, et hoc est illud ius naturale, quod natura omnia animalia docuit quodque simul cum ipso humano genere praeditum fuisse». Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 70, núm. 5.

ideas filosóficas o teológicas acerca de la naturaleza humana, ni, en consecuencia, de presupuestos antropológicos explícitos (128). Por este motivo todo lo relacionado con las inclinaciones naturales del hombre tiene una importancia secundaria; sólo encontramos algunas digresiones, sueltas, a las que ya aludimos al tratar del Derecho natural en las doctrinas de los autores medievales. Sin embargo, por una vía indirecta la «Natura» se agiganta y cobra una importancia fundamental en el terreno del Derecho natural. En efecto, de forma titubeante, contradictoria a veces, diversos juristas se dejan guiar por ideas frecuentes tanto en los libros de Derecho como en la literatura de la época y casi todos ellos distinguen, del mismo modo que Bartolo, dos grandes etapas en la Historia de la Humanidad. Una es conocida comunmente bajo la expresión de «status naturae» y la otra es aquella en la que los hombres viven en la «sociedad civil». El estudio y análisis de ambas etapas tiene gran valor toda vez que, tal como comprobaremos más adelante, dichos estadios presentamente históricos representan facetas distintas de la naturaleza del hombre.

«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, pero aún sin leyes escritas. Finalmente, aparecieron las leyes escritas y las costumbres y usos de cada región» (129).

La etapa primera, supuestamente histórica, en la que no existían jueces, ni poder político, ni leyes escritas, es denominada «aetas aurea» (130). Diversos autores coinciden en describirla como un estado idílico (131)

(128) Hay que hacer una excepción con Gregorio HOPPER, quien en su *De Vera Iurisprudencia, ad Regem, libri XII*, Amberes, 1590, parte de unos presupuestos filosóficos precisos.

(129) «Dic ergo tria fuisse tempora, primum a primordio mundi quando nec erat principes nec iudices aut magistratus, nec leges scriptae; alterum quo esse coeperunt principes non dum tamen erant leges scriptae; ultimum quo et leges scriptae vel etiam mores et consuetudines regionum particulares coeperunt». Cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum...*, cit., cap. 70, núm. 5.

(130) «Et talis aetas vocabatur aetas aurea». Cfr. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119. «Nam quum primum humanum genus proditum fuit, vigit aetas illa aurea tam a Philosophis et Sanctis laudata». Cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum...*, cit., cap. 41, núm. 32.

(131) Fernando VÁZQUEZ escribía: «qua aetate ineunte homines inter se tam innocenter vitam degebant, quam equi inter se aut tauri inter se... Sic ergo et in specie nostra, quandiu durabat aetas illa felix aurea, tandiu homines inter se quum essent innocentissimi nullo principatu aut iurisdictione inter se egebant aut utabantur, quia eo opus non erat quo tempore improbi sane non erant aut rarissimi

en el que no existía la propiedad privada, ni el matrimonio (132) y en el que todos los hombres eran igualmente libres (133). Esta última faceta es especialmente interesante para nuestro propósito porque advertimos en algunos autores una valoración peculiar de la libertad, en general, que era desconocida por la jurisprudencia anterior.

En efecto, los juristas medievales siguieron la declaración de Florentino contenida en D. 1, 1, 4, 1: «*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subicitur*». En consecuencia, cuando los hombres vivían «*secundum naturam*», es decir, rigiéndose por la equidad «natural» solamente, la esclavitud era desconocida. Pero no extrajeron más consecuencias de este principio. Algunos autores del siglo XVI se limitan también con afirmar que la esclavitud no existió en «*illa prima aetate*», sin aducir ningún motivo especial —así procede Andrés de Exea o porque «*nulla regnandi libido (erat)*», como declara Francisco Connanus (134). Sin embargo, Fernando Vázquez de Menchaca extrae de este «*prius*» puramente temporal una regla fundamental del Derecho natural: todos los hombres son, según el citado Derecho, igualmente libres, y la única sumisión legítima que puede existir es la que nace del propio consentimiento (135). En consecuencia, la

erant, is principatus eave iurisdictio necessaria minime erat; sic que eo tempore bella nulla fuisse, quinimo nec belligerandi occasionem ullam fuisse testatur eleganter Boetius...». Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 41, núm. 32. Lo mismo viene a decir CONNANUS: «*primi homines, rudes illi et agrestes, caeterum expertes cupiditates et aemulationis... Nulla tum furta, nulla caedes...*». Cfr. *Commentariorum...*, cit., L. I., cap. 4, núm. 4. Cfr. también EXEA, *Liber pactorum...*, cit., página 119.

(132) Sobre la propiedad privada, cfr. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., páginas 119-120. CONNANUS, *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 6, núm. 8. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum...*, cit., cap. 4, núm. 2. COVARRUBIAS, *Relectio in Caput. Alma Mater, sub titulo de sente. excommunic. ad modum breves commentarii*, Salamanca, 1577, 3.^a parte, al comienzo, núm. 5. Respecto del matrimonio, cfr. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 317. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum...*, cit., cap. 4, núm. 2. CONNANUS, *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 6, número 10.

(133) En consecuencia, no existían entonces las «servitudes», cfr. VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum...*, cit., cap. 82, núm. 1, entre otros muchos lugares. COVARRUBIAS, *Relectio in Regulam Peccatum*, cit., parágrafo 11, núm. 3. CONNANUS, *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 5, núms. 6-8. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 118.

(134) Cfr. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 119. CONNANUS, *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 4, núm. 4.

(135) Respecto del poder político, vid. *Controversiarum...*, cit., cap. 20, número 25; cap. 47, núm. 5. Del mismo autor, *De Successionibus et de ultimis vo-*

única obligación sancionada por el Derecho natural es aquella que se origina por propia voluntad (136).

En esta «aetas aurea» en la que no existe aún ningún Derecho de origen humano los hombres se regían por el «ius naturale» (137). Este Derecho no se limita, en los autores a los que ahora aludimos, a los principios ético-jurídicos más elementales cognoscibles por la «recta ratio», sino que se dilata mucho más amplia y profundamente. Por eso, Alberto Bolognnetus, al examinar las distintas acepciones del Derecho natural que utilizaba la jurisprudencia, distingue entre los «iusti et iniusti principia prima, et indemostrabilia» y «omnia quae primo saeculo servabantur» (138). En efecto, todo lo que el hombre tiene de bondadoso en el «estado de naturaleza» se lo debe al Derecho natural, como ya hemos estudiado (139). De la inmensa casuística de los juristas de este tiempo se puede extraer una conclusión cierta: el Derecho natural así entendido significa fundamentalmente dos cosas: parte del orden estrictamente moral y un orden general de libertad.

Estas «aetas aurea» hubo de tener un final, porque la sociedad actual, llamada generalmente «sociedad civil», es muy distinta de aquella. Expresándonos en el lenguaje de la época, ¿por qué dejó el hombre de regirse por el Derecho natural y creó el Derecho de origen humano que legitima cosas tan odiosas a la razón natural como la esclavitud o la propiedad privada, que es la causa de las guerras? Al contestar a esta pregunta las respuestas de cada jurista son muy vacilantes, y contradictorias a veces con la idea de la naturaleza del hombre que han expuesto.

luntatibus libri IX in tres tomos divisi, Colonia, 1612. 2, 1, P, 15; 2, 1, P, 44; 2, 3, 30, 86, entre otros muchos lugares.

(136) Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 10, núm. 18.

(137) Cfr. Felipe DECIO, *In titulum, D. de regulis iuris*, Venecia, 1590, pág. 418: «Nam quoddam est ius gentium, quod fuit eo ipso, quod gentes esse coeperunt, naturali ratione inductum, absque aliqua constitutione hominum». EXEA, *Liber pac-torum...*, cit., pág. 119: «Et talia aetas vocabatur aetas aurea, de qua aetate vige-bant solla illa principia naturaliter ab omnibus... Idea quicquid illa aetate serva-vatur, nos appellamus ius naturale». CONNANUS, *Commentariorum...*, cit., L. I, ca-pitulo 4, núm. 4: «Iure naturale videntur uti primi homines». VÁZQUEZ DE MEN-CHACA, *Controversiarum*, cit., cap. 10, núm. 22: «primo tempore vige-bat solum ius naturae quod gentium primaevum appellamus».

(138) *De lege...*, cit., cap. 20.

(139) Referido a VÁZQUEZ DE MENCHACA, vid. nota 133 de este trabajo. Fer-nando VÁZQUEZ, siguiendo ideas corrientes en aquel tiempo, hace suyo el aforismo que reza «quod tibi non vis alteri non facias», bajo el que se comprende todo tipo de bienes: «etiam facere continetur bonum», que él fundamenta en el Derecho natural. Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 41, núm. 22.

Connanus proporciona dos soluciones no muy congruentes entre sí. La primera es la tradicional, y usual entonces, y consiste en afirmar que los hombres se corrompieron, por lo que al Derecho natural sucedió una «peior aetas, quam vocaverunt ferream», que se distingue de la anterior, fundamentalmente, en la creación de la sociedad «política» o «civil» con el fin de evitar injusticias (140). 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» (141) y mientras mantuvieron esta unión los hombres, que «no habían deseado los lazos de afinidad o vecindad» vivían «dispersados por los montes y selvas» (142). Durante este tiempo se regían únicamente por el Derecho natural: «El Derecho natural es propio del hombre solitario» y tal Derecho sólo alcanza a regir esta forma primitiva de organización social: «nec ultra processit ius naturale» (143). Posterior y progresivamente, mediante las «cognationes, affinitatibus, amicitias, vicinitatibus et commercia» —que los concibe a modo de escalones exactos con los que se ha constituido la sociedad— fue preciso promulgar leyes y administrar justicia (144).

La primera solución apuntada por Connanus, es decir, suponer que una hipotética corrupción del hombre hizo necesaria la creación de la sociedad «civil», es la seguida masivamente por los juristas que no hacen profesión de fe aristotélica. Como la sociedad «civil» conlleva necesariamente la existencia de unos gobernantes es preciso legitimar jurídicamente el poder político. No puede ser fundamentado en el Derecho natural, pues según este Derecho todos los hombres son igualmente libres, y las relaciones de jerarquización y subordinación que implica toda vida política eran «desconocidas» por el Derecho natural. Fernando Vázquez de Menchaca, reparando en esta última faceta, llega a afirmar que toda organización política es opuesta y contraria al Derecho natural, lo que supuso una ruptura completa con las ideas aristotélicas sobre el origen y naturaleza de la comunidad política, que eran las aceptadas por los teólogos españoles de esta época que integran el grupo conocido comúnmente bajo el nombre de «Segunda escolástica»

(140) Cfr. *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 5, núms. 6-7.

(141) *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 5, núm. 1.

(142) «Nullum adhuc cognatorum aut vicinorum praesidium sibi quaesiverant... in montibus et sylvis dissipati». Cfr. *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 4, núm. 4.

(143) *Commentariorum...*, cit., cap. 5, núm. 1.

(144) Cfr. *ibidem*.

o «Escolástica tardía española» (145). Sin llegar a una actitud tan extrema como la de Vázquez, otros autores mantienen, por lo general, que el Derecho que legitima la sociedad organizada políticamente es el Derecho de gentes llamado «secundario» para diferenciarlo del Derecho de gentes «primario» o Derecho natural (146).

Los autores se dividen a la hora de determinar si esta «etapa» fue única o si hubo dos, una en la que existieron reyes y magistrados, sin leyes escritas, en la que estuvo únicamente en vigor el Derecho de gentes secundario y otra en la que se crearon las leyes escritas e hizo su aparición el Derecho «civil» o Derecho propio de cada comunidad política (147). Pero no nos parece que esta cuestión tenga más valor que el puramente erudito. Mucho más importante es determinar la naturaleza del Derecho de gentes secundario.

c) *El problema del Derecho de gentes secundario.*

Queremos advertir al lector que hay pocos temas en la historia del Derecho natural que sean más farragosos, complejos, y propicios a perderse en dilucidaciones interminables que éste que nos proponemos abordar sólo muy sucintamente.

Estudiando a grandes líneas la trayectoria histórica de «ius gentium», lo primero que llama la atención del estudioso es la falta de unidad entre los diversos autores acerca de su naturaleza. Bartolo, tal como ya

(145) «Denique hanc artificialem defensionem, quae per modum principatus aut iurisdictionis contigit, non solum non esse de iure naturali aut gentium primaevo, sed potius naturali et gentium iure primaevo adversari vel illinc intueri licet, quod illis iuribus inspectis omnes homines plenissima libertate utebantur, potiebantur, gaudebant, fruebantur. Nec dubium est quin principatus et iurisdictione huic omnimodae libertate aliquantulum adversetur, non secus quam quaedam servitus, quam iuri naturae adversari». Cfr. *Controversiarum...*, cit., cap. 41, núm. 37.

(146) CONNANUS, *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 5, núm. 2. Según este autor, el Derecho de gentes se diferencia del Derecho natural, entre otras cosas, porque el Derecho de gentes es el Derecho del «homo in societate implicatus». Cfr. *ibidem*. EXEA escribe: «Et ex hoc iure gentium secundario fuerunt inventi magistratus... unde obligationes, quae de iure gentium non exercebantur in invitum, coeperunt exerceri invitum, non quidem per viam actionis, sed per officium superioris manu regia, sine aliqua iudiciali solemnitate; quia tunc nec actiones erant inventae, nec iudicia». Cfr. *Liber pactorum...*, cit., pág. 125.

(147) Andrés de EXEA, Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA y Juan BOLOGNETTUS sostienen que los hombres han pasado «históricamente» por estas tres etapas. Cfr. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., págs. 119-124. VÁZQUEZ, *Controversiarum...*, cit., cap. 10, núm. 22, entre otros lugares. BOLOGNETTUS, *In eam Pandectarum partem...*, cit., pág. 72.

estudiamos, distinguió entre un «ius gentium naturale» y otro «ius gentium positivum», y lo mismo hizo Baldo, aunque no con la precisión de su maestro.

Algunos autores españoles de los siglos xv y xvi identificaron Derecho natural y Derecho de gentes. Así proceden Pedro Belluga, Juan Ginés de Sepúlveda y Gregorio López. El pensamiento de Covarrubias se presenta, en cambio, bastante confuso (148). Otros juristas, tales como Decio, Exea, Mariano Socino y Juan Bolognnetus siguen el esquema de Bartolo y distinguen entre un «ius gentium primaevum» y otro «ius gentium secundarium» (149). Finalmente, algún estudioso de hoy entiende que la mayor parte de los juristas españoles del siglo xvi concibió el Derecho de gentes como Derecho humano (150).

Para el jurista del siglo xvi esta cuestión presentaba un aspecto caótico. El problema residía en la falta de una doctrina sobre el Derecho natural y el Derecho de gentes que tuviera fuerza en sí misma para imponerse a las demás y marcar, por tanto, una opción clara sobre la naturaleza del «ius gentium». Ni siquiera se encuentra tal doctrina entre los teólogos, de ordinario más aficionados que los juristas a profundizar en las cuestiones más teóricas relacionadas con el Derecho (151).

(148) Cfr. BELLUGA, *Speculum...*, cit., pág. 210. SEPÚLVEDA, *Del reino y de los deberes del rey*, edición citada, núm. 19. LÓPEZ, glosa núm. 1 a Partida 3, título 18, ley 31. COVARRUBIAS, en la *Relectio in Regulam Peccatum*, cit., núm. 3, parece seguir una opinión de Santo Tomás según la cual el Derecho de gentes es el Derecho natural que se diferencia del Derecho natural «simpliciter» en que éste considera a las cosas «absolute», y el Derecho de gentes con referencia a algún hecho determinado, es decir, «secundum quid». Sin embargo, L. PEREÑA afirma que tal Derecho, en la obra de COVARRUBIAS, tiene una naturaleza positivo-humana y que se fundamenta únicamente en el consentimiento de los hombres. Cfr. «La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español del siglo xvi, en *Acta Salmanticensis*, tomo I, núm. 2, Salamanca, 1954, pág. 161.

(149) Cfr. DECIO, *In titulum, D., de regulis iuris*, cit., pág. 418. EXEA, *Liber pactorum...*, cit., pág. 125. J. BOLOGNETTUS, *In primam Codicis partem*, Venecia, 1582, pág. 72. SOCINO, *Commentaria super nonnullis infortiati titulis*, Venecia, 1593, página 64.

(150) Vid. PEREÑA. «La génesis suareciana del "ius gentium"», incluido como estudio preliminar en la edición crítica del *De legibus*, IV, de Francisco SUÁREZ. C. S. I. C., *Corpus Hispanorum de Pace*, págs. XIX-XXXV. Aquí examina las teorías de unos cincuenta juristas españoles.

(151) Santo Tomás, en la II-II, q. 57, art. 3, lo consideró como Derecho natural a pesar de tener cierto carácter positivo, como él indica, porque no considera las cosas «absolute», sino «secundum quid». En cambio, en la I-II, q. 95, artículo 2, responsio, lo incluyó entre las leyes humanas porque entendió que este Derecho se deriva del Derecho natural como las conclusiones se derivan de los

La raíz de estas divergencias se encuentra en el Derecho romano. Ulpiano, en D. 1, 1, 3 y 4, lo concibió como el Derecho propio del hombre, a diferencia del Derecho natural, que es común a hombres y animales. Sin embargo, Hermogeniano en D. 1, 1, 5 explicó que «ex hoc iure gentium introducta bella...» y Florentino en D. 1, 5, 4, 1, afirmó que «Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur». Así pues, aparece por una parte como Derecho natural y, por otra, como un Derecho que procede contra lo permitido u ordenado por este Derecho.

Pero los mismos juristas romanos marcaron un camino que ayudó considerablemente dar una función definida a este «ius gentium». Explicaron que era el Derecho creado o descubierto «usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt» (152). No se trataba, sin embargo, de lo que hoy entendemos por Derecho «positivo», porque el «ius gentium» aparece como el Derecho que legitima y fundamenta las instituciones jurídicas más importantes para la vida del hombre: «ex hoc iure gentium... discretas gentes regna condita, dominia distincta... emptiones, venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae...» (153). Los juristas medievales, al glosar estos textos queriendo respetar su sentido, limitaron el Derecho natural a aquello que nos viene dado con la naturaleza, sea los «prima principia communia et indemostrabilia», sea las inclinaciones que naturalmente experimentan los hombres. En cambio, aquello que el hombre crea, o descubre, según sus posibilidades naturales lo comprendieron bajo el Derecho de gentes. Así pues, todo aquello que los hombres crean de acuerdo con su razón, «usu et necessitatibus exigentibus» es Derecho de gentes, no Derecho natural.

En los comienzos del racionalismo como actitud metódica en el terreno de lo jurídico, a mediados del siglo XVI, el Derecho descubierto o creado «racionalmente» siguió siendo considerado Derecho de gentes. El Derecho natural seguía quedando reducido a un pequeño grupo de principios ético-jurídicos que fueron considerados como innatos en la

primeros principios. S. RAMÍREZ, en *El Derecho de gentes. Examen crítico de la filosofía del Derecho desde Aristóteles hasta Santo Tomás*. Ediciones «Studium», Madrid, 1955, mantiene la tesis de que los teólogos posteriores a Santo Tomás, hasta Suárez, lo concibieron como un Derecho humano. En cambio, J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, en «Estudio preliminar» a *La filosofía cristiana del Estado en España*, de A. DEMPFF, Rialp, Madrid, 1961, págs. 57 y 68, mantiene la tesis contraria.

(152) Instituta, 1, 2, 2.

(153) D. 1, 1, 5.

razón, por una parte, y al conjunto de inclinaciones que el hombre muestra tener «naturalmente», por otra. En cambio, todo aquello que es necesario o útil para la vida humana, como la propiedad privada, los diversos tipos de contratos, la mayor parte de las instituciones del Derecho de la familia, encuentran su legitimación, naturaleza, contenido y límites en el marco del Derecho de gentes y del «ius civile». El Derecho de gentes marca las líneas generales de cada institución y el «ius civile» las perfila, acomodándola a las necesidades de cada lugar y tiempo concreto.

El «ius gentium» encerraba en sí una virtualidad creadora de soluciones jurídicas que estuvo detenida mientras la jurisprudencia se dedicó a glosar y a comentar el Derecho romano. Pero cuando este Derecho perdió la fuerza configuradora de la realidad a consecuencia de los ataques a su vigencia jurídica por parte de los seguidores del «mos gallicus», el Derecho de gentes adquirió una importancia insospechada pocos decenios antes. Ello fue así porque algunos juristas intermedios entre la antigua jurisprudencia y el racionalismo jurídico que se manifestó abiertamente como actitud metódica en el siglo XVII, tales como Vázquez de Menchaca, por ejemplo, enmarcaron sus digresiones, que tenían por fin fundamentar racionalmente los diversos institutos jurídicos, en el Derecho natural, unas veces, y en el Derecho de gentes, otras.

Pero el lector de las obras de estos juristas obtiene la impresión, difícil de concretar en su concepto porque se trata de datos sueltos que aparecen aquí y allá en la maraña casuística, de que el «ius gentium secundarium» es, a diferencia del Derecho natural, el Derecho de la razón. En efecto, el Derecho natural, como hemos tenido ocasión de comprobar, fue entendido por los juristas del período estudiado de dos formas, fundamentalmente: como orden de libertad «natural» y como un conjunto de principios ético-jurídicos muy elementales. De esta forma, cuando un autor no se refería expresamente a algunas de las concepciones del «estado de naturaleza» en el que reinaba la libertad, contemplaba entonces a este Derecho como un conjunto de principios éticos que debía alcanzar la jurisprudencia. Pero se trataba de una parte de la Ética que se presentaba innata en la razón del hombre, y que en modo alguno abarcaba lo que éste pudiera crear o descubrir mediante el uso de su razón.

El Derecho de gentes llamado normalmente «secundario» para diferenciarlo del Derecho de gentes «primario» o Derecho natural, consiste en el resultado de una actividad racional, que, ante las exigencias de la vida práctica, conduce a soluciones jurídicas. Este era el Derecho

que «justificaba» la existencia de la mayor parte de las instituciones sociales, incluso las de aquellas que parecen contrarias a la Moral contenida en el Derecho natural. Esto sucedía con la esclavitud, considerada de hecho como un sometimiento «antinatural» de un hombre a otro, o con la «praescriptio», por citar algunas. Este Derecho se presentaba en los autores de esta época como una norma prudencial más unida, como hemos visto, a la utilidad y a la prudencia que a la Moral propia del Derecho natural.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta ahora acerca de las teorías insnaturalistas de algunos de los juristas más importantes de la Edad Media y del siglo XVI nos sirve para explicar de una forma más matizada que la de otros historiadores de la doctrina del Derecho natural el nacimiento y naturaleza de las doctrinas del Derecho natural que aparecen en el siglo XVII.

En efecto, la mayor parte de los autores actuales que estudian la historia de las teorías sobre el Derecho natural estiman que en la transición medieval-moderna del pensamiento iusnaturalista se produjo una ruptura cuyas causas concretas se desconocen. Nosotros, sin embargo, después de considerar las páginas anteriores, estamos en condiciones de entender mejor la trayectoria histórica que siguió la doctrina del Derecho natural desde sus orígenes, con la misma Escuela de Bolonia, hasta sus primeros representantes más conocidos, considerados hasta hace poco como los «fundadores» de las doctrinas iusnaturalistas.

La tesis fundamental que mantenemos casi no hace falta expresarla: no hubo ninguna ruptura entre el Derecho natural medieval y el iusnaturalismo moderno. Explicaremos esto con más detalle.

Desde antiguo se viene considerando que es distinto el concepto de «ratio» que emplearon los autores medievales y los iusnaturalistas modernos. Efectivamente, si comparamos las teorías de Hobbes, Grocio, Pufendorf, etc., con las de Santo Tomás y las de otros teólogos escolásticos, que son considerados los representantes del Derecho natural medieval, resulta una fuerte diferencia. Los teólogos incluyeron la razón humana en una síntesis teológica que engloba la totalidad del mundo, y, en consecuencia, tal razón fue considerada como una participación de la razón divina, por lo que el Derecho natural y la Teología se presentaban íntimamente unidos. Los iusnaturalistas «modernos», en cambio, tienden a considerar la pura y simple razón humana, sin co-

nectarla con una ley Eterna. Empleando una forma de expresión poco precisa, podríamos decir que sólo tienen en cuenta la razón que se manifiesta «fenoménicamente», que en las obras de sus representantes más modernos se despliega de una forma deductiva y sistemática. Todo esto lleva a casi todos los estudiosos de hoy que se han ocupado del estudio del desarrollo de la doctrina del Derecho natural, a hablar de un Derecho natural «teológico», que sería el propio de la Edad Media, y de un iusnaturalismo «laico» o «profano», que es el de la Edad Moderna.

Comparando las teorías iusnaturalistas de Hobbes con las de Santo Tomás, esto resulta cierto y es preciso admitir la existencia de una ruptura brusca en el desarrollo de las teorías iusnaturalistas. Pero si contrastamos las doctrinas de los autores «modernos» que se ocuparon con el estudio del Derecho natural con los de los juristas medievales y del siglo XVI a que nos hemos referido, por ninguna parte aparece el proceso de «secularización» que, según se mantiene generalmente, sufrió el Derecho natural. Los juristas aludidos, presentaron sus teorías sobre el Derecho natural al margen de cuestiones teológicas; para ellos, este Derecho era una parte del «*ius, quod in sola prudentium interpretatione consistit*». «¿Es necesario que estudie Teología aquel que quiera ser jurista?», se preguntaba Acursio. «No, pues en el "Corpus iuris" se encuentra todo lo que es necesario» (154). Y, yendo a más, este mismo autor declaraba la autosuficiencia de la jurisprudencia respecto de otros saberes, de forma tajante: «*Iuris sola scientia habet caput et finem*» (155). Así pues, no tenía sentido para ellos recurrir a la Teología, porque el «*ius civile*» o Derecho propio de cada comunidad política encontraba la justificación de sus normas en el Derecho natural o en la utilidad, que a su vez encontraba su expresión jurídica en el Derecho de gentes «secundario». Por ello, a pesar del tiempo que nos separa, las teorías iusnaturalistas que expusieron bastantes autores del siglo XVI son extraordinariamente parecidas a las de los juristas medievales. Y como los primeros «iusnaturalistas» del siglo XVII, como en el caso de Grocio, por ejemplo, se guiaron por la jurisprudencia del siglo XVI, que eran la que tenían ante los ojos al escribir, la «*ratio*» iusnaturalista no sufrió ninguna modificación brusca en el transcurso de los siglos.

Existe otro rasgo que se considera característico de las doctrinas «modernas» sobre el Derecho natural. Nos referimos ahora al empleo de di-

(154) «*Quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esse, debeat Teologiam legere? Respondeo quod non. nam in corpore iuris hae omnia inveniuntur*». Cfr. *Institutionum sive primorum...*, cit., libro I, título II, glosa «e» en la pág. 11.

(155) *Op. cit.*, L. I, tít. I, glosa «l», pág. 7.

versas ideas sobre unos «estados de naturaleza», que fueron entendidos en el siglo xvii como etapas históricas reales por las que atravesaron los hombres antes de alcanzar la sociedad actual. Los autores medievales y del siglo xvi que hemos estudiado hicieron frecuentes referencias a los «estados de naturaleza», y la apelación a tales «estados» no era un simple recurso literario; cumplía una función específica, a saber, resolver las tensiones existentes entre los conceptos de «naturaleza» y «razón». El Derecho natural como «natura» se concretaba en un orden dado con y en la naturaleza; muy bien entendió esto Alberto Bolognetto cuando, al hacer una relación de los modos bajo los que el Derecho natural había sido entendido, escribía que algunos consideraban que este Derecho consistía en «omnia quae primo saeculo servabantur» (156). En este «primum saeculum» o «aetas aurea» lo fundamental, cara al Derecho natural, era la libertad de cada hombre, como ya estudiamos. En cambio, el Derecho de gentes «secundario» «introdujo» el poder político porque la «ratio» aconsejó acogerse a unas estructuras de poder que garantizaban aspectos fundamentales de la vida del hombre. Tenemos, pues, de esta forma, un Derecho natural entendido como «natura», es decir, como libertad, que es derogado por la «ratio» o Derecho de gentes «secundario». Pero los autores medievales no supieron concordar ambos conceptos para construir una teoría política del tipo de la de Hobbes, por ejemplo. Ello era lógico, pues estos juristas encontraban en el «Corpus Iuris» y en las glosas y comentarios que sobre él se habían hecho todo lo que necesitaban para su argumentación jurídica. Los autores del siglo xvii, en cambio, ante la pérdida de la vigencia del Derecho romano, hubieron de adoptar otra actitud metódica, que se concretó en un camino racionalista de tipo analítico-sintético. Hobbes, con su agudeza peculiar, y gracias al nuevo método aplicado a la jurisprudencia, logró coronar un esfuerzo de varios siglos.

Según unas ideas muy extendidas entre los historiadores de la doctrina del Derecho natural, el iusnaturalismo de los siglos xvii y xviii se distinguen de las teorías iusnaturalistas medievales porque sus representantes se ocuparon en deducir de los «prima principia» normas muy concretas que atribuyeron al Derecho natural. Los autores medievales, por el contrario, reservaron este tipo del Derecho para los principios ético-jurídicos elementales a los que ya hemos aludido. Esto es una verdad incontestable. Pero no por ello se puede pensar que los autores «modernos» introdujeron un factor radicalmente nuevo, de gran importancia, en el

(156) *De lege...*, cit., cap. 20, al comienzo.

desarrollo de las teorías iusnaturalistas. La «ratio» medieval, entendida ahora no como receptáculo de unos principios éticos muy generales, sino como la razón que se despliega ante las necesidades humanas y que mediante argumentos de utilidad, oportunidad o lógica, creó el Derecho de gentes «secundario», coincide materialmente con lo que a partir de 1630 fue entendido como Derecho natural. Los juristas medievales y del siglo XVI, condicionados por el contenido de algunos textos romanos, a los que hemos hecho referencia, y por el peso de una tradición multiseular, no se atrevieron a declarar Derecho natural todo aquello que descubrían mediante el ejercicio de su razón y que, por su misma generalidad, no podía quedar reducido a simple Derecho «civil». No lo consideraron, en efecto, «ius civile» ni «ius naturale», pero le atribuyeron una naturaleza intermedia entre ambos tipos del Derecho, considerándolo como «ius gentium secundarium». El Derecho de gentes secundario fue como la válvula de escape que permitió crear un tipo del Derecho, racional, que estaba por encima del Derecho «civil», pues era común a casi todas las naciones, y que no podía ser considerado Derecho natural porque el Derecho romano lo declaraba «positivo», es decir, no natural. Pero este Derecho de gentes «secundario» era, como decíamos, lo que materialmente fue conocido en el siglo XVII como Derecho natural. Los iusnaturalistas «modernos» se encontraron, pues, con que gran parte de su trabajo ya estaba materialmente hecho. Bastó con «iusnaturalizar» el Derecho de gentes «secundario», mostrando su íntima racionalidad, para engarzar una vez más, completándola, con la jurisprudencia que hemos estudiado a lo largo del presente estudio.

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

Profesor Ayudante de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Salamanca.

