

Persona y Derecho

*Revista de fundamentación de las
Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*

Vol. 13 - 1985

Francisco Carpintero Benítez

VOLUNTARISMO Y CONTRACTUALISMO:
UNA VISION SUCINTA DE LA ESCUELA
DEL DERECHO NATURAL

EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S. A.
PAMPLONA 1985

VOLUNTARISMO Y CONTRACTUALISMO: UNA VISION SUCINTA DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Francisco Carpintero

Una breve introducción

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

Efectivamente, la escuela del derecho natural que se desarrolla entre los siglos XVI al XIX, asumió históricamente la tarea de establecer y hacer creíbles las tesis según las cuales no existe obligación legítima que no provenga del consentimiento de las partes afectadas, y que los ámbitos en los que los hombres desarrollan su actividad —Sociedad, Estado, propiedad, familia— para ser legítimos no pueden tener otro origen y otro alcance que el que determina el consentimiento prestado por los individuos. De esta forma, aquella pretensión de legitimidad que atiende exclusivamente al hecho de que se haya prestado el propio consentimiento, quedó establecida por primera vez en la Historia en el movimiento iusnaturalista se desarrolló en la época indicada. Si tenemos esto en cuenta parece, pues, evidente que el *ius naturale* que históricamente ha existido ni es refugio para aquellos que quieren fundamentar el orden jurídico en algo más que el arbitrio de quienes componen la relación jurídica ni, por este mismo hecho, es rechazable para aquellos otros que ven en la voluntad libre de los individuos, en el *consenso* social, la única fuente admisible del Derecho.

He procedido, en el resumen que expongo a continuación, a aludir a algunas facetas de las teorías de los principales iusnaturalistas de la Edad Moderna. El hecho de centrar el estudio exclusivamente en los autores consagrados me parece un mal método, pues al proceder así se aíslan los problemas de su contexto histórico-doctrinal y la Historia aparece como una sucesión de cimas del pensamiento, surgidas poco menos que por generación espontánea. Sucede que los motivos prácticos también deben ser oídos, y lo cierto es que estamos tan acostumbrados a esta forma de exponer y estudiar la historia del pensamiento jurídico que no me ha parecido prudente modificarla en este esquema que ofrezco ahora. En efecto, las páginas que siguen son sólo el avance de una obra mayor, en preparación, y este hecho determina la estructura y las pretensiones —más bien habría que decir limitaciones— de este estudio. Ya habrá tiempo, cuando este borrador aparezca publicado *in extenso*, de modificar la forma de plantear y exponer los problemas.

Los puntos de partida de la «iuris naturalis disciplina»

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

La reacción que surgió inmediatamente, conocida como *mos gallicus*, cuyos seguidores se dedicaron al estudio filológico, histórico y sistemático del Derecho Romano, no tuvo capacidad suficiente para crear una nueva *iurisprudentia* que sustituyera a la existente hasta entonces; de hecho, el *mos gallicus* sólo ha representado un episodio, muy importante ciertamente, en la historia del estudio del Derecho Romano.

Ante el rechazo de la validez jurídica de los textos jurídicos romanos, y de la ciencia del Derecho que los estudiaba y aplicaba a la realidad social, fué necesario construir tanto una nueva ciencia del Derecho, como un nuevo Derecho, es decir, unos nuevos puntos fundadores del razonamiento jurídico. Este nuevo Derecho y esta nueva *iurisprudentia* fué conocida con el nombre de *ius naturale*, y su estudio en la Universidad constituyó la *iuris naturalis disciplina*¹. Veamos ahora las notas fundamentales de esta nueva dirección del pensamiento jurídico europeo.

Una nueva «ratio»

La primera nota puede recaer sobre la explícita intencionalidad política que se propusieron los autores iusnaturalistas,

1. El lector puede encontrar una exposición más completa de esta génesis del derecho natural en F. CARPINTERO, «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el *Humanismo jurídico racionalista*, en «*Ius Commune*», VI (1977) págs. 150 y ss.

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

De la tradición jurisprudencial anterior tomaron, como punto de partida, la idea del hombre aislado y libre, que vive en «estado de naturaleza»; estos hombres se unirán, en sus doctrinas, de forma mecánica, impulsados por sus necesidades, y la naturaleza del cuerpo político y jurídico que formarán dependerá de las ideas jurídico-políticas de cada autor. Lo que interesa destacar ahora, es el empleo, por parte de estos iusnaturalistas, del método analítico-sintético a la hora de construir su doctrina jurídico-política; efectivamente, primero disgregan la sociedad en sus elementos atómicos, los individuos, y en un segundo momento recomponen la sociedad humana atendiendo a las exigencias que ellos atribuyen a la naturaleza de estos individuos. Esta forma de proceder lleva implícita, y exige, una nueva concepción de la razón humana, al menos si la comparamos con la de la Edad Media; la *ratio* de los iusnaturalistas de la Edad Moderna, a causa del uso continuado del método resolutivo-compositivo, se presentó a lo largo del siglo XVII como más mecánica que la razón jurídica anterior, y con un afán de coherencia entre las distintas consecuencias que derivan de sus primeros postulados, que sólo puede ser explicada por la adopción, consciente o no, de la idea de *sistema*. La razón jurídica de esta escuela aparece, pues, como un mecanismo sistemático que presenta fuertes analogías con un procedimiento aritmético o matemático. En este sentido, escribía Hobbes que «Cuando un hombre razona no hace sino concebir una suma total por adición de parcelas, o concebir un resto por sustrac-

ción de una suma en relación con otra. Pues la razón no es sino cálculo»². Del mismo modo, «Por filosofía se entiende —sigue escribiendo Hobbes— el conocimiento adquirido por razonamiento desde el modo de generación de cualquier cosa a las propiedades, o desde las propiedades a algún modo posible de generación de lo mismo»³.

Si centramos nuestra atención no tanto en las facetas externas del nuevo razonamiento jurídico de la Edad Moderna, sino en la estructura o presupuestos internos de esta razón, y nos preguntamos por los instrumentos que la hacían avanzar desde sus primeros postulados a las conclusiones concretas, constatamos que la regla de oro que todos emplean es una difusa idea utilitarista, que les guía en el momento de recomponer la sociedad o, simplemente, a la hora de demostrar o fundamentar los postulados desde los que construyen. Es preciso tener en cuenta que conforme madura la escuela iusnaturalista, se vuelve más imperiosa la necesidad de demostrar racionalmente la necesidad o la conveniencia de lo que propone cada autor; todavía Vázquez de Menchaca o Grocio, que formarían como la primera generación metódica del iusnaturalismo, proceden externamente de forma similar a la de algunos juristas del siglo XVI, y por este motivo son frecuentes las citas y remisiones al *Corpus Iuris* y a otros juristas, que les sirven para fundamentar por vía de autoridad lo que ellos están proponiendo. Pero el argumento de autoridad pierde valor conforme avanza el siglo XVII, o bien conforme aumenta la capacidad filosófica de cada iusnaturalista, y ello explica que Pufendorf, al tratar del derecho de propiedad, indique que todo lo que él expone «no se fundamenta en la autoridad del derecho civil, sino que fluye de la misma razón natural»⁴. En consecuencia, para fundamentar una opinión fue preciso mostrar su intrínseca necesidad y, a este fin, el argumento más usado fue recurrir a la utilidad que proporciona la solución propuesta. Con independencia de la condición de jurista

2. *Leviatán*. Traducción de A. Escotado. Madrid, 1980, págs. 148-149.

3. *Leviatán*, cit., pág. 700.

4. *De Iure Naturae et Gentium libri octo*. Ed. de 1688, Libro IV, capítulo VII, § 9.

o filósofo, en todos estos autores está omnipresente lo que imprecisamente podríamos llamar el «principio utilitarista», y éste podría ser otro rasgo que diferenciara la razón jurídica moderna de la ciencia del derecho anterior⁵.

Al final de la era iusnaturalista, en el siglo XVIII, el *ius naturale et gentium* pierde esta estructura argumentativa y se puede observar en Christian Wolff, por ejemplo, como la escuela del derecho natural llega a un manierismo que se caracteriza por no demostrar casi nada y abusar del principio de autoridad; así, las obras de Wolff que tratan del derecho natural y del derecho de gentes están compuestas a modo de catecismos, con capítulos o párrafos muy breves, en los que se exponen las opiniones como si fueran verdades evidentes, y los únicos puntos de apoyo de lo expuesto están constituídos por numerosas remisiones a otras obras de este mismo autor, o a otros lugares del mismo libro. De la misma forma que sucedió con el «mos italicus», la etapa final de iusnaturalismo presenta una notable falta de vigor creativo y un abuso del principio de autoridad. Pero estas observaciones sólo es lícito referirlas al *ius naturale et gentium* en su momento final, y apenas afectan a esta escuela a lo largo de los siglos XVI y XVII.

Por lo demás, seguir caracterizando la *ratio* de estos autores es muy problemático, y la empresa ofrece un ancho margen a la imaginación de cada investigador. Externamente, este nuevo curso de la razón jurídica presenta una apariencia similar a lo que caractericé en estudios anteriores como «Humanismo jurídico»⁶, con algunas variantes según cada autor y con la radical excepción de Thomas Hobbes, que procede de forma completa-

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

6. Cfr. «*Mos italicus*», «*mos gallicus*»..., cit., págs. 135 y ss.

mente distinta a la de sus otros compañeros de escuela que, como Vázquez, Grocio o Pufendorf, eran más juristas.

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

Las bases antropológicas

Si situamos los orígenes de esta escuela hacia mediados del siglo XVI, poco encontraremos que contenga una visión global, o filosófica, del hombre. Vázquez sigue una confusa doctrina, extendida por toda la jurisprudencia de la Baja Edad Media, según la cual los hombres habrían vivido una primera etapa conocida como «status naturae» antes de formar una sociedad política: «Yo entiendo que han existido tres épocas. En la primera, al comienzo del mundo, no existían gobernantes, ni jueces, ni magistrados, ni leyes escritas. En la segunda existieron gobernantes...»⁷. Este período supuestamente histórico es entendido por los autores de esta época como una «aetas aurea»⁸ que es descrito por algunos autores como un estado idílico⁹ en el que tampoco existían propiedades¹⁰ ni matrimo-

7. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*. Venetiis, 1559, capítulo 70, § 5.

8. Cfr. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum...*, cit., cap. 31, § 42. Andrés de Exea, *Liber pactorum unus*. Lyon, 1542, pág. 119.

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

10. Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, cit., págs. 119-120. Vázquez de Menchaca, *Controversiarum...*, cit., cap. 6, § 8. Diego de Covarrubias, *Relectio super cap. Alma Mater, sub titulo de sententia excommunicanda*. Salamanca, 1577, tercera parte, al comienzo, § 5.

nios¹¹, y en el que todos los hombres eran igualmente libres porque no existía la esclavitud¹². Al no existir ningún derecho humano, todos los hombres se regían únicamente por el derecho natural¹³ que, como explica Francisco Connanus, es el derecho del hombre solitario¹⁴.

Esta edad de oro hubo de tener un final, y cabe preguntarse por qué abandonó el hombre el «status naturae», en el regía solo el derecho natural, y creó el derecho positivo humano. Al contestar a esta cuestión, Connanus proporcionó dos soluciones no muy congruentes entre sí; la primera era la tradicional entonces, y consiste en afirmar que los hombres se corrompieron, por lo que a la etapa en que regía el derecho natural siguió una «peior aetas, quam vocaverunt ferream»¹⁵. Pero, por otra parte, afirma que la creación de la sociedad fué el resultado de la ampliación de los lazos que unen a los hombres entre sí: «La primera sociedad que hubo fué el mismo matrimonio, la segunda la de los padres con los hijos». Posterior y progresivamente, mediante las «cognationes, affinitatibus, amicitiiis, vicinitatibus et commercia», que los concibe a modo de escalones precisos a través de los cuales se ha constituido la sociedad, fué preciso crear el cuerpo político en el que se promulgan leyes y se administra justicia¹⁶.

El iusnaturalismo posterior recogió estas ideas, abundantes en la literatura jurídica del siglo XVI. Así, Grocio hablará de un «status naturae» en el que los hombres no estaban aún corrompidos; por los vicios y corrupciones de los hombres desapareció este estado —escribe Grocio— y el símbolo de esta nueva corrupción fué la torre de Babel; con él acabó la «com-

11. Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 317. Vázquez, *Controversiarum...*, cit., cap. 4, § 2. Connanus *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 6, § 10.

12. Cfr. Vázquez, *Controversiarum...*, cit., cap. 82, § 1. Covarrubias, *Relectio super Regulis peccatum*. Salamanca, 1578, § 11, Núm. 3. Connanus, *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 5, §§ 6-8. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 118.

13. Cfr. Exea, *Liber pactorum...*, cit., pág. 199. Vázquez, *Commentariorum...*, cit., L. I, cap. 4, § 4.

14. Cfr. *Commentariorum...*, Cit., L.I, cap. 5, § 1.

15. Cfr. *Commentariorum...*, Cit., L.I, cap. 5, §§ 6-7.

16. Cfr. *Commentariorum...*, Cit., L.I, cap. 5, § 1.

munis omnium possessio» y se introdujeron las propiedades debido al aumento del número de hombres y de ciudades¹⁷; pero Grocio no va más allá de estas declaraciones, y es preciso esperar a las obras de Hobbes y Pufendorf para encontrar una doctrina más precisa.

Pufendorf explica extensamente las bases antropológicas de que él parte en el capítulo 3 de su «De Iure Naturae et Gentium». Explica aquí que el hombre necesita de reglas para dirigir sus acciones, pues es un animal racional; es costumbre designar al conjunto de estas reglas como *ius naturae*. El punto de partida que se ha de considerar al estudiar el derecho natural es el amor que todo hombre siente por sí mismo, pues somos animales extremadamente deseosos de nuestra propia conservación, pero incapaces de existir sin la ayuda de nuestros semejantes, porque el poder que tiene el hombre, individualmente considerado, de conservarse a sí mismo es mínimo, sobre todo si pretende llevar a una vida confortable. A este respecto, hay que tener en cuenta que todos los hombres somos iguales naturalmente¹⁸ y esta igualdad, unida a la naturaleza deficiente del hombre, provoca, sobre todo, ansiedad¹⁹, cosa que se ve agravada porque antes de constituir una sociedad no existen jueces ni árbitros ni hay, en consecuencia, castigo para los criminales²⁰. Esto le lleva a concluir que el hombre aislado lleva una vida miserable²¹.

Esta «imbecillitas» del hombre determina la vocación humana hacia la sociedad y hacia el bien común de esta sociedad, a pesar de que los hombres somos seres maliciosos, petulantes, irritables, dados a desconocer los derechos ajenos. De esta necesidad de la sociabilidad, Pufendorf extrae la regla fundamental del derecho natural: cada hombre, en la medida en

17. *De iure belli ac pacis libri tres*. Amstelodami, 1651, L. II, cap. 2, § § 1-3.

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

19. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. VII, cap. 1, § 7.

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

21. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. VII, cap. 8, § 1.

que él pueda, debe cultivar y defender la sociabilidad con los demás, lo que es algo perfectamente concorde con la naturaleza y fin de la raza humana²². Consecuentemente, todo lo que favorece la sociabilidad viene ordenado por el derecho natural, y todo lo que la entorpece o destruye está prohibido por este derecho, «y esta forma de fundamentar el derecho natural —escribía esta autor— no es sólo la más clara, sino también la que la mayor parte de los doctores reconoce como la más adecuada».

Más completo y extenso fué, en cambio, Hobbes. El inglés parte de la idea de que «la felicidad de esta vida no consiste en el reposo de una mente satisfecha, porque no hay ese *finis ultimus* ni ese *summum bonum* que resulta mencionado en los libros de la vieja moral... La felicidad es un continuo progreso del deseo desde un objeto a otro, donde la obtención del anterior no es sino camino hacia el siguiente... Por esto, sitúo en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte... La competición por riquezas, honor, mando u otro poder inclina a la lucha, a la enemistad y la guerra; porque el camino de todo competidor para lograr su deseo es matar, someter, suplantar o repeler al otro»²³. A esta capacidad que naturalmente poseemos los hombres para alcanzar la felicidad, así entendida, la llama Hobbes confusamente *ius*, es decir, «derecho»²⁴, «y mientras persista este derecho natural de todo hombre a toda cosa no puede haber seguridad para hombre alguno por muy fuerte o sabio que sea». El estado de naturaleza es, por tanto, «un tiempo de guerra, en el que cada hombre es

22. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. II, cap. 3, § 15.

23. *Leviatán*, cit., págs. 199-200.

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

enemigo de todo hombre... En tal condición no hay lugar para la industria, porque el fruto de la misma es inseguro. Y, por consiguiente, cultivo de la tierra; ni navegación, ni uso de los bienes que pueden ser importados por mar, ni construcción confortable... ni artes, ni letras, ni sociedad; sino lo que es peor que todo, miedo continuo y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta»²⁵. Ante este estado de cosas, la única salida es someterse a la *lex* fundamental de la naturaleza humana, que es un dictamen de la razón que ordena que «todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espera obtenerla»²⁶.

Ciertamente, no fueron las ideas de Hobbes las que triunfaron históricamente. Casi un siglo después de él, Christian Wolff, en quién podemos ver convencionalmente la culminación de la escuela del *ius naturale*, asume ideas similares a las de Pufendorf e indicaba que todos los hombres somos, por derecho natural, iguales y que, en consecuencia, nadie posee más derechos que cualquier otro, ni puede ser considerado como superior; de esta tesis extrae la consecuencia de que atendido el derecho natural, ningún hombre está sometido naturalmente a la voluntad de otro²⁷. Débilmente añade que la naturaleza misma instituyó la sociedad y obliga a los hombres a hacer vida social, y que esta obligación debe tenerse por necesaria e inmutable.

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

Hemos visto en las páginas anteriores que el hombre, considerado «naturalmente», es un ser aislado que no vive en sociedad; como esta afirmación choca frontalmente con lo que la

25. *Leviatán*, cit., cap. XIII, al final. Pág. 224 de la edición citada.

26. *Ibidem*.

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

experiencia enseña que el hombre es, tal como lo conocemos, todos los iusnaturalistas afrontaron la empresa de explicar cómo se ha constituido la sociedad humana. Quizá sea necesario advertir que su propósito común, en este tema, no es el de hacer filosofía antropológica; la intención que les guía es, ante todo, política, y esto explica que centraran sus esfuerzos tendentes a explicar la sociabilidad humana en la explanación, casi exclusiva, de cómo puede constituirse una comunidad política con un poder que deba ser considerado legítimo.

La idea unánime entre estos autores es que la comunidad política se ha constituido mediante un contrato celebrado entre los hombres; los hombres aislados decidieron en un determinado momento supuestamente histórico celebrar un pacto por el que renunciaban a parte de su libertad para entrar en un cuerpo social que les garantizaba mayor seguridad y comodidad. Esta idea del pacto o contrato social está presente en todos los tratadistas del derecho natural de la Edad Moderna, y debe ser considerada como una pieza clave para caracterizar esta nueva forma de la razón jurídica frente a la jurisprudencia anterior; no se trataba, ciertamente, de un idea nueva en la literatura jurídico-política; los autores medievales la formularon frecuentemente²⁸ pero, a diferencia de los iusnaturalistas modernos, no hicieron de ella un quicio decisivo de su construcción jurídica.

La idea medieval de un contrato del que ha tomado origen la comunidad política se abre paso en la literatura el *ius commune* a mediados del siglo XVI, en medio de resistencias y polémicas; los juristas y teólogos formados en una mentalidad

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

aristotélica acerca del origen y fundamento del poder político no la aceptaron por razones obvias, y su actitud puede quedar resumida en una frase de Diego de Covarrubias: «Regia potestas caeterorumque principum civilis auctoritas non hominum est inventa»²⁹. En esta época, en la que ya se había fortalecido enormemente la autoridad real y algunos publicistas y juristas pugnaban por hacer creer que ésta provenía directamente de Dios, la doctrina del contrato social encontró también enemigos entre los que defendían el origen divino de los reyes³⁰. Una ojeada a la literatura jurídico-política del siglo XVI muestra que los adversarios de la doctrina del contrato social no sospechaban que se estaban enfrentando al nacimiento de un mito que moldeará la jurisprudencia europea durante los siglos siguientes.

El inicio de este mito en la Edad Moderna podemos situarlo una vez más en Fernando Vázquez de Menchaca; Vázquez suele aducir, al tocar este tema, el antiguo brocardo que reza: «Principatus politicus ex solo populi consensu», con el que quiere aludir tanto al fundamento de la legitimidad del poder del gobernante como a la formación originaria de la comunidad política³¹. Esta, efectivamente, es un «societas» formada mediante un contrato que da como resultado «una sociedad de buena fe formada con el fin de que cada uno pueda llevar una vida más segura y provista de toda comodidad»³².

El iusnaturalismo posterior siguió decididamente este camino. Hobbes dedicó el capítulo XIV de su *Leviatán* a explicar cómo la razón aconseja a los hombres renunciar a buena parte de sus derechos, es decir, a las facultades, o libertades que naturalmente puede ejercer, para transferírselos a una sola persona; la renuncia a los derechos naturales se realiza mediante

29. *Practicarum quaestionum liber unus*. Salamanca, 1578, cap. 1, pág. 6. Martín de Azpilicueta llegaría a decir que «Regnum et regiam potestatem qui dicunt esse contra iura naturae insaniant». Cfr. *Relectio super cap. Novitate de iudiciis*. Lyon, 1595, Notabile III, tomo II, pág. 112.

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

31. Vid. F. CARPINTERO, *Del Derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Salamanca, 1977, págs. 130 y ss.

32. *Controversiarum...*, cit., cap. 13, § 2.

un contrato, como extensamente expone. Pufendorf dedicó buena parte del libro VII de su obra principal a este mismo tema; el desamparo del hombre aislado, explicaba este autor, le lleva a constituir un cuerpo político a fin de obtener seguridad ante las transgresiones de sus derechos³³, y la constitución de la comunidad política se hace mediante un doble contrato³⁴. Wolff indicó reiteradamente que la sociedad humana nace con un contrato entre los hombres³⁵ y el poder del estado tomó origen en tal contrato³⁶.

La finalidad del cuerpo social formado mediante pactos

En la primera etapa de la vida de la escuela del derecho natural no se puede observar una finalidad única que determine la naturaleza y contenido de la teoría de cada autor, es decir, de aquellos cuerpos políticos que ellos diseñaron basándose en el contrato social; en este sentido, Fernando Vázquez, siguiendo ideas que son frecuentes en la literatura jurídico-política bajomedieval, asigna diversas finalidades al organismo que han creado los hombres, que se resuelven en definitiva en la *tuitio, defensio, custodia et providentia* de los ciudadanos³⁷. Sin embargo, el propósito último de toda su obra lo expone claramente al comienzo mismo de su libro más conocido, las «Controversias

33. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. VII, cap. 1, § 7.

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

35. Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 836. Aquí indica que «*Die Gesellschaft (societas) überhaupt ist ein Vertrag*».

36. Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 976. «*Da aus dem Vertrage, wodurch ein Staat errichtet wird, die Verbindlichkeit entsteht*». Cfr. *op. cit.*, § 976.

37. *Controversiarum...*, cit., cap. 43, § 10.

ilustres»: defender los *iura naturalia* que en todas partes se ven desconocidos. De esta forma, el iusnaturalismo nace con un propósito jurídico-político concreto: defender frente al sistema jurídico y político dominante hasta entonces una nueva visión de la finalidad de la comunidad política que se concreta fundamentalmente en la afirmación de la igual libertad de todos los hombres³⁸ en el marco de una visión fundamentalmente individualista³⁹.

Grocio, en cambio, se limitó con destacar el origen contractual del poder político, y no vinculó su doctrina jurídica a ninguna forma especial de gobierno: «Populus eligere potest quem vult gubernationis formam»⁴⁰. La falta de unos presupuestos antropológicos precisos se hizo notar en la obra del holandés y, en un plano más concreto, es bien conocido que Grocio fué un decidido defensor del poder absoluto del Monarca que surge en la práctica política de la Edad Moderna.

La bandera del absolutismo estuvo, sin embargo, en las manos de Hobbes. A lo largo del capítulo XIV del *Leviatán* expone los fundamentos de su doctrina jurídico-política: la *lex* es una categoría de sometimiento que impone la razón, que acaba definitivamente con la libertad natural, o *ius*, del hombre. La misión del cuerpo político creado por consejo de la ley natural es conseguir seguridad en la vida a cambio de una cesión de todos los derechos de los ciudadanos —que ahora deben ser llamados «súbditos»— al Soberano; en un primer momento explica que los únicos derechos a los que no renuncian los ciudadanos al concluir el contrato son el derecho a la vida, a la integridad física y el de no soportar prisión injustamente; todos los demás quedan en manos del príncipe. Pero en el conjunto de su doctrina

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

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

40. *De iure belli...*, cit., L. I, cap. 3, § 8. Esta idea de Grocio lleva a diversos autores a pensar que la teoría del holandés justifica cualquier forma de gobierno, incluso la tiránica. Cfr. a este respecto a F.J. Stahl, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid, 1894, trad. de E. Gil y Robles, pág. 219, y G. Del Vecchio, *Los Derechos del Hombre y el contrato social*. Madrid, 1914, pág. 157.

Hobbes legitima cualquier forma de dominio político despótico, sin limitación alguna en absoluto a pesar de las salvedades hechas en el capítulo XIV del Leviatán al que acabo de referirme. Efectivamente, Hobbes mantiene que el poder político, y todas y cada una de las actuaciones concretas de este poder, se fundamentan siempre en la voluntad de los súbditos, porque éstos, voluntariamente, han creado el soberano que ahora les gobierna; en consecuencia, la responsabilidad por las actuaciones del gobernante sólo puede recaer sobre los sometidos a él, es decir, sobre los ciudadanos y, por tanto, éstos son los responsables de todas las medidas que tome sobre ellos el poder público. Esta explicación le sirve a Hobbes para mantener que todas las decisiones que tomen los súbditos mediante el Soberano son siempre justas, pues serán medidas que, en definitiva, tomarán los ciudadanos sobre sí mismos, y es evidente que nadie se causa injusticia a sí mismo; en consecuencia, aún cuando del soberano dictara una sentencia de muerte arbitraria contra un súbdito, ésta no puede ser injusta⁴¹. De forma consecuente con esta explicación de la realidad jurídica, explicaba el inglés que la libertad de los súbditos consiste únicamente en poder hacer libremente aquellas cosas sobre las que no ha dispuesto ya el soberano⁴².

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

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

42. *Leviatán*, cit., cap. cap. XXI, pág. 302.

derecho natural; en este sentido, y para acallar anticipadamente cualquier reclamación que pretenda fundamentarse en el derecho natural contra la actuación del soberano, Hobbes indicaba que todo lo que realiza el soberano bajo forma de ley es, ella misma, una ley natural⁴³. De forma consecuente con esta premisa, mantiene que ninguna ley puede ser injusta⁴⁴.

Pufendorf, en cambio, polemizando expresamente contra Hobbes, mantuvo que los hombres no renuncian a todos sus derechos al formar la sociedad⁴⁵. Al contrario, uno de los fines de la sociedad que los hombres han creado mediante los contratos es el aseguramiento del ejercicio de los derechos naturales que ya poseían antes de entrar en sociedad⁴⁶; de esta forma, el derecho natural no sólo no desaparece con la creación de la sociedad sino que, precisamente, el fin fundamental de ésta es la protección de los *iura naturalia*. Por lo demás, explicaba esta autor, los hombres, llevados por su *imbecillitas* cuando vivían aisladamente, crearon la sociedad impulsados por su instinto de sociabilidad, porque solamente en ella es posible hacer realidad debidamente la seguridad, el honor, etc... que son también fines del derecho natural; éste, concluye Pufendorf, no puede ser observado adecuadamente sin soberanía civil⁴⁷. Con respecto a la forma política concreta que ha de revestir el poder político, Pufendorf entendía que si unos hombres dotados de igual libertad desean unirse en un cuerpo social, lógicamente desearán resolver sus asuntos en un consejo común y, por tanto, establecerían una democracia⁴⁸. Si el gobernante degenera en tirano, es decir, si no hace posible con su actuación el ejercicio de los

43. Cfr. *Leviatán*, cit., cap. XXVI, págs. 349.

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

45. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. III, cap. V, § 4.

46. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. VIII, cap. I § 2.

47. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. III, cap. I, § 2.

48. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. V, cap. V, § 7.

derechos naturales, el pueblo puede lícitamente resistirle, destituirle de su soberanía y castigarle⁴⁹.

Christian Wolff siguió un camino parecido al de Pufendorf. El entendía que todos los hombres poseen unos derechos innatos (*angebörne Rechte*) que les vienen dados por la naturaleza⁵⁰. Aunque este autor mantiene que sólo son derechos perfectos (*vollkommen*) las leyes «civiles» (*die bürgerliche Gesetze*) porque éstas son las que poseen la posibilidad de hacer cumplir coactivamente⁵¹, atribuye —en cierta contradicción con sus afirmaciones anteriores— a estos *angebörne Rechte* el carácter de derechos «perfectos», con lo que subraya la plenitud de los derechos innatos⁵². La existencia y el respeto de tales derechos es el punto de partida de toda su construcción jurídico-política, ya que la sociedad creada contractualmente tiene como fin fundamental hacer posible la *tranquillitas vitae* que surge de la protección de los propios derechos, y en tal protección consiste el bien común de la sociedad⁵³. En consecuencia, el respeto de estos derechos es el límite constante —al mismo tiempo que la razón de ser— de la actividad del poder público⁵⁴. Wolff no enumera estos derechos, pero tiene muy presente que la ley positiva que restrinja innecesariamente la libertad es una ley contraria a la *natürliche Verbindlichkeit*, es decir, al derecho natural⁵⁵; de esta forma, su doctrina jurídica adquiere un marcado matiz liberal, y el individualismo propio de esta actitud llega en Wolff a una medida máxima cuando explica que la justicia consiste en aquella virtud por la que cada cual defiende su derecho⁵⁶.

49. Cfr. *De Iure Naturae...* cit., L. VII, cap. VIII, §§ 5-9.

50. Cfr. *Grundsätze...*, cit., cap. 47. Vid. Bachmann, *Die naturrechtliche Staatslehre...*, cit., págs. 115-118.

51. Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 80. Cfr. también *Ius Gentium methodo scientifica pertractatum*. Frankfurt-Lipsiae, 1764, § 191.

52. Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 81.

53. Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 972. Bachmann dedica amplia atención a este tema en *Die naturrechtliche Staatslehre...*, cit., págs. 219-245.

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

55. Cfr. *Ibidem*.

56. Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 85.

La mentalidad pactista

El contrato que da origen a la sociedad política no es en estos autores un simple momento más de su construcción jurídico-política: este contacto es el punto ideal de referencia del *sistema* jurídico que proponen que, como todo punto básico de una totalidad sistemática, pretende determinar todas las realidades posteriores; de esta forma las construcciones iusnaturalistas, tanto cuando versan sobre el derecho público, como privado, como sobre la comunidad internacional, progresivamente fueron siendo moldeadas sobre el postulado de una pluralidad de hombres que pactan libremente.

Esta exigencia estuvo presente desde los orígenes mismos de la escuela: «¿Estos ciudadanos, antes de someterse voluntariamente al príncipe, acaso no eran libres sin estar sujetos ni ligados a mando o dominio alguno?», escribía Fernando Vázquez en 1559⁵⁷. Este podría haber sido el grito de guerra del iusnaturalismo moderno, que lo remata wolff doscientos años más tarde cuando explica que nadie puede adquirir o perder derechos contra su voluntad⁵⁸.

Efectivamente, los juristas anteriores entendieron que la jurisprudencia consiste en descubrir, o desvelar, un orden que ya existe y que es relativamente independiente de la voluntad humana. En el iusnaturalismo, en cambio, se fué imponiendo la idea según la cual el derecho consiste en un juego de voluntades libres que chocan entre sí y que libremente pactan; el derecho perfecto, es decir, la obligación que realmente vincula —a diferencia del derecho simplemente natural, que sólo expresaría una vinculación moral o una inclinación hacia algo⁵⁹—

57. *Controversiarum...*, cit., cap. 4, § 3.

58. Cfr. *Grundsätze...*, cit., § 100.

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

sólo puede originarse de un acuerdo entre los interesados, y esto lo reconocemos con toda claridad en Wolff cuando escribe que «nadie puede obligarse perfectamente con otro sino prometido, es decir, mediante pactos»⁶⁰. En consecuencia, todo el derecho tiene un origen y una estructura voluntaria y pacticia; ya es revelador que Wolff conciba el íntegro Derecho de Gentes, expresión que en siglo XVIII quiere decir Derecho Internacional, como fundamentado únicamente en la voluntad de las partes contratantes⁶¹.

Consecuentemente con esta visión de los fundamentos últimos del derecho, las leyes sólo pueden surgir mediante un acuerdo mutuo de los ciudadanos. Fernando Vázquez se refería frecuentemente a ellas llamándolas «*communis reipublicae sponsio*», y explicaba que «así como un contrato es el acuerdo de dos o más individuos sobre un mismo asunto, la ley es el consentimiento de muchos ciudadanos en una misma voluntad»⁶². Anteriormente, desde otros presupuestos antropológicos y filosóficos distintos, se había entendido que la ley consistía en una recta voluntad del que cuida de la comunidad política, cuya fuerza obligatoria nace de la absoluta necesidad para los hombres de convivir políticamente, lo que podemos interpretar como un esfuerzo por resaltar los condicionamientos objetivos que nacen de la naturaleza de las cosas. Frente a ella se sitúa la doctrina triunfante con el iusnaturalismo, que coloca la fuente del derecho en la voluntad de las personas que se van a ver afectadas por las leyes. En esta escuela las leyes quedan, pues, como una modalidad de aquella única realidad que constituye la fuente de toda vinculación jurídica: los pactos y contratos⁶³.

60. «... nemo autem sese alteri perfecte obligare potest nisi promittendo, consequenter per pacta». Cfr. *Ius Gentium...*, cit., § 74.

61. «*Ius Gentium positivum dicitur, quod a voluntate Gentium ortum trahit. Quamobrem cum facile pateat, Ius Gentium voluntarium, pactitium et consuetudinarium a voluntate Gentium ortum trahere; Ius istud omne ius Gentium positivum est. Et quoniam porro patet, Ius Gentium voluntarium nisi consensu Gentium presunto, pactitium expresso, consuetudinarium tacitum*». Cfr. *Ius Gentium...*, cit., § 23.

62. *Controversiarum...*, cit., cap. 2, § 23. La misma idea la encontramos en *De Successionibus et ultimis voluntatibus libri IX in tres tomos divisi*. Coloniae, 1612, 2, 1, Praefatio, § 86 y 2,3,30, § 86.

63. Thomasius se hacía eco de esta mentalidad cuando escribía: «*Cadit et alia doctrina, ius omne esse ex pacto*». El la rechazaba porque antes que los pactos existen unos derechos naturales innatos, y porque el fundamento último de la validez y

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

Este individualismo jurídico radical en torno a los fundamentos últimos del derecho se muestra con toda claridad en Hobbes. En efecto, el inglés destruye deliberadamente cualquier relación objetiva que pudiera servir para fundamentar una obligación jurídica; en este sentido escribe que «Bueno y malo son nombres que significan nuestros apetitos y aversiones, que son diferentes en los distintos caracteres, costumbres y doctrinas de los hombres... el apetito particular es la medida del bien y del mal»⁶⁴. Evidentemente, desde estos postulados se hace imposible hablar de una justicia o injusticia que esté por encima de las voluntades de los hombres; Hobbes retoma el tema, de forma plenamente coherente con la posición central que esta escuela atribuye al pacto como fuente de todo derecho y obligación, indicando que «cuando se ha celebrado un pacto, entonces romperlo es injusto, y la definición de justicia no es otra cosa que el cumplimiento del pacto»⁶⁵. Poco antes había preparado algunos fundamentos para esta nueva visión de la justicia al escribir que «merecer», es decir, hacerse acreedor a un derecho, no es otra cosa que el cumplimiento de un pacto y por ello, «De

eficacia de los pactos exige un orden jurídico que obligue a cumplir tales pactos. Cfr. *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta*. Hallae et Lipsiae, 1718, Cap. V, § 27.

64. *Leviatán*, cit., cap. XV, págs. 253-254.

65. *Leviatán*, cit., cap. XV, pág. 240.

aquel que cumple el primero en el caso de un contrato se dice que merece aquello que ha de recibir por el cumplimiento del otro, y lo tiene como debido... pues en el contrato merezco en virtud de mi propio poder»⁶⁶.

El autor, sin embargo, que mayor interés reviste para nosotros a la hora de mostrar la íntegra naturaleza contractualista del Derecho es Samuel Pufendorf; Hobbes, ciertamente, es en este sentido todo lo radical que permite la dialéctica de la razón, pero el inglés representa para la historia posterior un cuerpo extraño a causa de la total inaplicabilidad de sus teorías. El autor, empero, que cumplió, entre otros, la misión de catapultar la carga individualista y pactista, propia de la escuela del derecho natural, a épocas posteriores fué Samuel Pufendorf, en mayor medida que los restantes compañeros de escuela. Para mostrar la estructura de la aportación de Pufendorf es preferible momentáneamente abandonar el estudio de su *De iure naturae et gentium* y tomar otra obra suya, el *De Officio hominis et civis secundum legem naturalem libri duo*, publicada unos años después de aquella y presentada por el mismo Pufendorf a modo de resumen del extenso *De iure naturae et gentium*.

En efecto, el *De Officio* comienza aludiendo a las cuestiones típicas en Pufendorf: que es la ley; naturaleza de la voluntad divina, no atada por ningún tipo de naturaleza de las cosas; el doble fundamento de la vinculatoriedad de la ley natural, a saber, su utilidad para nosotros y el hecho de estar mandada por Dios; la derivación del derecho natural desde el principio de la sociabilidad; la igualdad de todos los hombres y, finalmente, los deberes de beneficencia. A partir de aquí acaba la exposición del «derecho natural», que queda reducido al tratamiento teórico de las cuestiones más generales para un iusnaturalista de aquella época; lo que sigue, es decir, la inmensa mayor parte del tratado, ya no consiste en una exposición de los preceptos concretos de la ley natural, sino en orientaciones prácticas que tienden a mostrar que los derechos que usamos los hombres han de provenir de nuestra propia libertad o voluntad, es decir, han de ser creados mediante pactos.

66. *Leviatán*, cit., cap. XIV, págs. 233-234.

Efectivamente, en el capítulo IX del libro I de esta obra anuncia que «Desde las obligaciones absolutas hasta las hipotéticas es preciso un tránsito por medio de pactos intermedios, puesto que todas las obligaciones, excepto las ya enumeradas, presuponen un pacto expreso o tácito. En este lugar, por tanto, trataremos de la naturaleza de los pactos y de todo aquello que es preciso observar en su celebración»⁶⁷. Es preciso reparar en que la única obligación a que se ha aludido anteriormente es la de la sociabilidad que ha de existir entre los hombres, obligación, por lo demás que no es fundamentada tanto en un precepto de la ley natural como en una argumentación pragmático-utilitarista muy similar a la de Hobbes ⁶⁸.

Así pues, todo el ordenamiento jurídico ha de construirse sobre pactos. «Es suficientemente manifiesto —escribe Pufendorf— que son necesarios los pactos entre los hombres. Para que se difundan ampliamente las obligaciones de humanidad hacia la vida humana, es suficiente con que los hombres pacten sobre aquello que ellos perciben como beneficioso, y esta sola fuente es suficiente. Porque no hay nadie que, de la sola idea de la humanidad, aunque él tenga una mente excelente, pueda deducir todo lo que es preciso... Así pues fué necesario para los hombres convenir entre sí sobre las cosas que se deben unos a otros, y que proceden de la sociabilidad; porque desde la sola ley de la humanidad no se pueden deducir. Además, ya establecí anteriormente que tanto aquello que alguien debe dar a otro, como aquello otro que puede exigir de él, debe ser hecho por promesas y pactos»⁶⁹.

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

68. Vid *De officio...*, capitulos I a VI.

69. «Fuisse autem necessarium pacta inter homines ininive, satis manifestum est. Quanquam enim officia humanitatis late sese per vitam humanam diffundant, haud quidquam tamen ex eo solo fonte deduci omnia possunt, quae hominibus ab se invicem utiliter percipere licebat. Nam neque quibus ea est ingenii bonitas, ut omnia quibus aliis prodesse possunt, ex sola humanitate velint praestare citra exploratam spem paria recipiendi... Igitur, ut mutua inter homines officia, qui fructus est socialitates, eo crebrius et ed certas velut regulas exerceanur, neces-

Quiere decir esto que las digresiones de Pufendorf acerca de la sociabilidad —que es lo único que suele aparecer, normalmente, en los tratados de historia del pensamiento jurídico o de Filosofía del derecho— son inoperantes; cumplen solamente la función de actuar a modo de preludeo que suaviza lo que vendrá después. De forma consecuente con la ya visto, Pufendorf expone a continuación su teoría sobre la propiedad y los precios, que también se fundamentan en convenciones de los hombres⁷⁰. En el *Liber secundus* vuelve al tema, tan querido por los iusnaturalistas, del origen de la sociedad, de la democracia, y de los pactos internacionales dentro del tratamiento del Derecho internacional; queda claro que absolutamente todo el sistema jurídico ha de ser construido sobre la base de hombres libres que contratan, sin que aparezca ninguna limitación a esta libertad de pactar; en Pufendorf parece estar disuelta la idea de que los hombres, al pactar, crean necesariamente los patrones para medir el bien y el mal, como se desprende de las citas ya transcritas; al parecer, la única condición para que aflore el bien en cada pacto es la completa libertad de las partes contratantes, pensamiento que preludea a Rousseau; no expresa esta tesis de modo explícito, pero aparece diluida a lo largo de todo el *De officio*.

La época del derecho natural fué consciente de esta reducción del derecho al simple pacto, y cuando en el siglo XVIII se produjo una reacción, dentro de esta misma escuela, de corte eudomista, que pretendía más bien descubrir las reglas inmutables de la naturaleza que hacen felices a los hombres. Thomasius escribía que «No se mantiene la otra doctrina, que sostiene que todo el derecho nace de un pacto, puesto que, como ya fué demostrado, hay también un derecho innato y, ade-

sum fuit homines ipsos inter se convenire super eiusmodi rebus invicem praestandis, quae ex sola humanitatis lege certe sibi polliceri ab aliis non poterant. Adeoque in antecessum determinandum fuit, quod alteri quis praestare, quidque ab eodem iterum exspectare, suoque iure exigere deberat. Id ipsum autem sit per promissa et pacta». Cfr. *De officio...*, cit., L. I, cap. IX, § 1.

70. Vid. L. I, capítulos XII y siguientes, hasta el final de este libro.

más el pacto por sí no obliga, por lo que no puede producir por sí mismo un derecho ni conformarlo»⁷¹.

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

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

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

Este hecho iba a sumir a la ciencia jurídica en una grave crisis que se concretaría, ante todo, en las razones que justifican

71. «Cedit et alia doctrina Ius omne ultimo esse ex pacto. Uti, enim hoc ostensum, dari ius connatum. Cap. praec. iam notatum fuit, pactum per se non obligare, aut confirmare». Cfr. *Fundamenta Iuris naturae...*, cap. V, § 27. Más razones sobre este mismo tema proporciona en el cap. IV, §§ 98 y 99, y en cap. V, § 11.

su existencia. Este juicio podría aparecer exagerado, porque en las obras de los iusnaturalistas existen indicios para considerar como con suficiente fundamento que la escuela del derecho natural no abandonó la creación del derecho a la arbitrariedad de las voluntades libres. En efecto, Fernando Vázquez, influido por la tradición jurisprudencial medieval, muy próxima cronológicamente aun a él, definió a la instancia creadora del derecho como una «recta voluntas, ius»⁷²; por tanto, en la averiguación de la rectitud de la voluntad la ciencia jurídica encontraba una razón que justificara su quehacer. Pufendorf, en polémica con Hobbes, había mantenido que lo bueno y lo malo depende de la naturaleza de las cosas, no del arbitrio de una voluntad libre⁷³. Wolff, que había concebido a la justicia como la defensa del propio derecho, hubiera podido mantener —si se hubiese ocupado de este tema— que el jurista tiene como tarea encontrar los derechos del hombre anteriores y superiores a cualquier pacto.

Sin embargo, el conjunto del pensamiento de cada uno de estos autores no ofrece, como indicaba antes, una base o un contexto suficiente como para convertir a estas declaraciones aisladas —en ellos no se encuentra mucho más sobre este tema— en criterios que tengan una efectiva capacidad para canalizar el voluntarismo dominante en sus doctrinas. Aún Fernando Vázquez, muy influido por la jurisprudencia medieval, lanzaba fuertes exigencias a la voluntad del que crea la ley positiva⁷⁴, pero el iusnaturalismo del siglo XVII prescindió de la doctrina de origen medieval acerca de las limitaciones de la voluntad creadora de la ley. Así, vemos que Pufendorf, cuando trata «Del derecho de dirigir las acciones de los ciudadanos», mantiene que la fuerza de derecho le adviene al *ius civile* únicamente de la voluntad del poder civil supremo, al menos en aquellas materias sobre las que no se ha pronunciado el derecho natural ni el derecho divino⁷⁵; aquí no hay referencia a la «naturaleza de las cosas» en tanto que criterio fundamentador de la validez jurídica⁷⁶.

72. Cfr. *De Successionibus...*, cit., 2,1, Praefatio, 69.

73. Cfr. *Ius Naturae...*, cit., L. VIII, cap. 1, § 5.

74. Vid. Carpintero, *Del Derecho natural medieval...*, cit., págs. 95 y ss.

75. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. VII, cap. 1, § 1.

76. Cfr. *De Iure Naturae...*, cit., L. VIII, cap. 1, § 2.

Fué Hobbes, sin embargo, el que expuso más claramente la aniquilación de la ciencia del derecho y su sustitución por la voluntad del Soberano que se expresa mediante leyes generales. La ciencia jurídica se había configurado a través de los siglos como una actividad fundamentada en la prudencia, a la que se daba el nombre de *prudentia iuris*, y por este motivo los que se ocupaban con ella eran llamados *iurisprudentes*; Hobbes, en cambio, considera a la prudencia como una forma inferior del conocimiento que, por estar basada en la experiencia, conduce frecuentemente al error y que, por este motivo, debe ceder su puesto a la razón⁷⁷. La razón indica, según Hobbes, que «La ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado mediante palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad útil... para la distinción de lo justo y de lo injusto; esto es, de lo contrario y de lo acorde con la regla. Y esta es una definición donde no hay nada que no sea evidente a primera vista»⁷⁸. Según este autor, opinar que el derecho, o las leyes, los crean los juristas es una opinión necia, pues nunca el derecho puede depender de hombres privados o de jueces subordinados; parece evidente que la ley nunca puede oponerse a la razón, sigue escribiendo Hobbes, «pero la duda reside en saber a quién pertenece la razón que será recibida como ley. Evidentemente, no se indica con este término ninguna razón privada, pues entonces habría en las leyes tanta contradicción como hay en las escuelas; ni tampoco, como dice sir Edward Coke, una perfección artificial de la razón lograda mediante largo estudio, observación y experiencia... Y, por tanto, lo que hace la ley no es esa jurisprudencia o sabiduría de

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

78. *Leviatán*, cit., cap. XXVI, pág. 347.

los jueces subordinados, sino la razón de este nuestro hombre artificial que es la república y su mandato»⁷⁹.

De forma consecuente con estas afirmaciones, Hobbes ataca el último reducto que podría quedarle a la ciencia del derecho, es decir, la interpretación de las leyes, e indica que «Para un hombre privado, sin la autoridad de la república, esto es, sin permiso de su representante, interpretar la ley mediante su propio espíritu es otro error en la política»⁸⁰. Si es preciso interpretar las leyes, la única interpretación posible es la auténtica, pues «la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los intérpretes no pueden ser sino aquellos que el Soberano designe»⁸¹.

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

El derecho natural de la Ilustración

La escuela del derecho natural nos lleva de la mano hasta el siglo XVIII, en el que se adentra. Sin embargo, en esta época

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

80. *Leviatán*, cit., cap. XLVI, pág. 718.

81. *Leviatán*, cit., cap. XXVI, pág. 358.

ya sufre fuertes reelaboraciones; el estilo literario de Grocio, Pufendorf, desaparece y progresivamente los tratados de derecho natural fueron adquiriendo un tono filosófico. Efectivamente, unas veces son los filósofos los que se interesan por los problemas jurídicos y por los de la constitución política del estado, como sucede con Wolff, Voltaire, Rousseau, etc... y otras veces con los juristas los que sienten la necesidad de fundamentar sus doctrinas en filosofías en boga durante el periodo ilustrado, tal como sucede con Thomasius, Burlamaqui, etc... Esta mutua imbricación de filosofía y derecho vuelve notablemente más complejo el estudio de esta segunda época del derecho natural y, por este motivo, una exposición detallada de la filosofía jurídica de este periodo requeriría un estudio profundo de cada autor. De todos modos, sin entrar en un detallismo propio de aficionado a las antigüedades, sí podemos constatar con carácter general las líneas fundamentales por las que discurre la reflexión jurídica en el mil setecientos.

Ante todo, hay que advertir que la caracterización general de la escuela del derecho natural hecha en las páginas anteriores es válida para esta otra época: el afán por el método, el sistema, la intencionalidad política que penetra sistemáticamente y domina la teoría que cada cual propone⁸², el uso del método analítico-sintético, etc.... siguen presentes, sublimados y perfeccionados, en la razón jurídica de la Ilustración. Esta segunda época del iusnaturalismo presenta, sin embargo, algunos rasgos nuevos, que vendrían a ser los siguientes.

El eudemonismo como criterio supremo

En primer lugar, la aceptación por parte de este iusnaturalismo de una visión eudemonista acerca de los fundamentos y finalidad del derecho natural que presentan. Es bien conocido

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

que el eudemonismo es el principio fundamental de la Ética de la Ilustración⁸³, y esta ética fué acogida unánimemente por el derecho natural de este tiempo. En este sentido J.G. Heineccius, el más jurista quizá de este conjunto de autores, se planteó largamente el tema del principio supremo del derecho natural, que había de ser «verum, evidens et adaequatum»; descartó que pudiera ser «id quod sua natura iustum est esse faciendum» porque no creía en una naturaleza de las cosas que fuera anterior al mandato de la voluntad en que propiamente consiste la norma jurídica⁸⁴; rechazó, sucesivamente, que pudiera residir «in consensu omnium gentium», o «in iure omnium in omnia», como había mantenido Hobbes, «nec in socialitate», como hicieron Grocio y Pufendorf; el principio supremo del derecho natural, explicaba Heineccius, es la voluntad de Dios en tanto que nos muestra nuestra felicidad, pues los hombres cumplimos el derecho natural «nostrae felicitatis causa secundum»⁸⁵.

El iusnaturalista, sin embargo, que más lejos llevó el principio eudemonista fué Thomasius, quién, al comienzo de su exposición expone el fundamento de todo lo que seguirá: «Omnes homines volunt vivere diutissime, et felicissime, id est, iucunde et sine dolore»⁸⁶. Por este motivo, la norma universal de las acciones humanas y la proposición universal del derecho natural reza: «Hay que hacer lo que convierte la vida de los hombres en larga y feliz, y evitar todo aquello que acelera la muerte y hace la vida poco feliz»⁸⁷. Una vez que el ambiente cultural estuvo permeabilizado a estas ideas, J.J. Burlamaqui podía escribir como si expusiera una verdad evidente que el derecho,

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

84. Cfr. *Elementa Iuris Naturae et Gentium*. Venetiis, 1764, Libro I, § § LXVIII y LXX.

85. «Dei voluntas felicitatem nostram ostendit... Sed quidquid verae nostrae felicitatis causa secundum ius naturae agimus, id omne agimus volente ac iubente Deo». Cfr. *Elementa...*, cit., L. I, epígrafes LXXVII y LXXVIII. Para lo anterior, cfr. *op. cit.*, § § y siguientes.

86. *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium...*, cit., Libro I, § § 120-123.

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

en general, es «tout ce qui la raison approuve comme un moyen sûr et abrégé pour parvenir au bonheur»⁸⁸, con lo que la idea de felicidad se inserta en la noción misma del derecho. Desde este pensamiento eudemonista, el tema de la legitimidad de quién impone la ley se ha simplificado hasta caer en el simplismo: «L'idée de souverain détermine celle des sujets. Un sujet est donc une personne qui est dans l'obligation d'obéir. Et comme la puissance et la bénéfice constituent le souverain, il faut au contraire supposer dans la personne des sujets la foiblesse et les besoins, d'on résulte la dépendence»⁸⁹. El derecho quedaba, pues, fundamento en la compasión eudemonista y en el afán protector.

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

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

Otro rasgo del pensamiento jurídico de esta época es la sobrevaloración de la ley positiva, que aparece a estos autores como un mandato emanado de la voluntad del poder, y que fué considerada como la única fuente del derecho y de cualquier cri-

88. *Eléments du droit naturel*. Lausanne, 1783. Reprint de Vrin, 1981. Première Partie, cap. III, pág. 15.

89. *Eléments...*, cit., cap. IV, pág. 20.

terio de justicia⁹⁰. El derecho quedó, por este camino, reducido a la ley, y en un segundo momento la ley, bajo la óptica de un nuevo concepto de racionalidad, fué concebida como el mandato de la voluntad dominante en la república.

Ciertamente, contra esta afirmación puede alegarse que algunos autores, a los que ya hemos aludido, mantuvieron que el derecho natural marca el índice de la vigencia del derecho positivo, por lo que puede apreciarse que existe tanto una barrera ante la arbitrariedad del poder soberano como una concepción del derecho más amplia que la del simple imperativismo basado en la ley positiva humana. Sin embargo, esta observación debe ser matizada si tenemos en cuenta que incluso en las obras de los iusnaturalistas que no fueron revolucionarios se encuentran las ideas suficientes, completas y sistematizadas, como para hacer de la ley positiva —entendida como la voluntad del poder— el criterio único que regula las acciones de los hombres en la sociedad. En este sentido, Heineccius, por ejemplo, proponía distinguir entre el criterio máximo informador del derecho natural (que es, según él, la voluntad de Dios) y la norma suprema del derecho humano; explicaba, en este sentido, que el principio del derecho natural es un «principio filosófico» que no sirve para explicar la obligación de obedecer «in rebus publicis», de modo que el fundamento de uno y otro son diversos. Por ello, explicaba Heineccius, «el fundamento de la obligación que alcanza a todos los ciudadanos de una comunidad política es la voluntad suprema en la república, que es al mismo tiempo la norma a la cual todos y cada uno deben ajustar sus acciones. Y si te preguntas donde puedes conocer y entender esa voluntad suprema, todos te remitirán a las leyes»⁹¹. De esta forma, el

90. Vid, entre otros, sobre este tema, a G. D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*. Milano, 1965, pág. 35 y ss.

91. «Nolim vero confundas normam actionum humanarum, et principiis Iuris Naturalis. Illa enim est principium, quod essendi vocant philosophii, quodque nobis principium obligationis est. Per hoc intelligimus cognoscendi principium, id est, propositionem quamdam, ex qua, ad quid obligati sumus, illico adpareat. Sunt haec in rebus publicis diversa. Nam principium obligationis, quae civibus reipublicae, est voluntas summae in qualibet reipublicae potestatis, eaque simul norma est, ad quam omnes et singuli actiones suas componere tenentur. At si

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

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

En este sentido, Heineccius explicaba que la república posee una sola voluntad, y que las leyes civiles no son sino los preceptos generales que proceden del gobernante supremo de cada comunidad política, es decir, de la voluntad de la república. Thomasius proponía una explicación similar sobre este tema, bastante más amplia: «En sentido estricto, la ley es el mandato de los que gobiernan, o de los dueños... Aún más estrictamente, se entiende que son los mandatos de quienes gobiernan en la república»⁹². De forma consecuente con esta premisa, explicaba más adelante que el derecho positivo está constituido por normas que proceden de la voluntad humana, que sólo requieren, para ser derecho, de su publicación⁹³. Lógicamente, las conside-

quaeras, unde cognosci atque intelligi possit illa summae potestatis voluntas? ad leges te omnes remittent, eaque adeo unum et adaequantum erunt cognoscendi principium». Cfr. *Elementa...*, citl, L. I, § LX.

92. Cfr. *Fundamenta...*, cit., cap. V, § 3.

93. «Unde ius duplex est, vel quod abstrahendo a voluntate omni humana habeo, vel quod ex lege humana vel pacto oritur... Secundum, a norma voluntatis humanae, vel etiam a iure humano». Cfr. *Fundamenta...* cit., cap. V, núm. 11. Después, explica que «Ius naturae cognoscitur ex ratiotinatione animi tranquilli, ius positivum requirit revelationem et publicationem». Cfr. *op. cit.*, cap V, § 29.

raciones que se puedan hacer no tienen valor jurídico, por muy razonadas que sean, pues no proceden de la voluntad del poder supremo, y escribe, en este sentido, que «lex pro iussu sumitur, non doctoris, sed imperantis»⁹⁴. Además de ser un imperativo el derecho requiere, según Thomasius, de la coacción, pues en caso contrario no pasa de ser un simple consejo; una persona que aconseje comporta, según Thomasius, como un «Pater, consiliarius sive Doctor», pero no dice nada que tenga relevancia «in specie iustitiam sive iniustitiam»⁹⁵. De esta forma, con Thomasius aparece el derecho en la teoría jurídica como una orden coactiva que tienen como finalidad procurar, por la fuerza, la felicidad de los ignorantes o «insapientes». Por estas ideas Thomasius puede ser considerado como uno de los grandes teóricos, en el plano jurídico, del despotismo ilustrado⁹⁶. Una doctrina moral relativista deshacía las últimas dudas que pudieran quedar sobre la legitimidad del despotismo: el único fin del gobierno es hacer a todos, por la fuerza, felices⁹⁷.

Desde esta doctrina de Thomasius, que tiene interés para nosotros en la medida en que nos manifiesta una mentalidad extendida en la época, a Burlamaqui le resultaba evidente que la ley (que para él era el derecho) es una regla perpetua y uniforme (en lo que se distingue de la simple orden) mandada u ordenada (y en esto se diferencia del consejo) por una «puissance bienfaitante»⁹⁸.

94. *Fundamenta...*, cit., cap. V, § 35.

95. Cfr. *Fundamenta...*, cit., cap. V, § 52.

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

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

98. *Eléments...*, cit., cap. IV, pág. 16.

Pero donde se aprecia la más fuerte reducción del derecho a la ley es en la segunda mitad del siglo XVIII, en las ideas revolucionarias que desbordaron las páginas de Thomasius y Burlamaqui e impusieron el principio de que cada hombre, atendido el derecho natural, es dueño de sí mismo y de que, en consecuencia, el único derecho que está legitimado para violentar la libertad de cada hombre es aquel en cuya elaboración han tomado parte todos los ciudadanos. Nace, pues, la doctrina que fundamenta el derecho en la «volonté générale», de la mano de las nuevas ideas acerca de la igualdad de todos los hombres⁹⁹. Se trataba de una corriente de pensamiento, de inmediata influencia en la praxis política, que erige como dogma fundamental la libertad e igualdad de los hombres; además de estos contenidos concretos del derecho natural, el iusnaturalismo revolucionario se apartó del derecho natural anterior en el hecho de que centró sus aspiraciones de reforma en hacer posible un procedimiento de creación de leyes que respondiera lo más plenamente posible a las ideas de igualdad y libertad. A este fin, los revolucionarios exigieron una legislación representativa que, por el simple hecho de tener tal nota, garantiza la rectitud de lo contenido en ella. De esta forma, el derecho natural y el derecho positivo quedarían asumidos en una única realidad, es decir, en la ley emanada de un parlamento que encarna la «volonté générale». Desde estos planteamientos se cerró el círculo que ya se apuntaba en el derecho natural anterior, y el derecho fué visto como una ley general que reuniera las condiciones indicadas. Así, desde el seno del pensamiento iusnaturalista surgió lo que después se ha llamado el «positivismo jurídico»¹⁰⁰; de la creencia en la libertad e igualdad de los hombres, que era la suprema exigencia iusnaturalista revolucionaria, surge la ley

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

100. Esta idea es desarrollada por M. Cattaneo siguiendo precedentes anteriores en *Illuminismo e legislazione*, cit., págs. 24 y ss.

positiva que, en la medida en que es elaborada según un procedimiento representativo, se alza como criterio supremo para reconocer las exigencias del derecho natural. El derecho queda, pues, reducido a la ley positiva, y ésta es legítima en la medida en que responde a la voluntad general; las demás exigencias que se lanzaban al derecho en épocas anteriores han desaparecido, y el iusnaturalismo revolucionario se cierra en un voluntarismo perfecto que identifica razón y voluntad en beneficio de esta última.

La consideración de la ciencia jurídica en el iusnaturalismo ilustrado

Las causas que llevaron a la exaltación de la ley positiva fueron, como hemos visto, complejas, y este hecho aconseja matizar y distinguir las razones por las que la ciencia jurídica, en tanto que instancia que introduce la racionalidad en el derecho, fué desechada. Veamos algunas de estas razones.

En primer lugar, estaba muy extendida la idea de que la ley, si era «clara, uniforme y precisa»,¹⁰¹ cumpliría inmediatamente la función de ordenar la vida social, al introducir claridad y simplicidad en las relaciones sociales; consecuentemente, la interpretación de las leyes debería quedar excluida¹⁰², pues toda hermeneútica, con su inevitable multiplicidad de soluciones, deshace la claridad, uniformidad y precisión que debe exigirse a las leyes. La ciencia del derecho del Antiguo Régimen, con su multiplicidad de fuentes del derecho y su multitud de opiniones discordantes sobre un mismo tema, se oponía directamente a la idea ilustrada del derecho como un dictado claro y sencillo de la razón; por este motivo, en nombre de la claridad y de la sen-

101. «Que toute loi soit claire, uniforme et précise». Cfr. voz «Lois civiles et ecclésiastiques», en *Dictionnaire Philosophique*. Paris, 1833, vol. IX, pág. 71.

102. La prohibición de interpretar las leyes fue una exigencia extendida entre los ilustrados. Vid. sobre este tema a G. D'Amelio, *Iluminismo...*, págs. 54 y ss.

cillez, la ciencia del derecho fué expulsada del ámbito de lo jurídico.

Es preciso observar, además, que la forma de proceder propia de la ciencia jurídica, que gira siempre en torno a problemas concretos, con un método inevitablemente casuístico, agrava su oposición con las exigencias ilustradas; efectivamente, la mentalidad dominante entre los ilustrados quiere situaciones abstractas y generales que regulen la vida social de forma precisa y ordenada, y esto es radicalmente opuesto al casuismo de los juristas, cuya falta de abstracción y de orden fué vista no solamente como obstáculo a la eficacia, sino como un defecto cultural y moral por su contraposición a la claridad propia de la razón¹⁰³.

Pero en el conjunto de ideas de la Ilustración relativas al derecho, no sólo se rechazó la ciencia jurídica existente hasta la época, sino cualquier ciencia jurídica. Ciertamente, este juicio debe ser matizado según las diversas escuelas que se movieron dentro del pensamiento jurídico de la Ilustración; la línea relativamente moderada representada por Heineccius, Burlamaqui, Filangeri, etc... posee algunos presupuestos para conceder aún una cierta función a la ciencia del derecho; pero la corriente revolucionaria francesa mostró claramente su aversión hacia todo aquello que no fuera ley imperativa como única fuente del derecho. En este sentido, el problema radical de la ciencia jurídica estribaba en que ésta siempre se desarrolla mediante opiniones emitidas por personas privadas que, en su calidad de tales, no tienen más punto de apoyo o fundamento que su propia racionalidad; pero sucede que el siglo XVIII, especialmente en el área francesa, fué muy sensible ante lo privado. En efecto, esta época marca un hito importante en la contraposición entre lo público y lo privado, ya que se tendió a pensar que lo privado es, por definición, una instancia parcial, atenta sólo a sus propios intereses; sólo la instancia pública representa las buenas intenciones, y ella es, consecuentemente, la única que está en condiciones de realizar la felicidad pública y garantizar el res-

103. Vid. sobre este problema a F. Corpacci, *Ideologia e politica in Cesare Beccaria*. Milano, 1965, págs. 13 y ss. Cattaneo, *Illuminismo*. cit., págs. 38 y ss.

peto a los derechos de todos. De forma consecuente con esta premisa, aquella persona que pretendiera imponer su opinión o su razón a los demás debe ser considerado, por decirlo con palabras de Diderot, como un enemigo del género humano, pues no hay más fuente de la justicia o de la injusticia que la voluntad general¹⁰⁴. Y es que los ideales entonces revolucionarios de libertad e igualdad exigían que sólo fuera considerado derecho legítimo aquel que procede de la voluntad de todos, ya que nadie puede ostentar sobre los demás una superior racionalidad. El criterio supremo de la justicia, aquello a que «debe volverse el ciudadano para saber como deber ser hombre, ciudadano, súbdito, padre, hijo, y cuando le conviene vivir o morir»¹⁰⁵ es, en la ética que hizo posible la revolución, la voluntad de la mayoría, que conjuga la realidad y la idealidad del derecho. Así pues, la razón, en el derecho, se reduce a la ley del estado, y ésta es una voluntad inmotivada que se justifica y legitima por el hecho de decidir libremente, que es su principal derecho.

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

Del iusnaturalismo al positivismo jurídico: la revolución doctrinal de J.J. Rousseau

J.J. Rousseau publicó diversas obras, de distinta factura y con finalidades diferentes; en este sentido, su importancia no es menor para la pedagogía que para la historia del pensamiento

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

105. Diderot, *op. cit.*, pág. 92.

jurídico. No voy a tratar de exponer el «verdadero» pensamiento de Rousseau; simplemente, voy a estudiar la obra suya que, trivializada y vulgarizada, constituyó de hecho el soporte doctrinal de las corrientes democráticas y revolucionarias que estallaron en Francia en 1789.

Desde el punto de vista de su forma de proceder, Rousseau representa la culminación de la escuela iusnaturalista. En efecto, la mayor libertad intelectual que reclamaban los humanistas del siglo XVI, que se concretó en el «Humanismo jurídico» de la misma época que introdujo un razonamiento nuevo, desligado parcialmente de la autoridad del derecho romano y de los juristas anteriores, se muestra en su plenitud en el siglo XVIII. El razonamiento de Vázquez de Menchaca o de Grocio, tímido aún, necesitaba como apoyaturas citas continuas de los clásicos latinos y, a veces, griegos, del derecho romano, etc...; lo mismo sucedía con Pufendorf, aunque éste mantuvo, como ya vimos, que lo que él exponía no se fundamentaba en la autoridad del derecho civil, sino que fluía de la razón natural. Esta razón aplicada al derecho, en la medida en que fué considerándose madura, prescindió de los cañamazos de los primeros iusnaturalistas y por este motivo fueron desapareciendo paulatinamente las remisiones al derecho romano, a los literatos clásicos o a las Sagradas Escrituras; la razón iusnaturalista en su madurez, tal como se muestra, por ejemplo, con Christian Wolff, descansa y se fundamenta sobre sí misma, en experiencias inconscientes, en ideales éticos inconfesados que se atribuyen a la naturaleza del hombre, y en las leyes de su propia legalidad. Rousseau asume esta última actitud, y su razonamiento se basa en una razón ingenuamente segura de sí misma, que hace tabla rasa de la tradición. Por este hecho, al referirse a su rechazo de la esclavitud, el ginebrino escribía: «Estos principios no son los de Grocio; no están fundados en la autoridad de los poetas, sino que derivan de la naturaleza de las cosas y se fundamentan en la razón»¹⁰⁶.

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

106. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Gallimard, Paris, 1964, Libro I, cap. IV, pág. 358 de esta edición.

a los demás; no es, sin embargo, un ser que esté bien dotado para la cooperación social: su primera ley no es la de cuidar de los demás, sino velar por su propia conservación¹⁰⁷; aparece extremadamente celoso de sus intereses particulares, lo que le lleva al enfrentamiento con los demás, y esto determina que deba unirse en sociedad¹⁰⁸. Así pues, el hombre es un ser egoísta, atento ante todo a su provecho propio, y esta tendencia no desaparece porque constituya una sociedad¹⁰⁹. El egoísmo en la vida social dará origen a la hipocresía, pues los gobernantes y oradores políticos dirán muy a gusto que la fuerza del pueblo es la suya propia, que su principal interés es que el pueblo sea rico, numeroso; esto es mentira: su interés personal es que el pueblo sea débil, miserable, que no les pueda resistir jamás¹¹⁰.

Estos hombres, quizá por estas taras que les vienen dadas por naturaleza, han dado origen a una sociedad que es opuesta a los dictados de la razón, pues en ella no hay libertad: «L'homme est né libre, et par-tout il est dans les fers»¹¹¹. El hecho de que la sociedad sea efectivamente así no quiere decir que deba ser de esta forma, pues el orden social actual no es un reflejo del orden natural, sino que se basa en convenciones humanas¹¹²; resulta evidente, para Rousseau, que los pactos que han dado origen al orden social existente actualmente (referido al siglo XVIII) son antinaturales, pues han hecho perder la libertad al hombre, que es ante todo un ser libre, y como consecuencia de esta violación de los derechos naturales, los hombres

107. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. IV (360).

108. «... car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés...». *Du contrat social...*, cit., L. II, cap. I (368).

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

110. Cfr. *Du contrat...*, cit., L. III, cap. VI (409).

111. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. (351).

112. «... l'ordre social est un ordre sacré, qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature; il est donc fondé sur des conventions». *Du contrat...*, cit., L. I, cap. I (352).

a los demás; no es, sin embargo, un ser que esté bien dotado para la cooperación social: su primera ley no es la de cuidar de los demás, sino velar por su propia conservación¹⁰⁷; aparece extremadamente celoso de sus intereses particulares, lo que le lleva al enfrentamiento con los demás, y esto determina que deba unirse en sociedad¹⁰⁸. Así pues, el hombre es un ser egoísta, atento ante todo a su provecho propio, y esta tendencia no desaparece porque constituya una sociedad¹⁰⁹. El egoísmo en la vida social dará origen a la hipocresía, pues los gobernantes y oradores políticos dirán muy a gusto que la fuerza del pueblo es la suya propia, que su principal interés es que el pueblo sea rico, numeroso; esto es mentira: su interés personal es que el pueblo sea débil, miserable, que no les pueda resistir jamás¹¹⁰.

Estos hombres, quizá por estas taras que les vienen dadas por naturaleza, han dado origen a una sociedad que es opuesta a los dictados de la razón, pues en ella no hay libertad: «L'homme est né libre, et par-tout il est dans les fers»¹¹¹. El hecho de que la sociedad sea efectivamente así no quiere decir que deba ser de esta forma, pues el orden social actual no es un reflejo del orden natural, sino que se basa en convenciones humanas¹¹²; resulta evidente, para Rousseau, que los pactos que han dado origen al orden social existente actualmente (referido al siglo XVIII) son antinaturales, pues han hecho perder la libertad al hombre, que es ante todo un ser libre, y como consecuencia de esta violación de los derechos naturales, los hombres

107. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. IV (360).

108. «... car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés...». *Du contrat social...*, cit., L. II, cap. I (368).

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

110. Cfr. *Du contrat...*, cit., L. III, cap. VI (409).

111. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. (351).

112. «... l'ordre social est un ordre sacré, qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature; il est donc fondé sur des conventions». *Du contrat...*, cit., L. I, cap. I (352).

han perdido su calidad de hombres, han renunciado a sus derechos y a sus deberes, han destruido la moralidad¹¹³.

Esta sociedad inmoral e inhumana debe ser revolucionada. En el pensamiento de Rousseau, en efecto, no es suficiente una actitud reformista o moralizante; ya hemos aludido a la naturaleza egoísta que él atribuye a los hombres y de la mano de este pensamiento, nuestro autor desarrolla extensamente la idea de que las actitudes personales justas no bastan para cambiar la sociedad, porque la persona que proceda justamente, es decir, de acuerdo con la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas, se verá menospreciada pues, falta de sanción positiva la ley natural, él vivirá las exigencias de esta ley con todos, y nadie las vivirá con él¹¹⁴. Se precisa, para cambiar la sociedad, no hombres justos, sino un «sistema» social justo o, por decirlo con palabras de Rousseau, es preciso «Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution»¹¹⁵. La finalidad del sistema político que él propone «se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité. La liberté, parce que toute dépendence particuliere est autant de force ôtée au corpe de l'Etat; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle»¹¹⁶. Las dos grandes exigencias revolucionarias, la

113. «Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme, aux droits de l'humanité, même à ses devoirs... Une telle renonciation est incompatible avec la nature de l'homme, et c'est ôter toute moralité à ses actions que d'ôter toute liberté à sa volonté». Cfr. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. IV (356).

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

115. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. IV (360).

116. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. XI (391).

libertad y la igualdad, quedan, pues, pretendidamente consagradas en el proyecto de convivencia que Rousseau formula.

¿Es posible una sociedad así, es decir, una sociedad en la que la igualdad esté al servicio y sea la causa fundamental de la libertad?. Rousseau entiende que sí, y proporciona a este fin una larga explicación: las cláusulas del contrato social se reducen todas a una sola, a saber, la entrega total de cada asociado, con todos sus derechos, a la comunidad; de esta entrega total de todos a todos —cláusula fundamental cuya menor modificación volvería nulo el contrato— se deduce que las condiciones bajo las que se entra en sociedad son exactamente iguales para todos y, en consecuencia, nadie puede tener interés en hacerlas más onerosas para otros porque, en ese mismo momento, las volvería también más onerosas para sí mismo; la igualdad es, pues, la ley fundamental y la garantía suprema de la salvaguarda de los derechos de cada uno. La libertad se conserva, además, en esta enajenación total porque cada hombre, al darse a todos, no se da en realidad a nadie, y como no hay un solo asociado sobre el cual no se adquieran los mismos derechos que se le han cedido, cada cual gana todo lo que pierde, pero con la diferencia de que ahora, tras concluir el pacto social, recupera todo lo suyo con la fuerza civil y política suficiente para conservarlo eficazmente¹¹⁷.

Además de estas garantías, explica en el capítulo VII de este mismo libro del «Du contrat social» que cualquier ciudadano está seguro porque, al estar la multitud reunida en un solo cuerpo, no se puede ofender a un solo miembro sin atacar al mismo tiempo a todo el conjunto; tampoco el poder soberano puede atentar contra uno de los ciudadanos, pues el poder, al estar compuesto por los mismos ciudadanos, no puede tener ideas distintas a las de ellos mismos. Todo esto le lleva a concluir que «Le souverain, par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être»¹¹⁸.

Aunque Rousseau pretenda que la constitución misma del cuerpo político ideado por él salvaguarda la libertad de todos

117. *Du contrat...*, cit., L. I, cap. IV, (360-361).

118. Pág. 363 de la ed. cit.

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

Al llegar a este punto, la argumentación roussoniana pierde diafanidad y se ve envuelta bruscamente en una niebla que sólo es explicable por lo que pudiéramos llamar la «mística de la voluntad general». Efectivamente, Rousseau abandona aquí su procedimiento argumentativo habitual y persigue convencer al lector, con abundantes recursos retóricos y literarios, que la voluntad general es siempre «buena». El tema es ciertamente, difícil; los iusnaturalistas anteriores de todas las épocas habían situado por encima del derecho de origen humano un orden de bondad —el derecho natural— que debía penetrar toda creación humana; de esta forma, todo derecho creado por los hombres tendría siempre un patrón para el contraste de su rectitud. Rousseau, en cambio, deja reducido el derecho natural fundamentalmente a la exigencia de la igualdad y libertad entre los hombres, y pretende construir un edificio jurídico-político que, al funcionar desde estas premisas determinadas, no pueda jamás cometer injusticia; todo esto sabe a cosa increíble y nuestro autor, que no debía estar muy seguro de su argumentación anterior, afronta ahora la tarea de justificar la bondad incondicionada de la «volonté générale». Veamos que indicaba Rousseau.

Parece lógico que la voluntad mayoritaria pueda cometer injusticias; una medida tomada contra la voluntad de los ciudadanos no es legítima, sin más, por estar avalada por los votos de la mayoría. Rousseau se enfrenta a este problema y escribe que la simple voluntad mayoritaria no forma la «volonté générale»; de hecho, la mera voluntad de la mayoría es lo que él llama la «volonté de tous», que mira al interés particular de los

votantes y que no es más que una suma de voluntades particulares¹¹⁹. La verdadera «volonté générale», en cambio, es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública¹²⁰. ¿Cuales son los criterios para distinguir la «volonté de tous» de la verdadera «volonté générale»?

En el capítulo III del libro II del «Du contrat social» expone por primera vez el criterio fundamental que repetirá insistentemente: si despojamos a la «volonté de tous» de las diferencias de intereses particulares, que se autodestruyen, resulta la voluntad general; ésta es de este modo, y como repetidamente se ha puesto de manifiesto¹²¹, una comunidad de intereses que surge del seno de los numerosos intereses particulares: aquello que todos estos tienen en común, eso sería la voluntad general. En este sentido, la formación correcta de tal voluntad supone, según explicaba Rousseau repetidas veces, que los ciudadanos, al deliberar, no tengan comunicación entre ellos, que no existan «sociedades parciales» que conviertan a las decisiones en menos numerosas y a los resultados de las deliberaciones en «menos generales»; si una «sociedad parcial» llega a ser tan grande que domina sobre las otras, entonces ya no puede haber voluntad general porque, en tal caso, los votos no se corresponden a los hombres, sino a tal sociedad o sociedades¹²².

¿Qué es lo que avala esta confianza ilimitada en la voluntad general? En Rousseau no es una fe inquebrantable en la rectitud de las decisiones de los votantes: «no se sigue de esto (del hecho de que la voluntad general es siempre recta) que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Siempre quiere su bien, pero no le ve siempre: jamás se corrompe al pueblo, pero con frecuencia se le engaña»¹²³. Realmente lo que parece predominar en Rousseau es la creencia inmotivada de que la voluntad general, esté formada o aún no, es siempre algo

119. Cfr. *Du contrat...*, cit., L. II, cap. III. (371)

120. *Du contrat...*, cit., L. II, cap. III (371); L. II, Cap. IV (380).

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

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

123. Cfr. *Ibidem*.

bueno, con independencia de las voluntades empíricas que la han formado o la formarán. Así, el libro IV del «Du contrat social» se abre con un capítulo titulado: «Que la voluntad general es indestructible»; en él explica que la voluntad general es inalterable y pura, y que incluso cuando se vende el voto por dinero no se la corrompe, sino que sólo se la elude¹²⁴. Parece claro que la «volonté générale» a que aquí alude Rousseau no tiene nada que ver con la decisión fáctica tomada por los ciudadanos concretos; de hecho, la voluntad general aparece como algo superior y trascendente a los intereses, aunque sean comunes, de quienes integran la comunidad política. Esta impresión se refuerza por lo que expone más adelante, dentro de este mismo capítulo: «Cuando se propone una ley ante la asamblea del pueblo —escribe Rousseau— lo que se pide no es precisamente si ellos aprueban la proposición o la rechazan, sino si ella está conforme o no con la voluntad general... Cuando prevalece una opinión contraria a la mía, esto no prueba otra cosa sino que yo estaba equivocado, y lo que yo creía que era la voluntad general no lo era»¹²⁵. Los votos, pues, no forman la «volonté générale»: sólo la *reconocen*, pues ésta ya existía. La misma desconfianza que existía en la tradición anterior sobre la capacidad de los hombres para conocer por sí mismos lo que es recto, se encuentra en Rousseau: «De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est past toujours éclairé»¹²⁶.

En Rousseau, pues, la sociedad no está por sí misma madura para determinar el bien; la sombra de desconfianza en la capacidad humana que está en la base de toda doctrina de derecho natural se muestra con toda claridad en la obra del ginebrino; él explicaba, en efecto, que al pueblo «Il faut lui faire voir les objets tels qu'ils sont, quelquefois tels qu'il doivent lui paroître, lui montrer le bon chemin qu'elle (la volonté générale) cherche, le garantir de la séduction des volontés particu-

124. Cfr. *Du contrat...*, cit., pág. 438 de la ed. cit.

125. *Du contrat...*, cit., pág. 440 de la ed. cit.

126. *Du contrat...*, cit., L. II, cap. VI (380).

res»¹²⁷. La instancia protectora que muestra al pueblo las cosas tal como realmente son (o tal como deben parecerle, por seguir las propias palabras de Rousseau), la que enseña a los ciudadanos el buen camino que les guía hacia la mística *volonté générale*, es el Estado. Parece evidente que Rousseau no confiaba en la capacidad de discernimiento de los votantes. Por ello, escribía que «Los particulares ven el bien, pero lo rechazan; la instancia pública no lo vé, pero lo quiere. Todos tenemos necesidad de que nos guíen, pues es necesario obligar (a los ciudadanos) a conformar sus voluntades con la razón... y es así, con las luces que aporta el Estado, de lo que resulta la unión de la inteligencia con la voluntad general»¹²⁸.

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

127. *Ibidem*.

128. *Ibidem*.

Un breve epílogo

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

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

¿Qué quedó? Ellos partieron de hombres libres e iguales que pactan y que, pactando libremente, crean la sociedad, el Estado, la propiedad, los regímenes políticos... todo, en una palabra. Cuando la fe en el pacto se debilitó, cosa que ya sucedió en la segunda mitad del siglo XVIII, porque sabía a cosa increíble que tales pactos hubieran podido ser reales, los iusnaturalistas

recurrieron agónicamente a declarar que el pacto, ya que irreal, era y debía ser una idea regulativa de razón para moldear la convivencia; en el *Gemeinspruch* de Kant encontramos la mejor defensa de este último extremo. Pero ya eran coletazos de un cuerpo moribundo; ¿cómo se puede tomar como idea regulativa algo que es manifiestamente falso?, argumentaban algunos alemanes aún en vida de Kant, el último gran iusnaturalista.

A finales de la Edad Moderna la *iuris naturalis disciplina* había cumplido su misión fundamental, a saber, la destrucción de la ciencia jurídica. En la segunda mitad del siglo XVII Hermann Conring demostró aún que se podía hacer Derecho sin necesidad de recurrir a los mitos iusnaturalistas, pero su obra quedó ahogada por la superficialidad que reclamaba la época. El iusnaturalismo arrasó —en las varias acepciones de esta palabra— la cultura jurídica europea, sin encontrar oposición apreciable; únicamente Anselmo Desing, en su extenso *Iuris naturae larva detracta* intentó puntualizar cuestiones últimas del Derecho dialogando con los iusnaturalistas, pero la suya fue una voz en el desierto. Por ello, la Edad Contemporánea se indica con la herencia dejada por el Derecho natural.

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

Quedó el Estado, apoyado por la policía y el Ejército, y éste era el único dato «real»; más allá de él, todo pareció una quimera propia de filósofos, y llamar «filósofo» a un universitario alemán era, hacia 1830, un insulto, tal como muestran tantos testimonios. Una lectura de las introducciones de los principales tratados de Derecho, público o privado, que se publi-

can entre 1800 y 1840 nos muestra, a veces con claridad chocante, la reducción precisa del Derecho a la fuerza del Estado. Se trataba de una fuerza que se legitimaba por su propia existencia, y poco importaba que el régimen político concreto fuera monárquico-autoritario o más o menos liberal, por más que una turbamulta de discípulos de Kant pretendieran, en un ambiente de descrédito creciente, rehabilitar o mantener los postulados básicos del derecho natural referentes a la igualdad entre los hombres.

Todo esto, expuesto en un pretendidamente breve epílogo, es muy complejo, y no es cuestión de caer en el simplismo, mucho menos en un simplismo moralizante. Por esto, es aconsejable poner aquí el punto final.