

LA CRISIS DEL DERECHO EN LA
ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA DEL
SIGLO XVI

COLECCIÓN

INSTITUTO DE ESTUDIOS HISPÁNICOS EN LA MODERNIDAD (IEHM)

Esta colección pretende recoger estudios que analicen desde las perspectivas filosófica, filológica, histórica, jurídica y teológica la historia de las ideas de origen hispánico desde el Renacimiento hasta la primera mitad del siglo XVIII. Por su naturaleza interdisciplinar, da cabida a trabajos de diferente orientación. Publica, de manera preferente, aquellas contribuciones propias de las líneas de investigación del Instituto de Estudios Hispánicos en la Modernidad. Además de los grandes temas del hispanismo moderno, la colección contempla también algunos estudios particulares sobre el caso balear.

CONSEJO EDITOR – EDITOR ADVICE

Jaume GARAU AMENGUAL (Director)

Rafael RAMIS BARCELÓ (Subdirector)

Fernando RODRÍGUEZ-GALLEGO (Secretario)

COMITÉ ACADÉMICO ASESOR – ACADEMIC ADVISORY BOARD

Juan CRUZ CRUZ (Universidad de Navarra)

José Luis FUERTES HERREROS (Universidad de Salamanca)

José JUAN VIDAL (Universitat de les Illes Balears)

Jose MEIRINHOS (Universidade do Porto)

Tomàs de MONTAGUT i ESTRAGUÉS (Universitat Pompeu Fabra)

Pere J. QUETGLAS NICOLAU (Universitat de Barcelona)

Josep-Ignasi SARANYANA CLOSA (Pontificio Comité de Ciencias Históricas)

Lia SCHWARTZ (The Graduate Center. University of New York)

Edwin WILLIAMSON (University of Oxford)

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

LA CRISIS DEL DERECHO EN LA
ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA
DEL SIGLO XVI



Editorial Sínderesis

2018

1ª edición, diciembre de 2018

© Copyright.- *La crisis del derecho en la escolástica española del siglo XVI*, Francisco Carpintero Benítez

© 2018, editorial Sínderesis

Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España

Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal

info@editorialsinderesis.com

www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-16262-64-9

Depósito Legal: M-31884-2018

Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

**Este libro ha sido financiado gracias a la ayuda de la Vicepresidència
i Conselleria d'Innovació, Recerca i Turisme y cofinanciado por
el Fondo Social Europeo.**

Direcció General d'Innovació i Recerca, del Govern Balear



**GOVERN
ILLES
BALEARNS**



**UNIÓN EUROPEA
FONDO SOCIAL EUROPEO**
El FSE invierte en los futuros

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

INDICE

Prefacio	7
§ 1. El Derecho romano y el ‘Jus Commune’	9
<i>Derecho natural y libertad natural: El derecho natural “ut natura”</i>	14
<i>El derecho natural “ut ratio”</i>	18
<i>Las funciones de la razón en el derecho natural</i>	28
§ 2. Tomás de Aquino (1224-1274)	31
<i>Notas del aristotelismo</i>	33
<i>Primacía del objeto</i>	33
<i>(Subjecta materia)</i>	34
<i>Visión biológica del hombre o la filosofía ‘práctica’</i>	35
<i>El delito, o el pecado</i>	36
<i>Naturaleza y Dios</i>	36
<i>La libertad</i>	37
<i>Doctrina de las leyes</i>	38
<i>Naturaleza, historia, hombre</i>	40
<i>El derecho</i>	41
<i>La prudencia</i>	43
<i>La metafísica</i>	45
<i>Su proyección histórica</i>	48
§ 3. Conceptos universales y metafísica en la Baja Edad Media	49
§ 4. Aparecieron los frailes: El problema de la pobreza evangélica	51
<i>La polémica por la pobreza cristiana</i>	53
§ 5. La rigidez de la ley natural	59
§ 6. ¿Qué nos queda de estas polémicas?	65
§ 7. El siglo XV	67
<i>La noción filosófica de ‘persona’</i>	68
§ 8. La edad Moderna	70
<i>El influjo del Renacimiento en el derecho</i>	70
<i>La nueva ‘ratio’ exigida por los renacentistas</i>	71
§ 9. El siglo XVI	72
§ 10. Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569)	75
§ 11. Los escolásticos españoles en los inicios del pensamiento liberal	79
§ 12. Los teólogos intervienen	85
§ 13. Gabriel Vázquez de Belmonte (1549-1604)	87

<i>Estrategias argumentativas</i>	89
<i>La 'razón' última de la bondad</i>	92
§ 14. Luis de Molina (1525-1600)	97
§ 15. Francisco Suárez (1548-1617)	103
<i>Fundamentos antropológicos</i>	106
<i>Los derechos subjetivos naturales</i>	109
<i>El voluntarismo en la noción de la ley</i>	111
<i>Derecho y moral</i>	115
<i>Liberalismo político: La democracia emerge por primera vez como forma de convivencia</i>	119
§ 16. El siglo XVII	123
<i>La escolástica más tardía</i>	129

APÉNDICE PRIMERO. EL RESULTADO FINAL: FACULTAS, PROPRIETAS, DOMINIUM: TRES ANTROPOLOGÍAS EN LA BASE DE LA JUSTICIA	131
<i>La noción de persona</i>	134
<i>La libertad personal</i>	135
<i>Visión corriente del juego de la razón y la voluntad</i>	136
<i>El contractualismo</i>	137
<i>El normativismo o legalismo</i>	139
<i>Tres grandes Escuelas</i>	142

APÉNDICE SEGUNDO. LOS ESCOLÁSTICOS SOBRE LA PROSTITUCIÓN	145
<i>El contexto doctrinal</i>	147
<i>Algunos motivos del cambio en la moral</i>	148
<i>Ambiente medieval</i>	150
<i>El sexo ante la Teología moral</i>	151
<i>Tomás de Aquino</i>	152
<i>Los teólogos intervienen</i>	156
<i>El siglo XVI</i>	162
<i>Juan de Medina, la gran excepción</i>	168
<i>Los juristas opinan</i>	171
<i>Final del tema</i>	182
BIBLIOGRAFÍA CITADA	183

PREFACIO

Aceptar una invitación para reiterar algunas publicaciones sobre la Segunda Escolástica Española requiere aludir a las fuentes que formaron a aquellas personas. Ellos unieron en sí mismos dos tradiciones que, hasta poco antes, había ido disociadas. Una es la doctrina jusnaturalista de los juristas que integraron el *Jus Commune*, que seguían las declaraciones sobre el derecho natural de los jurisprudentes romanos. La otra vino formada por el conjunto de ideas que desarrollaron los filósofos y teólogos escolásticos de la Baja Edad Media.

Esta otra corriente fue más compleja, porque estuvieron activos tanto los nominalistas como Tomás de Aquino, que formaron dos cuerpos doctrinales irreductibles que llegaron hasta los españoles de los siglos XVI y XVII. El historiador actual se encuentra con las tradiciones de los juristas y con dos enemigos doctrinales: tres caballos que, a su modo, aquellos escolásticos domoñaron. Esto implica afirmar que estos españoles fueron sincréticos, porque integraron la afirmación de la libertad natural en el *status naturae*, las doctrinas de los nominalistas y el ‘realismo’ jurídico tomista.

Este proceso complejo no se deja exponer en artículos breves que representen a cada uno de los protagonistas. Sin embargo, lo he intentado, pero al precio de aludir a los precedentes doctrinales jurídicos y teológicos de la Edad Media, lo que vuelve al estudio más extenso y quizá con cargas teóricas más difíciles de asumir desde exposiciones expuestas en pocas páginas.

Sin embargo, la aventura merece la pena. El lector juzgará si la finalidad está conseguida o no. El Autor se tranquiliza pensando que él no ha querido hacer una historia de la Escolástica, sino sólo un estudio sobre algunos escolásticos españoles que juzga especialmente importantes desde el punto de vista de la creación doctrinal de los derechos individuales y naturales típicamente modernos-contemporáneos. El estudio culmina en Luis de Molina y Francisco Suárez, que mostraron una audacia que no fue superada en toda la Edad Moderna por ninguno de los jusnaturalistas alemanes de entonces. En todo caso, habría que enlazar a Suárez con Locke, al precio de dar un salto de un siglo: también John Locke, en su formación tan exquisitamente escolástica, conocía bien a estos filósofos-teólogos españoles. He añadido dos apéndices que espero que sean de lectura útil.

Tenemos tres tradiciones que confluyen en el siglo XVI. La de los juristas romanistas, especialmente cuando escriben sobre el *jus naturale* o ‘libertad natural’, la de los nominalistas, y la de los tomistas. Eran fuentes demasiado distintas entre sí, pero demasiado fuertes para ser rechazadas, y parecía que lo más sensato era cohonestarlas. Los españoles que integraron esta Escolástica Tardía fueron abiertos: la mayor parte de ellos procedieron desde una base inicialmente tomista a la que añadieron elementos tomados de los juristas y de los nominales. Solamente al final del siglo XVI, cuando emergen los jesuitas, tomaron un rumbo más singular.

§ 1. El Derecho romano y el ‘Jus Commune’

La expresión *jus naturale* es una herencia, como tantas otras, romana. En el último tercio del siglo XI, el *magister* Irnerius comenzó a explicar en Bolonia un manuscrito que comprendía la compilación jurídica de Justiniano. Se trataba de la primera vez que se enseñaba en Occidente el derecho privado y público de Roma, tras un paréntesis que había durado varios siglos. Es difícil exponer la impresión que causó en Europa saber que volvía a enseñarse el derecho romano. Para conocer adecuadamente este momento cultural es preciso volver a Savigny, a su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*.

Efectivamente, el hombre del siglo XI, apenas acabada lo que llamamos Alta Edad Media, vio en el derecho romano el retorno a una cultura superior, que sabía que había existido, pero que él ignoraba. Tengamos en cuenta que los textos romanos habían sido desconocidos incluso en el Imperio Carolingio, aunque algunas citas sueltas en documentos oficiales nos muestran que debió de existir un conocimiento fragmentario de la recopilación justiniana. La enseñanza romanística de Irnerius, en Bolonia, atrajo muy pronto a bastantes estudiantes que buscaban ejercitarse en ese *Donum Dei* que era el *Corpus Juris* del Sacratísimo Emperador Justiniano. El derecho romano era para ellos la Verdad de la justicia, la *ratio scripta*¹, y su alegación en un proceso ante un tribunal cuyos jueces supieran latín determinaba normalmente la sentencia. Las opiniones de los jurisprudentes romanos valían, pues, como derecho vigente.

Irnerio, y con él sus cuatro discípulos (Búlgaro, Martino, Jacobo y Hugo) siguieron la forma de enseñanza normal en aquel momento, según nos informa Martin Grabmann. Aparte de las *disputationes*, que eran cuestiones controverti-

¹ Sobre la historia de esta expresión, vid. el artículo de A. Guzmán, “Ratio scripta”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 4 (1979), 135-155.

das que el maestro proponía para que los alumnos argumentaran de acuerdo con los textos, tenían lugar las *lectiones*, que eran explicaciones que hacía el profesor sobre algún texto señalado del *Corpus Juris*². En consecuencia, los argumentos de profesores y alumnos partían desde el texto escrito sobre el que aprendían. Aquellos juristas no concedían valor especial a la originalidad y sí, en cambio, a fundamentar su solución en opiniones ya expuestas, emitidas por personas de especial prestigio, lo que era el caso de los jurisprudentes romanos. El *Codex*, la *Instituta* y el *Digesto* fueron divididos en párrafos que, a falta de numeración como la que usamos hoy, eran conocidos por las primeras palabras con que empezaban, y se hablaba, así, del párrafo “Sed naturalia” de la *Instituta*, o de la “ley” *Ex hoc jure* del *Digesto*, por ejemplo. Dado que la *Instituta* fue en su momento un libro destinado a la docencia del derecho, a sus párrafos se les llamó *paragrapha*. El *Digesto* y el *Código*, en cambio, aparecían con otro carácter más normativo, y por esta causa a sus párrafos se les llamó *leges*.

Aquellos primeros romanistas utilizaron los manuscritos usuales del *Corpus Juris*. Pero aquellas *littera vulgata*, como se llamaron a estas ediciones, no eran excesivamente fiables³ y, desde luego, los juristas medievales, siempre prácticos, no acometieron la tarea de depurar su contenido mediante estudios filológicos o históricos: aceptaron los textos tal como les llegaban. Este extremo tuvo con el tiempo gran importancia porque los humanistas de los siglos XV y XVI reprocharían a estos juristas no haber conocido el verdadero derecho romano. Desde luego, estos primeros juristas no dominaban bien el latín⁴, y la

² Vid. M. Grabmann, *Filosofía medieval*, trad. de S. Minguijón, Labor, Barcelona, 1928, 36. En la enseñanza oral, la exégesis de los textos romanos solía seguir también un cierto orden estereotipado. En primer lugar, introducían una breve aclaración para cada *lex* o *constitutio*; después exponían resumidamente lo que el profesor consideraba esencial del texto glosado; seguía la lectura de dicho texto; después de la lectura, referían a ese texto los otros lugares del *Corpus Juris* en donde se encontraban soluciones a casos similares; tales *sententias* podían ser discordantes, por lo que era preciso proceder a las *solutiones contrariorum*. Después de poner de relieve los principios jurídicos contenidos en el texto comentado, las *regulae*, más conocidos como *brocarda*, venía el momento más analítico de este proceso: las *distinctiones*, y se terminaba con la exposición de la solución. Conocemos este esquema de la *lectio* medieval en la época de los glosadores gracias a los testimonios de tres autores de aquel tiempo: Bassianus (siglo XII), El Hostiense y Odofredo de Denariis (siglo XIII). Vid. el estudio de P. Weimar, “Die legistische Literatur und die Methode der Unterricht der Glossatorenzeit”, *Jus Commune*, 2 (1969), 43-83. Una explicación bastante amplia sobre la estructura de los diferentes tipos de *quaestiones* la tenemos en G. Chevrier, “Sur l’art de l’argumentation chez quelques romanistes au XII et au XIII siècles”, en *Archives de Philosophie du Droit*, XI (1966), 115-148.

³ Norbert Horn, “Die legistische Literaturtypen der Kommentatorenzeit”, *Jus Commune*, 2 (1969), 86.

⁴ Ugo Gualazzini considera que “Gli uomini di legge sentirono la necessità di cogliere l’essenza del pensiero del legislatore attraverso una esegesi letterale dei testi che, senza rappresentare una

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

Una vez situados delante de su correspondiente manuscrito, aquellos juristas intentaban comprender el sentido y alcance del texto que estudiaban. A este fin, volcaron sus esfuerzos en determinar el significado jurídico de cada palabra, de modo que cualquier término aislado, aunque fuera un simple adjetivo o adverbio, recibió una interpretación directa y propia⁵. Ellos escribían el resultado de sus indagaciones bien entre las líneas del manuscrito del *Corpus Juris*⁶, o bien señalaban una palabra del texto romano con una letra, y en los márgenes de los folios desarrollaban sus explicaciones refiriéndolas a las palabras gracias a las letras indicadoras⁷.

Los conceptos jurídicos fueron explicados tal como ya se encontraban en los *dicta* de los juristas romanos, y éste fue también el caso de las nociones del *jus naturale* y del *jus gentium*, que no constituyeron excepción. Los juristas de la Baja Edad Media, que fundamentalmente buscaban comprender ese ‘Don de Dios’ que era el *Corpus Juris*, aceptaron, en consecuencia, al pie de la letra, los conceptos diversos y contradictorios del derecho natural que aparecen en la recopilación de Justiniano⁸. No especularon con ellos tal como usualmente se

vera e propria interpretazione, consentisse ugualmente di applicare la legge nella maniera più ortodossa. Per tale motivo, essi ricorsero spesso al metodo etimologico. Purtroppo non li sorreggeva alcuna preparazione glottologica. Non conoscano neppure la regole più elementaria della fonetica, nè il greco, nè la distinzione fra il tema de la desinenza delle parole ... Essi, di regola, si abbandonarono nella interpretazione delle parole a etimologie puramente fantastiche”. *Trivium e quadrivium* (Mediolani, Giuffrè, 1974), 38.

⁵ Vid., por ejemplo, Guido Astuti, “La glossa accursiana”, en *Atti del convegno internazionale di studi accursiani* (Bologna, 1963), II, (Milano, 1968), 290-304.

⁶ Vid., entre otros autores, a S. Kuttner, “Bernardus Compostellanus Antiquus”, *Traditio*, I (1943), 279.

⁷ Savigny repara en estos dos tipos de glosas al tratar de la obra de Irnerius, e indica que, en este autor, cada modelo de glosa cumplía una función distinta. Según Savigny, la glosa interlinear tendía a aclarar el significado de una palabra determinada. En cambio, la glosa marginal tenía la función de establecer conexiones lógico-conceptuales con otros lugares del *Corpus Juris*. *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, reprint de “Wissenschaftliche Buchgesellschaft”, (Darmstadt, 1956), cap. XXVI.

⁸ Weigand indica que la actividad de estos juristas “Bestand hauptsächlich im Glossieren der Quellentexte. Ihre meist kurzen Erläuterungen sind nur zusammen mit dem erörterten Text voll verständlich. Deshalb sind von vornherein in der Frühzeit der Schule von Bologna kleine grossen zusammenhängenden Darstellungen des Naturrechts zu erwarten”. *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, (München, Max Hueber, 1967), 18.

entiende esta palabra: un jurista no era un filósofo, ni era cuestión de introducir la Filosofía, normalmente risible para el jurista⁹, en la más seria de las ocupaciones humanísticas¹⁰. Al jurista tampoco debía importarle la ciencia teológica, indicaba Accursio¹¹, ya que, tal como nos explicaba Odofredo, la Jurisprudencia es un arte que en sí mismo tiene principio y fin, cosa que no sucede con ningún otro saber¹².

Se trataba de una cuestión de prestigio: la ocupación con el *Corpus Juris*, dada la casi completa racionalidad que estos textos expresaban para aquellos escolares de la Baja Edad Media, hacía del jurista un profesional superior al retórico o al gramático, y por ello enfrentado también al teólogo, con quien no compartía simpatías. Por este motivo, aunque algunos juristas de los siglos XIII y XIV poseyeron una fuerte preparación humanista¹³, como fue el caso de Odofredo o Baldo, por ejemplo, apenas usaron sus conocimientos escolares en la explicación del derecho. Los argumentos dialécticos, silogísticos y retóricos debían ceder ante el sentido común, la *pietas*, el conocimiento del *jus scriptum*

⁹ Alberico de Rosate hacía suyas las palabras de Richardus: “Ipse enim irridebat aliquos doctores contemporaneos suos qui studebant tradere scientiam nostram syllogistico, sophistico et dialectico modo”. Vid. en B. Paradisi el texto completo, más amplio, *La “glossa” accursiana*, cit., 626-627.

¹⁰ Está aún por estudiar la pugna entre los juristas y los filósofos en esta época. Desde luego, los juristas no vieron utilidad en los estudios filosóficos de su tiempo, normalmente centrados en utilidades dialécticas y retóricas, y mantuvieron, en cambio, como hizo Accursio, que “Civilis scientia vera philosophia dicitur”. *Commentarii Accursii et multorum aliorum doctorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrati*, (París, 1559), glosa “a” a Digesto, 1, 1, 1. Vid., sobre este tema, a F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, (Milano, Giuffrè 1951), 191-193, y B. Brugi, “Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto”, en *Per la storia della Giurisprudenza e delle Università italiane*, (Milano, 1921), 19-20.

¹¹ “Quod quicumque vult Jurisprudens vel Jurisconsultus esse, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non. Nam in corpore Juris haec omnia inveniuntur”. *Commentarius Accursii et multorum insuper aliorum doctorum scholiis atque observationibus illustrati*, París, 1559, glosa “e” del Libro I, Título II.

¹² En el comentario nº 18 a la Prima Constitutio, palabras *Omnem Reipublica*, Odofredo escribe: “Legalis scientia est ars. Item habet caput et finem. Nota quod scientia nostra est ars: quod hic implicet Just. de alia arte non. Hic quod scientia nostra habet caput et finem quod in nulla alia arte invenitur”. Lyon, 1550, p. 4.

¹³ Este hecho ha sido un descubrimiento reciente, ya que hasta poco tiempo ha dominado la idea de la Modernidad aceptada acríticamente en tiempos contemporáneos según la cual los juristas medievales constituyeron monumentos a la ignorancia. En este sentido, vid., por ejemplo, a G. Fassò, “I glossatori e il giusnaturalismo medievale”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 40 (1963), 693 y ss., en donde habla, a propósito de Odofredo de la “loro assoluta mancanza di senso filosofico”. Más recientemente, estos juicios inexactos han sido rectificadas. Vid. por ejemplo, en una nueva línea de investigación, a G. Otte, “Die Aristoteleszitate in der Glosse. Beobachtungen zur philosophischen Vorbildung der Glossatoren”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung*, 85 (1968), 368-393. Igualmente, H. Horn, “Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus philosophus”, en *Jus Commune*, 2 (1969), 104-149.

y la hombría de bien que expresaba cada jurista. Por este hecho, Alberto Bolognnetus, jurista *culto* del siglo XVI, y uno de los teóricos más importantes de la jurisprudencia que hemos tenido en Occidente, escribía que “muchos no saben nada de Filosofía, y sin embargo destacan en la jurisprudencia”: *Multi sunt in philosophia rudes, qui tamen Jurisprudentiae laude excellunt*¹⁴. Así pues, ese término altamente impreciso que aparece en el *Corpus Juris*, que es el de *jus naturale*, no fue usado a modo de concepto con el que se pudiera jugar intelectualmente: eso hubiera supuesto caer en el proceder propio de los retóricos o de los teólogos de París. El *jus naturale* fue aceptado tal como venía en los textos romanos y, toda vez que las nociones romanas acerca del derecho natural eran confusas y contradictorias, los juristas se esforzaron por hacerlas compatibles explicando, cada cual a su modo, las discordancias.

Todo esto planteó problemas ya en su día. Los textos del derecho romano hablan del *jus naturale* y del *jus gentium*¹⁵, y la cultura cristiana asoció pronto la expresión derecho natural a la ley escrita en los corazones de los hombres de que habla San Pablo en su Epístola a los Romanos¹⁶, que hace que los gentiles, sin necesidad de una Revelación sobrenatural, sean leyes para sí mismos. Comenzó de este modo, ya a finales del siglo XI, un equívoco que llega hasta nuestros días. Por una parte, los textos romanos hablan del derecho natural como la libertad natural, esto es, la *naturalis libertas*, a la que se oponen instituciones tales como la esclavitud, el matrimonio o la apropiación privada de los bienes. Por otro lado, civilistas, teólogos y canonistas entendían por *jus naturale*, al mismo tiempo, una norma eterna e inmutable acerca del bien y del mal, de origen divino, impresa en la inteligencia humana. Fue lógico, resalta Hervada, que los canonistas no se entendieran sobre este tema con los civilistas. Efectivamente, los canonistas entendieron por derecho natural “lo que está escrito en la ley y en el Evangelio”, y esto poco tenía que ver con algunas de las nociones del derecho natural y del derecho de gentes que encontramos en las fuentes romanas¹⁷.

¹⁴ *De lege, jure et aequitate disputationes*, Witerbergae, 1594, capítulo IX, § 8.

¹⁵ El primer estudio que se hizo sobre las teorías jusnaturalistas de los *Jurisconsulti* fue el de Fernando Augusto Hommel, *Propositum de novo systemata Juris Naturae et Gentium ex sententia veterum Jurisconsultorum concinando sive De Jure quod Natura omnia animalia docuit Commentatio*, Lipsiae, 1747. El estudio más extenso ha sido el de Moritz Voigt, *Das jus naturale, aequum et bonum und das jus gentium der Römer*, Leipzig, 1856. Existe *reprint* de Scientia, Aalen, 1966. Además del R. Weigand, ya citado, tenemos un estudio breve y preciso, que es de Giuliano Nocera, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana* (Milano, Giuffrè, 1962).

¹⁶ Es discutible que la ley a la que se refiere San Pablo en esta epístola sea la Ley natural. Pero ésta es una apreciación de hoy. Durante la Baja Edad Media y el siglo XVI, la casi totalidad de los que trataron de la Ley natural entendieron a San Pablo en el sentido jusnaturalista.

¹⁷ J. Hervada, “Notas sobre la noción de derecho natural en Graciano”, en *Escritos de derecho natural*, (Pamplona, Eunsa, 1968), 310.

Derecho natural y libertad natural: El derecho natural “ut natura”

Accursio, el autor de la *Glossa ordinaria*, una ‘Summa’ de las aportaciones de las primeras generaciones de los juristas que glosaron el *Corpus Juris*, y que fue el documento jurídico más estudiado en la Baja Edad Media, influyente aún en los siglos XVI y XVII, entiende que el derecho natural está constituido por las tendencias naturales más importantes del hombre, entre las que destaca la libertad que *naturalmente* vive o experimenta toda persona. Efectivamente, al comentar la ley *Libertas* (D. 1, 5, 4), en la que Florentino mantuvo que la libertad es la facultad natural de poder hacer cada cual lo que quiera, mientras que la esclavitud ha sido constituida por el derecho de gentes, por el que se somete, *contra naturam*, un hombre a otro¹⁸, Accursio indica que “en este lugar se define la libertad atendiendo al derecho en que se fundamenta, que es el derecho natural¹⁹”. Este jurista sigue la doctrina que fue establecida ya por Imerio²⁰ que, en su opinión, debe ser entendida en el sentido de que el derecho natural excluye cualquier tipo de sujeción de un hombre a otro hombre, pues “bajo el derecho natural, todos los hombres nacen libres”²¹.

Imerio, Azo, Placentino, o Accursio, al escribir así no sentaban ninguna doctrina original. Más bien, al contrario, seguían una tradición nítida que se reconoce en Isidoro de Sevilla, en los inicios de la Alta Edad Media, ya que san Isidoro estableció en sus *Etimologías* (una Enciclopedia con un resumen de los saberes del siglo VII), de acuerdo con su formación romanista, que lo que él llama la “igual libertad de todos” (*Omnium una libertas*) y la “común posesión de todas las cosas” (*Communis omnium possessio*) se fundamentaban en el derecho natural o, quizá, más bien, estas instituciones son las que componen y

¹⁸ Florentino escribía: “Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Servitus est constitutio Juris gentium, qua quis dominio alieno contra natura subiicitur”. D. 1, 5, 4, edición de Mommsen-Krüger, Berlín, 1954.

¹⁹ “Definit hic libertas secundum jus quo est inventa *jus naturale* secundum”. *Accursii Glossa in Digestum vetus, infortiatum et novum, reprint* “Ex Officina Erasmiana”, cit., glosa “b” a D. 1, 5, 4. Para entender adecuadamente a Accursio y a los demás juristas en lo referente a las relaciones entre derecho natural y libertad, conviene tener en cuenta lo contenido en el texto de Ulpiano, también en el primer capítulo del Digesto: “Manumisiones quoque Juris gentium sunt ... quae res et jure gentium originem sumpsit. Utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esse nota manumissio, cum servitus esse incognita: sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionem, et cum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi quae desierant esse servi”. D. 1, 1, 4.

²⁰ “Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Imerium ut definiatur libertas eo jure, quo inventa est iuri naturali”. Glosa “c” a Inst. 1,1,3.

²¹ “Utpote cum jure naturale omnes homines liberi nascerent nec est nota manumissio”. Glosa “q” a D. 1, 1, 4. Como puede verse, repite las palabras de Ulpiano.

en las que consiste una parte este derecho²². San Isidoro habla también del *usus innoxius* (“lo que a mí me aprovecha y a ti no te perjudica”, según la frase repetida durante siglos), como una parte integrante del *jus naturale*.

Nuestra forma de pensar actual puede jugarnos malas pasadas para comprender estos textos jurídicos. En efecto, hoy se suele decir que una institución determinada “se fundamenta” en el derecho natural. Pero aquellos autores no contemplaban como separados a la institución en cuestión, por un lado, y al derecho en que se fundamentaba, por otro. Quizá con más precisión que nosotros, ellos decían y escribían que “la libertad es de derecho natural” (*libertas est de jure naturali*) y, en otras ocasiones, que la “libertad fue introducida por el derecho natural” (*libertas introducta est jure naturali*). Esta equiparación entre derecho natural y libertad natural en los juristas medievales quizá pueda extrañar al lector actual, que puede tener el prejuicio de creer que en aquellos siglos se enseñaba la doctrina aristotélica según la cual unos hombres nacen naturalmente destinados a ser siervos de otros. Nada más ajeno al pensamiento jurídico medieval, que no siguió en absoluto a Aristóteles en este tema, sino a los juristas romanos. El primer testimonio que he encontrado que contrapone expresamente a los *Jurisconsulti* (de Roma) con Aristóteles, es el de un teólogo protestante aficionado a los temas jurídicos, Johann Adam Osiander, en 1671²³.

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

²² Vid. *Etimologías*, BAC, Madrid 1951, Liber V, capítulo IV. El texto quedó reproducido en el canon VII del Decreto de Graciano. Nos indica Martin Grabmann que “Die Definition des *jus naturale* in dem Etymologien des Isidor ist von Gratian übernommen worden und ist dadurch auch Gemeingut der Scholastik geworden”. “Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin”, en *Mittelalterliches Geistesleben*, (München, Max Hueber, 1926), 69.

²³ Osiander escribía que “Aristoteles putavit dari servos natura, Jurisconsulti autem sentiunt, nullum talem dari, sed libertatem esse quandam naturalem facultatem, cum omnes natura nascantur liberi. Verum recte contra Aristotelem defenditur, non dari servum natura: cum quia servitus non est naturale quid, sed civile”. *Observationes maximam partem Theologicae in libros tres de Iur. Bell. ac Pacis Hugonis Grotii*, Tubingae, 1671, 792.

libertad del esclavo²⁴”. Esta tesis le parece falsa, porque sigue escribiendo que “aquí se define la libertad según el derecho por el que fue creada, que es el derecho natural, por lo que también se define la libertad del siervo”. La razón que le mueve a pensar así radica en el hecho de que sólo existe una libertad, es decir, un solo tipo de libertad, de modo que esta realidad no puede desdoblarse en dos libertades distintas, una para el hombre libre y otra para el esclavo²⁵. Accursio concluye, consecuentemente que, de acuerdo con el derecho natural, el esclavo es siempre un hombre libre²⁶.

Esta argumentación es una síntesis, con la brevedad propia de una glosa jurídica de aquella época, de las ideas sobre el valor de la persona que se encuentran ya en el iniciador de la cultura jurídica del *Jus Commune*, Imerio. Este jurista, al comentar al término ‘persona’ que aparece en Instituta 1, 2, 12, escribía: “el hombre es la más digna de todas las criaturas” (*Homo est dignissima creaturarum*), y, para mostrar la evidencia de esta afirmación, recurre al autor de la frase, Boecio, y a algunos versos de Ovidio y Virgilio²⁷. Sus discípulos pensaron de forma igual e, incluso Búlgaro, que ha pasado a la historia fundamentalmente por su fuerte sentido de la jerarquía política y del orden social establecido, escribía que “el esclavo es naturalmente libre, y cuando se le manumite no se le da la libertad, sino que se le devuelve”²⁸.

Los juristas, ya desde Imerio, superaron la descripción de la realidad social y política de su tiempo y se situaron en un plano utópico que reclamaba la libertad e igualdad para todos los hombres²⁹. En estas líneas de Imerio y de sus

²⁴ “Alii dicunt difiniri libertatem liberi, non libertatem servi, quia ex prima vocantur, scilicet hodie liberi: non ex secundum scilicet qua habet servi. Est ergo libertas alia in servo, alia in libero”, Glosa “c” a Inst. 1, 1, 3. *Reprint* “Ex Officina Erasiana”, ya citado.

²⁵ “Libertas. Diffinit hic libertas secundum jus quod est inventa, jus naturale secundum unde etiam libertas servi diffinitur ... alii dicunt ibi diffinitur libertas liberorum non libertas servorum. Tu dic quod libertas est facultas id est possibilitas a jure naturali potest facere quicquid vult”. Glosa “b” a D. 1, 5, 4.

²⁶ “Nam ipse <servus> semper liber est inspecto jure naturali”. Glosa “o” a D. 1, 1, 4. En la glosa “c” a Inst. 1, 3, 1 escribe: “Libertas. Haec definitio tribus modis potest legi. Primo secundum Imerium ut deffiniatur libertas eo jure, quo inventa est jure naturali et sic servi secundum hoc sunt liberi”. Al opinar así seguía la idea contenida en la sentencia de Ulpiano contenida en D. 50, 17, 32: “Quod attinet ad Jus civile servi pro nullius habentur, non tamen ut jure naturali, quia quo ad *jus naturale* attinet, omnes homines aequales sunt”.

²⁷ G. Moschetti, “Eticità nella glossa di Accursio sotto l’aspetto della libertà dell’uomo”, en *Studia et Documenta Storiae et Juris*, 35 (1969), 41.

²⁸ “Servus naturaliter est liber, et dum manumittitur non datur ei libertas, sed detegitur”. Moschetti, *Eticità...*, cit., 45.

²⁹ Moschetti nos proporciona una explicación bastante clara de las razones que llevaban a este cambio de consideración, desde el plano de los textos romanos y de la realidad social de la época, a esta visión en contraste abierto con tal realidad. Vid. *Eticità...*, cit., 40-44. Félix Senn hizo un corto pero penetrante estudio de lo que podía entender por *libertas* un jurista que tuviera

discípulos, continuadas por la práctica totalidad de los juristas del *Jus Commune* que se suceden hasta el siglo XVIII, se inicia una tendencia que alcanzará su plenitud en la Edad Moderna. Me refiero a la afirmación simultánea de dos ordenamientos jurídicos distintos parcialmente, uno el derecho natural, que constituye (pero sin estatuirlo, pues una *constitutio* era vista como realidad distinta de un *statutum*) la igual libertad para todos los hombres, y otro el derecho de gentes. Este último es un derecho de origen humano que legitima la existencia de instituciones opuestas a las que constituye el derecho natural³⁰. (Aunque la afirmación de la existencia de dos ordenamientos jurídicos paralelos debe ser matizada fuertemente para mantenernos fieles a los textos de esta época).

Por lo general, estos juristas, siguiendo el sentido más evidente de los textos romanos, consideraron que habrían existido dos etapas en la historia de la humanidad. En la primera, conocida como *jus naturale*, no hubo esclavitudes ni propiedades, ya que el derecho natural implicaba o consistía en la *Omnium una libertas* y la *Communis omnium possessio*. Entonces no existían acciones ni juicios, lo que originaba serios problemas. Bartolo de Sassoferrato, que proporciona una explicación algo peculiar de este tema, entendía que el poder político, con sus inevitables exigencias de jerarquización y subordinación, no se oponía, sin embargo, al derecho natural³¹, y las controversias eran decididas directamente en aquel ‘estado de naturaleza’ por el poder del Rey³². Pero Bartolo se ajusta más a la doctrina tradicional entonces cuando, en contradicción consigo mismo, mantiene que la libertad propia del derecho natural queda destruida mediante la simple existencia de la obediencia política: “¿La ley humana puede proceder contra el derecho natural? La *Glossa* –es decir, *Accursio*– mantiene que no. Pero contra ella está el hecho de que la sentencia del juez destruye la libertad, que es de derecho natural”. *An contra jus naturale lex possit? Glossa tenet quod non. Contra ea facit: nam sententia judicis tollit libertatem, que est de jure naturali*³³. Igualmente, se ajusta más a la tradición cuando explica que bajo el derecho natural no existía el matrimonio en la forma en que hoy lo conocemos, por lo que todos los hijos eran legítimos³⁴.

a la vista el *Corpus Juris*. Vid. “Les obligations naturelles: la leçon de la Rome antique”, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 35 (1958), 154-155.

³⁰ *Accursio* indicaba que el derecho vigente “Partim est de jure naturali, ut libertas: et partim est de jure gentium, ut servitus”. Glosa “p” a Inst. 1,3.

³¹ Vid., sobre este tema mi estudio “Sobre la génesis del derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII”, en *Anuario de Filosofía del derecho*, XVIII (1975), 272-273. Disponible en franciscocarpintero.com

³² Comentario nº 12 a D. 12, 6, 38.

³³ Bartolo, Comentario nº 3 a D. 1, 4, 1.

³⁴ Comentario nº 14 a D. 41, 2, 1.

Esta primera etapa de libertad acabó cuando un derecho creado por los hombres, *introducitur usu gentium* (y llamado por ello *jus gentium* o derecho de gentes, escribía Bartolo), introdujo la división de las propiedades y, con ella, la codicia que origina las guerras³⁵. La esclavitud es una consecuencia de las guerras, pues es más humano que los prisioneros sigan vivos, aunque sea en condición de siervos, que no que sean sacrificados, según la explicación tradicional romana³⁶. Así pues, el derecho de gentes introdujo las propiedades (privadas), la esclavitud y el poder político, derogando el derecho natural y acabando con la igual libertad de todos y la común posesión de todas las cosas.

Posteriormente, los hombres introdujeron el *Jus civile*, expresión con la que entonces se designaba lo que hoy conocemos como derecho legislado o consuetudinario, el propio de cada comunidad política, y con este último derecho se inicia la sociedad actual³⁷. El *jus naturale*, en esta primera acepción que estudiamos, es derogable cuando hay causa proporcionada para ello. Ninguna instancia en especial declara la derogación del *jus naturale*: Esta derogación es un hecho social más.

El derecho natural “ut ratio”

Han existido, pues, dos etapas en la historia de la humanidad. En la segunda de ellas, el *jus gentium* ha introducido las guerras, las esclavitudes, el comercio, el arte de construir edificios, las propiedades, etc., como declara la ley *Ex hoc jure*³⁸. Así, frente a la simplicidad primitiva del hombre que vivía en

³⁵ Comentario nº 2 a D. 29, 1, 14.

³⁶ Sobre estos temas, vid. mi estudio “Sobre la génesis”..., cit., 271 y ss. Accursio entendía que “*Servitutem vel usucapionem a bono publico introducta, cum haec jure naturali sit contraria dicat non esse bona, si enim bonum est aliquid eadem ergo malum ipsum non esse, bonum est e jure naturali omnes esse liberos, dominio rem suam non auferri*”. Contesta estas cuestiones argumentando: “*Si intellectus referas ad casos supervenientes meli est servitute esse quam non esse, sic enim capti ab hostibus periret mali est reipublicae eos vivere servos quam mori ingenuos, item si ispicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius ea tolerari, aliter enim non posse probari dominium fere*”. Glosa “t” a D. 1, 1, 11.

³⁷ Sobre estos temas, vid. mi estudio “Sobre la génesis”..., cit., 271 y ss. Esta mentalidad sobre el origen artificial y en cierto modo inmoral del poder político seguía presente en Francisco Suárez, quien aún se plantea, para rebatirla, la tesis de la ‘antinaturalidad’ de la convivencia política. *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Coimbra, 1612, L. III, Proemium. Pero la justificación última por la que él explica que la titularidad del poder político no corresponde a ningún hombre en concreto, sigue deudora de la figura de la “*Omnium una libertas*” originaria. Vid. L. II, cap. 2, §§ 1-3 de esta obra.

³⁸ “Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrenda-

el estado de naturaleza, el derecho de gentes ha introducido las instituciones jurídicas propias del hombre actual en sus circunstancias reales, y el pensamiento utópico ha cedido el paso a las necesidades que constituyen la mayor parte de la realidad o la verdad de la vida práctica humana. Es preciso aludir a este raciocinio práctico, siempre que no confundamos práctico, esto es, moral o jurídico, con pragmático. Porque la *praxis* (de donde deriva el adjetivo práctico) es una categoría griega que designa la forma de comportarse de un ser de acuerdo con su naturaleza, por lo que es una noción ante todo biológica³⁹. En el ser humano, la *praxis* sería ante todo el arte de saber desarrollar nuestra humanidad, y por eso Tomás de Aquino usa indistintamente, a veces, las palabras humano y moral⁴⁰. Lo pragmático, en cambio, es la actividad técnica que cualquiera realiza para conseguir un fin concreto, como es saber cocinar o saber construir un barco. Naturalmente, al tocar el tema del fundamento último del razonamiento propiamente práctico, la atención se desplaza a las explicaciones que dieron los juristas de estos siglos para mostrar cómo la simple circunstancia (las consecuencias de la codicia, de las guerras) se impone sobre la consideración que parte desde una inamovible naturaleza humana.

Algunos han entendido que el derecho natural aparece en los juristas medievales, igual que en los jurisprudentes romanos, como un ideal o meta a conseguir, pero utópico y, por ello, sin virtualidades precisas. Por este motivo, a pesar de sus raíces que entroncan con el inicio de la Humanidad –en el *status naturae*–, en contra de su pretendido rango de justicia eterna, el derecho natural que nos presentan los juristas romanistas, con su proclamación de la libertad e igualdad económica y política de todos los hombres, aparece, como indica Giuliano Nocera, destinado a representar el papel del rey que reina pero que no gobierna⁴¹. El *jus naturale* se muestra, de este modo, como un ordenamiento jurídico inferior⁴², sin eficacia definida en la vida real. Son comprensibles estas

mientos y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil”. D. 1, 1, 5. Traducción de Álvaro D’Ors y otros, (Aranzadi, Pamplona, 1968).

³⁹ J. Ritter, ‘*Naturrecht bei Aristoteles. Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts*’ (Stuttgart, W. Kohlhammer, 1961).

⁴⁰ *Suma teológica*, I-II, q. 18, art. 9, entre otros lugares.

⁴¹ “In conclusione, ad onta delle sue radici, lunghe e antico quanto la storia del mondo degli uomini (Inst. 1,1,11); ad onta, dunque, della sua stessa identità con le leggi della vita zoologica (Inst. 1,2,pr.); malgrado il suo rango di giustizia sempiterna (D. 1,1,11); ad onta, dunque, di tutti questi elementi che pongono il diritto naturale al vertice di ogni ordinamento, distaccandolo anzi dell’operare e dal consenso degli uomini, il diritto naturale conosce, più di ogni altro diritto, le contraddizioni clamorose con la realtà”. G. Nocera, *Jus naturale nella esperienza giuridica romana*, cit., 49.

⁴² Maschi, “Il diritto naturale come ordinamento giuridico inferiore?”, en *Studi Koschaker*, (Milano, Giuffè, 1954).

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

Los juristas medievales también quisieron explicarse a sí mismos cómo era posible esta derogación cotidiana del derecho natural. Un primer razonamiento que pretende justificar la derogación parcial que había sufrido el *jus naturale*, razonamiento que recorre toda la Baja Edad Media y lo encontramos también en bastantes juristas de la Edad Moderna, es el que realiza Accursio cuando escribe que la existencia jurídicamente legitimada de la esclavitud, no supone la derogación del derecho natural, sino tan sólo que este derecho “no ha sido tenido en cuenta en este caso⁴³”. Pero, como esta explicación tenía sus desventajas, el mismo Accursio explica que el derecho natural es derogable, pero sólo en casos concretos y no en su totalidad⁴⁴. Esta última explicación llegaría a ser muy popular, y se expresaba diciendo que el único precepto inmutable del derecho natural es aquel que prohíbe que sea derogado en su totalidad⁴⁵.

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

⁴³ “Sed quod dicat esse immutabile, est contra id quod de servitute dicitur: quae est contra *jus naturale*: et tamen praevalet. Sed dic, non derogatur ob hoc, licet non servetur in illo casu nam nihilominus bonum et aequum est”. Glosa “e” a Inst. 1,2,11.

⁴⁴ Esta opinión fue mantenida por los juristas del Derecho Común desde los inicios de la Escuela de Bolonia. Irnerio dejó escrito que el *jus gentium* deroga al *jus naturale* “Non in sua corporis universitate nam in singulis alter se habet, ut servitus”. Glosa “c” a D. 1, 1, 6. Sobre este tema, vid. Rota, “Il diritto naturale come insieme di norme regolatrice della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 25 (1948), 161-162. Desde Irnerio hasta Accursio, la licitud de esta derogación parcial parece haber sido la opinión dominante. Así, Cortese, *La norma giuridica. Spunti teoretici nel diritto comune classico* (Milano, Giuffrè 1963), vol. I, 120 y ss. Los canonistas salvaron la derogabilidad del derecho natural distinguiendo tres tipos de normas dentro de este derecho: las preceptivas y las prohibitivas, que son inderogables, y, como tercer grupo, el integrado por las *demonstrationes*, que sólo recomiendan, sin ordenar ni prohibir. Vid. Weigand, *Die Naturrechtslehre der Scholastik...*, cit., 341-347.

⁴⁵ “Nec obstat quod ipsum sit immutabile. Quia illud verum in suo genere: certis autem capitulis mutatur”. Glosa “r” a D. 1,1, “De jure civili”. Cito ahora por la edición de Otto Zeller (Osna-brück, 1965), que reproduce la de Lyon de 1628.

necesarias, porque existen *propter necessitates*⁴⁶. Efectivamente, recogiendo lo que los juristas romanos habían dejado escrito sobre estos temas, la esclavitud es legítima, afirma Accursio, porque es preferible que el prisionero de guerra sea esclavizado a que sea ejecutado, y las *praescriptiones* hacen posible que las propiedades sean seguras y no estén sometidas a controversias y pleitos que se eternicen⁴⁷. En consecuencia, el *jus naturale* puede ser derogado o no ser tenido en cuenta cuando existe una causa proporcionada, y en tal caso es lícito, tanto en el fuero externo como en el interno, proceder contra lo que constituye este derecho⁴⁸.

A Pedro de Bellapertica, en el siglo XIII, no le convencieron estas razones, porque explicaba que en ella se establece una relación aritmética o geométrica (*de toto quo ad totum y de parte quo ad partem*), explicación que puede ser válida para explicar problemas físicos o espaciales, pero que, aplicada al caso del derecho, “no vale ni lo que se da como limosna”⁴⁹. Me parece, interpreto

⁴⁶ Acursio mantenía que “Si semper est bonum, quod est de iure nat., quomodo dici potest servitutem, vel usucapionem de bono publico inductum: cum hae iuris naturali sit contraria, et dictum non esse bona: si enim bonum est aliquid esse, ergo malum est ipsum non esse? Resp. Bonum est de iur. nat. omnes esse liberos, ut dominio rem suam non auferri, nulla causa extrinseca inspecta ... Si autem intellectus referas ad casus supervinientes: melius est servitutem esse, quam non esse ... Item si inspicias necessitates, quae essent, nisi usucapiones essent, melius est eas tolerari: aliter enim non posset probare dominium fere: et lites esse infinitae”. *Corpus Juris Civilis...*, cit., L. I, tit. 1, “Jus”, glosa “b”.

Azo había mantenido anteriormente que “Jura naturalia dicuntur immutabilia... nisi justa causa interveniat vel publica utilitas”. *Lectura Codicis*, 1, 22, 6, glosa “quae generalis”. Citado por Cortese en *La norma jurídica...*, cit., vol. I, 121.

⁴⁷ Vázquez de Menchaca explicaba cuatro siglos más tarde que “Quoad tertium nempe quare usucapio fuerit introducta, respondet Jureconsultus id admissum ne rerum dominia incerta essent, et ne lites essent inmortales, neque domini perpetuo timore rerum suarum amittendarum cruciantur. Sed quonam modo deducitur lites fore inmortales dominiaque; rerum est, nam principio generis humano omnia erant communia praesertim agri et campi ut est vera et communis opinio”. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venecia, 1564, cap. 51, § 9. Más adelante continúa: “Ut qui aliquid inmovile suum esse duxerit, illud probare debeat, quia contra se habet praesumptionem Juris, cumque is dicat quod jus olim erat commune, degenerasse, ad sequitur; solum in particulari pertinere coepisse, id probare necesse habet ... nisi quod ostenderet testamentum primi parentes Adami, quod copiam forte praedium aut praedia sibi relicta fuisse apparet”. Op. Cit., cap. 51, §§ 15 y 16.

⁴⁸ “*Jura naturalia dicuntur immutabilia*. Ormai in questa figura della *causa legis* vengono e cristallizzarsi motivi etici così forte da permettere il cedimento dello stesso diritto di natura, che pure concentra i più alti principi morali. Ma si comprende: nella meccanica del ragionamento medievale porre una causa valida a sostegno di un'azione significava assignare a questa una intima ragionevolezza, che non portava solo sul piano logico, ma s'inoltrava bene a fondo se quello etico: perchè ogni giustificazione razionale diveniva giustificazione del foro della coscienza”. Cortese, *La norma...*, cit., vol. I, 121.

⁴⁹ Él fundamenta su negativa en lo establecido en D. 6, 1, 7 y D. 22, 1, 25, e indica que “Ista solutio non valet unum obolum”. *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi Principis, Commentarium longè acutissimum*, Proemium, p. 107, reprint de Arnaldo Forni de la edición de 1536.

ahora, que lo que Bellapertica pretende indicar (teniendo en cuenta el contexto de su doctrina sobre la concreción del derecho natural⁵⁰) es que en unos momentos deben prevalecer las exigencias moralmente elevadas de este derecho, y en otros no: manda la oportunidad expresada en las circunstancias. En cualquier caso, el término derogación no puede ser entendido en el sentido actual.

Explicemos esto: él distingue en la *ratio* genérica creadora del derecho entre una *naturalis ratio* que expresa los principios equitativos y más abstractos del derecho natural, y otra vertiente de la razón que, sin perder enteramente de vista aquellos principios éticos informadores del derecho natural, dirige la actuación humana cuando el hombre actúa “ante las necesidades” (*propter necessitates*), que se concreta en el derecho de gentes. Una cosa es aquella primera razón, que solamente es una *participatio* de la inteligencia divina, y que debe ser llamada “lex divina” y no derecho natural, y cosa distinta es el *jus naturale*, que sería como el conjunto de las respuestas que hemos dado los hombres con toda razón a nuestras necesidades históricas, y que es el mismo entre los cristianos, los griegos y los turcos⁵¹. Este derecho cambia según las circunstancias, por lo que existe un derecho natural de presente, de pasado y de futuro⁵². El derecho natural no es derogable en el sentido que Accursio daba a este término, como si una simple parte de él pudiera perder su vigencia jurídica.

Pero estos juristas no eran lo que hoy llamaríamos unos relativistas, de modo que ellos admitieran que las circunstancias dominan por completo la vida práctica del hombre. Ellos mantenían que el derecho natural estaba relacionado de algún modo con la equidad natural, y por este hecho Accursio lo definía como aquel derecho “que siempre es bueno y equitativo⁵³”, el amigo perpetuo y real del género humano, como lo calificaba Baldo de Ubaldis, como estudiaremos más adelante. Era, pues, necesario explicar razonadamente por qué o

⁵⁰ Esta concreción y mutabilidad del *jus naturale* en los juristas las estudié en mi estudio “Historia y justicia según los juristas de formación prudencial”, en *Anuario de Filosofía del derecho* IX (1992), 351-394. Disponible en franciscocarpintero.com

⁵¹ *Petri de Bellapertica...*, cit., 75-76.

⁵² Todo depende de la *causa* y de su mutabilidad en el tiempo. Vid. *Petri de Bellapertica...*, cit., 108-110. En esta última página escribe “Aut quaeritur nunquid *jus naturale* in se possit tollere. Et tunc aut quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* futurum aut *jus naturale* iam introductum. Si quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* futurum. Dic quod sic, per consensum contrahitur naturalis obligatio ... Aut quaeritur nunquid possit tollere *jus naturale* iam introductum et tunc refert: aut quaeritur nunquid hoc potest ex causa probabili: et dico quod sic. Aut quaeritur nunquid hoc potest sine causa. Dico quod non: et sic intelligo”.

⁵³ “Quod semper bonum et aequum est”. Glosa “c” a D. 1, 1, 6.