

CARLOS FUENTES LÓPEZ

El racionalismo jurídico

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



EL RACIONALISMO JURÍDICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 141

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero

Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz

Formación en computadora y elaboración de PDF: D. Javier Mendoza Villegas

CARLOS FUENTES LÓPEZ

EL RACIONALISMO JURÍDICO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2003

Primera edición: 2003

DR © 2003. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-0656-5

A mi madre, por la Historia

A Gabriela, Carlos y Santiago

CONTENIDO

Introducción	13
------------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO EL PENSAMIENTO MEDIEVAL

I. Origen y gestación del pensamiento medieval	17
1. Las ideas cristianas	18
A. El cristianismo: religión histórica y revelada	18
B. El papel de la razón. La filosofía cristiana	22
C. La idea del derecho natural	28
2. La sociedad medieval	33
A. Los cambios sociales: de la Alta a la Baja Edad Media	33
B. El orden social	37
C. El orden jurídico	42
II. El pensamiento medieval en el derecho	46
1. La escuela de los glosadores	46
2. La escuela de los posglosadores	54
III. El derecho común	59

CAPÍTULO SEGUNDO ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RACIONALISMO

I. El humanismo	63
1. Los humanistas	68
2. Nicolás Maquiavelo: la teoría moderna del Estado	70
3. El Estado moderno	75

II. Los descubrimientos geográficos	79
III. La Reforma protestante	84
1. Antecedentes de la Reforma	87
2. Martín Lutero	89
3. La teología protestante: Ulrico Zuinglio y Juan Calvino	95
4. La contrarreforma	100
5. El Estado y la Reforma	102

CAPÍTULO TERCERO

ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

I. Humanismo jurídico	107
II. La Escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI	114
1. Los teólogos juristas de la orden de Santo Domingo	117
2. Los teólogos juristas de la Compañía de Jesús	121
3. Los juristas: Fernando Vázquez de Menchaca	123
4. Proyección y aportaciones de la Escuela de los Teólogos Juristas	124

CAPÍTULO CUARTO

EL RACIONALISMO

I. Generalidades	127
II. La ciencia universal de Renato Descartes	131

CAPÍTULO QUINTO

EL RACIONALISMO JURÍDICO: “LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA”

I. La Escuela del Derecho Natural	135
II. Características de la Escuela del Derecho Natural	142

1. Aplicación de los métodos matemáticos a los problemas jurídicos y políticos	142
2. Explícita intencionalidad política	146
3. Ética laica	147
4. Estado de naturaleza y contrato social: “el modelo iusnaturalista”	149
5. Clasificación histórica	154
III. Los autores del siglo XVII	157
1. El siglo XVII. Marco histórico	157
2. Hugo Grocio (1583-1645)	165
3. Thomas Hobbes (1588-1679)	168
4. Baruch Spinoza (1632-1677)	173
5. Samuel Pufendorf (1632-1694)	176
6. Guillermo Leibniz (1646-1716)	179
7. John Locke (1632-1704)	180
IV. Los autores del siglo XVIII	184
1. La Ilustración	184
2. La reelaboración ilustrada de la Escuela del Derecho Natural	195
3. Cristian Tomasio (1655-1728)	197
4. Cristian Wolff (1670-1754)	199
5. Juan Bautista Vico (1668-1744)	201
6. Carlos Secondat, Barón de Montesquieu (1689-1755)	203
7. David Hume (1711-1778)	206
8. Jean Jacques Rousseau (1712-1778)	211

CAPÍTULO SEXTO

LA CODIFICACIÓN RACIONALISTA

I. Los antecedentes históricos	219
1. La independencia de los Estados Unidos de Norteamérica	219
2. La Revolución francesa	222

II. La codificación constitucional	229
1. Principios y fundamentos del Estado liberal consagrados en las Constituciones a partir del racionalismo. El Estado de derecho	229
2. La Constitución: sus diversas concepciones	233
III. La codificación del derecho privado	236
1. Aspectos generales de la codificación del derecho pri- vado	236
2. Antecedentes de la codificación francesa	240
3. La codificación napoleónica	241
4. Características y consecuencias de la codificación	247
IV. La Escuela de la Exégesis	251
Conclusiones	255
I. El pensamiento autoritario	255
II. El pensamiento autoritario en el derecho	258
III. La fractura del pensamiento autoritario. Los antece- dentes del racionalismo	259
IV. El racionalismo	262
V. La Escuela del Derecho Natural	263
VI. Las codificaciones	265
Bibliografía	271

El racionalismo jurídico, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de mayo de 2003 en los talleres de La Impresora Azteca, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kg. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kg. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es fruto de mi desempeño como profesor de asignatura del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, donde he impartido la cátedra de historia general del derecho durante los últimos nueve años. A lo largo de este tiempo he intentado transmitir a los alumnos, de la forma más clara posible, las principales ideas que han afectado al mundo del derecho occidental desde la Grecia antigua hasta la actualidad. La tarea no ha sido sencilla, especialmente porque esta materia, que se imparte en la mayoría de las facultades de derecho del país, cuenta, en casi todos los casos, de escaso un semestre para su impartición. A la dificultad de transmitir más de dos mil quinientos años de historia en cuatro meses se suma una deficiente formación histórico-filosófica de la generalidad de los alumnos, que hace difícil la comprensión y la profundización de la mayor parte del temario. Este problema se acrecienta en lo que respecta al estudio de ciertos periodos de la historia, y muy particularmente en la época del racionalismo. A estas dificultades se añade una más, relacionada con el material bibliográfico, ya que en México se editan muy pocos libros relacionados con la historia general o universal del derecho y se tiene que recurrir a ediciones de otros países que encarecen enormemente los materiales disponibles. Por otra parte, la mayoría de las bibliotecas universitarias no se encuentran bien dotadas de libros relacionados con la historia del derecho o la historia de la filosofía del derecho.

Los problemas anotados se intentan resolver con la lectura de una gran cantidad de páginas de diversos textos, que no guardan continuidad de estilo y de propósito, y que para estudiantes de derecho resultan las más de las ocasiones pesadas y difíciles de entender. Dentro del contexto de las ideas, el tema que resulta más complicado a los alumnos es el del racionalismo, quizá por su complejidad filosófica o por su ruptura con la tradición romanista o por su estrecha relación con las ideas políticas. El hecho es que un tema fundamental, esencial para entender el paradigma de la modernidad, desde el cual se han originado buena parte de nuestras instituciones jurídicas y políticas actuales, se encuentra poco explorado por la doctrina jurídica y por los profesores de derecho y, desde luego, es

poco comprendido por la mayoría de los estudiantes de derecho. Estas razones me determinaron a emprender la investigación que a continuación se presenta.

Se trata de un trabajo de compilación que reúne lo que considero como las mejores explicaciones sobre la historia del derecho del periodo comprendido entre el siglo XVI y los primeros años del siglo XIX, con el propósito de dotar a los estudiantes de derecho, de un texto con unidad de estilo y de propósito que los acerque a los grandes problemas que plantea la historia del derecho. La compilación abarca una extensa bibliografía consultada, de la que he extraído lo que me parecen las exposiciones más claras de los acontecimientos históricos que se analizan y de las ideas y conceptos jurídicos, filosóficos y políticos del racionalismo.

El trabajo comprende algunos de los aspectos más importantes del derecho medieval, que sirven de antecedente obligado para la cabal comprensión de la época estudiada, especialmente por lo que hace a la índole del pensamiento jurídico medieval y a la trayectoria histórica del derecho romano desde su recuperación en el siglo XI en la Universidad de Bolonia. Se intenta destacar el cambio de mentalidad que supuso la modernidad respecto de la tradición medieval, cambio que se produce como una auténtica ruptura que supuso lo que la filosofía actual considera un cambio de paradigma. La idea del mundo medieval será revolucionada por el racionalismo que pretendió la creación de un mundo nuevo. Así, la exposición de la etapa medieval se centra en la exposición de sus fundamentos más generales en los temas relacionados con el derecho y con la política y a resaltar el propio sistema de pensamiento que les da forma, al que llamamos autoritarismo.

El sistema autoritario enfrenta una crisis en torno al siglo XVI, que pone en duda una buena parte de sus verdades más fundamentales. Del análisis de los hechos históricos y jurídicos que llevan a esta crisis se llega a entrar al tema propio de la investigación, que analiza las nuevas ideas que servirán de fundamento a otro esquema mental que sostendrá buena parte de las ideas jurídicas y políticas de la actualidad y que se formó en torno al pensamiento racionalista de los siglos XVII y XVIII en el mundo occidental. Después de la crisis del siglo XVI el europeo emprendió la construcción de un nuevo mundo, confiando a la sola razón esta ardua labor. Con la razón, sin importar lo que dejaba atrás, y en ese sentido, lo que perdía emprendió un camino en pos de algo nuevo, que esperaba, por definición, superior. De sus logros y sus fracasos partieron los

nuevos esquemas mentales que nutren a la modernidad. El siglo XIX pondrá las primeras dudas sobre el sistema racionalista, que comenzará por la sospecha de la infalibilidad de la razón, que quedará profundamente cuestionada en el siglo XX. De ahí su importancia: buena parte del mundo se sigue alimentando de los dogmas de la modernidad. Sólo de su cabal comprensión podrá abordarse la reflexión sobre los problemas actuales en todos los ámbitos y, desde luego, incluidos los jurídicos y políticos.

El trabajo parte de una exposición que va recurriendo a los mejores especialistas de los temas que se tratan buscando la exposición más clara posible. Se trata de una compilación que busca un texto unitario en su recorrido, que combina a diversos especialistas de distintas materias. Se intenta dar un contexto histórico básico que sirva de hilo conductor de la exposición al que se añaden los temas propios de la historia y la filosofía del derecho, con objeto de exponer las ideas fundamentales en torno a los problemas jurídicos y políticos. La inclusión de lo político es absolutamente necesaria por cuanto el periodo es especialmente rico en este tema, y por cuanto, la reflexión jurídica parte en la mayoría de los casos de filósofos y pensadores “diseñadores” de formas políticas. La exposición de los temas se clarifica con la explicación de conceptos filosóficos, históricos y políticos, ajenos a la formación del jurista, en notas al margen, con objeto de clarificar lo más posible. Espero haber logrado el objetivo y poder ofrecer a los estudiantes de derecho un texto claro que les permita comprender un periodo de la historia del derecho particularmente apasionante.

CAPÍTULO PRIMERO
EL PENSAMIENTO MEDIEVAL

I. Origen y gestación del pensamiento medieval	17
1. Las ideas cristianas	18
A. El cristianismo: religión histórica y revelada	18
B. El papel de la razón. La filosofía cristiana	22
C. La idea del derecho natural	28
2. La sociedad medieval	33
A. Los cambios sociales: de la Alta a la Baja Edad Media	33
B. El orden social	37
C. El orden jurídico	42
II. El pensamiento medieval en el derecho	46
1. La escuela de los glosadores	46
2. La escuela de los posglosadores	54
III. El derecho común	59

CAPÍTULO PRIMERO

EL PENSAMIENTO MEDIEVAL

I. ORIGEN Y GESTACIÓN DEL PENSAMIENTO MEDIEVAL

El comienzo de la Alta Edad Media puede situarse cronológicamente hacia el siglo VIII, en el marco cultural, económico y político del imperio franco encabezado por Carlomagno, que consolida, aunque por un corto tiempo, la unidad de Europa, perdida desde los tiempos del Imperio romano. Los años que median entre la caída del Imperio romano y su “restauración” germánica son conocidos como los “años oscuros”, tiempo en que se acrisola la futura identidad europea, nutrida del pasado grecolatino, del cristianismo y de la cultura germánica.¹ En la época carolingia el Imperio romano evocaba un glorioso pasado de unidad y paz, que ahora con el dominio franco parecía restaurarse. Así, el Sacro Imperio Romano Germánico representaba la unidad territorial de Europa en el marco de un Estado fuerte y centralizado que garantizaba la paz dentro de sus fronteras y patrocinaba un renacimiento cultural que legaría una cierta línea de unidad y continuidad para los años venideros. Si bien el Imperio carolingio fue efímero, no lo fueron ciertas ideas que se consolidaron durante su tiempo, ideas destinadas a dar forma y contenido a buena parte de la cultura política y jurídica de la Edad Media. La principal consecuencia, en este orden de ideas, sería la constitución de una sociedad fundamentalmente religiosa, donde la unidad de la fe es al mismo tiempo la unidad del Estado, donde la cultura en general se subordina a la fe y al orden instituido por Dios y protegido y conservado por la Iglesia. El Sacro Imperio Romano Germánico fundado por Carlomagno legó a Europa su unidad espiritual.

1 La clásica división histórica en diversas edades contempla para la Edad Media un tiempo en extremo largo, del siglo V al siglo XV, lo que ha inducido a los historiadores a subdividirla en tres etapas: “Años oscuros” del siglo V al VIII; Alta Edad Media, de los siglos VIII-XI, y Baja Edad Media, de los siglos XI al XV.

El pensamiento autoritario tuvo su origen en la concepción cristiana del mundo, como parte de su forma de entender la fe en la palabra divina, revelada por Dios, que se erige en el centro y punto de partida de toda interpretación de la realidad. La Iglesia sobrevive la catástrofe del fin del Imperio Romano en Occidente y se convierte en la única heredera del pasado grecolatino, aglutinando en su seno, durante muchos años, las principales fuentes de producción y conservación de la cultura, la literatura y el arte. Consagra las verdades fundamentales, no sólo de la fe, sino de todo el conocimiento general, que queda subordinado a su aceptación, que exige concordancia esencial con las verdades religiosas. De esta manera surge el pensamiento autoritario, como una forma de creación y transmisión de ideas que requiere estar sancionada por una sociedad que sólo admite ideas y razones que puedan ser aceptadas por la fe religiosa, con la que deben guardar cierta concordancia. El conocimiento todo queda subordinado a su posibilidad de coexistencia con el orden religioso creado por Dios y custodiado por la Iglesia, única depositaria de la verdad revelada que transmite por autoridad dicha verdad a los fieles cristianos. La palabra divina y su interpretación aceptada por la Iglesia, como sociedad sobrenatural cuya misión principal consiste en servir de guía a los fieles cristianos en el camino a la salvación, se erige en filtro revelador del verdadero conocimiento, que más que racional, requiere creer y no contradecir los principios y las verdades fundamentales del cristianismo. Hablar de pensamiento autoritario es hablar de un pensamiento que no requiere demostración racional o científica, sino concordancia fundamental con las ideas cristianas, inveterada continuidad histórica o grandiosos avales como el Imperio romano.

1. *Las ideas cristianas*

A. *El cristianismo: religión histórica y revelada*

El cristianismo puede ser definido, siguiendo a Pedro R. Santidrián, como:

...la religión de los que creen que Jesucristo es el hijo de Dios, muerto y resucitado, que vino a anunciar a los hombres la buena nueva de la salvación. Tiene su fundamento en las palabras, la enseñanza, los gestos y la vida de un hombre-Dios, reconocido como “camino, verdad y vida”. A di-

ferencia de las demás religiones “es la religión de una persona no de un libro”. Más que una doctrina o una filosofía, es un seguimiento en la fe y en la entrega a Cristo. El cristianismo es una religión monoteísta (al igual que el judaísmo y el Islam), es una religión histórica y revelada, pero la revelación no proviene de un libro, legislador o profeta (judaísmo e Islam), sino del hijo de Dios, Jesús, palabra hecha carne y presencia del Padre entre los hombres.²

Caracterizada como una religión monoteísta, histórica y revelada, el cristianismo encuentra, en las últimas dos notas, el origen y justificación de buena parte de su pensamiento político y filosófico.

La religión cristiana es una religión revelada; es decir, sus principales dogmas emanan del propio Dios que, encarnado en la figura de Jesucristo, ha transmitido, en forma directa a los hombres, las verdades en que éstos deben creer y basar su comportamiento. La revelación proviene en primera instancia de las palabras y las enseñanzas de Jesucristo, Dios hecho hombre, y que se contienen en los cuatro evangelios, libros fundamentales del dogma cristiano. La verdad revelada también se encuentra en la voz de los profetas anteriores a Cristo y es admitida como Antiguo Testamento, como parte de dicha revelación. Además, como parte de la revelación se toman también ciertas interpretaciones y exposiciones más sistemáticas del dogma a cargo de hombres santos a los que la Iglesia ha reconocido especialmente. Tal es el caso de los apóstoles de Jesucristo, de los apologistas y de sus principales teólogos, particularmente de los Padres de la Iglesia (Patrística de los siglos IV y V) y de los Doctores de la Iglesia (siglos XII y XIII). Los estudios, opiniones e interpretaciones de estos hombres santos han sido recogidos y sancionados por la Iglesia, creando la doctrina cristiana, a la que se agregan las disposiciones dogmáticas sancionadas por los concilios y las decretales pontificias.

Las verdades fundamentales del cristianismo se encuentran reveladas por Dios, que se hizo hombre en la figura de Jesucristo. La palabra divina ha sido recogida en los textos sagrados, Antiguo y Nuevo Testamento; sin embargo, estos textos no contienen una exposición sistemática de las verdades y los principios cristianos, por lo que han tenido que ser interpretados y expuestos en una doctrina que ha sido sancionada por la Iglesia. Desde los comienzos del cristianismo se encuentran exposiciones de la

2 R. Santidrián, Pedro, *Diccionario básico de las religiones*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1993, pp. 111 y 112.

doctrina cristiana. Su primer gran intérprete fue San Pablo, contemporáneo del propio Jesucristo. Posteriormente la Iglesia enfrentará interpretaciones distintas del dogma oficialmente reconocido, que se conocen como herejías, y que ponen constantemente en peligro la unidad de la cristiandad. Hacia el siglo IV, como reacción ante las herejías, surge la teología, que busca una interpretación única y verdadera de la tradición cristiana, adoptando formas de pensamiento griegas y romanas, que le sirven para desarrollar y apoyar su pensamiento. Tal es el caso, por ejemplo, de la doctrina trinitaria, un solo Dios en tres personas, que se adopta en el Concilio de Nicea como dogma cristiano en contraposición a la herejía arriana. La solución trinitaria partió de dos conceptos griegos: el de naturaleza, entendido como esencia, y el de persona, que es entendida como individualidad, con lo cual se reúnen en una sola esencia las tres personas que integran al Dios único y trino cristiano: Dios padre, Dios hijo y Dios Espíritu Santo.

Así pues, la Iglesia requiere definir sus dogmas de acuerdo con estas interpretaciones y lograr una verdad unitaria de la cristiandad. La forma de consagrar un dogma, es decir, de hacer de una afirmación una verdad incontrovertible, es a través de su sanción por parte de una asamblea de obispos, a la que se llama concilio. El obispo es la piedra angular de la organización cristiana. Se le considera como sucesor de los apóstoles y como representante de Jesucristo en la Tierra. Cuando los obispos se reúnen en concilio, pueden definir y admitir los dogmas del cristianismo. Esta facultad fue después también reconocida al papa, quien se convierte en definidor del dogma cristiano desde el primer Concilio Vaticano de 1870.

El cristianismo es también una religión histórica, y en esta característica se encuentra el fundamento de la Iglesia, como sociedad sobrenatural, religiosa, diferente a la sociedad civil, que guía a los cristianos en su camino hacia la salvación y que es depositaria de la revelación divina. Por una parte, dentro de la historia han acontecido los hechos fundamentales del transcurrir del cristianismo: la creación, el juicio de Adán, el nacimiento, la muerte y la resurrección de Jesús, etcétera. Tendrá también un fin histórico con el juicio final. El mundo, entonces, con la creación tuvo un comienzo, y con el juicio final tendrá un fin, y luego, entre estos hechos históricos transcurrirán las vidas individuales de los cristianos llamados a la salvación. Por otra parte, la idea de la historia del cristianismo supone que sólo se cuenta con una oportunidad para alcanzar la salvación, y esa oportunidad es, precisamente, la vida de cada cristiano, que puede demostrar su amor o su desamor a Dios y, en consecuencia, salvar-

se o condenarse eternamente. La vida del fiel está dotada de una extrema gravedad: una sola, única, irrepetible oportunidad de alcanzar la salvación. El mundo se convierte en el escenario de esta prueba, y la Iglesia se erige como la única guía segura para indicar el camino de la salvación. La Iglesia surge como una sociedad religiosa, de la necesidad del propio cristiano de lograr certeza en el camino de la salvación. Por ello surge como una sociedad diferenciada de la sociedad civil, como sociedad espiritual concedora y detentadora de las verdades fundamentales que indican la forma de alcanzar el fin sobrenatural de la salvación.

El cristianismo introduce una nueva concepción del mundo, radicalmente distinta al de la antigüedad grecolatina, donde el Estado era a la vez Iglesia, donde la *polis* constituía un marco unitario donde se desenvolvía plenamente la vida humana. “La concepción cristiana del fin último trascendente del hombre trae consigo, como consecuencia, la necesidad de una sociedad religiosa, la Iglesia, distinta de la sociedad civil; de un poder espiritual distinto del poder temporal”.³ El cristianismo creaba una sociedad nueva, distinta a la civil:

La Iglesia era, ante todo, una sociedad sobrenatural que elevaba el concepto de la ciudadanía —fundamento de la cultura clásica— al plano espiritual: los cristianos son verdaderos “peregrinos”, cuya auténtica ciudadanía se ubica en el Reino de Dios y cuya relación social más importante radica en ser miembros de la Iglesia y no de la ciudad o del Imperio. Por el bautismo, los hombres se integran al cuerpo místico de Cristo, quien se encarnó, padeció, murió y resucitó por todos, sin distinción de clase, ni de posición social o económica, ni de lengua o de raza. Con ello, se daba por terminada la exclusividad inherente a cada ciudad o región, para inaugurar un orden ecuménico, en el cual todos los hombres son iguales, en tanto que miembros de ese corpus, cuya cabeza es Cristo.⁴

La necesidad de contar con una guía en el camino de la salvación hizo posible a la Iglesia como sociedad religiosa y la dotó de la autoridad necesaria para definir e indicar el camino de la salvación. Así, la Iglesia se convierte en depositaria de la verdad divina, de la revelación. “El cristianismo, por el contrario, confía la dirección de la vida espiritual del hombre a una sociedad constituida por el vínculo místico de la fe en Cris-

3 Truyló y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, 10a. ed., Madrid, Alianza Editorial, ts. I y II, 1991, p. 238.

4 Echeagaray, J. Ignacio, *Compendio de historia general del derecho*, México, Porrúa, 1994, p. 67.

to sancionada por el bautismo, y a la vez depositaria de la revelación cristiana, lo que da lugar a la noción nueva de una ortodoxia transmitida por autoridad”.⁵ Esta nueva noción de una ortodoxia transmitida por autoridad es fundamental para entender el pensamiento de la sociedad medieval, que se implanta como una sociedad fundamentalmente religiosa en Europa y que hace depender al conocimiento de la autoridad, es decir, de tomar como punto de partida para el desarrollo del pensamiento, una verdad dada de antemano, una verdad considerada como segura y, por lo tanto, incontrovertible, dogmática.

El hecho de que exista una sociedad espiritual distinta a la sociedad civil llevó al cristianismo a poner límites y a cuestionar al poder temporal. La cristiandad occidental afirmó la distinción del poder temporal del espiritual desde San Ambrosio en el siglo IV, e inició una larga pugna entre ambos poderes, cuyo momento más álgido se vivió en la guerra de las investiduras, donde se enfrentaron el Papado y el poder imperial en el siglo XI. Esta separación entre los dos poderes tuvo otra importante consecuencia: el universalismo propio del cristianismo se convierte en fundamento ético y religioso del mundo occidental.

Como sociedad espiritual, la inclusión a la Iglesia es un acto voluntario sancionado por el bautismo, que admite a todos los hombres sin distinción de ningún tipo; por lo tanto, la Iglesia se presenta como una Iglesia universal, y el cristianismo como una religión ecuménica. Esta universalidad del cristianismo hará que en Occidente el mundo cultural entero dependa de las ideas y concepciones del cristianismo. El conocimiento depende de la verdad revelada, y la Iglesia asume la dirección y la definición del mundo ético, político y jurídico. Así, derecho justo es aquel que no contraría los dogmas fundamentales de la revelación, que esté en consonancia con la naturaleza de las cosas, con el orden universal divino.⁶

B. *El papel de la razón. La filosofía cristiana*

Entendiendo estas dos características fundamentales del cristianismo como religión; es decir, histórica y revelada, debemos entrar al análisis

⁵ Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 238.

⁶ El derecho es concebido por la Iglesia, como lo indica Paolo Grossi, “como instrumento —necesario e imprescindible, pero instrumento— para conseguir el único fin de la Iglesia: la conquista de la eternidad, la *salus aeterna animarum*”. Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 130.

del papel de la razón dentro de este sistema cerrado de verdades incontrovertibles. La razón, dentro del marco de la revelación, es una razón limitada, incapaz por sí misma de alcanzar el conocimiento verdadero; sin embargo, es auxiliadora de la fe en cuanto le ayuda a entender la verdad revelada. Cuando en el siglo IV las herejías ponen en peligro la unidad de la Iglesia, se recurre a la razón para interpretar y definir los dogmas fundamentales del cristianismo y para lograr entender a la propia revelación. Surge la teología, que constituye una síntesis entre el pensamiento religioso y la filosofía griega. No existe para la patrística una distinción formal entre la teología y la filosofía; sin embargo, puede hablarse históricamente, a partir de San Agustín principalmente, del nacimiento de una filosofía cristiana.

El predominio del cristianismo en el mundo occidental determinó una nueva orientación de la filosofía. Toda religión supone un conjunto de *creencias*, que no son el fruto de una investigación, pues consisten en la aceptación de una *revelación*. La religión es la adhesión a una verdad que el hombre acepta en virtud de un *testimonio* superior. Tal es, en efecto, el cristianismo. Reconocida la verdad en su valor absoluto, tal como es revelada por una potencia superior, queda determinada inmediatamente la exigencia, para cada hombre individual, de acercarse a ella y comprenderla en su auténtico significado, para vivir verdaderamente con ella y de ella. A esta exigencia sólo puede satisfacerla la investigación filosófica. De la religión cristiana ha nacido así la filosofía cristiana, la cual ha emprendido la tarea de llevar al hombre a la comprensión de la verdad revelada por Cristo, de manera que pueda verdaderamente realizar el significado auténtico de la misma. Los instrumentos indispensables para esta tarea los halló la filosofía cristiana ya dispuestos por la filosofía griega.⁷

La radical novedad de la perspectiva religiosa es la que dio lugar a una filosofía que podemos calificar de “cristiana”, entendiendo esta expresión en el sentido de un pensamiento que se despliega en el marco de las verdades cristianas aceptadas por la fe, y trata ante todo de fundamentarlas racionalmente.⁸

La creación de una filosofía cristiana, a través de la adopción de la filosofía griega, no fue, sin embargo, nada fácil. De hecho, la admisión del paganismo fue uno de los grandes problemas que enfrentó la Iglesia

7 Abbagnano, Nicolás, *Historia de la filosofía*, 3a. ed., Barcelona, Editorial Montaner y Simón, 1978, t. I, pp. 226 y 227.

8 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 236.

desde sus inicios hasta la patrística del siglo IV. El problema central era resolver si la fe cristiana era compatible con la cultura antigua. El problema se plantea por primera vez a Clemente de Alejandría:

Clemente planteó, por primera vez, el problema de la compatibilidad de cristianismo y cultura antigua. La solución alejandrina correspondía a la concepción formulada por Clemente, según la cual una mediación entre ambas tradiciones espirituales está totalmente permitida y justificada por la frase del Antiguo Testamento de que es “lícito robar a los egipcios” (*spoliare aegyptios*), es decir, se puede tomar de los paganos todo aquello que de alguna manera sea fecundo para los cristianos.⁹

Esta solución no fue vista por todo el mundo cristiano con los mismos ojos. Durante mucho tiempo el Imperio romano había sido enemigo de la cristiandad; de hecho, a los cristianos les quedaba prohibido participar de ningún rito romano, ni siquiera desempeñar alguna función dentro del Estado romano. Hacia el siglo IV fue San Agustín quien se ocupó más intensamente de esta cuestión. En un primer momento negó la compatibilidad del paganismo y el cristianismo, pero después los relacionó:

...[San Agustín], no cayó en una actitud puramente negativa de animosidad radical frente a la cultura antigua; veía que este radicalismo era, en sí mismo, cuestionable por inviable. En su lugar y como contribución positiva, sentó las bases de una nueva relación entre cultura antigua y cristianismo. La formación cristiana es concebida como algo que, en su esencia y forma, es completamente distinto de la paideia antigua, incluso de la paideia filosófica de cuño antiguo y de contenido cristiano, tal como la había cultivado Agustín en sus comienzos. También él encontró para su solución una expresiva fórmula: un cristiano debe orientarse por la regla fundamental del *uti* y del *frui*, del “utilizar las cosas para un fin superior” y del “alegrarse en las cosas por ellas mismas”. Según la concepción agustiniana el *frui* era sólo válido para la teología: sólo el estudio de la doctrina de Dios y de la revelación tiene valor en sí mismo. Todas las demás actividades espirituales sólo son defendibles en función de este fin superior; lo que no se justifica por éste, cae bajo el concepto, repetidamente utilizado por Agustín en la confrontación, de *curiositas*: el querer saber por sí mismo, que no está sustancialmente justificado por su propio fin. Para el Agustín de esta *doctrina christiana* la única labor plena de sentido del pensamiento cristiano consis-

9 Maier, Franz Georg, “Las transformaciones del mundo mediterráneo”, *Historia Universal Siglo XXI*, 13a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1989, vol. IX, p. 168.

te en realizar una penetración y apropiación cada vez mayor de la revelación. Esto significaba la ruptura con todo humanismo cristiano, que emana siempre del propio valor de la formación secular. Pero, la posición de Agustín superaba la mera negación, porque reconocía conscientemente determinados elementos de la cultura antigua y rudimentos de su ciencia, que eran medios auxiliares y premisas indispensables de todo trabajo teológico. En occidente, la Iglesia no sólo fue portadora de la doctrina cristiana, sino también protectora de la cultura clásica y cristiana; conformó la cultura y el mundo espiritual de la Edad Media y creó también los presupuestos del Renacimiento y de la Edad moderna. Aunque la conservación y la transmisión de la literatura y la filosofía antiguas no impedían el surgimiento de una cultura puramente eclesiástica, fomentaban también el desarrollo de una actitud racional y crítica hacia el mundo, característica especial de occidente.¹⁰

Así, la filosofía cristiana se sirvió de la griega para hacer asequibles, por medio de la razón, las verdades de la revelación, aceptando estos medios con exceso de prudencia y cuidado, dado que los fines del cristianismo son la contemplación de Dios y el seguimiento de Jesucristo en la fe. El pensamiento de la antigüedad grecolatina se mostraba como un peligro inquietante por sus enormes logros racionales. Sirva esta cita del maestro Georg Maier para entender la preocupación y la gravedad de aceptar el pensamiento antiguo: “Agustín y, a través de los siglos los representantes del agustinismo, se sintieron preocupados por la posibilidad de que en el futuro espiritual, procedente de la combinación de estas dos tradiciones, anidara un grave peligro: el triunfo del racionalismo crítico, heredero de la cultura clásica, sobre la fe y la revelación”.¹¹

El cristianismo, entonces, se apoya en la razón para hacer asequible la verdad revelada a los hombres y, de esta manera, hacer una religión viva que pudiera ser comprendida por el cristiano. Dentro del marco limitado de la razón, “a la sabiduría divina sólo se accede por la fe”, decía San Agustín. La filosofía griega constituye el medio perfecto para “investigar” y hacer comprensible a la verdad revelada. La filosofía griega dota así de un pensamiento racional al cristianismo, que le permitió exponer sistemáticamente la doctrina cristiana contenida en la revelación. La filosofía se convierte para la teología, lo que siglos después será el derecho romano para la práctica jurídica; es decir, en textos dotados de razón, que ayudan a la Iglesia en su misión de conducir a su pueblo a la salvación.

10 *Ibidem*, pp. 169 y 170.

11 *Ibidem*, pp. 170 y 171.

Abbagnano nos indica:

La filosofía cristiana no puede tener el fin de descubrir nuevas verdades y ni siquiera el de profundizar y desarrollar la verdad primitiva del cristianismo, sino solamente el de encontrar el camino mejor, por el cual los hombres puedan llegar a comprender y hacer propia la revelación cristiana. Todo lo que era necesario para levantar al hombre del pecado y para salvarle, ha sido enseñado por Cristo y sellado con su martirio. Al hombre no le es dado descubrir sin fatiga el significado esencial de la revelación cristiana, ni puede descubrirlo por sí solo, fiándose únicamente de la razón. En la Iglesia cristiana la filosofía no sólo se dirige a esclarecer una verdad que ya es conocida desde el principio, sino que se dirige a esclarecerla en el ámbito de una responsabilidad colectiva, en la cual cada individuo halla una guía y un límite. La Iglesia misma, en sus asambleas solemnes (Concilios), define las doctrinas que expresan el significado fundamental de la revelación (dogmas).¹²

De la utilización de la filosofía como herramienta de la teología, con menosprecio por las otras ciencias, que defendió San Agustín, se pasará a la filosofía tomista, que abre el campo de la razón afirmando la autonomía de la ciencia natural, aunque situándola más abajo de la razón que se utiliza para llegar a la contemplación de Dios. De alguna manera rehabilita a las ciencias naturales y sus propios métodos, distinguiendo a la razón de la fe y afirmando su congruencia.

Es verdad que santo Tomás no intentó apartar las mentes de los hombres del mundo espiritual para dirigirlas al estudio de los entes particulares y contingentes. Su ideal filosófico, como lo expone el padre Rousselot, es primordialmente intelectualista, y él considera la ciencia del mundo sensible como el peldaño más bajo de la escala que conduce a la mente de manera gradual a la contemplación de la verdad eterna. Sin embargo, el nuevo aprecio y valoración de los Derechos de la naturaleza y de la razón que él establece en su filosofía señalan un momento crucial en la historia del pensamiento europeo. La mente humana ya no tendría como fin único de su actividad la contemplación de objetos eternos e inmutables, sino que fue puesta en libertad para asumir una vez más su tarea natural de ordenar el mundo material por medio de las ciencias y las leyes.¹³

12 Abbagnano, *op. cit.*

13 Dawson, Christopher, *Historia de la cultura cristiana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 206.

Se puede llegar a afirmar que esta nueva perspectiva del papel de la razón, en una sociedad que, como la medieval, es fundamentalmente religiosa, pudo haber constituido el origen y el antecedente de la ciencia humanista de los siglos por venir, e incluso del papel autónomo y totalizador de la razón que le atribuye el racionalismo.

Es interesante, además de explicar el papel de la razón dentro del marco de las verdades cristianas, exponer brevemente la concepción cristiana de su relación con Dios, para entender la necesidad del cristianismo de contar en todo momento con el auxilio divino y entender que dentro del pensamiento cristiano existe un sentimiento de total dependencia de Dios.

Radical es la novedad de la perspectiva cristiana ante todo por su idea de Dios, recibida del Antiguo Testamento. La personalidad de Dios transforma de raíz su relación con la criatura, y la creación desde la nada da lugar a una dependencia absoluta de todo con respecto a Dios, a un señorío absoluto de Dios sobre todo. De ahí un sentimiento peculiar de la grandeza de Dios, propia ya del judaísmo, y que hace brotar en el cristiano la virtud de la humildad. El santo cristiano no se ufana, como el sabio estoico, de semejarse a la Divinidad, sino que proclama una y otra vez su indignidad y miseria ante Dios. Por lo mismo, le faltará el sentido de la autosuficiencia y autonomía: nada puede la criatura sin la gracia de Dios y la norma suprema de su vida consistirá en cumplir la voluntad divina con el auxilio divino.¹⁴

Esta dependencia de la gracia divina tendrá importantes consecuencias en la evolución del pensamiento cristiano y en su teoría moral. La doctrina de la necesidad de la gracia divina se debe a San Agustín, cuando la Iglesia se ve en la necesidad de enfrentar a la herejía pelagiana. Hacia finales del siglo IV un monje irlandés llamado Pelagio rechazó uno de los principales dogmas cristianos: el pecado original. Afirmaba que la naturaleza humana dotaba al hombre, basada en su libre voluntad, de la capacidad de actuar bien por su propia fuerza y, en consecuencia, la gracia divina era sólo una ayuda importante para la moralidad humana pero, en ninguna medida, indispensable para alcanzar la salvación. Sostuvo: "...un moralismo racionalista, con una indudable fe en la autosuficiencia moral del hombre".¹⁵ Condenada por la Iglesia en el año 412 fue refutada por San Agustín, quien defendió la tesis, después adoptada por la ortodoxia

14 Truyol y Serra, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

15 Maier, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

cristiana, de que el efecto del pecado original en la naturaleza humana produce una naturaleza vulnerada. Es decir, la naturaleza pierde su integridad original, y la razón sólo puede, de manera muy débil, servir de norma de acción; de ahí la necesidad de la gracia divina y de la sumisión del cristiano a la ley divina revelada. Esta debilidad de la razón permite, sin embargo, dentro de la limitación de su propia debilidad, la posibilidad de que el hombre deduzca el contenido del derecho natural, y, por lo tanto, servir de una cierta guía de su actuar, pero siempre limitada dentro del marco de la fe y la revelación. San Agustín afirmó: "...la total dependencia de la gracia divina del hombre pecador, como experiencia fundamental de la vida cristiana".¹⁶

El asunto de la gracia, a partir de Pelagio, resulta de enorme trascendencia para la futura cultura occidental. Del pelagianismo partirá, por una parte, la concepción luterana de la naturaleza corrompida, es decir, la imposibilidad de la naturaleza humana de deducir por la razón el contenido general del derecho natural, y, por otra parte, la creencia en la autosuficiencia moral del hombre, que abrió un camino dentro del propio pensamiento cristiano como humanismo y como posibilidad del hombre de emanciparse de la guía espiritual de la Iglesia, problema que en la actualidad le preocupa especialmente a la ortodoxia católica.

El pelagianismo no es sólo un acontecimiento histórico, sino una posibilidad fundamental de la existencia en occidente. Aunque en forma más atenuada, continuó subsistiendo, con su insistencia en la libertad natural y en la capacidad moral del hombre como "semipelagianismo" y en la teología jesuita del siglo XVII, en el Renacimiento y en la Ilustración como humanismo "cristiano". Pelagio y Gelasio abrieron camino a un pensamiento específicamente occidental; fueron el germen de una nueva forma de vida, en un mundo dominado aún por otros principios espirituales.¹⁷

C. La idea del derecho natural

En el marco de las ideas cristianas y como parte de la síntesis realizada por San Agustín de la doctrina cristiana y la filosofía griega surge la teoría cristiana del derecho natural.

¹⁶ *Ibidem*, p. 166.

¹⁷ *Idem*.

Desde una perspectiva filosófica, la idea del derecho de la cristiandad se funda en la teoría tripartita de la ley, heredada de la Stoa romana y Heráclito, y definida claramente por San Agustín.

Como antecedente cristiano se encuentra la consideración del derecho y la ley esbozado por San Pablo en la “Epístola de los romanos” II, 14-15, donde identifica en contenido a la ley natural de los gentiles y la ley mosaica, que es aplicada en igual forma por gentiles y fieles. La ley, de cualquier forma, es insuficiente para alcanzar los fines del cristianismo, ya que la persona no se hace justa por la observancia de la ley, sino por la fe en Jesucristo. Subordinada a la fe, la ley natural sólo indica el conocimiento del pecado. La ley natural puede ser conocida por la razón, a la que admite eficacia, aunque dentro de un ámbito limitado: a la sabiduría divina sólo se accede por la fe. El cristianismo primitivo infravalora la ley con la convicción de que únicamente se llega a la salvación por el amor a Dios y a los semejantes y por la fe en Jesucristo. Sin embargo, tradicionalmente la propia Iglesia ha considerado que San Pablo admitió la doctrina del derecho natural, que fue desarrollada cuatro siglos después.

La escuela estoica romana había tomado de Heráclito el concepto del *logos*, que ahora es al mismo tiempo ley divina que todo lo rige, ley natural que gobierna a la naturaleza y ley moral y jurídica que rige la conducta de los hombres. El *logos* que gobierna lo racional e irracional es la medida de lo justo y lo injusto para los hombres. La razón universal se desprende en potencias para el hombre y se le presenta como razón que debe ser desarrollada mediante la educación y el conocimiento de sí mismo. Puesto que todos los hombres participan en potencia de la razón universal, todos encuentran en su naturaleza racional la ley moral y jurídica. De ahí que la ley universal se identifique con la natural, “vivir conforme a la naturaleza”, será la máxima estoica. La Stoa romana identifica a Dios con la naturaleza, que no es otra cosa que un orden universal que exige obrar bien para compenetrarse en el orden universal.

Cicerón, pensador ecléctico, reviste de forma jurídica la confusa doctrina de la Stoa reconociendo una ley eterna e inmutable que se enlaza con la ley natural, que rige a la naturaleza irracional, y con la ley moral, que es una ley racional que ordena lo bueno y prohíbe lo injusto, ley moral que existe en lo divino y en el hombre. Todas las leyes humanas, en la medida en que son justas, derivan del derecho natural, cuyo contenido resume en dos fórmulas: la primera, de carácter negativo, que prohíbe perturbar el orden de la naturaleza, y la segunda, de signo positivo, que im-

plica la participación activa en la comunidad. El derecho natural obliga a respetar las reglas del derecho vigente, pero no en forma estática, sino que puede ceder dicha obligación al deber superior de servir al bien general de la comunidad.

San Agustín toma de Cicerón y de la escuela estoica las bases para la construcción de la concepción cristiana del derecho natural que prevalecerá incluso después de Santo Tomás. Crea la doctrina de la ley eterna, basada en la ley cósmica universal estoica, que identifica con la razón divina y la voluntad de Dios, que manda respetar el orden natural y prohíbe perturbarlo. La ley eterna obra de manera necesaria en los seres irracionales y debe ser acatada libremente por los seres racionales. El hombre capta la ley eterna a través de la ley natural, que no es más que un reflejo de aquélla, un aspecto particular.

La ley natural, que en la conciencia se expresa, no es, pues, sino la participación de la criatura racional en el orden divino del universo, referido ahora a un Dios personal y trascendente. Con ello supera San Agustín el panteísmo de Heráclito y de los estoicos, y sustituye su iusnaturalismo cosmológico por un iusnaturalismo teocéntrico que ha de ser la base de todas las ulteriores concepciones cristianas.¹⁸

La ley eterna es la ley divina revelada a la que el hombre, en cuestiones de fe, debe sujetarse absolutamente. La ley natural sirve como ética natural y da contenido al derecho natural, de tal forma que el hombre por sí mismo, a través de su razón, posee la facultad de distinguir el bien del mal. Pero la perfección de la ley natural se encuentra en la ley divina revelada, de la que no puede prescindir. La razón puede servir de norma de acción, pero de forma debilitada por la presencia del pecado original, de tal suerte que el hombre requiere de la gracia divina para obtener su salvación y de la observancia fiel de la ley divina revelada.¹⁹

18 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 264.

19 La posibilidad de que el hombre, aunque débilmente, pueda conocer el contenido de la ley eterna, entraña un peligro para la fe que San Agustín entendió muy bien y que le llevó a defender en la controversia con Pelagio, la absoluta necesidad de la gracia divina para obtener la salvación. La siguiente anotación de Guido Fassò indica cómo San Agustín abandona la postura iusnaturalista después de la disputa pelagiana para asumir una postura voluntarista: "En efecto, el iusnaturalismo propiamente dicho, el que se conduce a la naturaleza y a la razón del hombre como fuentes de la ley de la conducta humana, es sustancialmente 'pelagiano'. Si el hombre posee por naturaleza, por propia virtud, la norma de obrar bien, y puede conocerla gracias a su razón, es decir, por sus propios medios, el obrar bien no depende más que de él y su naturaleza es buena, poseyendo en sí mismo los instrumentos para alcanzar su salvación. San Agustín, que se percató bien pronto en su controversia con

La ley natural se convierte en el orden mundano en el fundamento de todas las leyes humanas. El derecho positivo debe basarse entonces en el derecho natural, al que no debe contravenir. La ley humana constituye un último aspecto o reflejo de la ley eterna. La ley política tiene como fin asegurar el orden y la paz de la sociedad para permitir al hombre realizar su fin temporal y eterno.

En el contexto medieval el derecho natural fue un concepto que no preocupó especialmente a los juristas, ya que de alguna manera se consideró al derecho romano como un derecho que cumplía con los designios de la revelación, e incluso se le llegó a identificar con el derecho natural.

Realmente durante la Baja Edad Media nadie entendió al modo actual los problemas relacionados con el *ius naturale*. Los juristas, en general, nunca han sido muy proclives a ocuparse de él, excepto cuando tropiezan con un problema moral grave. En aquella época no hubo enfrentamientos por posiciones morales enfrentadas: la moral vigente era la cristiana. Además, tampoco existía, al menos lo suficientemente generalizada, una conciencia revolucionaria del tipo de la que estalla a finales de la Edad Moderna. Indico esto porque Henri de Page ya captó, hace casi un siglo, que la idea del derecho natural es el recurso del que echan mano los descontentos con el orden presente. Hubo que esperar a que Europa se convulsionara y, en cierto modo se rebelara contra ella misma, cosa que comienza a suceder en el siglo XVI, para que algunos juristas mostraran interés por las nociones del derecho natural que hemos estudiado.²⁰

Los juristas medievales, en todo caso, siguieron las enseñanzas romanas, particularmente las de Ulpiano, y consideraron al derecho natural como una etapa histórica donde los hombres fueron igualmente libres, en un mundo donde no existían relaciones jurídicas ni propiedad privada.

Pelagio del peligro que la tesis de éste comportaba para el cristianismo, cayó en la cuenta de que el iusnaturalismo puede conducir, efectivamente, a posturas pelagianas, ya que llega a negar la corrupción, inherente al pecado original, de la naturaleza humana, y, por tanto, la necesidad de la gracia para obrar bien y alcanzar la salvación. Es por ello, justamente, por lo que en las obras agustinianas relacionadas con la polémica con Pelagio o posteriores a ella, el iusnaturalismo aparece abandonado. ...La fuente de la ley de la conducta humana no es, en definitiva, la naturaleza-razón común a todos los hombres en cuanto tales, sino la fe, que opera a través del amor, que no existe por naturaleza y mucho menos por razón, sino exclusivamente por la gracia, 'misericordia para con el género humano de Cristo Jesús, Señor nuestro"', Fassò, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, 3a. ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 1982, t. I, p. 141.

20 Carpintero, Francisco, *Historia del derecho natural*, México, UNAM, 1999, p. 44.

Pero otros juristas entienden preferentemente que el derecho natural es un estadio originario de la humanidad que se ha caracterizado por la *communis omnium possessio* y la *omnium una libertas*, según la terminología que contribuyó a popularizar Isidoro de Sevilla. En este último sentido Hermogeniano o Ulpiano explican que *ab origine* o *ex iure naturali*, en el comienzo de la humanidad, no habrían existido ningún tipo de propiedades, por lo que todas las cosas eran comunes; a esta posesión común de todo se le dio el nombre de *communis omnium possessio*. Las propiedades fueron “introducidas” posteriormente, por el derecho de gentes o *ius gentium* que deroga en este punto al *ius naturale*. En esta etapa del derecho natural tampoco habría existido ninguna sujeción de un hombre a otro: el derecho natural no conocía el poder político ni, mucho menos, la esclavitud, fue el derecho de gentes igualmente el que “introdujo” las ciudades, los magistrados y los reyes, las esclavitudes, el comercio, etcétera, derogando la igual libertad de todos que estatúa el derecho natural u originario del hombre.²¹

Al derecho de gentes siguió el derecho civil, que podría entenderse como el derecho positivo vigente. Como explica Carpintero, los grandes juristas medievales admiten con pocas variantes estos conceptos, entre ellos, Acursio, Baldo y Bártolo; en consecuencia, según Carpintero existe un antecedente romanista en la concepción del derecho natural que prevalecerá en la época moderna:

Efectivamente, los juristas del *ius commune* identificaron la noción del derecho natural con una libertad genérica, anterior a cualquier obligación o vínculo jurídico, de la que los hombres habrían disfrutado en el *status naturae*. La idea del derecho natural-libertad, hecha posible mediante la ficción del “estado de naturaleza-libertad”, fueron los elementos clave y posibilitantes del iusnaturalismo que estalla en la Edad Moderna.²²

Así las cosas, en el contexto de la cultura europea han prevalecido, anterior a la concepción moderna, dos nociones de derecho natural. Por una parte, la cristiana, de origen estoico, que entiende al derecho natural como un producto de la ley natural, reflejo de la ley divina, que puede ser conocida por el hombre como una ley innata, y, por otra parte, la concepción romana de una etapa histórica de la humanidad, que quedó superada, donde el hombre era libre. Esta superación, sin embargo, no es definitiva: Ni los

21 *Ibidem*, p. 329.

22 *Ibidem*, p. 35.

romanos ni los juristas medievales entendieron al derecho natural en este segundo sentido como una simple etapa de la historia de la humanidad ya superada definitivamente. Más bien consideraron que junto con las instituciones actualmente existentes, se desarrolla paralelamente un orden originario de libertad e igualdad de la mano del *ius naturale*.²³

2. *La sociedad medieval*

A. Los cambios sociales: de la Alta a la Baja Edad Media

A partir de la restauración del Sacro Imperio Romano Germánico de Occidente realizada por Carlomagno en el año 800 d. C., tiene lugar la formación de Europa. Es durante la Alta Edad Media cuando Europa toma significación como concepto político-cultural. En la antigüedad, los griegos designaron, con sus limitados conocimientos geográficos, a Europa como continente, pero entendiéndolo exclusivamente como Grecia. El Imperio romano fue un imperio mediterráneo donde todavía no existía Europa. A partir de Carlomagno empieza a utilizarse el nombre de Europa, en la literatura docta y en el lenguaje oficial, para designar una unidad geopolítica y, para Carlomagno y sus contemporáneos, un mundo nuevo.

La gestación de Europa se debe a la asimilación de elementos diversos, y sus raíces culturales deben encontrarse en su pasado grecolatino, al que se unió el elemento germánico, tras las invasiones y la caída de Roma, y el cristianismo. De estos tres elementos se nutre el pensamiento, la espiritualidad y la forma de sentir de Occidente. Es a partir de este momento cuando se configuran los elementos esenciales de la sociedad medieval.

El Sacro Imperio Romano Germánico se constituyó como un Estado en el que predominaba el ideal teocrático, que consideraba a Carlomagno como el caudillo y protector del pueblo cristiano facultado para hacer valer la ley de Dios en el mundo. En el Estado carolingio se confunden poder espiritual y temporal bajo un mismo mando, el del emperador.

Ese ideal teocrático, llevado a ultranza, domina todos y cada uno de los aspectos del nuevo Imperio franco, que será en mucho mayor grado que el bizantino, un estado eclesiástico en el cual lo secular y lo espiritual se en-

23 *Ibidem*, p. 330.

tremezclan en forma inextricable: la legislación de Carlomagno se ocupará en regular, estricta y minuciosamente, la conducta del clero y la observancia de la doctrina y el culto: el respeto del domingo, la ejecución del canto eclesiástico y las condiciones para admitir a los novicios en los monasterios ocupan, en los Capitularios, un lugar de tanta importancia como la concedida a la defensa de las fronteras, a la organización de los tribunales y a la administración del erario. En cierta ocasión, el emperador llegará a requerir, de cada parroquia del Imperio, una información por escrito del modo según el cual se administra el bautismo, misma que los obispos harán llegar a Carlomagno para su personal revisión.²⁴

La cultura europea surge de la comunidad religiosa que la une. A esta comunidad religiosa se asocian las costumbres y culturas germánicas, especialmente en cuanto a su concepción del poder civil. Los reinos germánicos y de forma especial del Imperio carolingio fusionarán sus tradiciones bajo la guía del cristianismo. “De ahí que la nueva civilización que comenzó a surgir lenta y penosamente en la primitiva Edad Media fue en un sentido muy especial una creación religiosa, pues de hecho estaba fundada en una unidad eclesiástica y no política”.²⁵

Las características de la sociedad medieval se modelarán a través de este ideal teocrático, que a la desmembración del Imperio carolingio continuará a través del poder de la Iglesia, que se convierte en única instancia universal de la Europa medieval y único factor de unidad. La caída del Imperio carolingio abrió paso al feudalismo, que se caracteriza por la ausencia de un poder único y centralizado. Multitud de señoríos dominan el mapa territorial de Europa. La sociedad se estructura con base en un orden estamental constituido por tres capas sociales: el clero, la nobleza y el estado llano. Disfrutaban, la nobleza y el clero, de ciertos derechos, que con el transcurso del tiempo se convertirán en verdaderos privilegios. La sociedad feudal es una sociedad políticamente fragmentada. Las relaciones sociales dependen de fidelidades personales y de particulares jurisdicciones. La economía es cerrada, dependiendo casi exclusivamente de la producción agraria con un comercio muy incipiente, y la vida se desarrolla en ámbitos muy reducidos. Las ciudades han perdido su importancia ante la inseguridad generalizada y las continuas luchas contra extraños invasores y entre los propios señoríos feudales. Dentro de este marco social, la

24 Echeagaray, *op. cit.*, p. 196.

25 Dawson, *op. cit.*, p. 196.

Iglesia se impone como la única comunidad de vida, y el ideal teocrático domina todos los aspectos de la cultura feudal.

En todas partes la gente tomó conciencia de que eran ciudadanos de la gran comunidad religiosa de la cristiandad. Y esta ciudadanía espiritual fue el cimiento de la nueva sociedad. Como miembros del Estado feudal, las personas estaban separadas por incontables divisiones de lealtad y jurisdicción. Estaban repartidas como ovejas con la tierra en la cual vivían, entre diversos señoríos. Pero, como miembros de la Iglesia, se hallaban sobre terreno común.²⁶

García Pelayo habla de una sociedad teocéntrica, y nos explica:

La sociedad occidental de la Alta Edad Media era una sociedad teocéntrica. No sólo se consideraba a sí misma fundada históricamente por la persona de Cristo, sino que su realidad institucional se sustentaba básicamente sobre los sacramentos, ya que el bautismo era condición necesaria para pertenecer a ella y se integraba permanentemente mediante la eucaristía, de modo que la excomunión, simultáneamente a la exclusión de la gracia sacramental, significaba la exclusión de la relación social.²⁷

En la transición de la Alta a la Baja Edad Media, conforme fue resurgiendo la vida urbana y se restableció el comercio se inició una muy lenta transición política que dejaba atrás a la pluralidad de señoríos feudales y tendía hacia Estados centralizados. La reivindicación de las prerrogativas feudales por parte de los reyes fue creando paulatinamente estos nuevos estados. Por otra parte surgieron nuevas formas de vida social en forma de asociaciones de individuos por intereses o necesidades comunes: “Finalmente, la sociedad medieval está organizada en corporaciones —eclesiásticas, caballerescas, municipales y gremiales— en el seno de las cuales cada individuo encuentra su propia razón de ser, su estatuto particular, su medio de representación y defensa”.²⁸

El fortalecimiento de los reinos como estados centralizados no significó un cambio sustancial en lo social y lo cultural. Finalmente, la Iglesia admitía al poder temporal, cualquiera que fuera su configuración:

26 *Ibidem*, p. 197.

27 García Pelayo, Manuel, *Del mito y de la razón*, Madrid, Revista de Occidente, 1968.

28 Echeagaray, *op. cit.*, p. 127.

El Estado y la Iglesia no eran dos organismos independientes, sino dos órdenes o funciones diferentes de una sola sociedad de la cual el papa era la cabeza; con todo, ello no quería decir que estos órdenes fueran idénticos o se confundieran. El príncipe tenía su propia función en la sociedad cristiana y sus propios Derechos dentro de la esfera del ejercicio de éstos. La del pontífice era una autoridad suprapolítica que trascendía a la del rey sin anularla.²⁹

Hacia el final de la Baja Edad Media, en el periodo que va de los siglos XIV a la primera mitad del XVI, la sociedad europea continúa siendo una sociedad basada en la religión, donde las estructuras sociales y culturales poco han cambiado.

Si hemos empezado diciendo que el sistema cultural de este período es de carácter religioso, se debe a que la única cosa fundamental común a los hombres desde la mitad del siglo XIV hasta la mitad del XVI es precisamente la religión. El Sacro Imperio Romano se ha limitado definitivamente al área germánica, y, en la práctica, Europa ya está dividida en Estados de estructura prenatal, frecuentemente en lucha entre sí. La economía agraria y comercial conviven sin comunicarse mucho, de igual modo que los nobles continúan viviendo en un mundo distinto del de los burgueses y del de los campesinos. No existe una justicia única que se aplique a todos los miembros de un organismo político, sino que funcionan varias al mismo tiempo en el mismo territorio. No menos variadas son las libertades, es decir, los privilegios de que goza cada grupo social. Pero la religión —que caracteriza enteramente el arte y la filosofía, plasma la moral e influye decisivamente en casi todas las ramas de la actividad humana— es una y común a todos los países de occidente.³⁰

Lo que más cuenta es que los principios cristianos han plasmado ya una sociedad que encuentra en ellos su justificación y su legitimidad. La estructura jerárquica del poder civil, incluso de diferentes tipos de poder, se basa en el postulado —esencial para todo cristiano— de que su autoridad viene de Dios y que no se debe resistir a él. No menos importante es la sanción fundamental que la religión da a la subdivisión de la sociedad en clases. La clase más poderosa, más arrogante en la afirmación de sus prerrogativas y más organizada para hacerlas valer es precisamente la eclesiástica, que es también la más interesada en el inmovilismo del orden establecido.³¹

29 Dawson, *op. cit.*

30 Romano, Ruggiero y Tenenti, Alberto, “Los fundamentos del mundo moderno”, *Historia Universal Siglo XXI*, 20a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1989, vol. 12, pp. 73 y 74.

31 *Ibidem*, p. 74.

En este periodo tiene lugar el humanismo o renacimiento, que aporta, entre otras muchas cosas, el pensamiento crítico, y que en este sentido se puede apreciar como un antecedente del racionalismo. Sin embargo, el humanismo estuvo desprovisto de un sistema filosófico, como sí lo tuvo el racionalismo, que fue capaz de transformar a la sociedad entera de su tiempo. El humanismo también intentó transformar la realidad de su tiempo y obtuvo una nueva cultura que puso al hombre como centro del universo y que inició el camino del saber laico y de la crítica, pero siguió inmerso dentro de la cultura religiosa, y no renunció a sus principales creencias.

La sociedad medieval es, entonces, una sociedad cuya unidad se centra en lo religioso y que se encuentra organizada de acuerdo con un orden jerárquico que la divide en tres grupos claramente diferenciados entre sí. Desde su origen como Estado “teocrático” en la época carolingia hasta los primeros cuestionamientos de la crítica humanista y, posteriormente, racionalista, se mantiene como modelo de la sociedad europea. Los vestigios feudales vigentes en la sociedad europea en forma de privilegios del alto clero y la nobleza se mantendrán en Francia hasta su abolición con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada el 26 de agosto de 1789. Una de las consignas revolucionarias francesas fue precisamente la abolición de los privilegios feudales y, en consecuencia, la abolición de la sociedad estamental que desaparecería a favor de la nivelación social que supuso la promulgación de leyes que consagrarán la igualdad de todos los ciudadanos.

B. *El orden social*

Europa fundamentó durante cerca de diez siglos a la sociedad con base en este orden medieval que suponía la existencia de tres estados generales u órdenes. A continuación expondremos el sustento ideológico de esta división estructural de la sociedad medieval.

Un especialista de la materia, Georges Duby, inicia su investigación sobre “Los tres órdenes o lo imaginario del feudalismo” con esta cita de un autor del siglo XVII, Carlos Loyseau, que, en un libro destinado a lograr numerosas ediciones, definió el orden social: “Unos están consagrados particularmente al servicio de Dios; otros a conservar el Estado por medio de las armas; otros a alimentarlo y a mantenerlo mediante el ejercicio de la paz. Éstos son nuestros tres órdenes o estados generales de Fran-

cia, el Clero, la Nobleza y el Tercer Estado”.³² Este reconocimiento hecho en el siglo XVII refleja la teoría cristiana y medieval de la sociedad, que fue desarrollado desde la creencia de un orden que debe regir a la sociedad de manera jerárquica, y que fue enunciado desde la época del Bajo Imperio Romano. El reconocimiento de los tres órdenes o estados generales, como base estructural de la sociedad, fue esbozado en forma completa en Francia desde el siglo X, a manera tal, que se convertiría en doctrina y verdad comúnmente aceptada en los siglos posteriores.

En torno al año mil se fija a modo de doctrina el reconocimiento de los tres órdenes o estados en que se divide la sociedad. Añeja teoría que explicaba las desigualdades sociales de los hombres en el mundo, venía defendiéndose a la sociedad estamental como realidad jerarquizada desde fines del Imperio Romano de Occidente. Sin embargo, toma forma de doctrina en Francia, en el siglo XI, con motivo de la incapacidad, la debilidad, la *imbecillitas*, del rey de Francia, de ejercer la función por Dios asignada de mantener el orden y la paz en la sociedad terrena.

El deber de los obispos es recordar al rey y a los hombres su misión, recordarles sus deberes, sus derechos y conminarles a actuar, cuando el mundo, cuando la sociedad, lo requiera. Para el año mil, la sociedad medieval es un mundo caótico, desordenado: la guerra entre los poderosos, entre los grandes señores feudales, parece devastarlo todo. El sacro deber de los reyes de mantener el orden a través de la espada urge para ordenar tal estado de cosas; sin embargo, la debilidad del rey de Francia lo hace imposible. Por ello los obispos deben conminar a los reyes a desarrollar su principal función, y es en este llamado, en este discurso, donde se da forma y coherencia a la doctrina de los tres órdenes. Los obispos Adalberón de Laon y Gerardo de Cambray dirigen al rey Roberto de Francia, el primero en forma de poema fechado entre los años 1027-1031, el segundo a través de un discurso fechado hacia el año 1025, palabras de exhortación a cumplir con la función encomendada por Dios a los reyes cristianos de mantener el orden y la paz en una sociedad que se debate en interminables luchas intestinas. Ambos obispos son pacificadores, en torno a la implantación de la paz de Dios,³³ y conminan al rey a utilizar la

32 Duby, Georges, *Los tres órdenes o lo imaginario del feudalismo*, Madrid, Taurus, 1992, p. 29. La cita corresponde al libro de Carlos Loyseau, *Tratado de los órdenes y simples dignidades*.

33 Ante las continuas guerras, los saqueos, la venganza, la justicia por la propia mano que sufre la sociedad en torno al año mil, la Iglesia tiene que intervenir e instituye la Paz de Dios y la Tregua de Dios. Gerardo la defiende frente al rey castellano Gualterio en una asamblea y la impone. La paz de Dios: “...se presenta como una prohibición de agredir y robar desde la noche del miércoles hasta el

espada para hacer la paz. En dichas exhortaciones ambos obispos desarrollan la teoría de los tres órdenes y de la trifuncionalidad social. Trataremos de explicar brevemente estas tesis siguiendo la exposición de Georges Duby.

La estructura doctrinaria se basa en la creencia de un orden divino, donde la “santa Iglesia” se coloca entre lo visible y lo invisible, entre el cielo y la Tierra, ocupando un lugar en el mundo terrestre, que es espejo imperfecto del mundo celestial, y otro en el mundo ultraterreno. El orden establece la comunicación entre los dos mundos a los que pertenece la *ecclesia*. El hombre, peregrino en la Tierra, aspira habitar el mundo celestial. No existe ningún impedimento para ello; no hay barreras entre la ciudad terrena y la celeste. Ambos mundos están ordenados y tienen por soberano, reinando en la ciudad celeste, a Jesucristo, quien asume la función sacerdotal y la función real al mismo tiempo; es la cabeza de la jerarquía.

Sólo el hijo de Dios cumple las dos funciones que el primer discurso de Gerardo, aquél de Compégne, mostraba distribuidas sobre la tierra entre “dos personas gemelas”: *orare*, ofrecer sacrificios y hablar, *pugnare*, luchar y vengarse. Podríamos agregar a estas dos funciones una tercera, implícita: *decernere*, repartir, distribuir, alimentar. Para llevar a cabo esta función, una y trina como la esencia de la divinidad cristiana principio y suma de todas las posibles funciones, Cristo necesita de auxiliares: en el cielo recibe la ayuda del “orden” admirable de los ángeles, en la tierra, del “ministerio”, del “oficio” (*ministerium*) de los hombres.³⁴

Oratores y *pugnatores* son los delegados de Cristo para dirigir la sociedad humana, el mundo terrestre. Obispos y reyes son las cabezas jerárquicas de la sociedad, son los delegados de la autoridad de Jesucristo, que preside el orden terrestre, homólogo del celeste. La sociedad se divide en grados, en órdenes, donde los menores deben obedecer a los superiores. Cada grado ejerce una función. El orden consagra la desigualdad; unos mandan, otros obedecen: los mismos ángeles no son iguales. En el mundo terrestre el fundamento de la desigualdad es el pecado:

lunes por la mañana y durante las épocas de abstinencia y purificación que preceden a las tres grandes fiestas cristianas, Pascua, Navidad y Pentecostés. En estos periodos ningún hombre que viva en la diócesis o que la atravesase podrá hacer uso de un arma, salvo el rey cuando conduzca sus huestes. A los que transgredan a sabiendas la prohibición el obispo les aplicará penas eclesiásticas: serán excomulgados, encerrados durante siete o treinta años en el ordo de los penitentes, aislados del mundo, excluidos, desarmados, condenados a la abstinencia sexual”, Duby, *op. cit.*, p. 59.

³⁴ *Ibidem*, pp. 67 y 68.

Aunque la naturaleza engendre iguales a todos los hombres (o aunque los hombres nazcan iguales en derechos) la culpa hace que unos se subordinen a otros según el orden (*ordo*) variable de los méritos (existen grados también en los pecados). El juicio divino establece esta desigualdad cuyo origen se encuentra en el vicio para que, ya que al hombre no le corresponde vivir en igualdad, unos y otros sean exigidos diferentemente.³⁵

La sociedad es, pues, una sociedad autoritaria y jerarquizada. “Sólidamente instalada sobre la desigualdad necesaria”.³⁶

Mundo terrestre y mundo celeste son parte de un mismo plan, del plan divino, que espera la fusión de ambos al final de los tiempos. La Jerusalén celeste representa el orden perfecto, la paz, la justicia. Ambos mundos, al poder comunicarse, hacen posible que la ciudad celeste imponga, a manera de reflejo, su orden perfecto y, en consecuencia, extienda dicho orden a la ciudad terrestre que lo recibe en forma de consigna, de ordenamiento. Como es de suponer, la jerarquía más alta del orden terrestre es la eclesiástica: “Es el único orden. El que en la tierra ofrece el modelo de toda organización social. El orden de los reyes es como su apéndice, ya que han sido consagrados”.³⁷

El primer orden, el de los eclesiásticos, es el único que puede establecer comunicación con el orden celeste; es el que establece y transmite las reglas y quien debe observar su aplicación; las reglas son las del plan divino. Como grado supremo, como *ordo* primero, el clero ejerce su función (cada grado tiene la suya propia): la de orar. Los *oratores*³⁸ establecen el orden en la sociedad, al ser consagrados, son “ordenados” y se convierten en portadores del poder divino. Cuando el obispo ha sido ordenado se entiende que en su piel ha penetrado el crisma, que le otorga el poder divino; es un ungido del señor, de Cristo: es un personaje sagrado. En su función tiene además la palabra, la *sapientia*, que los hace intérpre-

35 *Ibidem*, p. 70. La cita es de Gregorio Magno de la *Regula Patoralis*, II, 6.

36 *Ibidem*, p. 71.

37 *Ibidem*, p. 98.

38 Piedra angular de la jerarquía eclesiástica es el obispo, considerado como sucesor de los apóstoles de Cristo, ocupa el primer lugar de la jerarquía. En la Edad Media goza de un inmenso poder que ejerce sobre la ciudad. Es o debe ser un noble cuyo poder es actualizado mediante el rito de la unción, que lo convierte en un personaje sagrado. Una vez consagrado puede transmitir a otro este poder y ordenar al sacerdote o consagrar al obispo. El obispo ordena al mundo, al clero, a todos los hombres. Transmite el orden divino. Con la consagración obtiene otro don: el de la sapiencia. El obispo es el único que puede develar el orden divino, que puede penetrar en los misterios divinos, que puede interpretar la palabra de Dios. El obispo tiene la palabra, posee la palabra.

tes de los designios divinos. *Orare* es portar el verbo. La palabra tiene la función de enseñar y de recordar a los otros órdenes. Su función:

El discurso episcopal cuando se dirige a los príncipes de la tierra tiene ciertamente este propósito: recordarles sus derechos, sus deberes y lo que está mal en el mundo. Incitarles a actuar, restablecer el orden. Orden cuyo modelo ha descubierto el obispo en el cielo. Discurso político, el discurso de los obispos invita a reformar las relaciones sociales. Es un proyecto de sociedad. En la tradición carolingia, el episcopado es el productor natural de la ideología.³⁹

A menor escala, dentro de los dos grados mayores, compartiendo el grado superior de la jerarquía, se encuentran los reyes, que junto con los obispos representan el orden de los poderosos. Los reyes son los guerreros; su oficio, el de la guerra, se transmite por la sangre. Su función es mantener el orden y la paz. Deben ser consagrados por los obispos.⁴⁰ Los dos grupos dominantes son a su vez auxiliados en sus funciones: los obispos ordenan a los sacerdotes y los reyes son auxiliados por sus descendientes, los nobles.

Ambos grupos poderosos mandan al tercer elemento de la sociedad jerarquizada: el de los siervos, los que obedecen, los que dan alimento al cuerpo social, los que trabajan. Los súbditos, los que obedecen, son los siervos y los esclavos; los campesinos y los artesanos son los comerciantes; en fin, todos aquellos condenados al trabajo.

La jerarquía se nutre de los intercambios entre los tres grados cuya armonía, cuya dinámica, es realizada por la caridad. La caridad nivela la desigualdad que supone el orden jerárquico:

Existen diferencias entre los hombres, una desigualdad esencial que sólo pueden equilibrar la caridad, la misericordia y aquellos servicios que cada uno ofrece a los otros y que cada uno espera en contrapartida de los otros. Intercambio de servicios *ad alter utrum*. Ayuda mutua de la que proviene en la tierra la concordia. Se nos habla del cielo. Aquí ocurre lo mismo. Numerosas moradas existen en la casa del Padre. Dios ha querido que incluso en el paraíso reine una *inequalitas*, anulada sólo por la caridad, por la co-

39 Duby, *op. cit.*, p. 47.

40 La consagración del rey supone que en la jerarquía el orden cultural representado por el clero prevalece sobre el orden natural de la sangre de los reyes. El rey también es un ungido del Señor de donde recibe su poder: el origen del poder de los reyes es el mismo Jesucristo, rey de reyes, en el cielo como en la Tierra.

municación colectiva frente a la gloria, por una común participación en el júbilo inefable.⁴¹

C. *El orden jurídico*

La idea de orden se extiende a todo el conocimiento⁴² y se convierte también en la esencia del derecho, que se entiende como ordenamiento de lo social, como *ordo iuris*. El derecho medieval surge de la idea de un orden subyacente de las cosas, donde la construcción jurídica se entiende como interpretación de ese orden. Esta tesis del maestro Paolo Grossi es fundamental para entender el derecho medieval, donde el derecho se manifiesta como *interpretatio* de una dimensión óptica que constituye el *ordo iuris*, por lo que el derecho traduce a reglas vivas, escritas y consuetudinarias, los valores del orden jurídico.

La sociedad medieval es jurídica porque se cumple y se salva en el Derecho, porque jurídica es su más profunda constitución y allí está su rostro esencial, su clave última. En comparación con el alboroto de la desordenadísima superficie, contrasta el orden de la secreta pero presente constitución jurídica. Un orden que no se deja deteriorar por los episodios grandes y pequeños de las vicisitudes históricas, porque se sitúa más allá del poder político y de quienes lo ejercen, desvinculado de las miserias de la cotidianidad, colocado en el terreno profundo y seguro de las raíces supremas, de los valores. Un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y un valor tras-

41 Duby, *op. cit.*, p. 74.

42 La idea de orden afecta todos los sectores de la cultura y el conocimiento, así también influye en la estructura formal de la filosofía medieval: "En esta estructura formal de la filosofía medieval se refleja la misma estructura social y política del mundo medieval. Este mundo medieval está constituido como una jerarquía rigurosa sostenida por una fuerza única que desde lo alto lo dirige y determina todos sus aspectos. Se suele decir que la concepción medieval del mundo se inspira en el aristotelismo; en realidad, es sustancialmente la concepción estoico-neoplatónica aquella a la que reducen y adaptan las mismas doctrinas aristotélicas. El mundo es un orden necesario y perfecto en el que cada cosa tiene su puesto y su función, manteniéndose en este puesto y en esta función por la fuerza infalible que determina y guía el mundo desde arriba. Todo lo que el hombre puede y debe hacer es conformarse a este orden: su mismo libre albedrío puede ser empleado provechosamente sólo con miras a esta conformidad. Las instituciones fundamentales del mundo medieval, el Imperio, la Iglesia, el Feudalismo, se presentan como los guardianes del orden cósmico e instrumentos de la fuerza que lo rige. Dichas instituciones se dirigen sustancialmente a hacer aparecer todos los bienes espirituales y materiales a los que el hombre puede aspirar, desde el pan de cada día hasta la verdad, como derivados del orden a que pertenece y, por ende, de las jerarquías que son intérpretes y vigilantes de dicho orden. En un mundo así, la investigación filosófica no puede tomar sus principios y su disciplina sino de las mismas jerarquías en que se concreta el orden universal o de la fuerza que se considera como causa del mismo". Abbagnano, *op. cit.*, pp. 304 y 305.

cedente, el dios nomoteta de la tradición canónica, uno en absoluta armonía con el otro, según los dictámenes de la teología cristiana, constituyen un *ordo*, un *ordo iuris*. Un *ordo iuris* que, por tanto, no puede sino ser la medida del Derecho positivo, de los varios Derechos positivos, según grados ascendentes de manifestaciones jurídicas que de las reglas pasajeras y contingentes de la vida cotidiana suben sin censura, en espontánea y simple continuidad, hasta el nivel supremo del Derecho natural y del Derecho divino con toda su riqueza de principios normativos eternos e inmutables en cuanto son la voz de la Divinidad.⁴³

El derecho medieval, caracterizado por un pluralismo de ordenamientos jurídicos, donde la presencia del Estado es casi nula y prácticamente indiferente ante la producción del derecho, se entiende como algo que brota de lo social y de la propia naturaleza de las cosas. Por ello, el derecho es *interpretatio* de ese orden divino y natural del mundo y del universo. Los productores del derecho en verdad no hacen más que revelar, descubrir este orden jurídico:

...pero en este mundo medieval donde Dios es el verdadero y único creador del Derecho, el único verdadero legislador merced a la revelación y a la naturaleza, es decir, merced al Derecho divino positivo y natural; en este mundo donde el derecho se siente como algo óntico, durable, que está más allá de lo cotidiano, de sus turbulencias y de sus volubles vicisitudes; en este mundo medieval todo se contempla en clave sustancialmente interpretativa, y es *interpretatio* la actividad normativa del príncipe y la de la comunidad mediante el conducto de la costumbre, así como la administración de justicia por el juez o la construcción teórica del *magister*.⁴⁴

Al igual que la jerarquía social es encabezada por los eclesiásticos, de la misma manera el orden jurídico, como realidad óntica, encuentra contenido y fundamento supremo en el derecho natural y en el derecho divino. En consonancia con la teoría tripartita de la ley, el derecho es concebido por la Iglesia como un instrumento para conseguir el fin supremo: la conquista de la eternidad, la salvación del hombre. La Iglesia, único puente de comunicación entre el orden divino y el humano, transmite las reglas del orden y crea un derecho positivo, el derecho canónico, que se

43 Grossi, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

44 *Ibidem*, pp. 168 y 169.

construye sobre una dicotomía: el *ius divinum* y el *ius humanum*. Ambos instrumentos para lograr la salvación.

Es la dicotomía fundamental, que Ivo recoge de las fuentes precedentes y que apuntala aun hoy el orden canónico positivo, entre *ius divinum* y *ius humanum*, el uno y el otro destinados a la salvación eterna de los fieles: el primero por relación de necesidad, el segundo de utilidad; el primero revelado por la generosidad del mismo Dios porque es necesario para acceder al reino, el segundo forjado por el celo pastoral de la Iglesia en la medida que útil y allanador, el primero compuesto por pocas reglas esenciales, constitucionales (como “no matarás”, “no comerás adulterio”); el segundo por un enorme conjunto de reglas acumuladas durante la vida histórica de la Iglesia como consecuencia de la cura pastoral llevada a cabo por la jerarquía sacra para facilitar a los fieles el camino de la salvación.⁴⁵

Este derecho positivo de la Iglesia recoge el concepto de las leyes, a las que incluye en este marco dual del derecho divino y el natural, que da sentido a toda la construcción ideológica.

En este surco ininterrumpido, el enciclopedista Isidoro [Isidoro de Sevilla] nos rinde cuentas en algunos textos elementales de sus *Etimologías*, abecedario indiscutible incluso para el futuro coro sapiencial. Encontramos ahí dibujada una primera, sumaria, medievalísima teoría de las *leges*, que rápidamente puede ser resumida así: el orden jurídico existe en dos planos concéntricos, el del Derecho divino y el del Derecho humano, a los que corresponden la *lex divina* y la *lex humana*, la *lex humana*, cada *lex humana* es la expresión de un profundo escenario de costumbres (*mores*), puede ser escrita o no escrita, es decir, se puede presentar como *consuetudo* o como *constitutio*, pero su calidad se mantiene unitaria y no está escindida por esta diversidad de manifestaciones; la sustancia común e indefectible de cada *lex* es, de hecho, su racionalidad, el asumir su propio contenido nada más que de un conjunto de reglas objetivas inscritas en la naturaleza de las cosas, por ello, la *lex* no puede sino ser justa, coherente con la naturaleza y con la costumbre de la comunidad, congenial a los lugares y tiempos diversos, necesaria, útil orientada a proteger la utilidad común y no el interés particular, por ello, representa las exigencias de la comunidad, de la que es la voz normativa.⁴⁶

45 *Ibidem*, p. 132.

46 *Ibidem*, p. 146.

El orden jurídico medieval se realiza en la sociedad, es parte integrante, constitutiva, del orden social. Como tal, el derecho es un asunto de la comunidad. El cristianismo sostuvo la firme creencia de que el hombre, la criatura de Dios, nada puede si queda aislada. Santo Tomás aseveró la primacía de la perfección del todo, de la comunidad frente al individuo, al que se siente criatura imperfecta. La comunidad, la sociedad, es lo perfecto; constituye el espejo del orden universal, del orden divino.

La primacía ontológica de la *totalitas* y de la *multitudo*, que lleva ineludiblemente a la sobrevaloración de la sangre, de la tierra y de la duración, como hechos normativos fundamentales; la perfección de lo colectivo como *totalitas* o como *multitudo*, y la consiguiente imperfección del individuo, requieren que *totalitas* y *multitudo* se resuelvan en orden; sólo así la parte, el *individuum*, podrá ver reconducida racionalmente su función. Todo tiene que ser ordenado: el *ordo* universal, del que se habla, no puede sino articularse, en el plano social, en tantos *ordines* particulares, momentos necesarios de compartimentación de la sociedad medieval, hornacinas necesarias en las que insertar y conceder funcionalidad histórica a aquella abstracción carente de sentido que es el individuo, el sujeto.⁴⁷

La idea de orden se constituye como el núcleo ideológico que sustenta a la sociedad y al derecho. El orden es precedido por la verdad revelada en forma de derecho divino constitutivo, palabra exclusivamente interpretable por los eclesiásticos en virtud de su *sapiencia* y de su rango jerárquicamente superior dentro de la sociedad. Nada puede el individuo sin la guía de los superiores eclesiásticos que asumen plenamente la función directriz de la sociedad, sociedad que sólo puede aspirar a la realización de los fines supremos del hombre a través de la comunidad. El derecho es interpretación del orden jurídico impuesto por Dios. El individuo aislado nada puede sin el auxilio de Dios, que se presta a través de la sociedad sobrenatural que representa la Iglesia. Aquí hay dos tesis que al racionalismo le parecerán incomprensibles: la realidad óptica del orden jurídico que requiere de una constante interpretación, y la idea de la incapacidad individual de alcanzar la verdad y de ser libre. “Estamos ante una visión del mundo socio-jurídico que es exactamente la opuesta a aquella que, desde el siglo XIV en adelante, se sedimentará —lenta aunque progresivamente— como moderna, completamente centrada en las individualida-

47 *Ibidem*, p. 97.

des particulares, dispuesta a liberarlas lo más posible de la humillación de las relaciones”.⁴⁸

El pluralismo de ordenamientos jurídicos, la ausencia de poderes políticos fuertes, la indiferencia del poder político por el derecho y el predominio del derecho consuetudinario, caracterizan en forma muy general al derecho medieval. Sin embargo, la presencia clara del pensamiento autoritario se presenta hasta la Baja Edad Media cuando comienza el camino histórico de la ciencia jurídica medieval, cuando el llamado derecho sapiencial toma parte, especialmente activa y creativa, en la *interpretatio* del *ordo iuris*. Es por ello que el siguiente capítulo examinará la relación del pensamiento autoritario con el derecho desde la perspectiva del derecho científico medieval.

II. EL PENSAMIENTO MEDIEVAL EN EL DERECHO

1. *La escuela de los glosadores*

El descubrimiento del Digesto, la antología jurisprudencial de derecho clásico romano recopilada en el siglo VI por órdenes del emperador Justiniano, es el motivo y el origen de la escuela de los glosadores. En plena transición de la Alta a la Baja Edad Media, el gramático Irnerio inicia el estudio de esta antología jurisprudencial, que se convertiría en la principal fuente de inspiración del derecho europeo venidero.

En una sociedad en transformación, donde paulatinamente resurgía la vida urbana, donde el comercio experimentaba un auge después de un largo letargo, donde nuevas clases y formas sociales buscaban un lugar en las estructuras existentes, nuevas técnicas y formas de producción generaban nuevas fuentes de riqueza y la población europea aumentaba considerablemente, surgen las primeras universidades, y en Bolonia se empieza a estudiar el derecho romano. Oculto por el lenguaje y por el desconocimiento de las instituciones jurídicas, el descubrimiento del Digesto, gracias a la aplicación de los métodos exegéticos practicados en las ciudades del norte de Italia, revolucionó la cultura europea.

La escuela de los glosadores, que debe su nombre a la utilización de glosas, es decir, a la realización de comentarios sobre el texto con el fin

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 99 y 100.

de explicarlo, fue una escuela filológica que hizo asequible a Europa el lenguaje jurídico de los juristas clásicos romanos, comenzando por lograr el entendimiento del propio lenguaje, para acercarse después, a analizar y comprender las instituciones jurídicas en el mismo contenidas. “La metódica enseñanza del derecho consistía, exclusivamente, en una continua, exegética y aclaratoria interpretación de los textos jurídicos (*Glossae*). Esto significó interpretar las fuentes jurídicas del Corpus Iuris en su sentido más amplio”.⁴⁹ A partir de la escuela de los glosadores reinicia un interés científico por el Derecho como ciencia secular que tendrá una influencia notable en el desarrollo político de Europa y posteriormente en el derecho privado, cuando se compromete en la resolución de los casos concretos.

Desde Irnerio hasta Acursio transcurrieron cerca de ciento cincuenta años de intenso estudio. Acursio representa a la última generación de la escuela, y es autor de la Magna Glosa, obra que marca, en forma definitiva, el prestigio de la escuela, y le concede, junto con el propio derecho romano, carácter de autoridad. La Magna Glosa, también conocida como “Glosa Ordinaria”, data del año 1250, y es una antología de diversos *apparatus* —conjunto de glosas— que se convirtió en un texto tan importante como el propio Digesto. A esta tercera generación de glosadores se le ha nombrado como la escuela de las “Leges”, y constituye la primera etapa del *mos italicus*, es decir, de la forma en que los italianos entendieron y estudiaron el derecho romano, y que llegará a sus logros más notables dentro de la escuela de los posglosadores o comentaristas.

El trabajo de los glosadores fue filológico y exegético; es decir, se limitó a explicar y a interpretar el lenguaje y contenido de los textos romanos, especialmente del Digesto. Como escuela exegética, nunca buscó ninguna interpretación que fuera más allá del texto, y, por supuesto, jamás intentó crítica alguna al mismo. La función principal de la glosa fue armonizar las contradicciones del Corpus Iuris Civilis, llenar sus lagunas y lograr una interpretación única de sus instituciones, congruente con el pensamiento de la época. Esto era necesario, dada la naturaleza del pensamiento autoritario. Lo que la escuela de los glosadores trató de dar a sus contemporáneos fue una obra de autoridad, coherente, total, armónica. De ahí que la interpolación no haya sido producto de una labor crítica, sino un intento de armonizar el texto, que debe quedar exento de contradiccio-

49 Molitor, Erich y Schlosser, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 25.

nes y lograr la mayor congruencia posible. Sólo un texto unitario y libre de contradicciones se puede imponer como verdad no sujeta a crítica y fuente segura de conocimiento.

La autoridad en la sociedad medieval, entendiendo a ésta como una sociedad fundamentalmente religiosa, es una autoridad principalmente religiosa, basada en los dogmas que contienen las verdades fundamentales del cristianismo. Por ello los esfuerzos científicos, no sólo en el derecho, sino en todas las ciencias que se cultivaron en la Edad Media, requieren ser dotadas de la fuerza de la autoridad. Así lo aprecia el maestro Tomás y Valiente, al afirmar:

La actitud de los glosadores respecto a las fuentes del Derecho justiniano es semejante a la de los teólogos respecto a la Biblia. En ésta se contiene y se revela la verdadera fe, por lo cual el teólogo en último término se limita a entender y explicar los textos sagrados. De modo análogo, también son casi sagrados para los glosadores los textos romanos; éstos gozaban de un prestigio mítico, que los convertía en depositarios de la verdadera *ratio iuris*, en el Derecho por antonomasia.⁵⁰

Respecto al carácter de la ciencia, también deriva de esta necesidad autoritaria transmitida por la propia teología, punta de pirámide del saber medieval. El profesor P. Koschaker nos explica:

El renacimiento del siglo XII es, ante todo, un renacimiento científico. Todavía ciertamente nos hallamos muy lejos en esta época, de los métodos empírico-críticos propios de un estadio más progresivo. Todavía se rinde respetuoso obsequio al criterio de autoridad tan arraigado en toda la Edad Media. En tal criterio se basa el método escolástico propio de este período y que tan intensa aplicación recibe en la Teología. Parte la escolástica, de ciertas reglas y verdades dadas, sobre todo de la verdad de la revelación divina, la cual es objeto primero y fundamental de la fe. La novedad consiste en el esfuerzo por conseguir hacer accesibles a la razón estas verdades. De estas reglas o principios fundamentales, derivan lógicamente otras y todas ellas constituyen un sistema compacto y homogéneo.⁵¹

50 Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1992, p. 186.

51 Koschaker, Paul, *Europa y el derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 109.

Franz Wieacker explica con todo detenimiento las características de la ciencia medieval bajo la fórmula autoridad e intelectualismo:

Es desconocer el fundamento espiritual de la mentalidad del Medievo si no se comprende el descubrimiento de las Pandectas como un acto de movimiento científico completamente europeo, como “un entusiasmo científico” (Goetz) que brota de especiales condiciones de lugar y de tiempo en forma de una dogmática ciencia del Derecho. Por eso es preciso determinar, en suma, las complicadas y extrañas condiciones de la ciencia medieval y su modo de actuar sobre la vida pública. Lo que puede reducirse a esta fórmula muy general: autoridad e intelectualismo (y también, bajo ciertas condiciones: tradición y racionalismo).

a) La moderna inclinación científica relativa al conocimiento comparte el racionalismo con la ciencia medieval, pero al ser el racionalismo moderno independiente de toda autoridad y al hallarse orientado en la observación científica, se nos hace extraña y necesitada de explicación la restricción medieval de las consecuencias racionales por medio de una autoridad no sujeta a crítica. La cultura europea, que ha procedido de la antigua, está sin embargo, divorciada de ésta por un comportamiento típico; las grandes creaciones literarias de la cultura primitiva han permanecido siendo para ella hasta el pasado siglo autoridades absolutas. La soberanía avasalladora de las Sagradas Escrituras y de los antiguos padres de la Iglesia sobre toda la ideología religiosa del occidente es el fenómeno histórico más grande de esta especie; pero no se comportaba de otro modo la filosofía precartesiana con Platón y Aristóteles, el humanismo con los autores clásicos y la ciencia natural de la Edad media con la Física de Aristóteles y la Historia natural de Plinio. La autoridad correspondiente para todo el pensamiento jurídico europeo es el Corpus Iuris, y es, más que un mero juego de palabras, el decir que hasta el siglo XVII, y aun entrado el siglo XVIII, esto es, en la gran época de la emancipación científica, ha tenido la potencia propia de una revelación jurídica.

Al estribar la autoridad de los textos antiguos no en casualidades o errores, sino en la ley más íntima de la evolución de nuestra cultura, la cuestión del fundamento de validez del Corpus Iuris no puede decirse que sea ociosa. De un modo esencialmente atinado, pero aún ambiguo, se menciona el concepto universal de Roma, esto es, el hecho espiritual de que para todos los pensadores políticos, hasta fines de la alta Edad media, el *Imperium* adquirido por los emperadores mediante la *traslatio* es el más alto pensamiento político y la suprema organización jurídica. La idea de Roma no es ninguna ideología política, sino sólo la expresión misma histórica y dogmática de la conciencia medieval del Derecho y del Estado, pues

para ésta el imperio tiene validez como forma por antonomasia, perdurable hasta el fin de los tiempos, de la comunidad jurídica humana.

Estos desdoblamientos de la idea de Roma confirman que el Derecho romano fue adoptado por todas partes como el Derecho por antonomasia de la comunidad jurídica humana: es decir, tenía para ésta fuerza, autoridad y tradición de Derecho natural, y ocupó también el plano total del pensamiento del medioevo el lugar de una ética jurídica autoritaria. En efecto, al Derecho romano apela no sólo la jurisprudencia medieval, sino también la teología moral y la “Escolástica”, desde que los decretalistas derivaron precisamente de las Instituciones y de las Pandectas la idea de un *ius naturale* originariamente extraño a la Teología. A la inversa, también la imagen que del Derecho tenían los fundadores de la ciencia medieval no era la propia de la especialidad jurídica, sino que estaba firmemente fundamentada en ideas medievales de Derecho natural en las que estaban contenidas las tradiciones de la filosofía griega de la justicia. Con otras palabras: las tendencias y los incalculables efectos del descubrimiento del Corpus Iuris consisten no sólo en un mero interés científico especializado, sino en el descubrimiento de una autoridad segura para la ética jurídica general y la ética política.

b) Autoridad y tradición solamente no engendran aún ciencia alguna. Esa más bien brota sólo de las metódicas operaciones intelectuales sobre el texto canónico, como si se tratara de un texto teológico, filosófico o jurídico. Tales operaciones culminan en la construcción de una teoría obligatoria de la Teología, de la Filosofía (“Escolástica”), de la Dogmática jurídica. Los grados requeridos por ese proceso son, sobre todo, en una cultura secundaria como la europea, la crítica y el establecimiento del texto mismo, su exégesis y comentario, esto es, el esclarecimiento de una verdad eternamente valedera para la inteligencia temporal del estudioso y, finalmente, erigir la edificación de una construcción doctrinal (*summa Glosas*) exenta de contradicción con medios lógico-formales.⁵²

El derecho, entonces, adopta y adapta los principios de la ciencia medieval, encontrando la fuente de autoridad en los textos romanos, que se convierten en verdad segura y contenido secular del derecho natural. La autoridad se adquiere del propio prestigio de la cultura romana y de la idea del Imperio, como instancia universal de la sociedad medieval. Respecto a la importancia del prestigio de la cultura romana, Koschaker indica:

52 Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 33-36.

Sólo las ideas universalistas dominaban a la sazón: el cristianismo, la idea del imperio occidental, la idea de una formación o una cultura unitaria que rigiera en todo el occidente y tuviera sus raíces en Roma. Los legistas italianos en Francia y en Inglaterra, los profesores italianos y franceses en Alemania, no abandonaban en realidad su patria espiritual ni la lengua latina en que explicaban en su país de origen. Había en Europa una auténtica comunidad cultural que ligaba entre sí a los hombres mejor formados y que se mantenía por el vigor de unas cuantas ideas de carácter universal, y a esta comunidad cultural, pertenecía el Derecho romano, al menos en la forma que acertaron a darle los glosadores.⁵³

La idea del Imperio contribuye aun en mayor medida a dotar de autoridad no sólo a los textos romanos, sino también al trabajo de los glosadores. Ésta es una tesis fundamental de Koschaker expresada en las siguientes afirmaciones:

Para ellos [los glosadores] el *imperium romanum* no había ni mucho menos caducado, sino que pervivía en el imperio cristiano de occidente, y por esta razón, el Derecho de este imperio no podía ni debía ser otro que el Derecho romano. Sólo había un *imperium*, y por tanto, un solo Derecho, el romano, debía regir en él.

Es, por otra parte, indudable, que contribuyó mucho al prestigio de los glosadores, el hecho de que al explicar éstos Derecho romano, explicasen al mismo tiempo Derecho imperial. Con todo —y conviene destacar esto teniendo en cuenta sobre todo el proceso histórico de otros países, especialmente el de Inglaterra— los glosadores no son planetas que giran alrededor del Sol del emperador, y reciben la luz de éste, pues Bolonia fue una fundación de carácter privado y los glosadores consiguieron prestigio independientemente del emperador.

Por esta razón, la ciencia del Derecho romano, creada por los glosadores, adquirió en seguida carácter y alcance europeos, cualidad ésta que perduró a través de los siglos. Estoy convencido de la verdad invariable de mi tesis: Aunque el Derecho romano hubiera sido mil veces más perfecto de lo que en realidad fue, no hubiera acudido un solo estudiante a oír a los glosadores en Bolonia si aquel Derecho no hubiera sido, al propio tiempo, el Derecho del *imperium romanum*.

Nadie que haya leído lo que dijimos al principio acerca de la sumisión a la autoridad, característica del pensamiento medioeval, se atreverá a poner en duda que los glosadores concibieron el Derecho del Corpus Iuris

53 Koschaker, *op. cit.*, p. 136.

como Derecho del *imperium romanum* y como Derecho del sucesor de este *imperium*, esto es, del *sacrum imperium* encarnado en el emperador Alemán.⁵⁴

Respecto de la autoridad que tomó la propia glosa, es pertinente la siguiente afirmación de Koschaker:

La Glossa ordinaria de Accursio consiguió en la práctica jurídica una autoridad indiscutida, tanto mayor cuanto que la carencia en aquel tiempo de una organización judicial unitaria, impedía la creación de un Derecho prejudicial o de precedentes. La Glossa ordinaria vino, pues, a acallar una exigencia de la época: la de disponer de una casuística autorizada y accesible. El Corpus Iuris ofrecía la casuística a través de esta glosa, la autoridad la prestaban el emperador Justiniano y la idea del *imperium romanum*, y finalmente, la facilidad de acceso la procuraba la especial índole de la obra de Accursio, el prestigio de ésta trascendió, naturalmente, a la enseñanza del Derecho, si bien su autoridad en el siglo XIV no fue indiscutida.⁵⁵

La labor de los glosadores tuvo una enorme trascendencia política, toda vez que las instituciones derivadas del estudio de los textos romanos influyeron decisivamente en la aparición del Estado moderno. En un principio este aspecto fue muy frágil, aunque el propio Irnerio fue consultor del emperador y participó en numerosas dietas, pero conforme se ampliaron los estudios se encontró en las instituciones romanas justificación suficiente de facultades públicas que pertenecen al emperador. Los glosadores apoyaron abiertamente política e ideológicamente la idea imperial. En una sociedad como la medieval, donde las únicas instancias universales son la idea del imperio y la Iglesia, el primero encontró en el Corpus Iuris Civilis su propio fundamento, ahora expuesto en un libro dotado de gran autoridad. La Iglesia basada en la revelación ya había encontrado su fundamento como sociedad espiritual distinta a la temporal, y en un principio, debido a su lucha contra el Imperio, reaccionó en contra del derecho romano, pero pronto también se benefició de él, encontrando instituciones jurídicas que incorporó al propio derecho canónico, que se benefició del estudio científico del derecho y llegó a constituir junto con el derecho romano el derecho sabio. Como explica el maestro Tomás y Valiente:

54 *Ibidem*, pp. 119, 122, 131 y 136.

55 *Ibidem*, pp. 138 y 139.

Por otra parte, la sociedad europea de los siglos XI y XII era contemplada tanto bajo el concepto de Imperio como bajo el de Cristiandad como un todo unitario. El Imperio (reconstruido por Carlomagno en el año 800 como Sacro Imperio Romano Germánico) se concibe como la sociedad en que se integran todos los cristianos, clérigos o laicos, bajo una organización jerárquica de poderes inspirada por los principios evangélicos y regida por el Papa y por el Emperador. Esta visión teocrática de la sociedad provocó largas querellas entre papas y emperadores, disputándose entre sí el *dominium mundi*, el poder supremo sobre la cristiandad. Pero al mismo tiempo esa concepción unitaria de la sociedad impulsó a dotarla de un solo Derecho. O al menos de un solo y renovado Derecho canónico (*lex ecclesiastica*) y de un solo Derecho civil (*lex mundana*). Se sentaban así las bases del sistema del *utrumque ius*, de *utraque lex*. Uno y otro Derecho, el civil y el canónico, que debían completarse y no contraponerse. Partiendo de estas premisas, pronto la *lex romana*, el Derecho romano ganó terreno en virtud de su fuerza intrínseca y se manifestó como la *lex mundana* por excelencia, como el ordenamiento objetivo *in temporalibus* (es decir, en las cuestiones temporales, seculares o civiles) del Sacro Imperio.⁵⁶

La importancia política que adquirió el derecho romano pronto se extendió a las monarquías, en la medida en que éstas reivindicaban sus prerrogativas feudales frente a los grandes príncipes y señores y comenzaban a consolidar al reino como unidad política soberana. El derecho romano se convertía así, en virtud de su autoridad, en el perfecto legitimador del poder político. Como indica el maestro Tomás y Valiente:

La Monarquía se benefició de principios e instituciones del Derecho romano, pero no sólo ella, porque también la nobleza extrajo de esta misma tradición romanista los elementos técnicos necesarios para construir, por ejemplo, la fundamental institución del mayorazgo, y lo mismo hizo la Iglesia con su nuevo (que se hizo clásico con el tiempo) Derecho canónico. Caudal inagotado durante siglos, el Derecho romano-canónico, reelaborado en las Universidades, nutrió de principios, técnica, lenguaje e instituciones a la sociedad señorial, a la Monarquía, al Estado.⁵⁷

Independientemente de su trascendencia política, la escuela de los glosadores sentó los cimientos de una cultura jurídica y política secular, que germinará como una dogmática jurídica común a toda Europa, basada

⁵⁶ Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 178.

fundamentalmente en el derecho romano. Su actividad científica y sus métodos de estudio beneficiaron a toda la cultura europea, mediante su contribución a la creación de universidades y la creación de una nueva clase social, la *militia literata*, los letrados, llamados a organizar y administrar los nuevos estados que regirán a Europa. El derecho natural cristiano se enriquecerá del contenido de los principios e instituciones romanos y, al mismo tiempo, se iniciará el camino hacia una ética secular.

2. La escuela de los posglosadores

Desde las últimas décadas del siglo XIII los juristas del *mos italicus* comienzan a manifestar algunas diferencias respecto a los métodos que aplicaba la escuela de los glosadores, fundamentalmente su interés en la aplicación del derecho romano para resolver la problemática práctica que se presentaba en la vida jurídica. Así surge la escuela de los posglosadores, a los que también se conoce como “comentaristas”, por cultivar especialmente el comentario como género literario, y que constituyen la segunda etapa del *mos italicus*. Su influencia se extenderá hasta el siglo XVII, y su auge se verificará en el siglo XIV. El centro de la escuela continúa siendo la Universidad de Bolonia. Además de la intencionalidad práctica, los comentaristas se distinguen de los glosadores, en que los comentaristas son ya juristas, y, por lo tanto, el análisis de las instituciones y de las categorías jurídicas contenidas en los textos romanos ya no son tan limitadas, gracias, desde luego, a la labor realizada por sus antecesores.

Al igual que los glosadores, esta escuela es autoritaria, en el sentido de que ninguna de las dos rompen o critican al texto. Sin embargo, en su afán de aplicar las soluciones romanas a la problemática práctica, los comentaristas no se limitarán exclusivamente al texto, sino que, en caso de necesitarlo, por no encontrar una solución aplicable en los textos romanos o porque éstos no contemplen el problema a resolver, irán más allá del texto y aportarán sus propias soluciones. Se liberarán y separarán del texto cuando la solución del caso concreto así lo exija. Cuando la analogía no era posible, forzaban el texto, a diferencia del glosador, que está atado al texto; el posglosador se sale del texto e inventa una nueva dogmática jurídica, pero sin romper con la autoridad del texto.

El comentario fue el género literario que en más abundancia practicó la escuela, pero a diferencia de sus antecesores, no se conforman con sólo aclarar y explicar el significado literal del texto, labor propia de la exége-

sis filológica, sino que buscaron el sentido o la razón del texto. Esto era necesario en virtud de su interés de llevar a la práctica las soluciones e instituciones de la jurisprudencia romana. El texto, entonces, sirve en muchas ocasiones de punto de partida o referencia para estudiar problemas prácticos reales o imaginarios. El comentario no se limita exclusivamente al texto, sino que se realiza sobre el análisis de los problemas prácticos a que se enfrentaron.

Pareciera que se rompe con el sentido de autoritarismo, derivado de la posibilidad de ir más allá de los textos que gozan del privilegio de la autoridad; sin embargo, se sigue reverenciando a los textos romanos y se les sigue considerando como la razón escrita. El sentido de la siguiente afirmación del maestro Tomás y Valiente explica la actitud ante la posibilidad de aportar soluciones propias frente a los textos romanos: “Los textos romanos no son ídolos a los que se deba adoración o reverencia, sino instrumentos de los que hay que servirse para resolver equitativamente casos prácticos reales”.⁵⁸ Esto explica la diferencia de actitud respecto a los glosadores, incapaces de salir de los textos, pero indica también que no existe una actitud crítica respecto a la posibilidad de su utilización práctica y a la posibilidad de intentar una solución propia. Esto es uno de los efectos del camino de secularización iniciado por los glosadores, y que significó un lento desarrollo de un pensamiento distinto al medieval, que encontrará el inicio de la crítica con el humanismo, como saber autónomo y distinto del pensamiento típico medieval.

Así pues, el prestigio del derecho romano, su intrínseca racionalidad, le ha dotado de autoridad, dentro de una sociedad que requiere, en el mundo civil, de un cimiento fuerte, de un asidero que aporte la seguridad de contar con la verdad. Los juristas de la escuela de los posglosadores continúan reverenciando el derecho romano, y su actitud de buscar soluciones prácticas que puedan ser realizadas por sus propios medios no melló esta consideración autoritaria del derecho romano; más aún, la concepción autoritaria del conocimiento llevó a que los comentarios realizados por los posglosadores se convirtieran, a su vez, en derecho sabio, en conocimiento dotado de autoridad. Esto puede ser fácilmente demostrado a través de la literatura que generaron. Además del comentario, que se convierte en autoridad, cultivaron otro género, que por su utilización en la práctica jurisdiccional tuvo importantes consecuencias en la dogmática

58 *Ibidem*, p. 182.

jurídica práctica, resolutoria de la problemática del derecho privado en buena parte de Europa y por muchos años. Este género es la consilia, que, al igual que la responsa romana, es una jurisprudencia por consultas. Jueces, abogados y partes acuden a los juristas más reconocidos, solicitando consejo sobre la resolución de casos prácticos. Buscan el *consilium sapientis*, que los guíe en la comprensión de los problemas técnicos que plantean los casos que pretenden resolver. Estos consejos, estas consilias, al igual que en la antigua Roma, se publicaban por medio de colecciones, que gozaban de enorme prestigio y que se divulgaron por Europa. Las consilias eran obligatorias para los jueces:

Los concilia fueron un medio eficacísimo en los siglos XIV y XV para que los juristas pudieran conseguir la penetración del Derecho romano en la práctica. Como el juez que era lego estaba obligado a obedecer el *consilium sapientis*, esto es, el dictamen del jurista, los comentaristas lograron por esta vía imponer poco a poco, caso a caso, soluciones del Derecho romano en la práctica, introduciendo también entre las partes litigantes ciertos principios consuetudinarios acordes con el Derecho romano.⁵⁹

Comentarios, consilias y tratados constituyen la literatura jurídica que produjeron los juristas de la escuela de los posglosadores; literatura que, junto con el propio derecho romano, fue dotada de autoridad por constituir el derecho sabio. Esta autoridad surgió de la propia necesidad de la sociedad europea, dentro de sus esquemas y estructuras mentales, de contar con la verdad segura. Fue avalado y reconocido por el Imperio, la Iglesia y, posteriormente, por las monarquías, por constituir el fundamento y la forma de las sociedades civiles, por permitir organizar y administrar al Estado y por poder resolver la problemática de la justicia práctica en los conflictos de los particulares.

La literatura de los comentaristas es entonces autoritaria. Para explicarlo con mejor detalle, recurriremos a la exposición que sobre la forma de afrontar, de resolver y de discutir los problemas prácticos utilizaron los posglosadores, según lo explica el maestro Tomás y Valiente:

Tales juristas, en sus obras tratan siempre de convencer y de rebatir a otros: su estilo es dialéctico, argumentativo. Y sus argumentaciones se fundan en *leges, rationes y autoritates*. Las *leges*, es decir, lo que enseñan los textos

59 *Ibidem*, p. 182.

romanos, es para ellos la verdad segura. Pero como todo texto necesita ser interpretado, para obtener la intervención válida y convincente hay que utilizar razones y autoridades.

El razonamiento de los comentaristas suele ser casi siempre inductivo. Parten de lo singular (un texto, un supuesto de hecho) para llegar hasta la elaboración de conceptos jurídicos de validez general, a base de analizar y comparar las situaciones o casos concretos.

Para elaborar las propias razones, las soluciones justas o los conceptos generales se utilizan argumentos de equidad, tópicos generalmente admitidos como lugares comunes (*loci ordinarii*) de la jurisprudencia, y conceptos tomados de la lógica aristotélica-escolástica.

Pero también acuden con frecuencia al argumento de autoridad. Aunque la opinión de un jurista famoso sólo tenía un valor relativo y no decisivo en favor de una determinada solución, lo cierto es que con el recurso a la opinión ajena prestigiosa se evitó en más de una ocasión el riesgo de pensar por cuenta propia. La cita de opiniones ajenas se convirtió pronto en un abuso. Por otro lado, cuando sobre una cuestión debatida se formaba una *communis opinio* por coincidencia de las opiniones de varios juristas notables, era muy difícil conseguir que en la práctica prevaleciesen contra ella opiniones nuevas por muy razonables que fuesen. Ahí residió desde la segunda mitad del siglo XV el principal peligro de fosilización de la doctrina de los comentaristas.⁶⁰

El maestro Koschaker aclara, igualmente, el carácter autoritario de las opiniones de los comentaristas:

Las opiniones de los doctores llegaron así a prevalecer sobre el mismo Corpus iuris y los comentarios degeneraron llenándose de disquisiciones sobre las controversias entabladas entre los juristas. Las opiniones de los doctores tenían una singular autoridad cuando se manifestaban concordes respectivamente a un punto cualquiera del Derecho. Cosa distinta ocurre en la práctica. Para ésta las decisiones autoritarias constituyen un modelo o arquetipo jurídicos. Las relaciones políticas en estos tiempos a que nos estamos refiriendo, excluyen la posibilidad de una jurisdicción central ejercida por un Tribunal superior, y consiguientemente la formación de prejuicios o precedentes que tengan relevante importancia en el desarrollo de un Derecho judicial y de juristas. El juez que seguía la *communis opinio* no tenía que temer ser objeto de una censura en el proceso de residencia por desconocimiento de la materia.⁶¹

60 *Ibidem*, pp. 191 y 192.

61 Koschaker, *op. cit.*, pp. 148-150.

Es singular el prestigio y autoridad de algunos juristas, como Bártolo de Sassoferatto y Baldo de Ubaldis:

La práctica necesitaba de sólidos principios y se aferraba al criterio de autoridad, y así, en el siglo XV comienza a aplicar este criterio relativamente a los comentarios de Bártolo de Sassoferatto (1314-1357) y (guardando las debidas distancias) a los de su discípulo, Baldo de Ubaldis (1327-1400). *Nemo iurista nisi bartolista*. La opinión de Bártolo tuvo la autoridad de una ley y dada la especial posición de los comentaristas, no sólo en Italia, donde en la Universidad de Pavía se creó una cátedra exclusivamente para comentar a Bártolo, sino incluso en España, donde por virtud de una disposición legal (1449), en el caso de silencio de la ley, debía regir la opinión de Bártolo y de Baldo.⁶²

Como se puede observar, el pensamiento autoritario se impone a la sociedad europea de la Edad Media y se extiende hasta los inicios de la época moderna. Dentro del mundo jurídico se impuso el sistema de derecho creado por el *mos italicus*, donde el derecho romano alcanza la autoridad de verdad segura, al igual que los textos sagrados la poseían en materia religiosa, y la doctrina de los juristas medievales en *communis opinio*, vertida en una enorme literatura, también se convirtió en autoridad, en opinión dogmática que resolvió la problemática del derecho privado durante siglos y orientó el transcurrir del derecho público por un tiempo similar. Para resaltar su enorme influencia en la práctica jurídica europea, sirva esta cita del maestro Wieacker:

Esta práctica se condensó en una literatura cuyo programa ámbito supera ampliamente la de los glosadores, y que sobrevive hasta dentro de la actual literatura jurídica. De los apuntes de los dictaminadores sobre su propia práctica surgió repentinamente una literatura de consilia, cuya influencia desde el siglo XII sólo es comparable con la de las actuales supremas resoluciones judiciales, si bien fue superior a la de éstas por su prestigio por toda Europa, y su género literario ha dominado la cultura jurídica europea del Derecho común hasta la época de las grandes codificaciones del 1800, y cuya cotidiana e insistente acción sobre la práctica europea nos la muestra una mirada a las citas de las sentencias doctas hasta aun dentro del siglo XVII.⁶³

62 *Ibidem*, pp. 163 y 164.

63 Wieacker, *op. cit.*, p. 53.

III. EL DERECHO COMÚN

El resultado final de la actividad de los juristas del *mos italicus*, en su afán de dotar a la práctica jurídica de un derecho mejor y más justo, de acuerdo con las concepciones de su época, fue el *ius commune*. El derecho común es el producto de la conciliación, de la armonización, tal y como lo exigían las categorías científicas y necesidad autoritaria del conocimiento, de diversos elementos y estratos jurídicos, con la finalidad de dotar a Europa de una dogmática jurídica práctica, frente a la dispersión jurídica característica del momento y frente a la pluralidad de derechos forales y estatutarios.

El trabajo conciliador partió de la necesidad, ya explicada en los puntos anteriores, de contar con un derecho libre de contradicciones que sirviese de verdad segura y de punto de referencia obligado para la realización de la justicia, que requirieran garantizar las diferentes formas de organización política y de Estado de la Baja Edad Media. Este cuerpo de derecho fundamentado en el derecho romano, en el derecho canónico y la literatura de los juristas del *mos italicus*, se entendía como el propio contenido del derecho natural. En la labor conciliadora, el derecho romano fue considerado como la *ratio scripta*, mientras que el derecho canónico representaba el espíritu de la sociedad medieval. Los dos derechos constituyen el derecho sabio, el derecho docto, y los juristas se nutren del estudio de ambos, siendo el mayor grado de reconocimiento otorgado a un jurista, el de *doctor utrumque ius*, es decir, doctor en ambos derechos.

Es necesaria una breve referencia sobre la historia del derecho canónico. El derecho canónico no contaba con un texto histórico como el Digesto. Sus fuentes eran diversas y se encontraban dispersas, hasta que en el siglo XII un monje llamado Graciano, profesor de un monasterio en Bolonia, influenciado por los métodos que se aplicaban al estudio de los textos romanos, realizó una conciliación de cánones discordantes. Con esta obra conocida como el Decreto de Graciano, la Iglesia contó con un texto homogéneo de cánones que se convierte en su cuerpo normativo fundamental y del que partirán los futuros estudios canonistas de decretistas y decretalistas, que tendrá por resultado final la publicación del Corpus Iuris Canonici en el siglo XVI.

De la vinculación del derecho romano y el canónico es donde surge la doctrina que nutrirá al derecho común. Derecho del Imperio y derecho de la Iglesia producirán la nueva literatura que se añadirá por propia autori-

dad a los textos sagrados del derecho romano y de la fe cristiana, y que de hecho rivalizará con éstos en fuerza y autoridad. Pero la labor conciliadora que produjo el derecho común también armonizó normas estatutarias y derecho consuetudinario, pudiendo afirmarse que el derecho común es la conciliación del derecho romano, el derecho canónico y el derecho feudal (municipal o estatutario). El maestro Tomás y Valiente explica:

Fueron los comentaristas, y de modo principalísimo Bartolo de Sassoferrato (1314-1357), quienes aceptando e incluso fortaleciendo la vigencia de los Derechos estatutarios integraron definitivamente el *ius municipale* dentro de un sistema jurídico más amplio, basado en el Derecho romano. Fueron ellos quienes consagraron la vigencia del principio *ubi cessat statutum, habet locum ius civile*, con el cual se reconocía la vigencia preferente en cada ciudad de su peculiar estatuto municipal, pero también la vigencia subsidiaria y común en todas ellas del Derecho romano.⁶⁴

Franz Wieacker explica el carácter de esta supletoriedad:

Pues aun donde la autoridad espiritual del Derecho romano era indiscutible, la concepción jurídica medieval en todas partes de Europa hacía anteceder la ordenación personal o local a la de ámbito jurídico más general, o hasta al Derecho universal. En Bolonia se aprendió, en primer lugar, un método, como quien dice un idioma de jurisprudencia, mas no el derecho que realmente rigiera en un determinado ámbito jurídico; precisamente por eso impusieron los glosadores el convencimiento de lo iusnaturalísticamente justo del derecho romano y de su universal validez subsidiaria, cuando no general.⁶⁵

El derecho común se convirtió en derecho positivo cuando fue adoptado por una parte importante de Europa como un derecho destinado a resolver la problemática derivada de la práctica del derecho privado. Así, se convierte en una dogmática jurídica cuyo destino es resolver la casuística que se ventila ante los tribunales. Se impuso en Europa por la necesidad de contar con esta dogmática solucionadora de la problemática jurídica y ante la imposibilidad de los poderes políticos de dotar a sus territorios de un derecho propio tan eficaz como el derecho común. El derecho común se adopta como un derecho supletorio —aunque en algunos lugares

64 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 189.

65 Wieacker, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

aparece como el derecho principal— que debe ser aplicado por los jueces a falta de un derecho local que contemple la solución a los casos planteados. Su fuerza vinculante deriva de la obligación impuesta a los jueces, en muchas ocasiones, de resolver conforme a las *consilia* de los juristas y a la doctrina por ellos elaborada y a la fuerza que algunos monarcas otorgan al derecho común. El jurista o letrado se había convertido, para la época de los comentaristas, en un aliado del poder, que legitimaba sus facultades y administraba al Estado. Esto contribuyó en gran medida a la autoridad y a la fuerza vinculante con que se dotó a su doctrina. Tomás y Valiente apunta lo siguiente:

El estamento profesional de los juristas gozó de un creciente prestigio y poder. Y como en la sociedad medieval el prestigio o el honor y el poder o disfrute de privilegios eran condiciones inherentes a la nobleza, los juristas intentaron, y en muchos aspectos consiguieron, convertirse en nobles, alcanzaron el rango estamental nobiliario. Así, junto a la “*militia armata*”, la de los nobles o caballeros, y la “*militia inermis*”, del clero, surge un tercer tipo de nobleza: la “*militia litterata o doctoralis*”, es decir, la de los letrados o doctores, la de los juristas. Su saber y su colaboración eran imprescindibles para justificar ideológicamente la nueva imagen de emperadores y reyes, para el fortalecimiento institucional del poder político en una etapa preparatoria del Estado moderno y para servir como jueces, como consejeros o como oficiales a esos emperadores y reyes.⁶⁶

El derecho común se difundió por Europa en forma teórica a través de las universidades, y en la práctica a través de su aplicación en los tribunales y por la práctica notarial. Fue admitido en muchos lugares de Europa. A este fenómeno se le conoce como la recepción. La recepción es la asimilación de un ordenamiento jurídico ajeno, cuya penetración no implica la extinción del derecho propio. Se recibe un derecho elaborado por juristas, es decir, un derecho casuístico, que se impone por su fuerza racional y por considerarse justo. Este derecho de juristas se convierte en el derecho más comúnmente aplicado en Europa; de ahí su nombre. Es un derecho jurisprudencial o científico que se recibe de manera distinta en cada reino o Estado europeo. Tomás y Valiente afirma:

Por consiguiente, la recepción del Derecho romano-canónico significó en todos los casos la lucha entre un Derecho nuevo y el Derecho viejo o tradi-

66 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 195.

cional de cada país. La mayor o menor intensidad y rapidez de la penetración del Derecho nuevo, del Derecho de los juristas, estuvo condicionada por el distinto grado de arraigo, homogeneidad y calidad de los diferentes Derechos tradicionales.⁶⁷

De manera general puede entenderse que la recepción obedeció o fue favorecida por diversos factores. El factor más importante es el de la insuficiencia jurídica. El derecho común se impuso en territorios que tenían un problema de insuficiencia en sus derechos para resolver la problemática derivada de los conflictos privados. Esto se debía en ocasiones a la fragmentación de los derechos locales y a la necesidad de resolver problemas nuevos que surgían ante el devenir histórico y que no podían ser resueltos por falta de instituciones, textos o simples referencias. La tradición jurídica y la existencia de universidades fue otro factor que facilitó la recepción y que logró mayor fuerza cuando los emperadores y monarcas deliberadamente la favorecieron. Al contrario, cuando existía suficiencia, como en el caso de Inglaterra, o una total ausencia de tradición jurídica, como en los países escandinavos y eslavos, no operó la recepción. Recibieron derecho común Italia, Francia, España, Suiza, Bélgica y, tardíamente, Alemania y Holanda. No fueron países receptores Inglaterra, los países nórdicos y los países eslavos.

Con la recepción penetró un derecho de juristas a Europa que se convirtió en una dogmática, dadas las características autoritarias del pensamiento occidental de la época, que resolvió la práctica del derecho privado y que influyó decisivamente en la legitimación y ordenación de los Estados europeos. La influencia del derecho común es fundamental para Europa. De su adopción parte la llamada Tradición Romano Canónica del Derecho, que identifica a un gran número de países europeos y que se extenderá a las colonias de éstos. El derecho común se aplicó en Europa hasta el siglo XVIII, y cristalizó como factor común, como familia jurídica, cuando en las codificaciones del siglo XIX se utilizó como su principal contenido.

67 *Ibidem*, p. 201.

CAPÍTULO SEGUNDO
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RACIONALISMO

I. El humanismo	63
1. Los humanistas	68
2. Nicolás Maquiavelo: la teoría moderna del Estado	70
3. El Estado moderno	75
II. Los descubrimientos geográficos	79
III. La Reforma protestante	84
1. Antecedentes de la Reforma	87
2. Martín Lutero	89
3. La teología protestante: Ulrico Zuinglio y Juan Calvino	95
4. La contrarreforma	100
5. El Estado y la Reforma	102

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL RACIONALISMO

I. EL HUMANISMO

En torno a los siglos XIV y XV la sociedad europea efectuará un viraje en su concepción del mundo, que cambiará el rostro medieval europeo para iniciar la progresiva secularización de la cultura y el conocimiento en general. La Edad Media se había caracterizado por la unidad religiosa europea, que en los aspectos relacionados con las ciencias suponía la convicción de que la revelación divina constituía la única y fundamental verdad a la que se subordinaba el conocimiento humano en general; la filosofía y la ciencia dependían del dogma y quedaban, entonces, supeditadas a la teología.

A este periodo de la historia europea se le conoce como renacimiento o Humanismo. Los términos son análogos, y se ha utilizado al primero para designar el fenómeno artístico y al segundo para designar el fenómeno intelectual y literario. Se ha considerado a esta etapa como una edad dorada de la humanidad, quizá en una forma simplista, aunque sus resultados artísticos continúan sorprendiéndonos, y de alguna manera justifican esta tendencia a calificar el periodo como especialmente privilegiado. Lo cierto es que el humanismo significa un viraje fundamental en la concepción del mundo y de la cultura, y en ese sentido se le ha considerado como el momento inicial de la Europa moderna.

El humanismo se originó en las ciudades italianas, siendo Florencia, en su etapa inicial, la capital renacentista. De Italia pasará pronto a Francia y los países bajos y después al resto de Europa. Existen diversas causas que explican por qué el humanismo se originó en Italia. En primer término, fue en Italia donde primero resurgió la vida urbana y se desarrolló el comercio. El comercio favoreció a la propia vida urbana, haciendo que las ciudades se fortalecieran con merma de las prerrogativas feudales, además de que lograron emanciparse del Imperio germánico. Con esto se

alcanzó una libertad que fomentó el nuevo espíritu, que unido a una ideología burguesa precapitalista, generará una nueva cultura. En segundo término, Italia disfruta desde hace más de dos siglos de la educación universitaria, que encuentra ya anquilosada a la escolástica y que ha contribuido a la difusión del conocimiento. A este factor se unirá otro histórico, destinado a enriquecer el intelecto italiano; precisamente, la caída de Bizancio a manos de los turcos, que propició la llegada de sabios bizantinos que llevaron sus enseñanzas a las ciudades italianas, pero sobre todo un importante número de textos desconocidos, gran parte de ellos del pasado grecolatino.

El viraje humanista surge como un movimiento de tendencia universal que pone al hombre como centro del cosmos; el hombre se convierte en el ideal humanista, que ahora se considera capaz de crear obras tan perfectas como las de la propia naturaleza. El humanismo es una celebración de la humanidad y un intento deliberado de secularización que permitía al hombre el desarrollo de todas sus capacidades. El humanismo se presenta como una cultura abierta que aspira, como lo indican Romano y Tenenti, a: “...una visión unitaria del saber... a una concordia universal, a un atesoramiento de la verdad en todas sus formas, en un plano de generosa y amplísima comprensión humana”.⁶⁸

Podemos caracterizar al humanismo como un movimiento que consideró al hombre como centro del mundo, como la primera posición historicista fundamentada en la recuperación del pasado grecolatino y como una posición crítica que cuestiona a la autoridad y pretende la secularización de la cultura.

Antes de exponer las características del humanismo es importante explicar que éste no fue una filosofía ni constituyó una línea unitaria de pensamiento. De hecho, careció de un sistema filosófico que orientara su actividad. En este sentido, el humanismo es más bien una actitud de vida y un modelo de comportamiento, que llevó al hombre a valorar su propia capacidad y sus propias obras. La sustitución mental que pretendió hacer el humanismo, y que le llevó a iniciar el camino de la secularización, no encontró entre las nuevas premisas y las anteriores, medievales, contradicción insalvable. De hecho, la evocación que hicieron de la antigüedad grecolatina no constituyó obstáculo para continuar con las creencias cristianas, ni pretexto para crear sistemas filosóficos nuevos:

68 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 142.

Por otra parte, los humanistas no deseaban en absoluto renunciar a sus creencias de cristianos, o a lo que les parecía el núcleo esencial de la religión: la existencia de Dios, la inmortalidad del alma y la fe en la virtud moral. A primera vista, ¿no era, en sustancia, lo que propugnaba también la más alta cultura pagana, aunque de diferentes modos? ... De todas maneras, la convicción de una concordancia metafísica fundamental entre antiguos y cristianos se resolvió en una amplia renuncia a construir sistemas filosóficos nuevos.⁶⁹

El humanismo, a pesar de sus carencias, fue un movimiento cultural de la mayor importancia que aportó una nueva forma de ver el mundo al reivindicar al hombre como centro del universo y por su aspiración a lograr la concordia y fraternidad universales.

La característica más preciosa del humanismo es poner al hombre como centro del universo. Se proclama al hombre como *faber fortunate*, y sus obras son admiradas como similares en perfección a las de la propia naturaleza. El hombre produce, al igual que la naturaleza, belleza, y, como ser sensible ama la belleza; por ello aparece por primera vez en la cultura europea la estética como propósito fundamental, no condicionada; se busca la belleza por sí misma. Es fácil apreciar el sentido y optimismo de los humanistas si pensamos en el arte renacentista, actividad en la que se alcanzó una sorprendente maestría: “El arte constituyó el campo en que la visión humanística alcanzó sus realizaciones más coherentes y continuas, así como más originales y fecundas”.⁷⁰

El Humanismo había querido claramente restablecer el equilibrio armónico de la criatura, hasta entonces metafísicamente escindida en materia y forma, y, más aún, en alma y cuerpo. Esta reivindicación se había traducido a una explícita toma de conciencia del valor autónomo de las actividades humanas, empezando por la cultura y por sus formas. Al mismo tiempo, la dignidad del hombre no había sido afirmada tanto de un modo directo como ennoblecida indirectamente a través de su capacidad de divinizarse, a través de su aptitud para producir obras próximas a las de la naturaleza o para expresarse de un modo semejante al de los antiguos. Sin duda alguna, este gran movimiento no pretendió ir mucho más allá, es decir, sacar de sus premisas unas consecuencias que no fuesen predominantemente culturales. Pero el haber sentado aquellas premisas constituía ya, por sí solo, un fenómeno intelectualmente básico y decisivo para la futura orientación de toda

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 132.

una fase de la cultura europea. Por otra parte, debe reconocerse también que los humanistas mantuvieron una prolongada lucha por la belleza y por la poesía, por una libertad cultural que era fundamento y condición de la recuperada autonomía del juicio individual.⁷¹

El maestro Guido Fassò señala:

Esta resurrección de la visión clásica del mundo y de la vida que, en un primer momento, se manifiesta en los filósofos y más tarde aparecerá en las obras literarias, políticas y artísticas, confirma el género que se ha dado en llamar humanismo; afirmación o reafirmación de los valores humanos independientemente de una fundamentación trascendente, celebración de la *humanitas*, de la cultura que se inspira en la belleza de las creaciones del espíritu humano, las letras y el arte. El hombre se convierte de esta forma en el centro de la realidad, artífice de su mundo, cada vez más alejado de los límites que la cultura medieval imponía y siempre menos inclinado a reconocer la autoridad establecida.⁷²

El humanismo se volcó al estudio y comprensión del pasado grecolatino; pretendió inclusive borrar del pasado la época medieval, donde el hombre no parecía ser actor de su propia historia. El humanista intentó encontrar y reconstruir su pasado, basado en textos antiguos, a los que aplicó nuevos métodos de conocimiento; encontró nuevas formas de entender la historia, se dedicó a crear bibliotecas; impuso el modelo de educación grecolatino y se fundaron academias (los grandes mecenas asistían a éstas, donde se perdían en largas y apasionadas discusiones). Se sacaron a la luz grandes errores históricos y se buscó ante todo la verdad histórica. Todo vestigio histórico ayudaba a encontrarla. Se puede considerar a la arqueología como un producto humanista. La historia ya no es la historia del camino de la salvación, sino la del hombre.

Reconocer en la obra de los clásicos el modelo, el ideal de la actividad humana, suscita en el siglo XV un interés histórico y filológico que había sido raro en la Edad Media. No sólo se investigan y se leen los textos antiguos (algo que también se hizo durante el Medievo y no sin que falten, en efecto, influencias en un sentido relativamente moderno), sino que existe la honda preocupación por restituirlos a su forma original, ya sea por exigencias estéticas, ya sea por conocer la auténtica de las doctrinas

71 *Ibidem*, p. 142.

72 Fassò, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, 3a. ed., Madrid, Pirámide, t. II, 1982, p. 21.

que la Edad Media deformó al adaptarlas al teocentrismo del pensamiento de la época.⁷³

Nicolás Abbagnano reconoce el carácter historicista del humanismo, de la siguiente forma:

El humanismo del Renacimiento no es solamente el amor y el estudio de la sabiduría clásica y la demostración de su concordancia fundamental con la verdad cristiana, sino también y, más que nada, la voluntad de renovar tal sabiduría en su forma auténtica y entenderla en su efectiva realidad histórica. Por primera vez se presenta en el humanismo la exigencia de reconocer la dimensión histórica de los acontecimientos. La Edad Media había ignorado por completo esta dimensión. Es muy cierto que conocía y utilizaba la cultura clásica, pero la utilizaba asimilándola a sí misma, haciéndola contemporánea.⁷⁴

Y continúa afirmando:

Nunca se podrá valorar debidamente la importancia de este aspecto del Renacimiento. La perspectiva historiográfica hace posible el alejamiento entre el pasado y el presente: de ahí el reconocimiento de la diversidad y de la individualidad del pasado: la indagación de los caracteres y condiciones que determinan esta individualidad e irrepetibilidad; y por último, la conciencia de la originalidad del pasado frente a nosotros y de nuestra originalidad frente al pasado.⁷⁵

El humanismo como posición historicista trajo de la mano a la crítica. La crítica contribuyó a la secularización de la cultura y a la relativización de la autoridad. Los nuevos métodos filológicos aplicados a los textos develaron grandes errores y mentiras, como el fraude histórico de la donación de Constantino denunciado por Lorenzo Valla. El humanismo constituyó indudablemente el antecedente que condujo al saber laico y al pensamiento crítico de los siglos por venir.

El humanismo, con sus enormes méritos y profundos anhelos, no llegó a impactar en forma global a la sociedad europea. Quizá por carecer de un sistema filosófico, como el que sostuvo al racionalismo, fue que sólo afectó a las elites, que se mostraron incapaces de llevar los ideales

73 *Ibidem*, p. 22.

74 Abbagnano, *op. cit.*, t. II, pp. 226 y 227.

75 *Ibidem*, p. 12.

humanistas a todo el pueblo. Sirva para concluir esta sección la siguiente apreciación de Romano y Tenenti:

Es cierto que el humanismo sólo en parte fue una cultura funcional y concreta. Quiso responder a necesidades terrenas y socialmente precisas. Sin embargo, a causa de su referencia a los antiguos o por las fuertes sugestiones trascendentales ejercidas por la tradición cristiana, los humanistas se entregaron a reivindicar principalmente valores ahistóricos y válidos para el “hombre en sí”. La que fue su mayor fuerza —y también la de los artistas que como ellos sintieron y concibieron—, es decir, la idealización de lo humano, fue también su principal debilidad. En su visión del mundo, que ellos persiguieron mucho menos que en el plano práctico que en el teórico, precisamente su tendencia a lo perfecto y a lo excelente, en general, no pudo traducirse, socialmente, más que a dimensiones aristocráticas y nobiliarias. También por esto su cultura no representó una verdadera revolución mental, y el humanismo fue tan laico como cristiano, tan conservador como de vanguardia. Esto nos lleva a afirmar, por último, que este gran movimiento —por reflejo de su desigual aceptación en la sociedad, sin duda— llegó a resultados muy valiosos, pero frecuentemente inorgánicos, tanto entre una forma y otra de la cultura, como en el seno de cada una de ellas.⁷⁶

1. *Los humanistas*

A continuación se expondrá en forma breve el trabajo de algunos de los más destacados humanistas.

Lorenzo Valla (1407-1457), interesado por los estudios filológicos, aportará una nueva forma de análisis lógico de los textos antiguos, que beneficiará enormemente al humanismo jurídico. Sus estudios filológicos le llevaron a criticar el valor histórico de algunos textos. Destaca en especial su denuncia de la donación de Constantino, que en estos términos describe Abbagnano: “Valla pudo demostrar, con argumentos filológicos en su famoso opúsculo *De falso credita et emendita Constantinidonatione declamatio* (1440) cuán falsa fue la donación de Constantino. De esta forma resultaba jurídicamente nula la pretensión del Papado al predominio político universal”.⁷⁷

⁷⁶ Romano y Tenenti, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

⁷⁷ Abbagnano, *op. cit.*, p. 25.

Tomás Moro (1480-1535) fue canciller de Inglaterra con Enrique VIII, con quien disputó sobre la nulidad del matrimonio, lo que le costó ser decapitado. Fue canonizado por la Iglesia católica. Buscó el Estado ideal en su obra *Utopía* —palabra que significa “no existente en ningún lugar”—, donde trata de diversos temas relacionados con el Estado, entre los que destaca la relación entre el poder político y la sabiduría y la denuncia de las desigualdades sociales. En su isla Utopía, reina la comunidad de bienes, al no existir la propiedad privada, y el reparto del trabajo hace que todos participen en la generación de bienes, lo que resulta en la reducción de las horas laborables, por su justa distribución, y la posibilidad de dedicarse al esparcimiento y otras actividades. Señala una pequeña aristocracia de gobernantes que no están obligados al trabajo manual. En la isla no existe el dinero, y a los niños se les enseña a despreciarlo. La educación tiende a una cultura de la utilidad común. Todo interés particular debe estar subordinado al interés general. Su Utopía fue uno de los más significativos documentos del compromiso social que el humanismo pudo asumir. La obra de Moro tiene una especial significación para los americanos, toda vez que el dominico Vasco de Quiroga intentó llevarla a la práctica en el estado de Michoacán, en México. Al respecto es interesante la siguiente cita del maestro Truyol y Serra:

...está el hecho de que la utopía del canciller-mártir inglés ejerciese una notable influencia en la colonización del Nuevo Mundo. Vasco de Quiroga (1470-1565), obispo de Michoacán en el virreinato de Nueva España, se acordó de ella en el favorable entorno de un mundo virgen de cuyos habitantes decía que eran blandos como la cera y excepcionalmente aptos, en esta su condición, para recibir el cristianismo y renovarlo con el espíritu de los tiempos apostólicos. Quiroga había alcanzado fama como letrado en la Chancillería de Valladolid y oidor en la segunda Audiencia de Méjico. Después de actuar en el lugar que denominó Santa Fe, en las inmediaciones de Méjico, logró pacificar Michoacán. Allí y aquí fundó comunidades indígenas según el modelo de la Utopía de Moro, con trabajo manual generalizado y diversificado de seis horas diarias, propiedad comunal de las tierras, vida sencilla y atención debida a la dimensión espiritual, así como hospitales semejantes a los que describiera el humanista inglés. Había conseguido además de Carlos V para los indios de sus asentamientos la supresión del pago de tributos.⁷⁸

78 Truyol y Serra, *op. cit.*, t. II, p. 106.

Erasmus de Rotterdam (1466-1536), conocedor profundo de las letras griegas y latinas, fue uno de los más grandes humanistas. Como sacerdote, polemizó con Lutero, sin condenar la reforma. Se le considera uno de sus precursores; sin embargo, no se ligó a ningún partido, ni apoyó a Lutero ni aceptó el capelo cardenalicio ofrecido por el papa Pablo III. Enemigo de la disputa y las rebeliones, se considera a Erasmo como un crítico constructivo de la Iglesia de su tiempo y como el primer moralista laico. En su obra, *Elogio de la locura*, denuncia arbitrariedades y abusos de la Iglesia. La obra es, sin embargo, una crítica positiva, que llama a conducir la vida del cristiano a la pureza del cristianismo de los primeros años y el retorno a las fuentes del cristianismo.

Acaso por primera vez en Europa se comienza a contraponer, con estos escritos, un conjunto de juicios éticos laicos a los cristianos. Pero al leer las ágiles páginas del *Elogio de la locura* se siente en el aire el restallar de algunos latigazos que fustigan la moral establecida y cristianamente consagrada. Por encima de la veloz nube de flechas erasmianas hay un modo de ver que no coincide ya con la tradición: el de un moralista laico, tras varios siglos de moral religiosa.⁷⁹

La filosofía política de Erasmo se muestra opuesta a la de Maquiavelo:

Ello equivale a decir que su perspectiva difiere radicalmente de la de Maquiavelo. No hay, según Erasmo, una moral pública distinta de la moral privada. Hay una moral universal que a todos obliga, y por la que Cristo a todos pedirá cuentas. Tal premisa da a la política de Erasmo un contenido ético que contrasta de la manera más rotunda con la teoría de una razón de Estado con valoraciones autónomas.⁸⁰

2. Nicolás Maquiavelo: la teoría moderna del Estado

Nicolás Maquiavelo (1469-1527) es una de las grandes figuras del humanismo italiano, y se le considera como el iniciador de la teoría moderna del Estado. Maquiavelo fue un hombre que practicó la política, desempeñó diversos cargos políticos en su natal Florencia, fue nombrado secretario de la cancillería de la República de Florencia, cuando contaba treinta años, encomendándosele diversas funciones diplomáticas. En el

⁷⁹ Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 149.

⁸⁰ Truyol y Serra, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

desempeño de este cargo, entró en contacto con las principales figuras políticas de la época, como el emperador Maximiliano y César Borgia. A la caída de la República florentina y el regreso de los Medici al poder, Maquiavelo fue encarcelado por sospechas de conjuración; finalmente fue liberado y se retiró al campo, donde se entregó al estudio de la historia, especialmente la de Roma, y a escribir sobre sus experiencias políticas. De estos años en el retiro datan sus dos obras capitales como pensador político: *El Príncipe* y los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*.

Maquiavelo es ante todo un pensador político al que no interesó en absoluto el derecho. Su principal finalidad y preocupación consistió en encontrar y analizar las fuerzas que hacen posibles la adquisición y el mantenimiento del poder político, así como las causas que hacen que dicho poder se pierda. Piensa que ese conjunto de fuerzas, causas y factores puede ser estudiado y comprendido a la manera de las ciencias naturales, siendo el estudio de la historia la clave para descifrar las leyes que norman la actividad colectiva humana. Encuentra en la historia el camino adecuado para desentrañar las leyes del obrar político.

...(sus) esfuerzos se orientaron a captar la oculta racionalidad de la historia, para comprenderla como pasado y poder crearla, al mismo tiempo, como porvenir.⁸¹

Es la suya, pues, una concepción naturalista (en el sentido de las ciencias naturales) de la política. Se trata de analizar el mundo político como fenómeno objetivamente dado en la realidad y, al igual que el mundo natural, sometido a leyes, para actuar sobre él en lo que cabe. De índole naturalista, la política de Maquiavelo es, metodológicamente, una política histórica, o sea, que extrae sus principios de la experiencia colectiva, antigua y moderna, y concentra el interés en la significación pragmática de los hechos.⁸²

Maquiavelo pretende la construcción de una ciencia de la política que sea autónoma, en la que no interfieran la ética y la moral, ni siquiera el derecho, cuya fuente de análisis es la historia.

La inspiración naturalista de la política de Maquiavelo implicaba la separación entre la política y la ética, la autonomía de la política. La política, independizada de la ética, se convierte en una técnica de adquisición, conservación o incremento del poder en el Estado y entre los Estados. Y habrá

81 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 153.

82 Truylol y Serra, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

que enjuiciarla, no ya desde el punto de vista trascendente de una regla moral superior, sino desde el punto de vista immanente de su lógica interna, de la adecuación de los medios al fin. La ética queda relegada a la esfera privada de la vida humana. El príncipe es cabalmente persona pública antes que persona privada. El Estado se yergue, más allá de la esfera de la moral común, en un mundo de valoraciones propias fundado en el principio de que su conservación es la suprema ley.⁸³

Precisamente de la afirmación de la existencia de leyes inmutables que conforme a un mecanismo racional rigen la conducta de los hombres, es que se desprende la radical oposición de Maquiavelo respecto a la visión cristiana. La afirmación de una ciencia política autónoma llevó al total rechazo de la visión teológica del cristianismo y de toda moral y ética de ella emanada, rechazando la intervención divina de la acción humana. Maquiavelo partirá del análisis de la naturaleza humana, a la que considera como organismo viviente sujeto a rigurosas leyes para fundamentar la construcción de su visión de la política como ciencia autónoma. La naturaleza humana ahora es entendida por Maquiavelo, en el contexto de los humanistas que han reivindicado la central posición del hombre, como organismo inmerso en un mecanismo racional, y no como la naturaleza humana compuesta por cuerpo y alma, heredera del pecado original. Los nuevos postulados no sólo rechazaron a la visión cristiana, sino a uno de los ideales fundamentales de la *polis* griega, expresados por Platón como esenciales a la *paideia* política: la vinculación de la política y la ética.

No admite valores trascendentes y sólo busca identificar las fuerzas, las leyes que rigen a la política. Del análisis que efectúa Maquiavelo se desprenden tres conceptos fundamentales de su teoría política: la necesidad, la virtud y la fortuna.

El punto de apoyo del amoralismo político de Maquiavelo es una antropología de fondo pesimista. Los hombres son egoístas por naturaleza: únicamente permanecen dentro de cierto orden si se ven constreñidos por la necesidad, que les impone un mínimo de mutua consideración. Con ello hemos llegado a uno de los conceptos cardinales del pensamiento maquiavélico, al concepto de *necessità*. La moralidad nace de la necesidad, por cuanto la supervivencia de los hombres requiere que pongan freno a su innato egocentrismo; por lo cual la moralidad viene a ser algo extrínseco al hombre, algo debido en último término al Estado y a su sistema de repre-

83 *Ibidem*, p. 15.

sión. En este aspecto el pensamiento de Maquiavelo ofrece ya indudable analogía con el de Tomás Hobbes siglo y medio después. No hay rastro en él de la concepción cristiana tradicional de una ley ética natural por la que el hombre participe de un orden superior divino.⁸⁴

La virtud representaría la parte que el hombre juega en el devenir político, la fuerza del gobernante que determina en buena medida el destino político de un Estado. Romano y Tenenti la definen como “la capacidad de un jefe político de forjar y mantener un Estado”.⁸⁵ Truyol y Serra la entiende de la siguiente manera:

En la acción encauzada de la política se manifiesta la *virtù*, que en Maquiavelo es la facultad de acción que irradia sobre el conjunto humano, en un sentido tal como subiste en los conceptos de virtuosismo y virtuoso, referidos a la posesión cabal de los medios que mejor permitan alcanzar un fin. La virtud del estadista así entendida sabrá, como la Providencia en el pensamiento cristiano, poner las pasiones humanas al servicio de un fin que las trascienda, y que no es otro que el fortalecimiento del poder.⁸⁶

Maquiavelo entiende que la naturaleza del hombre es inmutable y, por lo tanto, de su comportamiento colectivo e individual se pueden desprender las normas que rigen a la política. Sin embargo, existen elementos que el hombre no puede dominar ni prever y que pueden modificar lo previsto por las leyes de la política. A este elemento siempre presente en el devenir histórico imprevisible e irracional le llama fortuna, y le atribuye la mitad del peso respecto del acontecer político; la otra mitad depende de la virtud del príncipe. Fortuna y virtud escenifican una lucha interminable.

El Príncipe no es responsable de sus actos más que frente al Estado y está legitimado a utilizar cualquier medio para la conservación del poder, finalidad principal de quien ejerce la política. El juicio sobre las acciones del Príncipe depende exclusivamente del éxito que logre en la conservación del poder, lo que hace que sus acciones no puedan ser consideradas buenas o malas en sí mismas, sino únicamente en función de dicho objetivo principal. Admitir la posibilidad de ejercitar cualquier medio para la conservación del poder, permitió a Maquiavelo postular la tesis de que el hombre es predominantemente malvado. En *El Príncipe* admite la posibi-

84 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 16.

85 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 155.

86 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 17.

lidad de adquirir el poder por violencia, es decir, por maldad, que se legitima perfectamente si el Príncipe logra, posteriormente, mantener el poder. Norberto Bobbio explica al respecto:

Pero obsérvese atentamente que también en este caso el juicio de Maquiavelo no es moralista. El criterio para distinguir la buena política de la mala es el éxito; el éxito para un príncipe nuevo se mide por su capacidad de conservar el Estado (una vez más entra en escena el valor de la estabilidad). La utilización del criterio del éxito como única medida del juicio político permite a Maquiavelo distinguir también, dentro de la categoría del tirano malvado, al buen tirano del malo. Bueno es el tirano que como Agatocles, a pesar de haber conquistado el Estado mediante delitos terribles, logró conservarlo. Mal tirano es Liverotto da Fermo que logró mantener el Estado solamente un año, luego de lo cual tuvo el mismo fin que sus adversarios. ¿En qué consiste la diferencia entre los dos príncipes? “Creo que depende —comenta Maquiavelo con una de aquellas frases que lo hicieron al mismo tiempo famoso y cruel— del buen o mal uso que se hace de la crueldad”. Los dos príncipes fueron crueles, pero la crueldad de uno fue usada, para los fines del resultado, que es lo único que cuenta en política, bien, de manera útil para la conservación del Estado; la crueldad del otro no sirvió para el único objetivo al que un príncipe debe apegar sus acciones, que es mantener el poder.⁸⁷

En opinión de Romano y Tenenti:

El postulado maquiavélico de que los hombres son predominantemente malvados es sobre todo teórico, y constituyó una reacción necesaria y salvable frente al moralismo, para afirmar metodológicamente que no puede entenderse la conducta del hombre en sociedad sin tener en cuenta sus fuerzas motoras, como el deseo de poder y de riqueza, el instinto natural de dominio y de expansión prepotente, la búsqueda de lo útil y de lo cómodo. Maquiavelo descubre en la historia el único plano adecuado al conocimiento *iuxta propria principia* del comportamiento político humano, con lo que da al Humanismo una tensión nueva, activa y científica al mismo tiempo.⁸⁸

Por lo que se refiere al derecho, Maquiavelo lo considera como un medio más que utiliza el príncipe para la conservación del poder. La ley sería un instrumento perfecto para regir la conducta de los hombres si és-

87 Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 71.

88 Romano y Tenenti, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

tos fueran buenos, pero como no lo son, las buenas armas se convierten en la herramienta más eficaz para ordenar al Estado.

Para Maquiavelo, la política es una forma autónoma de la actividad humana. El Derecho como la moral, conservando todo su valor en el plano ético, no deben tomarse en consideración al tratar de temas políticos, ya que en este campo carecen de toda eficacia. El Estado, en su opinión, no se justifica por la ley buena o por la justicia; la única justificación del Estado es su propia realidad, que es, en definitiva, su propia fuerza, de la que la ley no es sino uno de los posibles instrumentos. Donde la materia está corrupta, las mejores leyes no aprovecharán si no son aplicadas por alguno que con extraordinaria fuerza las haga observar hasta conseguir el restablecimiento de las buenas costumbres; esto se logrará no por la ley, sino por obra del príncipe que debe atender al bien del Estado.⁸⁹

El pensamiento de Maquiavelo representa un parteaguas de la teoría y la ciencia políticas y es un punto de referencia obligado para cualquier reflexión sobre el Estado. Es una de las representaciones más claras del viraje que tomaba Europa con el humanismo hacia nuevas formas de entender la realidad toda del hombre.

3. *El Estado moderno*

Uno de los fenómenos más importantes de la época que estudiamos es, sin duda, el advenimiento del Estado moderno. La fractura del mundo medieval se evidencia en este acontecimiento de una manera absoluta. Tras siglos de lucha y conquista, los monarcas han reivindicado sus prerrogativas feudales y han dado origen a los Estados territoriales, con la consecuente merma de poderes feudales y el incremento de un poder fuerte y centralizado en torno a la figura del rey o de los príncipes de las ciudades italianas y alemanas.

Entre los acontecimientos que más profundamente alteran la faz de la tierra en la época que consideramos, algunos han de resultar decisivos para el pensamiento jurídico, político y social. Así, el advenimiento del Estado soberano como consecuencia de una doble lucha contra el pluralismo feudal y la tutela imperial y pontificia; la expansión de la economía en el sentido de un capitalismo cada vez más consecuente; el descubrimiento de Améri-

89 Fassò, *op. cit.*, p. 33.

ca, y en general los viajes de exploración en ultramar, que al poner en contacto al occidente cristiano con nuevos pueblos y culturas, algunos de los cuales serán pronto sometidos, plantearán el problema de las relaciones humanas en nuevos términos, a una escala universal. Todo ello sin olvidar el decisivo impulso dado por la imprenta a la difusión de los medios de expresión del pensamiento. En el aspecto terminológico, cabe ya hablar del Estado en el sentido propio de la palabra, pues ésta empieza a generalizarse, especialmente en Italia, donde *lo stato* designa cada vez más la cosa pública.⁹⁰

El advenimiento del Estado moderno puede ser explicado por diversas causas de las que se desprenderán posteriormente las características fundamentales o los factores que deben concurrir para considerar a un Estado como moderno. Hay que insistir en que el Estado moderno surge como un proceso histórico derivado de la lucha contra el particularismo del poder feudal y el universalismo del Imperio y la Iglesia. Las monarquías buscan la reivindicación de sus prerrogativas feudales para suprimir o, al menos, reducir el poder feudal de sus vasallos. Esto originará la consolidación de territorios más extensos que son gobernados por un poder centralizado que es lo suficientemente fuerte para asegurar la obediencia de sus vasallos y de sus súbditos. La legitimación de las facultades de los nuevos gobernantes provendrá del derecho romano que de Italia ha sido difundido por toda Europa a través de las universidades, que aportarán, a su vez, a los letrados que administrarán y organizarán a los nuevos Estados.

El proceso de consolidación del Estado moderno es descrito por Truylol y Serra en estos términos:

Bajo formas distintas, históricamente condicionadas, el proceso (patente desde el siglo XIII) de concentración, racionalización y secularización del poder, unido a su personalización, apoyada en un aparato burocrático impersonal y neutral, se fue generalizando. Independientemente de la escala y la forma que asumiera el fenómeno estatal (signoria, Estado-ciudad, Estado territorial de base meramente dinástica o ya nacional), éste se impondrá cada vez más a la reflexión filosófica y científica como marco óptimo de la convivencia humana.

Es sabido que el Estado moderno ha surgido de una verdadera guerra de dos frentes de los reyes y príncipes territoriales, librada, de un lado, con-

90 Truylol y Serra, *op. cit.*, p. 5.

tra el universalismo imperial y pontificio, y de otro, contra el particularismo de los Derechos y privilegios feudales, estamentales y corporativos o municipales. En la baja Edad media ocupaba el primer plano el conflicto con las instancias universales; por lo cual los teóricos del *regnum*, exponentes de la fase inicial del proceso en cuestión en el plano doctrinal, habían insistido en que el rey era emperador en su reino a la vez que reducían estrictamente el poder de la Iglesia a lo espiritual y favorecían en el seno de ésta, frente al papado, las tendencias conciliaristas. Ahora, en cambio, cuenta ante todo el pluralismo de los intereses estamentales, con el que se entrecruzan las disensiones confesionales. Dichas disensiones harán sentir su fuerte impacto, y aunque en un principio hacen más cuestionable la unidad estatal, trabajarán finalmente en favor de la consolidación del poder real, y en general del Estado, cualquiera que sea su confesión. Pero no hay que olvidar que si bien el absolutismo monárquico acabará dominando, la evolución diferirá en sus formas según los países.⁹¹

Romano y Tenenti caracterizan al Estado moderno por la concurrencia de cuatro factores fundamentales: “a) una cierta entidad territorial; b) el establecimiento de un poder central suficientemente fuerte; c) supresión o, al menos, drástica reducción del antiguo poder feudal; d) la creación de una infraestructura suficientemente sólida: burocracia, finanzas, ejército, diplomacia”.⁹²

La entidad territorial se consolida a través de las conquistas que los príncipes y reyes logran y que redunda en la obtención de un poder suficientemente fuerte. El centralismo logrado mediante la conquista de mayores territorios hace surgir la pretensión de ser obedecidos por todos los súbditos y vasallos. Surgirá entonces un objetivo fundamental del Estado moderno: obtener el monopolio de la fuerza y ser los únicos capaces de ejercer la violencia, por ser la única legítima en el territorio.

El centralismo también pretenderá ejercer un control sobre la vida económica, buscando quedarse la mayor parte de los ingresos nacionales. Esto se logrará paulatinamente a través de la imposición de cargas a vasallos y súbditos. El Estado ya no solicita ayuda de sus vasallos, sino que exige el pago de impuestos. El Estado requiere de enormes cantidades para mantener a su burocracia y especialmente a sus ejércitos en una Europa cuya principal industria es la guerra. El capital financiero se hará cada vez más indispensable. Así lo dejó claro Carlos V, cuando con el

91 *Ibidem*, pp. 115 y 116.

92 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 269.

apoyo financiero de la familia Fugger compró a los electores y al papa, para obtener la Corona imperial. A partir del Estado moderno surgirá entonces una nueva relación económica entre gobernantes y gobernados: la de recaudadores y tributarios fiscales.

El poder del Estado moderno es poder racionalizado. Las universidades nutren a las burocracias, formando a las *milicias literatas* que demandan el Estado moderno. La universidad legitimó al gobernante absoluto, cuya principal atribución es la creación de la ley. Así lo dicen los textos romanos. Los letrados son los funcionarios de estos Estados, que requieren especialistas de la administración. Son estos funcionarios quienes engrosan a las torpes y lentas burocracias, colmadas de papeles y de corrupción, porque los salarios no son siempre muy buenos.

El Estado, apremiado constantemente por una serie de necesidades, pone en venta los empleos; los particulares, atraídos por las “integraciones”, más que por las retribuciones oficiales, los compran, pero exigen también el Derecho a revender, a ceder los cargos que compran. Ahí es tal vez donde se manifiesta la máxima fragilidad de la burocracia de aquel tiempo. Cuando el cargo no se revende es cedido a los hijos, a los sobrinos, a los primos, pero lo que, en el rango del embajador, constituye dinastía, se hace menuda y pobre peripecia en el rango del medio y pequeño funcionario. Letrados españoles, *dottori* o *segretari* italianos, *legistes* franceses cobran cada vez mayor autoridad y se sitúan en los puntos más delicados del mecanismo del poder: los papeles se acumulan de tal modo que requieren la creación de nuevos empleos; las prácticas se eternizan; la máquina del Estado se torna pesada. Pero —y que esto no parezca fácil ironía todavía más fácil alusión a situaciones de nuestro tiempo—, precisamente en esta pesadez se afirman los caracteres fundamentales del Estado moderno, que descubre cada vez más su vocación de ocuparse de todo, de verlo todo, de estudiarlo todo. Examinando los originales de prácticas con las anotaciones marginales escritas con difícilísima grafía por Felipe II, se aprecia claramente cuanto venimos diciendo.⁹³

El Estado moderno aspirará a otros dos objetivos: por una parte, a lograr dar una visión de la identidad nacional para así terminar con instancias locales, para lo cual se exaltarán y glorificarán los caracteres nacionales, la lengua nacional y la cultura nacional. Por otro lado, el Estado buscará dominar o controlar la vida religiosa de su pueblo. En muchos

93 *Ibidem*, p. 272.

casos establecerá alianzas con los representantes religiosos y comenzará a intervenir en los asuntos religiosos.

II. LOS DESCUBRIMIENTOS GEOGRÁFICOS

Los descubrimientos geográficos constituyen uno de los antecedentes del racionalismo, por cuanto significaron un brutal golpe al pensamiento autoritario. Los conocimientos geográficos basados en textos de autoridad fueron devastados por la realidad. Los hechos hablaron más elocuentemente que el pensamiento: ¡todo un continente del otro lado del mar! La historia europea se había desarrollado ignorando la existencia de América. Su descubrimiento dejó sin palabras al conocimiento geográfico medieval, y llenó de preguntas al pensamiento en crisis del siglo XVI. Quizá ninguna otra época de la humanidad ha visto derrumbarse en tan breve tiempo la gran mayoría de sus ideas fundamentales, aquellas sobre las que estaba construido su mundo, como sucedió en el siglo XVI. No era tal la verdad: se había ignorado un continente. Se creyó que el mundo era más pequeño y menos diverso. La mitad de Europa perdió su religión, y dentro de la ciencia todo parecía inconsistente y falso tras la primera crítica humanista.

Los viajes de exploración de ultramar abrieron todos los horizontes. El mundo se ensanchó de pronto; pero de todos los descubrimientos ninguno impactó tanto como el descubrimiento de América. Colón partió del puerto de Palos llevando sobre sus hombros el atlas geográfico medieval. Buscaba encontrar nuevas rutas marítimas al Asia y esperaba llegar por el occidente a las islas de las Especias. Jamás se enteró de que había pisado un nuevo continente. “Cristóbal Colón, primer eslabón entre el Viejo Mundo y la América hispánica, aparece bajo una luz más clara y sus ideales y acciones son más comprensibles si lo consideramos no como el primero de los navegantes modernos sino como lo que realmente fue: el último de los viajeros medievales”.⁹⁴

El conocimiento geográfico que privaba aún en la era colombina descansa fundamentalmente en la geografía de Tolomeo, apoyada por la idea geocéntrica de Aristóteles y las referencias geográficas de los libros bíblicos y los padres y doctores de la Iglesia. Luis Weckmann señala las

94 Weckmann, Luis, *La herencia medieval de México*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 32.

fuentes del conocimiento geográfico de Colón para explicar el porqué de lo erróneo de sus cálculos. Estas fuentes son: la geografía de Tolomeo, la *Imago Mundi* de Pedro Aliaco, el libro pseudobíblico de Esdras y una relación de Marco Polo. Estas ideas geográficas medievales constituyeron el conocimiento que, hasta los descubrimientos geográficos, tuvo Europa de la Tierra. Es interesante la siguiente cita de José Gaos:

La idea medieval de la Tierra era la de que la Tierra era redonda, sin duda; pero conocida en un solo hemisferio, el de la ecumene o de la Tierra habitada —y ni siquiera éste conocido tanto, ni tan bien, que sus confines no fueran países más o menos fabulosos. Los antípodas, que debían habitar el otro hemisferio, eran negados, con razones como ésta, de San Agustín: que la Sagrada Escritura dice que, cuando Cristo descienda de los cielos para juzgar a los vivos y a los muertos, será visto desde toda la faz de la Tierra... En todo caso, hemisferio tan desconocido, que Dante, con toda su cultura, pudo fantasear su isla y monte del Purgatorio y Paraíso Terrenal en el centro de su océano.⁹⁵

Medieval y autoritaria fue sin duda la legitimación que se dio a España y Portugal para ejercer la soberanía sobre las islas descubiertas, por parte de Roma: “El hecho de que éstas y otras concesiones papales de islas se fundamentaran, desde finales del siglo XI, en la Donación de Constantino, la falsificación más célebre de la Edad Media, no pudo haber dado al continente americano una partida de bautismo más medieval”.⁹⁶ La idea geográfica medieval afirmaba la existencia de un sinnúmero de islas allende el mar —al que llamaron *mare tenebrosus*— de la tierra habitada. Resulta curioso saber que estas concesiones se otorgaron a monarcas y preladados respecto de Córcega, Irlanda, Canarias y Chipre, entre otras islas. Por otra parte, cabe señalar que el papa Alejandro VI, cuando en el 1493, a petición de los Reyes Católicos, otorgó la soberanía de las “islas” descubiertas a los españoles, jamás imaginó que no se trataba exclusivamente de islas, sino del descubrimiento de todo un continente.

Bajo el peso de la autoridad que representaba en buena medida el pensamiento antiguo (Tolomeo y Aristóteles), los primeros descubridores y conquistadores de América supusieron que se encontraban o en la misma Asia o en alguna de las islas descritas en los viejos libros y las leyen-

95 Gaos, José, *Historia de nuestra idea del mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 129 y 130.

96 Weckmann, *op. cit.*, p. 34.

das. Así se bautizaron algunos territorios con los nombres de las leyendas, y su búsqueda incentivó la exploración: Antilla o la isla perdida, buscada por el mismo Colón, era “el prototipo del paraíso natural y una especie de teocracia, que eludía a los navegantes tornándose invisible”;⁹⁷ California, isla de amazonas, bautizada por Cortés; Brazil, isla célebre por su riqueza en palo de tinte rojo.

Efectuada la primera circunnavegación del globo por las naves de Magallanes en 1522, se dispó toda duda: Europa había descubierto un continente. La autoridad geográfica quedaba devastada y por doquier surgían ilusiones de restaurarla y preguntas, sobre todas las cosas, muchas preguntas.

En un intento por salvar la autoridad, los europeos tratarán de encontrar en América todas las leyendas grecolatinas: el edén perdido y la fuente de la eterna juventud, son las más famosas. A Ponce de León, la fuente de Juvencio, le llevaría hasta la Florida, y le costaría la vida.

Asimismo, buscarán en los nuevos territorios, criaturas imaginarias, primero en las islas, que estaban habitadas: “Éste, el océano, que debía rodear el continente de la Tierra habitada, a más o menos distancia de las costas conocidas, ignoto e infranqueable; la línea del Ecuador no podía cruzarse; en el océano estaba sumergida la Atlántida; había tierras, islas, pobladas de monstruos; había monstruos marinos...”.⁹⁸ Y, después de Magallanes, a lo largo del continente:

Los monstruos y otras criaturas creadas por la imaginación que han quedado estilizados en piedra, como las gárgolas de las iglesias góticas y los que pueblan los capiteles románicos, serían buscados por los exploradores ibéricos del siglo XVI en muchos rincones de América y, entre ellos, en no pocos de la Nueva España. La historia de la conquista de América —dice Enrique de Gandía— es la historia de sus mitos. Aunque el arte indígena creó a monstruos mediante formas visuales y la estatutaria dio apariencia monstruosa a muchos dioses, los que aquí trataremos son de origen clásico y medieval, y han existido en la imaginación sin grandes modificaciones a través de varios milenios. Encarnaron temores primigenios y el hombre, al darles forma con su fantasía, los sustrajo a la hostil realidad cósmica para colocarlos en su propio nivel, lo que equivale a decir que los hizo mortales. Llegaron del Oriente, a través del mundo grecorromano o de pueblos que

97 *Ibidem*, p. 40.

98 Gaos, *op. cit.*, p. 130.

habían sido nómadas como los celtas; luego el Cristianismo medieval, convirtiéndolos a veces en demonios, los conservó para la época moderna.⁹⁹

Y efectivamente, los europeos buscaron esos monstruos y esas fantasías: Colón y Cortés creyeron encontrar amazonas; los eclesiásticos de la Nueva España, por precedentes bíblicos, aceptaron que en el Valle de México existieron gigantes; Colón avistó sirenas y, otros navegantes, tritones; hombres salvajes, hombres con cabeza de perro, con cola, con un solo pie, sin cabeza...

Los conquistadores soñaron con leyendas caballerescas y prolongaron el espíritu de la reconquista en América:

Viejas ideas perviven en aquellos hombres que, ciertamente, han experimentado la fascinación de las antiguas leyendas caballerescas medievales, que, precisamente en aquel tiempo, alcanzaban gran difusión gracias a la imprenta. Irving A. Leonard ha demostrado la influencia sobre los conquistadores de libros como *Amadis de Gaula* o *La historia del caballero de Dios que avia por nombre Cifar*. Pero más aún que a estas lejanas influencias habrá que referirse a la persistencia del espíritu de la guerra de Reconquista, que en España había durado hasta finales del siglo XV. También en América el grito de guerra sigue siendo “¡Santiago!”, los templos indígenas suelen recibir el nombre de mezquitas, los españoles continúan siendo los cristianos, y, en general, cuando se quiere establecer una comparación entre las curiosas costumbres de los indígenas con las de otros pueblos, se recurre habitualmente a los moros, como dice José Durand (*La transformación social del conquistador*, México 1953). En Brasil a los indios se les llama mamelucos. Nos encontramos, pues, ante una prolongación de los viejos motivos de lucha nacional en las campañas de conquista. ¿No se hacen, acaso, los repartos de tierras en América recordando que, en la época de la Reconquista, el rey distribuía a sus soldados las tierras liberadas del dominio musulmán?¹⁰⁰

Surgieron muchas preguntas, algunas de ellas incómodas, y otras que causaron grandes disputas. Entre ellas, la mayor fue en relación con los habitantes de América. El europeo moderno quedó perturbado por el americano.

El americano era desconcertante. Perdido en su continente, descubierto tan tarde, no era hijo de Sem, ni de Cam, ni de Jafet; ¿de quién podría ser hijo?

⁹⁹ Weckmann, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁰ Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 269.

Los paganos nacidos antes de la encarnación de Cristo tenían al menos su parte del pecado original, puesto que descendían todos de Adán; ¿pero los americanos? ¿Y por qué misterio, además, habían escapado al diluvio universal? No es esto todo. Los americanos no eran más que salvajes, como todos saben: cuando se quería imaginarse lo que eran los humanos antes de la invención de la sociedad, se los tomaba como modelos, vaga horda de gentes que iban completamente desnudas.¹⁰¹ ¿Qué representa este conjunto de descubrimientos geográficos en un plano espiritual? ¿Qué rupturas de viejos esquemas mentales supone? ¿En qué quebranta los conceptos adquiridos? En primer lugar se advertirá que la identificación, que —a partir de la Alta Edad Media— había venido observándose entre *oikoumene* y *christianitas*, se rompe, y la *christianitas* se encuentra irremediablemente reducida sólo a Europa. En efecto, el principio de que la palabra de Cristo había sido llevada a todo el mundo habitado, por medio de la *dispersio Apostolorum*, es flagrantemente desmentido. ¿Cuál es la situación —se pregunta— de estos pueblos ignorantes de la palabra de Cristo ante el juicio de Dios? ¿Se condenarán? ¿O podrá salvarles sólo la virtud moral? La duda surge (aunque sólo mucho después se obtendrá la respuesta —lógica y correctamente formulada— por un Montaigne). Duda que tiene su origen también en otros elementos: los descubrimientos han demostrado —en contra de la posición cristiana, cuyo más alto exponente había sido Agustín— que hay una pluralidad de mundos terrestres; que la noción, limitadora de toda aventura humana, de zona tórrida no corresponde a ninguna realidad efectiva, y que no cabe excluir la posibilidad de una discusión sobre el origen poligenético de la humanidad.¹⁰²

Y así se sucedieron las preguntas, una tras otra: ¿existía una justificación para la conquista de los americanos?, ¿la evangelización era suficiente motivo?, ¿el indígena americano tenía capacidad moral? más aún, ¿el salvaje americano tenía alma? Y a las preguntas llegaron las respuestas, algunas afortunadas, otras no tanto, y algunas desastrosas. Dentro de la polémica fue brillante en sus respuestas la segunda escolástica española, que sirvió a la historia del derecho como puente entre el pensamiento medieval y el moderno.

El saber geográfico tuvo variadas y múltiples consecuencias y, desde luego, contribuyó a cambiar la forma de entender el mundo, que afrontó vacilante el europeo del siglo XVI.

101 Hazard, Paul, *La crisis de la conciencia europea*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 24.

102 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 179.

III. LA REFORMA PROTESTANTE

El tercer antecedente histórico del racionalismo fue la Reforma protestante. La Reforma puso en duda la autoridad de la Iglesia y del papado, y en un brevísimo tiempo, menos de treinta años, la mitad de Europa dejó de creer en ambos. Se resquebrajó un elemento que había sido fundamental en las estructuras europeas y que se consideraba inconmovible. Europa se escinde; la unidad religiosa quedó rota. Se atacó a la Iglesia, al papa y a la misma teología. Pronto surgieron nuevas Iglesias y nuevos dogmas. “En el siglo XVI se había producido un hecho decisivo sin el cual no sería posible entender el surgimiento de la Edad Moderna en Europa: la Reforma y la consiguiente escisión de la Iglesia universal medieval en confesiones distintas”.¹⁰³

La Reforma constituía una exigencia de muchos años antes, que los papas y la Iglesia habían aplazado. Los concilios desde el cisma de Occidente y durante el siglo XV denunciaron numerosas irregularidades y abusos que requerían una reforma. Como la mayoría de los historiadores, José Pijoan advierte lo inevitable de la Reforma:

A últimos del siglo XV era inevitable una reforma de la Iglesia. Pero el egoísmo de muchos de sus altos dignatarios y la convicción que éstos tenían de ser invulnerables les hacía demorar la reforma para los que vendrían después. Nadie discutía el hecho de que la avaricia de los eclesiásticos, su corrupción y su ignorancia habían llegado hasta más allá de lo increíble; pero el trabajo de expurgar la Iglesia de Cristo de las ramas estériles y ponzoñosas se dejaba para mejor ocasión.¹⁰⁴

La Iglesia de los siglos XIV y XV es una verdadera monarquía papal que en poco se diferencia de otras monarquías europeas. Los papas consolidan los territorios de la Iglesia y los defienden y ensanchan con el poder de las armas, centralizan su poder en torno a una administración burocrática que se encarga de recaudar los ingresos eclesiásticos por toda Europa y, en fin, actúan como cualquier monarca moderno. Esto hace que su misión espiritual se vea cada día más desatendida y que el lujo y mundanalidad de la corte pontificia escandalice a los buenos cristianos.

103 Van Dülmen, Richard, “Los inicios de la Europa moderna”, *Historia Universal Siglo XXI*, 20a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1989, vol. 24, p. 239.

104 Pijoan, José, *Historia Universal*, México, Salvat Editores, 1980, t. IX, p. 7.

Romano y Tenenti explican de forma muy clara la situación que se vive en el periodo anterior a la Reforma:

En la segunda mitad del siglo XV pueden advertirse dos fenómenos mayores: el reparto efectivo de los poderes y de los bienes de la Iglesia cristiana entre la Curia de Roma y los distintos potentados de occidente, de una parte, y de otra, la persistencia y el agravamiento del malestar espiritual y moral en la comunidad de los creyentes. Estos dos fenómenos, que se habían ya delineado claramente en el siglo XIV, y en especial durante el periodo del Cisma, se concretan y se agudizan ahora. Las enormes ambiciones territoriales y estatales de los nuevos pontífices corresponden plenamente a las tendencias contemporáneas análogas de las diversas dinastías, pero hacen también que el prestigio moral y, en consecuencia, político del papado fuera de Italia disminuya visiblemente, hasta el punto de dejar el campo libre —de distintos modos y formas— a los absolutismos nacionales. Ahora bien, en realidad no podía esperarse que unos príncipes y unos soberanos, aunque católicos o incluso cristianísimos prestasen a los fieles una atención más evangélica y espiritual que la que habrían debido consagrarles los pastores eclesiásticos. Se trataba, ante todo, de una lucha de poder económico-político, porque en la sociedad europea del siglo XV la organización eclesiástica era precisamente uno de sus principales instrumentos. Papas y reyes continuaron haciéndose concesiones recíprocas, con menoscabo tanto del clero como del culto y de la parte más sana de las creencias.

Sin duda, lo menos que puede decirse es que en este periodo los jefes de la cristiandad en general dedican a los valores a las creencias tradicionales menor atención que sus predecesores, viven de un modo nada evangélico y usan a diestro y siniestro, de sus poderes violentando el dogma y la misma moral eclesiástica. A pesar de todo, tales puntos de vista son admisibles sólo a condición de presuponer el cristianismo uno y eterno, fruto de una verdad definitiva e inmutable. La Iglesia del siglo XV, en cambio, no es la de los siglos precedentes, y continúa evolucionando, orientándose más bien, hacia una radical transformación. Ella sigue —con mengua, sin duda, de algunos valores definidos como religiosos— el proceso general de la sociedad de occidente en que está enmarcada, lo experimenta profundamente y también contribuye a él. ¿Se pretenderá que la Iglesia pudo resistir o prescindir de aquel proceso o tal vez que debió reformarse? Esto sería una ilícita actitud de censura que nos llevaría a olvidar que la Iglesia estuvo también compuesta y alimentada por hombres, intereses y pasiones exclusivamente terrenales. Piénsese lo que quiera de los papas o de la Curia romana como ministros de Cristo; como hombres no parecen mucho más merecedores de censura que los príncipes contemporáneos y sus cortes. En realidad fueron sagaces para elevar a efectiva estructura monárquica su po-

der, para constituirse sobre una sólida base territorial en Italia y para consolidar su potencia financiera. Esto les permitió más fácilmente el volver a ser centro y guía de una organización eclesiástica restaurada, extremadamente caracterizada en el plano político y social, reaccionaria y asfixiante en el cultural y espiritual, pero duradera y poderosa.¹⁰⁵

La reforma puede ser comprendida como el producto de múltiples causas, entre las que destacan la decadencia moral de la Iglesia y el papado, que abandonan el control espiritual de sus fieles para consagrarse al fortalecimiento económico y político del pontificado; a la predisposición de la sociedad europea que ha visto el cautiverio de Avignon y ha conocido varios movimientos heréticos desde finales de la Edad Media; y, a una última causa, la acción personal de Martín Lutero.

Cabe hacer un último apunte sobre la relación entre la Reforma y el humanismo, que aunque presentan ciertos puntos de contacto, en general se muestran contrarios, como lo confirma Truyol y Serra:

Entre la Reforma, que tradicionalmente se ha equiparado al proceso generador del protestantismo en el siglo XVI, y el Renacimiento hay ciertos rasgos comunes. Así, el libre examen y el sacerdocio universal serían los equivalentes religiosos del individualismo intelectual y estético del humanismo. También los reformadores protestantes volvieron la espalda a la tradición medieval en lo eclesiástico. Pero junto a las semejanzas se manifiestan profundas diferencias. Quizá la más importante consista en que la Reforma, por lo menos en su intención inicial, es opuesta al humanismo y en general al helenismo. La Antigüedad a la que por encima de la tradición eclesiástica medieval pretende remontarse, es la antigüedad cristiana como tal, libre aún de contactos con la gentilidad y rebosante, por el contrario, en la perspectiva de los reformadores protestantes de elementos viejo-testamentarios. Esta orientación antihumanística se debe a un pesimismo antropológico que lleva a sus últimas consecuencias las fórmulas agustinianas y, en un plano más general, explica la desconfianza hacia la razón y sus posibilidades, la repulsa de la filosofía, el sobrenaturalismo de un Lutero y un Calvino.¹⁰⁶

Al respecto Gonzalo Balderas opina:

No puede negarse la conexión entre el Renacimiento y la Reforma, pero como demostró la controversia entre Erasmo y Lutero acerca del “libre al-

105 Romano y Tenenti, *op. cit.*, pp. 197, 198, 204 y 205.

106 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 4.

bedrió”, ambos movimientos estuvieron divididos por una profunda diferencia: Mientras los hombres del Renacimiento creían en la capacidad humana para mejorar según su propio esfuerzo, los líderes de la Reforma consideraban al hombre incapaz de conseguir la salvación sin la gracia de Dios.¹⁰⁷

Es de rescatar como puntos en común con el humanismo, la intensa labor que se desarrolló de depuración de los textos sagrados de acuerdo con los nuevos métodos y técnicas filológicos, con verdadero espíritu humanista. Lo que también señala un pequeño antecedente de la propia reforma, en el sentido de que las traducciones a lenguas vernáculas de la Biblia tienen cada vez mayor demanda, especialmente en los países septentrionales.

Este movimiento cultural puede llamarse, pues, con justísima razón, humanismo cristiano. La técnica y el espíritu humanístico desempeñaron, sin duda, una función indispensable, pero la empresa mayor consistió en aplicar a la propia Biblia —al libro sagrado por excelencia— los mismos procedimientos a que habían estado sometidas, hasta entonces, las obras humanas de los autores antiguos. Aunque este trabajo no suponía ni la menor dosis de irreverencia explícita, era la afirmación de una capacidad de juicio que tendría enormes consecuencias. El deseo de leer la escritura en su más genuina forma era, sin duda, piadoso; considerada depositaria de la revelación divina, parecía un deber cristiano el de saborearla en su expresión más pura. Pero tras este deseo se ocultaba la exigencia de encontrar la confirmación a una espiritualidad nueva, todavía no estructurada, pero claramente opuesta a la tradicional, y, en especial, a la de los últimos siglos de la Edad Media. No es extraño ciertamente, que la sanción que se necesitaba fuese encontrada en seguida, proclamada progresivamente y de un modo cada vez más decidido.¹⁰⁸

1. *Antecedentes de la Reforma*

El antecedente más remoto de la reforma protestante puede encontrarse en la reforma eclesiástica del siglo XI, llevada a cabo por el papa Gregorio VII, quien realizó esta primera reforma de la Iglesia enfrentando los principales males que la aquejaban en aquellos tiempos. La refor-

107 Balderas Vega, Gonzalo, *La Reforma y la Contrarreforma*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Ciencias Religiosas, 1996, p. 252.

108 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 229.

ma gregoriana buscó mejorar la moral del clero y combatió principalmente dos prácticas eclesiásticas: el nicolaitismo, es decir, la unión del clérigo con una mujer, como esposa o concubina, y la simonía, que consistía en la compra y venta de cargos, privilegios y dignidades eclesiásticas. La reforma gregoriana significó una renovación espiritual de la Iglesia, especialmente respecto al monacato; sin embargo, sus logros se desvanecieron en el tiempo, mostrando para los principios del siglo XIV síntomas graves de relajación moral.

El Cisma de Occidente (1378-1417), precedido por el llamado Exilio de Avignon (1309-1377), afectó de manera importante el prestigio de la Iglesia. El papado fue desacreditado no sólo por el abandono de Roma y la sumisión a la Corona francesa, sino también por el brillo y mundanidad de su corte y por sus abusos fiscales. La existencia de dos y hasta tres papas fueron finalmente resueltas con el regreso a Roma del papado mediante la elección de Martín V, por el Concilio de Constanza en 1417. El Cisma provocó un importante movimiento conciliar que buscaba limitar el poder pontificio afirmando que los concilios constituían la mejor forma de gobernar a la Iglesia; sin embargo, el centralismo hierocrático volvió a ser defendido e impuesto por Martín V, quien eliminó todos los obstáculos impuestos durante la crisis al poder monárquico del papado.

Desde un punto de vista filosófico, Guillermo de Ockham (1300-1349) representa un antecedente de la reforma, quien, a través del llamado nominalismo, planteaba la imposibilidad de que la razón pudiese demostrar ningún dogma cristiano. Esta doctrina, opuesta al tomismo, resaltaba la sublimidad de la fe y declaraba a la teología racional como una ciencia vana.

El ockhamismo había llegado directamente a los umbrales del subjetivismo gnoseológico moderno, aunque lo definiera con el viejo término de nominalismo. Pero su fuerza crítica que sacudió los fundamentos de la escolástica, se detuvo respetuosa, incluso confiada, ante la Revelación. El agudísimo y audaz franciscano trató, más bien de limpiar el terreno de la teología de las híbridas superestructuras aristotélico-tomistas, para mejor resaltar la sublimidad de la fe. No fue, en absoluto, blando respecto al Papa y a la vida mundana de los prelados de su época. Además, sostuvo firmemente que la autoridad suprema de la Iglesia no residía en la persona del Papa, sino en la asamblea conciliar. Sin embargo, Ockham reconoció a esta última la infalibilidad en la enseñanza dogmática y, respecto a la impotencia de la especulación humana, afirmó de un modo incondicional la verdad inaccesible, pero única y suprema, del dogma cristiano, así, también en este aspecto se

vio gravemente trastornado el equilibrio entre doctrina y creencia, que el tomismo había tratado de establecer, y esto menoscabó a la una y a la otra.¹⁰⁹

En el terreno religioso, Juan Wycliffe (+1384) y Juan Hus (1369-1415) representan los antecedentes más importantes. El primero afirmó la inutilidad del clero y los sacramentos y la predestinación, negando la transustanciación. Por su parte, Hus encontraba en la Escritura la única base de la fe y empleaba en sus predicaciones la lengua vulgar. Alcanzó gran popularidad en Praga y provocó después de su muerte un movimiento de corte nacionalista en Bohemia.

Finalmente, dentro del seno de la propia Iglesia, Erasmo de Rotterdam (1466-1536) editó literatura anticlerical acusando a la Iglesia de ignorancia y desmoralización. Erasmo, sin embargo, no tomó más que una actitud fiscalizadora y doctrinal sin tomar una postura definida. Con el *Elogio de la locura* pudo ser denunciado como hereje, lo que no sucedió, por la estructura del libro, que sólo denuncia locuras o extravagancias; sin embargo, se prohibió su lectura. Erasmo constituyó un factor importante de protesta y de cambio de visión humanista hacia una ética laica.

2. Martín Lutero

Martín Lutero (1483-1546) nació en Eisleben, en el seno de una familia de campesinos pobres. A los veintidós años ingresó en un convento agustino; tres años después recibió una cátedra en la recién fundada Universidad de Wittenberg, donde en 1517 publicara sus 95 tesis contra las indulgencias, acontecimiento que marcará el inicio de la reforma y que le llevará a la ruptura con el papa.

La práctica de las indulgencias era ya añeja. A través de ésta, la Iglesia se había allegado recursos desde la época de las cruzadas, y, para el otoño de la Edad Media no era bien vista por las autoridades civiles, ya que los campesinos, por pagarlas, no tenían dinero después para cubrir a la administración civil.

En este mundo cristiano de los siglos XV y XVI la indulgencia sirve no sólo para estimular la construcción de la nueva basílica de San Pedro, en Roma, sino también para levantar diques contra la amenaza del mar. La

109 Balderas, *op. cit.*, p. 47.

indulgencia es una verdadera forma de la piedad colectiva, un modo seguro de captar la adhesión de los fieles, un instrumento casi inagotable para seducir la emotividad de las masas, convencidas de que gracias a ellas alivian no sólo el peso de sus pecados, sino también el de los muertos, a los que se supone expiándolos en el purgatorio. Vieja práctica, desde luego, pero progresivamente incrementada y extendida ahora, como por irradiación, desde Roma y desde cada centro diocesano; forma de devoción de múltiples aspectos en la que la intención moral no se separa del provecho económico de unos pocos y de la credulidad de la multitud.¹¹⁰

El dinero asociado a la salvación del alma fue lo que generó la primera crítica luterana:

La Iglesia enseñaba que los pecadores contritos podían pagar la pena temporal de sus faltas por medio de satisfacciones sacramentales o no, pero también con indulgencias que ella podía otorgar, sacándolas del tesoro de los méritos que constituyen las obras supererogatorias de los santos. Esta enseñanza, en sí difícil, resultaba peor comprendida por el pueblo de lo que el papado pretendía (sin encontrar el asentimiento de los doctores), o sea que las indulgencias que él otorgaba liberaban al pecador de la pena y de la culpa, es decir, del pecado mismo.¹¹¹

Las noventa y cinco tesis tuvieron gran resonancia, y aunque al principio el asunto no llegó a Roma, sí se discutió en Leipzig, donde Lutero fue orillado, por su gran adversario Juan Eck, a desconocer la autoridad del papa. Pronto el asunto llevará a Lutero a oponerse en forma tajante al papado, afirmando que no poseía infalibilidad, que sólo la Escritura es infalible. “Se enardeció hasta el punto de declarar que un concilio, y hasta un simple fiel, podía convencer al Papa del error, si contaba con el testimonio de la Escritura”.¹¹² “Lutero predica, pues, una auténtica cruzada contra el papado...”.¹¹³

Para 1520 Lutero publicará tres tratados que se convertirán en el núcleo esencial del protestantismo: *De la libertad del cristianismo*, *La cautividad de la Iglesia en Babilonia* y *Manifiesto a la nobleza cristiana de la nación alemana*. En estos tratados, como indica José Pijoan, se expo-

110 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 214.

111 Puech, Henry-Charles (ed.), “Las religiones constituidas en Occidente y sus contracorrientes”, *Historia de las Religiones*, México, Siglo XXI Editores, 1984, vol. I, t. VII, p. 261.

112 *Ibidem*, p. 263.

113 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 235.

nen las principales tesis protestantes: “Los argumentos que esgrimía Lutero eran éstos: había que desvanecer el error de creer en el papa, los obispos y los eclesiásticos formaban un imperio espiritual opuesto al temporal de los estados. El verdadero Estado espiritual es la Iglesia, formado por el cuerpo de todos los creyentes... El papa no tiene Derecho exclusivo a convocar un concilio”.¹¹⁴ A estos argumentos se sumaban las tesis de que la naturaleza humana está corrompida y que las obras hechas por los hombres son insuficientes para alcanzar la salvación, que se puede alcanzar por la fe únicamente. Para explicar más claramente lo anterior, sirva esta cita sobre el Manifiesto:

En agosto de 1520, dirigía a los numerosos hidalgos ganados a la causa del humanismo su *A la cristiana nobleza de la nación alemana*, manifiesto que presentaba un programa reformador de amplio alcance, en el que atacaba las “tres murallas” del papado. La primera consistía en la distinción entre clérigos y laicos, la segunda estaba formada por el monopolio del clero en lo referente a la Escritura y la tercera correspondía a la supremacía del papa sobre los concilios. A las tres murallas oponía tres principios: el del sacerdocio universal, por el cual todos los cristianos, por el hecho de su bautismo, son sacerdotes; el de la claridad de la Biblia señalando que la revelación escrituraria resulta directamente inteligible al creyente; el de la responsabilidad de los fieles, según el cual cada miembro de la Iglesia puede actuar, cuando las circunstancias lo exigen, en la reunión de un concilio.¹¹⁵

En Roma se le excomulga, pero algunos príncipes alemanes lo protegen. Carlos V pretende acabar con él en la Dieta de Worms, donde se promulga un edicto que prohíbe la doctrina de Lutero y su propagación. Los príncipes que lo apoyan confiscan los bienes de la Iglesia y son ayudados por los pobres que quieren su parte.

La Reforma resultaba, pues, un buen negocio para los príncipes; era una confiscación deseada por los mismos expropiados; en cambio, estos religiosos, libres de sus votos, aumentaban el número de la población y los humildes empezaron a agitarse, pidiendo su parte en la distribución de tierras. Como consecuencia de la Reforma, los príncipes protestantes viéronse amenazados de una revolución agraria y social, simultánea de la protesta religiosa. Pero, en esta ocasión, Lutero faltó a lo que de él podía esperarse: salido del pueblo, puesto que era hijo de un minero, se puso de parte de los

114 Pijoan, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

115 Puech, *op. cit.*, p. 264.

príncipes y en términos violentos recomendó la obediencia a los poderes civiles.¹¹⁶

La “traición” de Lutero a los campesinos hizo que el movimiento perdiera fuerza y que el luteranismo perdiera adeptos que se convirtieron principalmente al anabaptismo. Años después polemizará con Zuinglio y morirá en su ciudad natal en 1546.

La reforma luterana se debió al destino de Lutero, a la predisposición de la sociedad y al apoyo de los príncipes alemanes:

El monje alemán es, ante todo, el portavoz de las exigencias de reforma de su tiempo, y también el que ha vivido y elaborado la formulación teológica más adecuada para catalizar y galvanizar las fuerza morales de la nueva sensibilidad religiosa. Como la ortodoxia tradicional era una construcción que se sostenía gracias a su propia complejidad jerárquica y a su inextricable dominio de las estructuras sociales, la rebelión luterana pudo llevarse a cabo sólo abandonando el estrecho ámbito espiritual o ético, y afrontando sin vacilaciones los problemas económicos y políticos. Nunca se insiste bastante en que el éxito del protestantismo dependió menos de la acción de los propios reformadores que de la ya madura predisposición de la sociedad laica y del apoyo de sus más altos representantes.¹¹⁷

Como consecuencia de la protesta de Lutero, Europa se vio envuelta en las guerras de religión, que terminarán hasta 1648, y tendrán como resultado la división de la Iglesia occidental y la ruptura de la unidad europea.

Desde el punto de vista histórico, la reforma luterana significa la contribución más decisiva de Alemania a la construcción de la Modernidad. La Reforma luterana escindió la Iglesia cristiana occidental y mantuvo en tensión a la Europa Moderna hasta 1648, fecha que marca el fin de las guerras de religión. El Sacro Imperio Romano Germánico y otros países tuvieron que aprender la conveniencia de diferentes formas confesionales. Además de Alemania, fueron profundamente determinadas por la Reforma: Dinamarca, Escandinavia, Suiza, los Países Bajos, así como Gran Bretaña y los Estados Unidos de Norteamérica.¹¹⁸

116 Pijoan, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

117 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 234.

118 Balderas, *op. cit.*, p. 159.

Lutero debatió un importante número de cuestiones dogmáticas, como la crítica a las indulgencias, la práctica de una religiosidad personal, el libre acceso e interpretación de los libros sagrados; la negación de que la Iglesia sea una intermediaria entre Dios y los hombres, la negación de la jerarquía y de la superioridad de la Iglesia frente al poder civil; cuestionó el valor de los sacramentos, negó la absolución eclesiástica (pues sólo se redime el pecado por la fe), y otras más. A continuación se analizarán algunas de las tesis centrales que postuló Lutero.

Sirva esta cita de Lucien Febvre como introducción al pensamiento y la obra de Lutero:

Lutero fue el artesano, solitario y secreto, no de su doctrina, sino de su tranquilidad interior. Y fue, en efecto, tal como él lo dijo, concentrando sus meditaciones sobre un problema planteado no ante su razón, sino ante su paz: el de la Justicia de Dios, como entrevió al principio, y vio claramente el medio de escapar a los terrores, a los tormentos, a las crisis de ansiedad que lo consumían.¹¹⁹

Efectivamente, Lutero fue conducido al borde de la locura por la incertidumbre, la duda, la culpa y el terrible temor de no poder alcanzar su salvación. Hasta que entendió que no se trataba de lo que hiciera o dejara de hacer, es decir, de las obras, no podía depender su salvación. Lo que contaba era lo que había en su interior. La fe en Dios y en su infinita misericordia que perdona libremente son más importantes que nuestras debilidades, fallas y endebles intentos de expiación. Sólo salva la fe. Lutero no buscó convertirse en el reformador de la Iglesia; lo que buscó fue su paz interior. Esta tesis, generalmente aceptada, señala que la reforma se debió fundamentalmente al espíritu de la época, a la predisposición de la sociedad y a la conveniencia de los príncipes luteranos, más que a la acción de los propios reformadores. Lutero, buscando poner fin a sus tormentos espirituales, inicia el sendero de la reforma.

La salvación por la fe es la tesis central de la doctrina luterana. Con ella se niega el valor de las obras y se rechaza todo intento de fundamentación racional de las verdades reveladas. Precisamente de esta tesis se derivan los principales planteamientos que afectan al mundo del derecho. Lutero afirmó la tesis de la naturaleza corrompida del hombre por virtud del pecado original, lo que supone que todas las obras del hombre son

pecado. De ahí el pesimismo ético de su doctrina, que radica en la afirmación de la inutilidad de las obras humanas. Por este camino, el obrar conforme a las leyes no tiene valor para la salvación, que sólo se obtiene por la fe; es decir, por la confianza en la misericordia de Dios. De lo anterior se desprende la identificación de la justicia con la voluntad divina, que no tiene medida, y a la que se debe sumar en total conformidad la voluntad humana. Bajo estas premisas es que Lutero niega la libertad humana afirmando un voluntarismo teológico donde la justicia no puede ser alcanzada por la naturaleza humana que, al estar corrompida, no puede conocerla ni realizarla.

La esencia de la Reforma luterana estaba constituida por la convicción de que el hombre no puede ni tiene necesidad de salvarse por sí mismo, sino que más bien, la salvación le es dada “sólo por gracia” en Cristo, y tan sólo puede ser aceptada en la fe confiada. Partiendo de este sencillo pensamiento, se originó una nueva concepción de la Iglesia, del sacerdocio, los sacramentos, la devoción y la conducta moral, así como del matrimonio y del mundo, incluyendo la política y la economía.¹²⁰

La incapacidad del hombre de salvarse por sus obras opuso en el pensamiento de Lutero, fundamentalmente teológico, a la razón y la revelación. Esto llevó a Lutero a distinguir dos reinos o regímenes en los que se desenvuelve el hombre: el espiritual y el temporal. Este dualismo constituye el centro de las ideas jurídicas y políticas de Lutero.

Ello implicaba la ruptura de la unidad del cosmos natural y el sobrenatural, un dualismo desgarrado entre las exigencias de Dios y las del mundo. Es la célebre y compleja teoría de los dos reinos (*die zwei Reiche*) o de los dos regímenes (*die zwei Regimente*), que constituye el núcleo del pensamiento jurídico y político de Lutero. Según ella, Dios ha instituido dos reinos o regímenes: el reino o régimen espiritual y el reino o régimen temporal, atendiendo a la doble naturaleza del hombre, por cuanto el primero se ordena a la salvación del alma, y el segundo, a la vida natural del hombre como tal.¹²¹

El maestro Guido Fassò explica cómo este voluntarismo teológico se constituye en el fundamento de la teoría luterana de la vida social y política:

120 Balderas, *op. cit.*, p. 159.

121 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 50.

Lutero niega la organización jurídica y jerárquica de la Iglesia, ya que la Iglesia está constituida por los verdaderos cristianos, que no tienen necesidad de leyes; pero la negación del juridicismo eclesiástico no comporta la del Estado y su Derecho, necesarios, puesto que en realidad los hombres no siempre son verdaderos cristianos. Más bien, al liberar al Estado de toda sujeción a la Iglesia, Lutero le confiere una autoridad absoluta de carácter religioso, llegando así a una concepción política teocrática. Precisamente porque el soberano temporal es, como todos los miembros de la sociedad cristiana, sacerdote, estando la autoridad terrena preordenada por Dios para proteger a los buenos y castigar a los malvados, se debe dejar que su obra penetre sin estorbo en todo el cuerpo de la Cristiandad, afirmación luterana basada en San Pablo.

El fundamento del poder legítimo, no es, por consiguiente, sólo el Derecho, sino el uso de la fuerza por el Estado para hacerlo respetar.

Ciertamente, los cristianos cumplen por sí el bien y la justicia mucho más de lo que pueden enseñar todas las leyes, y no hacen necesario leyes o Derecho, pero, puesto que ningún hombre por su naturaleza es pío y cristiano, sino siempre pecador y malvado, Dios por medio de sus leyes le advierte a fin de que no ose utilizar a su arbitrio la maldad, y siendo pocos los auténticos cristianos Dios ha impuesto a los demás hombres un gobierno y los ha puesto bajo la espada, de modo que no puedan ejercitar su maldad. El poder y la espada son un servicio de Dios, y “debe ser ejercido por quien arreste, acuse, ahorque y decapite los malvados”.

Estas conclusiones de Lutero, que significan la intolerancia y las guerras de religión, son el corolario de su absolutismo teocrático. No sólo es necesario, para los cristianos no perfectos, el Derecho del Estado, sino el poder de este último; es decir, del príncipe, que no debe estar limitado tampoco por el Derecho.

El príncipe, en suma, siendo el ejecutor inmediato de la voluntad de Dios, no debe tener en su voluntad, que es el instrumento de la divina, ningún límite, y mucho menos el de la ley, de la que sólo deberá ser su autor. El voluntarismo teológico se confirma, en los escritos de Lutero, como premisa de absolutismo político.¹²²

3. *La teología protestante: Ulrico Zuinglio y Juan Calvino*

Ulrico Zuinglio (1484-1531), agustino como Lutero, comenzó a predicar la reforma en Zurich. Coincidió con Lutero en cuanto a la insistencia de la relación directa entre Dios y el hombre, la salvación por medio

122 Fassò, *op. cit.*, pp. 40-42.

de la fe y la negación de la validez de las buenas obras; pero disputó con Lutero cuando atacó la eucaristía y el culto de las imágenes. La disputa fue llevada al coloquio de Marburgo, donde los asistentes coincidieron en todos los puntos de la reforma, salvo el tema de la eucaristía. A partir de entonces, Zuinglio reformó la Iglesia de Zurich suprimiendo la misa, radicalizando la teoría de la predestinación y modificando la ceremonia del bautismo.

La disputa entre Lutero y Zuinglio provocó enormes conflictos, iniciando un periodo de intolerancia que llevó a los reformadores a buscar imponer sus verdades por la fuerza. Ciento cincuenta años y gran cantidad de vidas costaron las guerras entre católicos y protestantes y entre las diferentes corrientes protestantes por imponer sus respectivos dogmas.

De la doctrina de Zuinglio pronto partieron interpretaciones que originaron la proliferación de sectas anabaptistas.

El movimiento anabaptista propiamente dicho empezó en Zurich. Según él, la verdadera Iglesia estaba formada únicamente por los que libre y deliberadamente tomaban la decisión de ingresar en ella, y el bautismo era el ingreso. También creían que los verdaderos creyentes debían cumplir a rajatabla los diez mandamientos y los preceptos del Sermón de la Montaña. Consecuentemente, no se debía bautizar a los recién nacidos. Sólo los adultos que tuvieran capacidad para renunciar a su naturaleza pecadora y, por así decirlo, decidirse por Cristo podían y debían ser bautizados adecuadamente. El modelo de la Iglesia que él quería se ajustaba a lo que los sectarios ingleses posteriores llamarían “Iglesia reunida”, es decir, una comunidad de creyentes, de santos de esta tierra, que elegían a su propio pastor para que los guiara y que no querían saber nada de las instituciones de este mundo.¹²³

Juan Calvino (1509-1564) es el tercer gran reformador. Predicó en Ginebra y elaboró el primer tratado sistemático de teología protestante en su obra *Institución de la religión cristiana*, publicada en 1536.

La doctrina de Calvino se centra en la predestinación que es un tema que aparece ya en Lutero y Zuinglio, quienes no la desarrollan en toda su amplitud y consecuencias. Calvino afirma que todos los hombres están llamados, por la palabra evangélica, a la salvación y a la participación con Cristo, pero no todos escuchan esta palabra, y, por tanto, sólo los que la escuchan son predestinados a la salvación. En palabras del propio Cal-

123 Balderas, *op. cit.*, p. 159.

vino: “La semilla de la Palabra de Dios sólo echa raíces y fructifica en quienes Dios ha predestinado con su elección eterna”. “Por tanto, la doctrina sobre la predestinación se presenta como respuesta al hecho, a la experiencia pastoral, de que no creen todos, a pesar de que la predicación evangélica ofrece a todos la salvación e invita a todos a que se incorporen a Cristo. Calvino responde que sólo los elegidos creen”.¹²⁴

De la doctrina de la predestinación se desprenden las más importantes consecuencias sociales y políticas de Calvino.

En la predestinación gratuita de los justos se manifiesta en su terrible grandeza una voluntad divina ilimitada e insondable. La consecuencia de ello no es, sin embargo, en Calvino la paralización de la acción, sino precisamente su estímulo, por cuanto la predestinación da lugar a una fuerza irresistible llamada a transformar el mundo. De ahí un activismo político y social que contrasta con la entrega luterana del mundo natural humano a sí mismo. Calvino mantiene la separación rigurosa entre la naturaleza y la sobrenaturaleza. También para él tiene escasa significación el Derecho natural, que constituye realmente una revelación individual de lo recto hecha por Dios, y no una propiedad ínsita en la naturaleza del hombre, corrompida de raíz por el pecado original. Pero en Calvino la sociedad de los justos como tal tiene una realidad actuante que no tenía en el reformador de Eisleben. El mundo no se abandona a la legalidad immanente del pecado y de la violencia, sino que es para los elegidos un instrumento de santificación que ha de someterse al fin sobrenatural. La conclusión es una nueva forma de teocracia que somete estrechamente lo temporal a lo espiritual. Sólo el auxilio prestado a la consecución del fin espiritual del hombre legitima la autoridad temporal.¹²⁵

Sobre el punto concreto del derecho natural, hay cierta coincidencia entre los reformadores, por lo que aprovechamos que el pensamiento de Calvino es más claro para exponer en líneas generales el pensamiento de la reforma al respecto. La mejor explicación la encontramos en el maestro Guido Fassò:

Mucho más explícita y claramente que Lutero, Calvino habla, ciertamente, de la ley natural; basándose en el famoso pasaje de la Carta a los romanos, de San Pablo, en la que se dice que los gentiles tienen escrita la ley por naturaleza en los corazones, Calvino define esta ley como sentimiento de la con-

124 *Ibidem*, p. 193.

125 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 59.

ciencia por el que se discierne entre el bien y el mal suficientemente como para sacar al hombre del obstáculo de la ignorancia, y de esta forma parece que con tal ley se da a entender la existencia de un criterio de valoración ético autónomo en el hombre. Sin embargo, añade poco más adelante que el hombre al estar totalmente envuelto en la oscuridad de la ignorancia, sólo por medio de la ley natural tardaría bastante en discernir qué servicio es grato a Dios, o al menos se hallaría bastante lejos, afectado como está de la soberbia, de conocerlo rectamente, por eso “el Señor ha dado su ley escrita, rindiendo testimonio más cierto de lo que en la ley natural estaba demasiado oscuro”.

La ley natural se reduce por ello, más expresamente que en Lutero, a la ley revelada, al Decálogo: y ello conforme al rígido convencimiento voluntarista de Calvino, para quien “la voluntad de Dios es la regla suprema y soberana de la justicia, hasta el punto de que todo lo que se considera justo lo es en cuanto él lo quiere”. Como para Lutero, e incluso aún más, no es en la razón, no es en la conciencia del hombre como sujeto autónomo donde puede encontrarse la norma de conducta; cuando Calvino dice que el cristiano está libre de las leyes, porque la norma de conducta la halla en su conciencia, se refiere, como Lutero, al cristiano perfecto. Para el resto de los cristianos es necesaria la ley, y esta ley no se la dan a sí mismos, sino que viene de lo alto.¹²⁶

Calvino fundó una Iglesia aceptando, lo mismo que la Iglesia católica, que la realización de los fines espirituales requieren una organización externa que configure la vida social y ordenen los principios fundamentales. La Iglesia calvinista se diferencia de la católica:

Pero Calvino se aleja del catolicismo, por cuanto el principio del sacerdocio universal borra toda diferencia entre clero y seglares, y su Iglesia se apoya en el principio corporativo, edificándose de abajo arriba a partir de las comunidades particulares de fieles. El régimen de estas comunidades es un régimen representativo de carácter aristocrático-oligárquico, parecido al que en lo político predominaba en las ciudades libres de la época en Suiza y los Países Bajos. El consistorio, integrado por predicadores y decanos o ancianos, actuaba en ellas en nombre de la comunidad de los fieles. Así adquirieron las iglesias calvinistas autonomía con respecto al poder civil, y cuando no pudieron someterse, como había conseguido Calvino en Ginebra, o lograr su cooperación, pudieron vivir, a diferencia de las luteranas, independientes y separadas del Estado, con medios propios de asociación

126 Fassò, *op. cit.*, p. 193.

social y política. Por otra parte, el principio federativo permitió a estas iglesias superar divisiones territoriales, adoptando la forma de asociaciones sinodales.¹²⁷

Sobre la Iglesia calvinista explican Romano y Tenenti:

La Iglesia calvinista, en suma, se consagra pronto como la más sólida y fuerte entre todas las que la rebelión luterana ha originado, gracias no sólo a las medidas disciplinarias, sino también a la decidida afirmación de ciertos dogmas, como, sobre todo, el de la predestinación. En efecto, este último canaliza la exigencia de salvación individual, disciplinándola en el seno de un organismo eclesiástico renovado. Las energías religiosas liberadas por la reforma, durante un periodo, casi sin otro control que el de sí mismas, se reúnen ahora de nuevo en torno a instituciones eclesiásticas como el consistorio de los pastores y los sínodos. A su vez, la reconstituida Iglesia calvinista se preocupa mucho más que la medieval de la rectitud, al menos exterior, de sus fieles y de su morigeración. Ella contribuirá a formar colectividades humanas de costumbres socialmente vigiladas, compuestas de miembros éticamente más conscientes y civiles. Por primera vez en la historia de occidente la función moral del cristianismo será ejercida, orgánicamente, atendiendo más a la vida terrenal que al destino celestial del creyente.¹²⁸

Respecto al destino histórico de la Iglesia calvinista, Gonzalo Balderas apunta:

Calvino fue más allá que Lutero en el sentido de que impulsó a los cristianos para que sirvieran a Dios mediante su “destino”. Sus seguidores participaron activamente en la vida política, social y económica. El éxito en los negocios era contemplado como la evidencia de la abnegación y del trabajo dedicado a la mayor gloria de Dios. Los calvinistas sólo pudieron difundir ampliamente su doctrina en Escocia, Nueva Inglaterra (Estados Unidos) y Holanda. Calvino estuvo desde el comienzo profundamente ligado al progreso de la Reforma en su país natal. Los hugonotes, tal como fueron llamados los calvinistas franceses —el origen de tal denominación no se conoce con certeza—, se organizaron en pequeños grupos y fueron objeto de una feroz persecución.¹²⁹

127 Truyol y Serra, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

128 Romano y Tenenti, *op. cit.*, pp. 255 y 256.

129 Balderas, *op. cit.*, p. 255.

Capitalismo y calvinismo se han relacionado tradicionalmente. Al respecto, es muy interesante la exposición realizada por el maestro Truyol y Serra:

En este como en otros campos el calvinismo posterior señala nuevos rumbos. Es hoy clásica la tesis de Max Weber de que el calvinismo ha sido factor decisivo en la génesis del capitalismo moderno, debido a ciertas implicaciones de su doctrina de la predestinación. Señala Weber que en determinadas sectas (puritanos, cuáqueros, pietistas) se consideró como signo externo de la predestinación la capacidad para una actividad profesional y el rendimiento de ésta. Con ello la capacidad profesional sistemática y metódicamente realizada adquirió una significación ética que ni el catolicismo ni el luteranismo le habían concedido. Por otra parte, el consiguiente incremento de producción no podía dedicarse a fines de lujo y ociosidad en virtud de lo que Weber llama el ascetismo intramundano del calvinismo, lo cual obligaba a invertir el sobrante a su vez en el proceso económico de la producción. Así fue acentuándose la tendencia al individualismo económico, perceptible ya en la Italia del Renacimiento, en Flandes y en Inglaterra. Con la secularización de este estado de ánimo se desembocó, según Max Weber, en la autonomía de la economía, propia del capitalismo moderno.

La referencia a la Italia renacentista y a la situación de los Países Bajos e Inglaterra muestra que el espíritu capitalista, en el sentido actual de la palabra, no puede atribuirse tan tajantemente al espíritu calvinista, y en este sentido la tesis de Max Weber ha sido sometida a revisión desde campos distintos. Pero hay en ella un fondo de verdad, ya que es innegable el impacto del calvinismo en el desarrollo de la vida económica allí donde desempeñó un papel (puritanos en Inglaterra y en los Estados Unidos, hugonotes en Prusia). Mayor acaso sea este fondo de verdad si la tesis se entiende en el sentido de que la ética calvinista acentuó y estimuló un espíritu capitalista ya existente.¹³⁰

4. *La contrarreforma*

La contrarreforma significó la reacción del catolicismo a la Reforma, en tanto ésta supuso la separación disciplinar y dogmática de todas las corrientes protestantes del seno de la Iglesia católica. Está caracterizada por dos hechos centrales: la celebración del Concilio de Trento y el nacimiento de la orden de la Compañía de Jesús.

130 Truyol y Serra, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

El Concilio de Trento (1545-1563) constituyó la respuesta que la Iglesia católica dio a los nuevos credos protestantes. Fue un concilio que trató principalmente temas disciplinares, y que en lo dogmático reafirmó el credo de Nicea, definiendo a la Iglesia como “institución de salvación, institución objetiva, anclada en el papado universal”.¹³¹ Contra las tendencias conciliaristas, el concilio tridentino afirmó la supremacía del papa como única cabeza de la Iglesia, lo que lleva a consolidar la hierocracia papal que se coronará tres siglos después con la definición del dogma de la infalibilidad del papa promulgada por el primer Concilio Vaticano. El Concilio de Trento formuló precisamente la doctrina católica y rechazó el núcleo esencial de las doctrinas reformadoras al afirmar la necesidad de la Iglesia:

En el tridentino al rechazar el individualismo protestante, se reafirma la necesaria mediación de la Iglesia, Cuerpo Místico de Cristo y organismo jurídico a la vez, en el cual el elemento místico e invisible coexiste, se apoya se expresa en el elemento jurídico que tiene su primera manifestación en la jerarquía de diferencia y subordina a los laicos al episcopado, aunque unos y otros poseen la misma dignidad fundada en el sacerdocio común bautismal. Esta Iglesia jurídico-mística es la custodia e intérprete de la Palabra revelada, que se mantiene viva a través del magisterio eclesiástico y es fuente ordinaria de la gracia por medio de los sacramentos, cuyo valor objetivo queda ratificado, lo mismo que su eficacia intrínseca, independiente de la rectitud subjetiva de quien lo administra. Descalificada la unilateralidad protestante, se enseña, el proceso que lleva la justificación tanto la necesidad de la gracia como la de nuestra cooperación, lo mismo de la fe que de las obras, manteniéndose así el equilibrio entre el pelagianismo y el semipelagianismo, por una parte, y la concepción, por otra, que todo lo atribuye a la gracia.

Rechazando el pesimismo protestante, Trento declara al hombre tocado por el pecado original, pero a la vez afirma que la naturaleza humana no está totalmente corrompida y que libre albedrío quedó tan sólo debilitado; subraya el carácter real, ontológico, de la justificación, transformación íntima del alma. Distingue entre pecado y concupiscencia y acentúa la eficacia de la gracia, que hace posible la observancia de los mandamientos.¹³²

El Concilio de Trento condenó el libre criterio en la interpretación de las Escrituras asegurando que el dogma es creado exclusivamente por los

131 Balderas, *op. cit.*, p. 291.

132 *Ibidem*, pp. 349 y 350.

concilios y el papa, existiendo dos fuentes de la revelación divina: la Sagrada Escritura y la tradición. Afirmó el sacramento de la eucaristía, la misa en latín y el sermón en idioma local, el celibato de los sacerdotes y su poder de absolución.

La fundación de la Compañía de Jesús por San Ignacio de Loyola tuvo lugar en 1534-1540. La Compañía surgió como una milicia al servicio del pontificado, encargada de defender la fe católica. Pronto se extendió por todo el mundo. De sus filas surgieron algunos de los mejores traductores de la época, quienes con sus argumentaciones en pro de la unidad del cristianismo y de la defensa del papa tuvieron una importante participación en Trento. Los jesuitas obtuvieron grandes triunfos en la defensa de la fe y restablecieron el catolicismo en gran parte de Europa. Es de destacar su participación en el renacimiento escolástico del siglo XVI, que se analizará posteriormente.

5. *El Estado y la Reforma*

La ruptura provocada por la Reforma desembocó en las guerras de religión. Los diferentes credos buscaron mantener el poder religioso e imponerse en lo político en los Estados europeos. Desde el siglo XVI y hasta mediados del siglo XVII Europa es asolada por innumerables conflictos. Para la segunda mitad del siglo XVII, van cediendo las disputas y se inicia una época de alianza y acuerdo. Se inaugura un tiempo de tolerancia donde se busca la libre discusión de los problemas religiosos y teológicos y donde se afirmará, finalmente, “que todas las religiones son formas esencialmente humanas de culto, a las que no es lícito dar significados trascendentes”.¹³³

La frase atribuida a un canciller francés de “un rey, una ley, una fe”, simboliza el fin del agitado periodo de la Reforma y de la unión del reino y la religión, donde las distintas Iglesias en los distintos Estados sellan alianzas. El primer Estado moderno europeo necesita del clero y lo utiliza como un instrumento de poder. La alianza del Estado y los poderes espirituales se dará de forma y en tiempo distintos en cada Estado europeo. España fue el primer Estado en consolidar su alianza con la religión, reafirmandose católica hasta la médula, después de lograr la unión del reino, tras la reconquista, realizada precisamente como defensa de la fe frente a

133 Romano y Tenenti, *op. cit.*, p. 248.

los moros. Francia, tras las violentas luchas contra los hugonotes, permanecerá católica, mientras que los países bajos resuelven sus problemas nacionales junto con la fe, y al igual que Suiza se constituirán en Estados calvinistas. Un número importante de príncipes alemanes adoptarán el luteranismo que se expande hasta los países escandinavos.

Inglaterra se separa de la catolicidad y entra a la Reforma en un claro ejemplo de reciprocidad de servicios e intercambio de funciones entre el poder temporal y el espiritual, que aspirando a la renovación eclesiástica se une con la necesidad centralizadora del reino inglés, que llegó a la afirmación de la supremacía legislativa del monarca en materia religiosa.

Otras doctrinas consideradas sectas también florecen e incluso son exportadas:

De ahí que el protestantismo se reconcilie consigo mismo, y esto es lo más importante: todas las sectas marginales a las que hasta entonces se mantenía apartadas por considerarlas sospechosas, los puritanos de Inglaterra, los anabaptistas de Alemania y de los Países Bajos, prosperan y hasta son exportadas. Los anabaptistas con el nombre de menonitas prosperan en Inglaterra y después pasan a América, donde fundan una colonia en Providence, y se convierten en una de las más importantes confesiones protestantes de los Estados Unidos. A finales del siglo XVII reaparecen los que se llaman los “amigos” —sucesores de los “inspirados” del siglo XVI—, y que el mundo va a conocer con el nombre de *quakers* (los cuáqueros, los que tiemblan). Con ellos, William Pen, en 1681, pone los cimientos de la colonia de Pensilvania. Una renovación paralela tiene lugar en Alemania en beneficio del pietismo, fundado por un pastor, Felipe Jacobo Spener, protegido por el elector de Brandenburgo, el que más tarde se convertirá, en 1701, en el primer rey de Prusia, Federico I. Spener participa también en la fundación de la poderosa Universidad de Halle (1681), sus discípulos, a mediados del siglo XVIII, consiguieron sublevar a toda la Alemania luterana. No obstante, el movimiento más importante fue el metodismo inglés de Wesley y Whitefield.¹³⁴

Como en el antiguo imperio romano, el Rhin quedó como línea divisoria de los diferentes credos. Los países mediterráneos continuaron fieles a la Iglesia católica y los países germánicos y anglosajones acogieron las nuevas doctrinas protestantes. A su vez, todos ellos llevaron en sus conquistas sus respectivos credos a otros continentes.

134 Balderas, *op. cit.*, p. 343.

La Reforma desarrolló un amplio espectro de fuerzas religiosas, pero, haciendo abstracción de los numerosos grupúsculos radicales, ésta desembocaría en Europa en tres nuevas grandes Iglesias: la luterana, la calvinista y la anglicana, las únicas que lograron el reconocimiento de los príncipes y de las autoridades y que, pese a su mutua hostilidad, finalmente acabaron por aceptarse. La propia Iglesia católica, que tras el proceso reformador no tendría sino el rango de las otras Iglesias confesionales europeas, se adaptó también al *statu quo*, aun cuando no renunciara a su aspiración absolutista. En la paz de Augsburgo de 1555 tuvo lugar, por vez primera y bajo la presión de la autoridad, el reconocimiento mutuo y sin precedentes de católicos y luteranos; posteriormente, en la paz de Westfalia de 1648, también los calvinistas serían incluidos en la paz religiosa dentro del Imperio. Sólo las guerras habían podido hacer ver la necesidad de la tolerancia recíproca. No obstante, la pacificación no fue tanto un logro de las Iglesias mismas como de los príncipes.¹³⁵

En el marco de la Reforma, especialmente en el siglo XVI, se desarrollaron ciertas tesis e ideas jurídicas y políticas que vale la pena mencionar en este apartado, en el entendido de que la explicación de los temas jurídicos generales del periodo se explicarán en el siguiente capítulo. Las teorías principales que se desarrollan son de naturaleza política y giran en torno a la legitimidad del poder. Por una parte se encuentran los monarcómacos, defensores de la soberanía popular y, por otra parte, los defensores del absolutismo.

Los monarcómacos defienden la tesis de la soberanía popular, basados en argumentos contractualistas, que refieren la limitación de los poderes monárquicos a los ordenamientos feudales de origen germánico y medieval. Según sus tesis, los monarcas están sometidos a límites jurídicos (incluso naturales), que si no son respetados originan un derecho de resistencia a favor de los gobernados, que llega, en tesis extrema, a justificar el tiranicidio.

En oposición a cualquier tesis que limitara el poder de los soberanos, surgió la teoría del derecho divino de los reyes, que afirma, desde luego, el carácter divino del poder de los reyes, y legitima este poder directamente en Dios y, por lo tanto, una incondicional obediencia de sus súbditos.

Los reyes aparecen aquí como vicarios de Dios en el sentido más estricto y literal, siendo la consecuencia de ello un deber incondicional de obediencia

135 Van Dülmen, *op. cit.*, p. 242.

de los súbditos. Como ocurrirá tantas veces en las apologías del poder absoluto, la única alternativa que se presenta frente a la obediencia incondicional es la anarquía. El rey fija la ley, pero no está vinculado por ella. No es que el rey sea irresponsable, pues está sometido a la ley de Dios y a la ley natural, pero del cumplimiento de ambas y de su gestión debe sólo cuenta a Dios, quedando sustraído a cualquier control jurídico o político de una instancia humana.¹³⁶

Dentro de las tesis que defienden el absolutismo destaca la de Juan Bodino (1530-1596), autor de la mayor importancia para el pensamiento político, quien sostenía la validez del derecho romano como derecho natural, iniciando una línea de pensamiento que llevará a la incorporación de este derecho en las codificaciones del siglo XIX.

Bodino tiende a imprimir racional sistemática al Derecho romano, con el fin de presentarlo como derecho universal, como un derecho natural positivamente actuado. Es la corriente que volveremos a hallar un siglo después, siempre en Francia, con Domat, y que va constituir en el siglo XVIII una de las vías de conducción a la codificación. A Bodino pertenece la anotación breve y sintética, más explícita, del planteamiento científico-filosófico del sistema del derecho romano como derecho universal.¹³⁷

Sin embargo, el concepto central de su pensamiento político es el de soberanía, que se convierte en el fundamento de su teoría absolutista: “La soberanía, poder abstracto y perpetuo del Estado, es el supremo poder sobre los ciudadanos y súbditos, no limitado por la ley, consistente, en resumen, en la facultad de hacer la ley, además de obligar con ella”.¹³⁸ El soberano impone la ley por la fuerza y no se encuentra obligado a respetarla, Bodino reduce la ley y el derecho a la simple voluntad del monarca.

136 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 120.

137 Fassò, *op. cit.*, p. 54.

138 *Idem.*

CAPÍTULO TERCERO
ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL IUSNATURALISMO
RACIONALISTA

I. Humanismo jurídico	107
II. La Escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI .	114
1. Los teólogos juristas de la orden de Santo Domingo . . .	117
2. Los teólogos juristas de la Compañía de Jesús	121
3. Los juristas: Fernando Vázquez de Menchaca	123
4. Proyección y aportaciones de la Escuela de los Teólogos Juristas	124

CAPÍTULO TERCERO

ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

I. HUMANISMO JURÍDICO

Podemos entender por “humanismo jurídico” al fenómeno cultural del humanismo proyectado en el estudio y la enseñanza del derecho, muy especialmente el estudio del derecho romano. Al impacto del humanismo en la ciencia del derecho se le conoce como *mos gallicus* que, en oposición al *mos italicus*, es la forma en que los franceses estudiaron y entendieron el derecho romano. El *mos gallicus* se sitúa dentro del movimiento de revisión científica de la cultura de la antigüedad a través de los textos, propia del humanismo. Su auge tiene lugar en el siglo XVI, aunque se proyecta en algunos autores hasta el siglo XVII.

El humanismo, como cultura abierta y dinámica, buscó en el pasado grecolatino el saber que podría liberar en el hombre todas sus posibilidades intelectuales y creativas. Los humanistas se dieron a la tarea de buscar textos antiguos y de crear métodos nuevos que permitieran comprender la cultura antigua desde una perspectiva histórica. Fue en Italia donde inició este movimiento cultural, y fueron los italianos quienes empezaron a desarrollar métodos filológicos, históricos y lógicos nuevos, como lo muestra la labor de Lorenzo Valla y Angelo Poliziano en el siglo XV. Sin embargo, esta nueva metodología no tuvo eco en las escuelas italianas del derecho. La autoridad con la que se había dotado al derecho romano imposibilitaba el cambio de perspectiva de la nueva corriente humanista, que suponía una actitud crítica inadmisible tratándose de los textos romanos. A pesar de ello, fue un italiano llamado Alciato quien, interesado en los nuevos métodos filológicos que aportaban otros criterios y nuevas perspectivas, tanto históricas como críticas, partió a Francia, donde junto con el filólogo francés Budaeus, fundó en Bourges la escuela humanística. La escuela humanística encontró en Jaques Cujaz (1522-1590) a su

máximo exponente, otorgándole a la escuela un enorme prestigio. Otros exponentes fueron Ulrico Sacio, Jacobo Godofredo, Dionisio Godofredo y, en España, Diego de Covarrubias y Leyva.

Los juristas del *mos gallicus* tomaron una nueva actitud frente a los textos romanos, diversa y, en muchos sentidos, opuesta a la concepción del *mos italicus*. Criticaron, en primer término, el desconocimiento de las lenguas antiguas y, en seguida, el estilo y lenguaje utilizados por los italianos, así como su desinterés por la cultura y la historia. A la sazón el *mos italicus* muestra cada vez en mayor medida anquilosamiento y falta de creatividad. La utilización de los argumentos de autoridad le han llevado a un exceso que muestra síntomas inequívocos de estar en franca decadencia.

Para el siglo XVI, los juristas del *ius commune* se han vuelto cada vez más pragmáticos, y dejan de mostrar interés por el estudio de las fuentes romanas y canónicas, tanto del Digesto o del Codex como de las Decretales. Los escritores son hombres del foro interesados en obtener éxitos en sus litigios, por lo que se refugian en los argumentos de autoridad, que son prácticamente incontrovertibles cuando se encuentran, además, en *communis opinio*. El maestro Tomás y Valiente, al hablar del exceso en la utilización del argumento de autoridad, explica:

El “argumentum ab auctoritate” fue así “un principio común de la metodología científica medieval”, como ha señalado Piano Mortari. ¿Por qué se empleaba tanto este recurso dialéctico como modo para convencer? Los motivos eran diversos y no se excluían unos a otros. En primer lugar podemos decir que, en el campo de la teología, la cita de un texto sagrado pone fin a cualesquiera dudas o disputas por el valor de verdad revelada que se reconoce a la Biblia. Valor que, aunque en grado cualitativamente inferior, se atribuye también a las opiniones de los Santos Padres como más seguros intérpretes de los textos sagrados. El miedo a equivocarse conduce a buscar un apoyo a la propia opinión en otras de pensadores especialmente autorizados. Este modo de convencerse y de convencer pasa del campo de la teología al de la filosofía y de ambos al del Derecho, tan influido por la dialéctica escolástica.¹³⁹

El *argumentum ab auctoritate* se convirtió en un abuso de los juristas del *mos italicus* para los siglos XVI y XVII, que llevaron al *mos italicus* tardío a su decadencia:

139 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 300.

Esta obsesión por la búsqueda “autoritaria” de la solución probable y segura es quizá el más claro síntoma de decadencia del “mos italicus” tardío. Este mecanismo, al ser exagerado, conducía a la repetición de soluciones, a la incapacidad para hallar resultados nuevos; implicaba una renuncia a la inseguridad y una mistificación conservadora de la tradición. Por estas vías, la decadencia y la esterilidad de unos métodos en otro tiempo tan fecundos eran inevitables.¹⁴⁰

Los nuevos métodos que se aplicaron al estudio del derecho romano llevaron a los juristas del *mos gallicus* a enfrentarse con el *mos italicus*, al que hicieron acerbas críticas. Los humanistas del *mos gallicus*, dentro de la nueva metodología que aplicaron, realizaron diversas actividades que terminarían por cuestionar muchas de las interpretaciones consagradas del *mos italicus* y criticarían la aplicación práctica del derecho romano.

Entre las actividades que realizaron los humanistas destaca, en primer término, la labor de cotejar innumerables textos con la finalidad de obtener textos depurados que constituyan ediciones confiables cercanas a los originales. Esta labor de contrastar textos llevó a los humanistas a encontrar nuevos textos jurídicos que enriquecieron la cultura jurídica. Buscaron reconstruir, por ejemplo, la Ley de las Doce Tablas y, desde luego, el Corpus Iuris. En segundo término destaca el trabajo realizado con el fin de fijar interpolaciones, lo que les llevó a destruir el trabajo práctico realizado por Triboniano en la compilación del Corpus Iuris. También cuestionaron una serie de interpretaciones realizadas por los juristas del *mos italicus* y consagradas por la práctica dentro de la dogmática del *ius commune*. Finalmente, destaca la intensa labor de impresión y edición de textos jurídicos.

Como consecuencia del trabajo de los humanistas, se desprendieron múltiples críticas al *mos italicus*. Desde el punto de vista metodológico señalaron múltiples defectos:

1. Que por falta de cultura filológica no lograban con frecuencia leer y entender correctamente los textos romanos o griegos que estudiaban y citaban.
2. Que la ausencia de cultura histórica les impedía captar el genuino sentido de muchos textos y la finalidad o función de muchas instituciones.
3. Que los juristas del “mos italicus” cada vez se desentendían más de los textos clásicos y se dedicaban ya no a estudiar el Derecho de Roma, sino a glosar o comentar las obras de glosadores y comentaristas.

4. Que por el mal latín que escribían y por su afán exagerado de amontonar citas sobre citas y opiniones sobre opiniones, su estilo literario carecía de elegancia y de elocuencia y era por el contrario farragoso y plúmbeo. En gran parte estas críticas eran fundadas. Los juristas, dejándose llevar de su pragmatismo y de la necesidad de resolver problemas inmediatos, se habían ido alejando poco a poco de las fuentes originales sobre las cuales había comenzado a trabajar, siglos antes, el monje Irnerio. Lo que los humanistas pedían era una vuelta a las fuentes, una renovación del estudio de las mismas con las nuevas técnicas filológicas, con un mejor conocimiento de la historia de Roma y, esto es fundamental, con la curiosidad abierta hacia toda la cultura clásica.¹⁴¹

Nuevas técnicas filológicas y una perspectiva histórica constituyeron una de las principales aportaciones del *mos gallicus*:

Si intentamos valorar en su conjunto las aportaciones del humanismo a la ciencia del Derecho, no puede caber la menor duda de que desde el punto de vista del moderno concepto de la ciencia, estas aportaciones suponen un enorme progreso. Constituía un noble empeño al propio tiempo que un principio científico, el liberar las fuentes de la costra de la *glossa ordinaria* y de las innumerables controversias de sus comentaristas, abordándose el estudio de aquellas fuentes de un modo directo y procurando descubrir la verdad histórica en ellas contenida no con criterio de autoridad, sino sirviéndose de todos los medios científicos entonces disponibles. Los humanistas no llegaron a conocer, en verdad, una historia del Derecho en el moderno sentido de esta denominación. La moderna historia del Derecho es debida a la escuela de Savigny. Lo que los humanistas crearon no fue otra cosa en realidad, que antigüedades jurídicas, pero precisamente por la profunda exégesis que hicieron de múltiples pasajes —a ella debe Cujaz su fama— contribuyeron a la inteligencia de las fuentes del Derecho romano de modo eficacísimo.¹⁴²

Debemos a los humanistas el descubrimiento de numerosos textos jurídicos que habían quedado fuera del Corpus Iuris Civilis que contribuyeron a la fijación y crítica de las fuentes históricas. El *mos gallicus* buscó la reconstrucción de los textos originales del derecho romano, para lo cual se interesó particularmente en la fijación de interpolaciones y a precisar y diferenciar las instituciones y a qué épocas históricas correspon-

141 *Ibidem*, p. 303.

142 Koschaker, *op. cit.*, pp. 173 y 174.

dían. De esta labor resultó una clara predilección por el derecho clásico sobre el justiniano, al que se empieza a considerar como vulgar y corrupto. El resultado final fue la edición de textos originales, entre las que destacan las ediciones del Corpus Iuris Civilis efectuadas por Haoloander de 1529-1531 y la de Dionisio Godofredo de 1583, que fue reimpressa en los siglos XVII, XVIII y XIX como la mejor edición hasta las ediciones alemanas del siglo XIX.

El *mos gallicus*, congruente con la crítica histórica que propugnaba, rechazó la posibilidad de la aplicación del derecho romano; reconocía la grandeza y profundidad del derecho romano, pero le interesaba el estudio del mismo sólo por el simple hecho de conocerlo con un afán científico en el sentido moderno de la expresión. Ésta es, sin duda, una de las grandes diferencias entre el *mos gallicus* y el *mos italicus*, que redundará en una fuerte crítica de este último, que sin duda contribuyó a debilitar la autoridad del *mos italicus*.

Más en concreto: la historificación del Derecho romano contribuyó a su desmitificación, tal como apuntábamos al analizar la obra de Cujas, y tal como han señalado en términos generales numerosos filósofos e historiadores actuales. En efecto al contemplar el Derecho de Roma no como un ordenamiento vigente en cualquier tiempo, sino como el Derecho surgido en un tiempo y en un ámbito determinados, esto es, como el Derecho de los romanos, es claro que tal ordenamiento jurídico quedó situado en la historia y, en cuanto tal, relativizado.

Su historificación y su relativización condujeron a su desmitificación. En el mundo bajomedieval, el Derecho romano había sido considerado como un regalo de Dios, como un “donum Dei”, es decir, como algo jamás superable puesto que significaba la encarnación de la “ratio” en materia jurídica: era la verdadera “ratio scripta”. Recordemos los textos en los que el Derecho romano (y por extensión el canónico) se equiparaban a la equidad, a la buena razón o a la razón natural.

Pues bien: esa mitificación es combatida por los humanistas. El Derecho de Roma va siendo combatido en aras de la razón. Poco a poco (insisto en esta expresión) se va pensando que ésta es el depósito y el vehículo justo y acorde con la naturaleza del hombre.¹⁴³

Koschaker advierte también los efectos de la crítica humanista respecto a la autoridad del derecho romano aplicado por el *mos italicus*: Los humanistas

143 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 303.

crearon un Derecho profesoral y mediante el descubrimiento y estudio de las interpolaciones y por la crítica de Triboniano y del señor de éste, Justiniano, contribuyeron a socavar poderosamente la autoridad del *Corpus iuris*. El influjo de los humanistas en la práctica del Derecho fue nulo; más bien a ellos se debe la tajante separación entre la teoría y la práctica y el haber sido esta última excluida de las Universidades.¹⁴⁴

El derecho romano, a través del derecho común, creado por el *mos italicus*, continuó aplicándose en la práctica como un derecho de juristas y resultó beneficiado de la crítica humanista, que le obligó a manejar más escrupulosamente los textos y sirvió para renovar el trabajo de los juristas que buscarán la simplificación y sistematización del *ius commune*. Es importante destacar que si bien la crítica realizada por los humanistas sobre las posibilidades de aplicación práctica del derecho romano fue pertinente y oportuna, también es cierto que la ciencia del derecho estará eternamente agradecida al *mos italicus* de haber llevado el derecho romano a la práctica y haberlo difundido en tantos lugares.

Los humanistas, al exigir en el investigador y en quien se dedicaba al estudio del derecho romano conocimientos de filología e historia y un saber realmente enciclopédico, introdujeron en la ciencia del derecho elementos extraños, y dieron a éstos valor preponderante, imprimiendo así en esta ciencia un carácter especial que antes no tenía. El estudio del derecho romano siempre estuvo, por la dificultad que entrañaba el *corpus iuris*, reservado a los doctos, pero a partir de los humanistas se convirtió en privilegio exclusivo de un grupo de sabios, los cuales, por su gran formación humanística y por la profundidad de su saber, perdieron todo contacto con la gran masa de juristas y con la práctica.¹⁴⁵

La crítica humanista desde una perspectiva histórica no sólo significó un golpe al autoritarismo jurídico medieval, sino que constituyó un cambio de perspectiva total en cuanto a la cultura jurídica, y en este sentido, un claro antecedente del racionalismo de los siglos por venir. Sus críticas contribuyeron a la secularización y racionalización de la ciencia jurídica mediante la adopción de criterios más liberales en cuanto a la interpretación y el análisis de las instituciones civiles y propiciando posiciones regalistas frente al derecho común de dotar al monarca de derechos y facul-

144 Koschaker, *op. cit.*, p. 180.

145 *Ibidem*, p. 174.

tades que le corresponden como tal y que comenzarán a exaltar el valor superior de la ley sobre la doctrina, lo que se convertirá en una de las mayores aspiraciones racionalistas. El afán por la sistematización y su deseo de contar con sistemas jurídicos ordenados son elementos que manifiestan claramente la fuerza racionalista que comienza a desplazarse a partir del humanismo.

En relación con el humanismo como precursor del racionalismo, cabe citar al maestro Tomás y Valiente:

En el humanismo, en general, como corriente cultural amplísima, y en su concreta manifestación dentro del campo del pensamiento jurídico había gérmenes que debían conducir a actitudes filosófico-jurídicas progresivamente racionalistas.

En primer término, porque toda actitud humanista significa una fe admirativa en el hombre y en su capacidad natural y autónoma. En el fondo de la admiración por lo antiguo, en la pasión por los clásicos, hay una satisfacción autocontemplación; si ellos, los antiguos, alcanzaron tan altas cotas de sabiduría ¿por qué no hemos de poder nosotros imitarlos y aún superarlos? En fin de cuentas todos tenemos una misma naturaleza, una misma razón. El naturalismo, la secularización de la cultura y el racionalismo son semillas encerradas en la actitud humanista.

Por diversos caminos, cuya descripción no me compete, los teólogos, los filósofos y los juristas progresaron hacia la construcción de un Derecho basado en la razón; caminos que desembocaron ya en el siglo XVII en la elaboración del iusnaturalismo racionalista. La raíz de ese creciente racionalismo jurídico se encuentra en el humanismo jurídico del siglo XVI.¹⁴⁶ Sin embargo, en este orden de ideas es importante esbozar aquí el planteamiento que realiza el maestro Francisco Carpintero sobre el proceso de continuidad o de relación entre el humanismo jurídico y las teorías iusnaturalistas modernas.

Carpintero explica que existe insuficiencia en el conocimiento histórico por lo que toca a la explicación de cómo se llegó de la jurisprudencia medieval representada por el *mos italicus* y su crítica representada por el *mos gallicus*, al pensamiento nuevo, ya presente en Fernando Vázquez de Menchaca y en Hugo Grocio. El problema es el de la renovación de la ciencia del derecho que según Carpintero dejó atrás a la tradición del *ius commune* y a la crítica histórica del *mos gallicus*: "...diremos ahora que estos juristas (se refiere a los juristas del siglo XVI y en particular a Fernando Vázquez de Menchaca), que se orientan por un camino distinto al de la vieja juris-

prudencia del *ius commune*, y que no agotan sus esfuerzos en los análisis filológico-históricos sobre las fuentes romanas, renovaron la ciencia del derecho mediante la inclusión en el razonamiento jurídico de ideas y conceptos que tomaron de la literatura, de la historia y de la filosofía grecolatina. Por este camino, los fundamentos del razonamiento jurídico rompieron los moldes, que ya resultaban estrechos, del derecho romano y del *ius commune*, y el jurista recabó para sí un campo de acción cada vez más amplio que progresivamente fue tomando un corte filosófico”.¹⁴⁷ Carpintero apunta a la pérdida de vigencia del derecho romano y señala que entre la fecha de publicación de la obra de Vázquez de Menchaca, *Controversias ilustres* de 1559 y el *De Jure Belli ac Pacis* de Hugo Grocio de 1640, transcurre casi un siglo que sirvió de autorreflexión a los romanistas sobre su método, reflexión tardía que abrirá paso por el camino del llamado por Carpintero racionalismo humanista al derecho natural del siglo XVII: “En la primera etapa de su vida, durante el siglo XVII, el *ius naturale* se identificó ante todo con el método que he designado como humanismo jurídico, y que también podría ser llamado racionalismo humanista. La segunda nota que lo caracterizaba era partir desde las nociones romanistas del *status naturae*, en el que contemplaban únicamente a un individuo solitario, sin ningún tipo de *jurisdictiones*. Aún Grocio, autor en realidad de transición, reconoció tres formas de subjeción: la voluntaria, la paterna y la originada por la guerra. Pero este residuo, más propio de la literatura prudencial, desapareció poco después, y sólo quedaron los *pacta* como las únicas instituciones jurídicas ‘reconocidas’ o fundamentadas directamente en el derecho natural”.¹⁴⁸

El *mos gallicus* se difundió en Europa por las guerras de religión y desempeñó un papel especial en las recepciones tardías del derecho común que se verificaron en Holanda, con la Jurisprudencia Elegante y en Alemania, con el *Usus Modernus Pandectarum*, países que recibieron un derecho beneficiado por la renovada visión humanista del derecho romano.

II. LA ESCUELA DE LOS TEÓLOGOS JURISTAS ESPAÑOLES DEL SIGLO XVI

El humanismo había constituido una reacción a la escolástica; sin embargo, en el siglo XVI, en Castilla, se origina un renacimiento de la escolástica que convivirá con el espíritu humanista. Así, surge la Escuela

147 Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 84.

148 *Ibidem*, p. 138.

de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI, que toma este nombre por diversas razones. En primer lugar, porque sus representantes, salvo alguna excepción, son teólogos, que en su vasta labor van a resolver un número importante de problemas jurídicos basados en el pensamiento escolástico. En segundo lugar, porque su trabajo se desarrolló únicamente en España y no se extendió al resto de Europa y, finalmente, porque este trabajo se realizó a lo largo del siglo XVI, respondiendo a necesidades muy concretas de la época.

El renacimiento de la escolástica, caracterizado doctrinalmente por ser una vuelta al pensamiento de Santo Tomás, sólo sucedió en Castilla, y casi todos sus representantes son españoles. Las razones de este renacimiento se deben fundamentalmente a la gran expansión castellana en América y a que España, en el siglo XVI, se convierte en el más moderno de los Estados europeos, la gran potencia absolutista, que lograba su plena unidad e independencia después de la expulsión final de los árabes del reino de Granada en 1492. Lograda la unidad nacional después de siglos de lucha en nombre de la fe católica, España emprenderá la defensa del catolicismo contra la reforma protestante, encabezando Carlos V la contienda contra los príncipes alemanes y el pueblo de los Países Bajos. La segunda escolástica, como también se conoce a la Escuela, debe ser comprendida dentro del marco de la contrarreforma, que lleva a los teólogos españoles a interesarse por problemas filosófico-jurídicos. Hay que añadir dentro de este contexto el hecho de que España es también una gran potencia marítima con pretensiones coloniales, lo que conducirá al planteamiento de problemas nuevos de derecho, cuyo tratamiento dependerá en buena medida de estos teólogos y que después se conocerá como derecho internacional.

Así, el problema más concreto que motivó a la Escuela fue la legitimidad de la presencia española en América, a la que se unieron otros problemas derivados de la contrarreforma, del propio Estado español y su poderío marítimo, que llevaron a los teólogos juristas a interesarse por problemas como la propiedad privada, la usura, la legitimidad del poder, el tiranicidio, la pena de muerte, el derecho a castigar, la guerra, la comunidad internacional, la soberanía, la libertad de los mares, el Estado y los recursos naturales y otros muchos.

La respuesta al porqué los teólogos resuelven problemas jurídicos, debe entenderse tomando en cuenta las características de la ciencia y el pensamiento medieval.

¿Por qué habían de ocuparse de estos temas los teólogos? La teología, tal como la entendían los escolásticos medievales y también los miembros de esta “segunda Escolástica”, no sólo era la ciencia de Dios, sino de todo lo humano. La misión y el oficio de la teología son tan amplios (escribió en una de sus Relecciones Francisco de Vitoria) que no hay asunto, investigación, ni materia alguna que sean ajenos a la profesión e incumbencia de los teólogos. Varios decenios después, Francisco Suárez repetía la misma idea y la afirmaba diciendo además que los teólogos se ocupan de las leyes, su naturaleza, sus clases y su fuerza de obligar desde un punto de vista más elevado que el de los jurisconsultos, porque la teología “contempla el Derecho natural en cuanto está subordinado al orden sobrenatural y recibe de éste su mayor fundamentación, y estudia las leyes civiles solamente para juzgar de su bondad y rectitud según normas más altas”. Es decir, los teólogos, desde la superioridad de su saber, juzgan, valoran y teorizan a propósito del Derecho positivo, porque afirman que hay un orden jurídico superior, el Derecho natural, desde el cual se puede valorar el Derecho positivo, y sostienen además que esa ley natural deriva de la ley eterna, del orden instituido por Dios desde la eternidad sobre todas las cosas del universo. Esta es, quizá, la síntesis última del iusnaturalismo tomista.¹⁴⁹

Para solucionar los problemas que se les presentaron, los teólogos recurrieron al derecho natural, cuando los textos romanos y en general el derecho de juristas no les aportaban nada nuevo. Su gran mérito queda apuntado por el maestro Truyol y Serra:

Si nos preguntamos en qué consiste la aportación esencial de los teólogos y juristas españoles clásicos a la filosofía jurídica y política, cabe contestar que ha de buscarse en la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del Derecho natural, heredados del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo.¹⁵⁰

El pensamiento teológico español fue un pensamiento crítico del Estado y muy poco realista. Sus teorías se desarrollan en el siglo XVI en pleno *ascens* del absolutismo y fueron en buena medida reprimidas, a lo que se debe su escasa difusión por Europa.

Los teólogos juristas se desarrollaron en torno a dos corrientes de pensamiento ligadas a dos órdenes religiosos. La primera corresponde a los dominicos, cuyo centro fue Salamanca, y cuyos más destacados repre-

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 322 y 323.

¹⁵⁰ Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 77.

sentantes fueron Francisco de Vitoria, fray Bartolomé de las Casas y Domingo de Soto. La segunda corresponde a la Compañía de Jesús, cuyos representantes más importantes fueron Luis de Molina y Francisco Suárez. A los teólogos se añadirá el trabajo de algunos juristas, entre los que destacan Fernando Vázquez de Menchaca y Diego de Covarrubias y Leyva.

1. *Los teólogos juristas de la orden de Santo Domingo*

Francisco de Vitoria (+ 1546), catedrático de la Universidad de Salamanca, fue el gran impulsor de la restauración de la escolástica en España. Autor de *De iustitia y Relectiones theologicae*, obras con las que alcanzó gran éxito en su época.

Admite la idea contractual del origen del gobierno, no así de la sociedad, que surge de la sociabilidad natural del hombre. Admitida la idea del pacto, resulta que la legitimación del poder es democrática, pero en cuanto a formas de gobierno prefiere la monarquía hereditaria. Afirma que los poderes constituidos no pueden ser revocados salvo en los casos en que el ejercicio del poder degenera en autoridad tiránica. Guido Fassò lo califica de “monarcómaco católico”, y explica:

Así, pues, ya que la determinación de ésta se reconoce a la voluntad de la colectividad, la doctrina escolástica del siglo XVI se perfila como democrática, hasta el punto de que sus exponentes son generalmente definidos como “monarcómacos católicos”. Efectivamente, en ella comparte con las doctrinas monarcómacas, no sólo el contractualismo —es decir, la idea de la delegación del poder del rey por parte del pueblo—, sino también el constitucionalismo, o sea, la tesis de limitación de los poderes del rey mediante la sujeción de éste a la ley: en el pensamiento de Vitoria están presentes ambas teorías; el poder es confiado al rey por la república de la comunidad, y el rey, aunque posee la facultad de hacer las leyes, se encuentra vinculado por las leyes que él mismo ha hecho: “como en los pactos; cada uno es libre para estipular un pacto, pero después debe respetarse cuanto ha sido pactado”.¹⁵¹

Vitoria es uno de los primeros internacionalistas, y aquí reside gran parte de su mérito y originalidad. Afirma, en la línea aristotélica, que la república nace de la sociabilidad natural del hombre, a la que toma como

151 Fassò, *op. cit.*, p. 59.

sociedad perfecta, que no está sometida a poder alguno superior en su orden. Todo pueblo está llamado a constituirse en “Estado”, pero los pueblos no se encuentran aislados, sino que forman parte del mundo y están unidos entre sí por el vínculo de la común naturaleza humana, de donde resulta la comunidad universal, cuyo origen y vínculo es el *ius gentium*, a diferencia del pacto como origen de la sociedad política. Así, el *ius gentium* se convierte en un derecho universal de la humanidad, que regula a todos los pueblos en sus relaciones recíprocas, no sólo como parte del derecho natural, sino constituyéndose en un derecho positivo. Estas ideas llevan a Vitoria al reconocimiento de las comunidades políticas no-cristianas, afirmando su igualdad jurídica. Alfred Verdross reconoce que:

El mérito fundamental de Vitoria consiste en haber dado un relieve especial al antiguo pensamiento estoico de la unidad moral y jurídica del universo: el mundo (*totus orbis*) integra una sola comunidad jurídica, pero no como una simple idea —según era el pensamiento de la Stoa— sino como una comunidad concreta, unida por el Derecho natural. Vitoria dio por primera vez el nombre *jus inter gentes* a las normas del Derecho natural que regulan las relaciones entre los pueblos.¹⁵²

Sobre el derecho de gentes, el maestro Truyol y Serra explica, aclarando que la infidelidad no excluye de la comunidad internacional, lo siguiente:

El derecho de gentes así definido es parte del derecho natural; pero la voluntad humana, expresa o tácita, da lugar además a un derecho de gentes positivo, porque el orbe todo (*totus orbis*), que en cierta manera (*aliquo modo*) forma una sola república (*una respublica*), tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes; y ningún reino (*uti regno*) puede creerse menos obligado al derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe (*est enim latum totius orbis*). Este texto capital (que por cierto es de la reelección sobre el poder civil) caracteriza lo que hoy se entiende por derecho internacional común o general, y resulta tentador relacionarlo con la noción del *ius cogens*, referido a la comunidad internacional considerada como un todo.

Consecuencia de la idea del orbe y de un derecho de gentes natural y positivo de alcance universal, es el reconocimiento de la personalidad jurídico-internacional de las comunidades políticas no-cristianas y de su igual-

152 Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, 2a. ed., México, UNAM, 1983, p. 147.

dad jurídica con éstas. “La infidelidad no es impedimento para ser verdadero señor”.

Resulta de todo ello que “no es lícito despojar de sus cosas a sarracenos, judíos ni a cualesquier otros infieles nada más que por el hecho de ser infieles”, y que en particular los “bárbaros” del Nuevo Mundo, antes de la llegada de los españoles, “eran verdaderos dueños, tanto pública como privadamente, y no pueden los cristianos ocuparles sus bienes por este título”. El dominio no depende de un título religioso, sino simplemente jurídico-natural.¹⁵³

En la práctica, la doctrina vitoriana de la comunidad jurídica internacional equivalía a poner entre paréntesis la legitimidad de la ocupación de América por los españoles, y en general la de toda colonización. El título menos discutible de tal ocupación es el *ius communicationis*, o también la efectiva incapacidad de los indios para gobernarse con el mínimo de dignidad que la ley natural requiere, pero tal incapacidad no puede darse por supuesta, y debe acreditarse. En estos casos, o en el supuesto, poco probable, de su sumisión voluntaria, la relación con ellos será de tutela y protección (protectorado). La difusión del Evangelio sólo puede justificar una conquista en la medida (y aún así con reservas) en que ésta resulte necesaria para hacer oír la predicación, no pudiendo imponerse la fe por la fuerza. Finalmente, cabe una intervención por razón de humanidad, en el caso de que se produzcan violaciones graves de la ley natural (como en casos de canibalismo o de sacrificios humanos). Pero todos estos principios son de aplicación universal, y por ende recíproca, con la única excepción del privilegio que a los cristianos confiere el derecho de predicar el Evangelio. En definitiva, la legitimidad de todo protectorado resulta condicional, y su institución transitoria por esencia, si no acepta la teoría aristotélica de pueblos natural y congénitamente inferiores, opuesta a la antropología cristiana, y que Vitoria rechaza. El eventual “retraso cultural” (dicho en términos modernos) de ciertos indígenas —pues otros tienen instituciones establecidas con cierto orden, diferente del nuestro pero no irracional— no es “natural” y por consiguiente insuperable, sino que tiene que ver con las condiciones de su formación y educación, como ocurre con los “rústicos” en la propia España.¹⁵⁴

Domingo de Soto (1494-1560), autor de *De iustitia et iure*, se muestra afín al pensamiento de Vitoria. Se interesó particularmente por la teoría de la ley eterna, la ley natural y la ley positiva.

153 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 84.

154 *Ibidem*, p. 85.

...confiere notable importancia a la distinción tomista entre los dos modos en que el Derecho positivo se une a la ley natural. Cuando lo hace *per modum conclusionis*, esto es, por deducción lógica de la proposición contenida en la ley natural, el Derecho positivo (*lex humana*) no añade a ésta nada más; cuando, en otras ocasiones, la *lex humana* deriva de la ley natural *per modum determinationis*, por ejemplo, estableciendo con cual pena específica deba ser castigado el delito, surge una disposición nueva (*nova constitutio*) que no está contenida en la ley natural, sino que es obra del legislador humano.¹⁵⁵

Con sus consideraciones sobre la teoría de la ley natural, Soto subrayó la mutabilidad del Derecho natural y la posibilidad de su adaptabilidad a las circunstancias históricas a través del Derecho positivo como obra del hombre.

Cabe apuntar unas líneas respecto a la polémica de la ocupación de América y fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) como adversario de los métodos y procedimientos de la conquista española. Las Casas admite que por delegación pontificia se otorgue el privilegio a España para llevar a cabo la evangelización, pero se opone a los procedimientos empleados por la Corona española para realizar dicha evangelización. En primer término, niega la supresión de la autonomía de los principados indígenas y afirma tajantemente que la adhesión al cristianismo debe ser libre. Por tal motivo, está en contra del procedimiento utilizado por la conquista de, primero, someter a los indios para posteriormente predicar el Evangelio. En segundo término, insiste en la libertad natural de los indígenas negando cualquier tipo de esclavitud y, en consecuencia, ataca el sistema de la encomienda que representa una esclavitud indirecta.

Más que por sus logros doctrinales, Fray Bartolomé de las Casas es recordado como el gran defensor de los derechos de los indios. Dedicó su vida a denunciar los abusos de conquistadores y colonizadores defendiendo ante la Corona española la posibilidad de una predicación pacífica del Evangelio y un trato igualitario y digno a los indígenas. Me parece interesante la crítica que hace el maestro Gonzalo Balderas sobre la modernidad al hablar de la Reforma protestante, y, aunque pueda parecer un tanto fuera de contexto, lo hago aquí por la referencia directa a fray Bartolomé de las Casas, como defensor de la alteridad americana:

El subjetivismo tal como es pensado por los filósofos modernos, hace del hombre el constructor de su propia subjetividad y de su propio mundo. Podríamos decir que la filosofía moderna le permitió al hombre realizar el mandato divino expresado en el libro del Génesis: “Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza, que domine sobre las aves del cielo, los peces del mar, las bestias del campo y todo ser que reptaba sobre la tierra” (Gn.1:26). Los europeos modernos —tanto católicos como protestantes— realizaron el mandato divino más allá de lo que el autor sagrado permite: ellos dominaron no sólo a las criaturas, sino también a otros hombres. Sólo algunos, lograron abrirse a la otredad. La mayoría se cerró al otro e hizo de él un objeto. Este es el mayor pecado de la Modernidad. Quizá el mayor crítico de la Modernidad sea Fr. Bartolomé de las Casas contemporáneo de los grandes reformadores del siglo XVI.¹⁵⁶

2. Los teólogos juristas de la Compañía de Jesús

El más destacado tratadista jesuita fue Francisco Suárez (1548-1617). Autor de numerosas obras, entre las que destacan *Disputatio de iustitia qua Deus reddit praemia meritis et poenas pro peccatis* y *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*. Ha sido considerado por algunos autores como precursor de Rousseau y del positivismo jurídico del siglo XIX. Frente al problema del fundamento de la ley, Suárez propone un punto intermedio entre las tesis tomistas de que el fundamento de la ley es el intelecto, y las ockamistas, que la fundamentan en un acto de voluntad. Para Suárez, el fundamento de la ley es a la par intelectual como volitivo.

La ley, según Suárez, es un acto intelectual, en cuanto contiene determinaciones racionales encaminadas a ordenar la actividad de seres dotados de entendimiento; pero considerada en el legislador, la ley supone, además del momento intelectual, un acto de voluntad por virtud del cual obliga a aquellos a quienes va dirigida. La ley requiere dos cosas, moción y dirección..., juicio recto de lo que se debe hacer y voluntad eficaz de mover a ello. Según eso, la voluntad recta, la voluntad buena, es el fundamento de la ley. Dentro de esta doble intervención del principio intelectual y del principio volitivo, lo que inmediatamente eleva la ley a la categoría de tal es entonces la voluntad de quien la da. Por ello ha podido calificarse la concepción suareciana de voluntarismo complementario, es decir, un voluntarismo que nunca olvida el papel de la razón y la previa *ordinatio rationis*; un volunta-

156 Balderas Vega, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

rismo que es consecuencia del valor atribuido a los actos libres de las *causae secundae* racionales (H. Rommen).¹⁵⁷

Afirma la posibilidad de adaptación del derecho natural a las circunstancias históricas. Entiende al derecho natural como una parte de la ley natural referida a la justicia. El hombre conoce la ley natural espontáneamente por hallarse en su conciencia los primeros principios, que son universales, inmutables e inderogables, a diferencia de los principios derivados, que son menos evidentes, pero que también forman parte de la ley natural.

Tampoco Suárez quiere reducir la ley natural a los primeros principios, sino que incluye en la misma, además, los más determinados y particulares, así como las conclusiones, de más o menos fácil deducción; llegando incluso a afirmar, con un agudo sentido de la vida moral concreta en el sujeto enfrentado con la acción diaria, que cabalmente la ley natural importa sobre todo en sus conclusiones.¹⁵⁸

Por lo que se refiere al origen del poder político, Suárez admite al pacto como la forma en que el hombre consiente su adhesión a la sociedad, consentimiento que representa una exigencia de su propia razón. De esta manera la sociedad se somete a un poder común.

El punto más importante de la problemática filosófico-política en Suárez acaso sea la cuestión del titular natural del poder político. El poder dimana de Dios, pero a través de la comunidad, que actúa como causa segunda. En ausencia de una designación expresa de Dios (como en los casos que refiere el Antiguo Testamento) nadie tiene de suyo derecho alguno a ejercer poder sobre los demás. El poder político es de esta suerte un bien común de la sociedad. Mas ésta lo transfiere a titulares concretos, según modalidades diversas que dan lugar a las distintas formas de gobierno. También aquí se subraya el momento de la voluntad, aunque es de señalar que la transferencia puede ser lo mismo tácita que expresa. En Suárez, la teoría según la cual el poder político reside inmediatamente en la comunidad, va unida a la teoría de la monarquía como mejor forma de gobierno.¹⁵⁹

Suárez defiende el derecho de resistencia en caso de abuso del poder, cuando éste descuida el bien común y admite la posibilidad, de su remoción e incluso de su muerte, siempre que se haga por resolución pública.

157 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 177.

158 *Ibidem*, pp. 178 y 179.

159 *Ibidem*, p. 180.

En el pensamiento de Luis de Molina (1535-1600) destaca la consideración que hace sobre la mutabilidad del derecho natural, de su variabilidad por el cambio de las circunstancias históricas: “El Derecho natural nace de la naturaleza del objeto, y varía por esto con la variación de éste. Su variabilidad es distinta de la del Derecho positivo, ya que consiste no en una mutabilidad de la ley, que en sí es inmutable, sino en la de la circunstancia en que se aplica. Por el contrario, el Derecho positivo puede variar también en cuanto sea variada la ley”.¹⁶⁰

3. Los juristas: Fernando Vázquez de Menchaca

Dentro de la segunda escolástica, se señaló que no todos sus autores son teólogos, este es el caso de Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569), que es jurista y un importante precursor del racionalismo jurídico. Autor de *Controversiae illustres*, fue un destacado internacionalista que defendió el principio de la libertad de los mares.

Su concepción del derecho natural es radicalmente voluntarista en la línea de Ockham:

...el Derecho natural es la recta razón innata en el género humano, haciendo de tal razón, siempre como el gran voluntarista inglés, un mero instrumento de notificación al hombre de los decretos del absoluto arbitrio de Dios. “Si Dios”, añade, “hubiese introducido en nuestra mente una razón opuesta, esto sería igualmente Derecho natural”, y el Derecho natural “es bueno, porque ha sido puesto en nosotros por Dios”, pero si Dios nos hubiese dado un Derecho opuesto, éste sería igualmente bueno “por el solo hecho de haberlo dado”.¹⁶¹

La ley humana debe tener como finalidad la utilidad de los hombres y servir para la convivencia pacífica de los mismos.

Su doctrina referente al origen de la sociedad y del poder político lo sitúan dentro de las tendencias individualistas de la época y hacen del jurista un precursor del racionalismo. Afirma la existencia de un estado de naturaleza en que los hombres eran iguales y libres y se regían por el derecho natural, una edad “dorada”. De esta premisa extrae la conclusión de que la esclavitud es contraria al derecho natural, y en consecuencia

¹⁶⁰ Fassò, *op. cit.*, p. 60.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 63.

debe ser suprimida. El pacto termina con el estado de naturaleza y da origen a la sociedad civil y al poder político. Según el jurista español, el poder político emana y permanece en el pueblo, y sólo se transmite su ejercicio a un gobernante que debe actuar en beneficio de toda la comunidad, y no haciéndolo puede ser privado de los poderes que le fueron transmitidos.

Según Alfred Verdross, a partir de Vázquez de Menchaca entra al primer plano, dentro de las teorías iusnaturalistas, la doctrina de los derechos individuales fundamentales. Vázquez de Menchaca afirmó la existencia de derechos inmutables del hombre, como la igualdad y la libertad, que deben ser respetados y garantizados por el Estado para asegurar la convivencia pacífica y la legítima aspiración del hombre al logro de sus fines y de su felicidad.

Para Francisco Carpintero, Vázquez de Menchaca es quien sienta las bases del derecho natural moderno:

Tras los estudios de Ernst Reibstein parecía que fue un jurista español, Fernando Vázquez de Menchaca, quien en 1559 publicó sus *Controversias ilustres*, el que sentó las bases fundamentales del *ius naturale* moderno. Tras cinco años de estudio pude convencerme de que, efectivamente, Fernando Vázquez de Menchaca fue el primero que expuso claramente la nueva ciencia jurídica. Pero también tuve ocasión de comprobar lo mucho que dependía Fernando Vázquez de las nociones romanistas sobre el *ius naturale*.¹⁶²

4. Proyección y aportaciones de la Escuela de los Teólogos Juristas

La Escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI no tuvo mayor proyección ni en el espacio ni en el tiempo. Esto obedeció a diversos factores. En primer lugar, porque respondió esencialmente a problemas muy concretos que se presentaron sólo a España y no al resto de los países europeos. Fundamentalmente, los problemas que motivaron el resurgimiento del pensamiento escolástico fueron el descubrimiento de América y la necesidad de justificar la conquista. Por otra parte, Europa se encaminaba hacia el absolutismo, lo que contribuyó a una falta de interés en difundir el pensamiento escolástico. Ciertas teorías desarrolladas por los teólogos juristas se oponían tajantemente a la concepción absolu-

162 Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 13.

tista del poder. Finalmente, el pensamiento escolástico apareció caduco a la mentalidad del siglo XVII, que vio nacer una nueva forma de pensar a través del advenimiento del racionalismo como sistema filosófico.

No obstante la falta de proyección y difusión del pensamiento escolástico del siglo XVI, hizo grandes aportaciones al estudio del derecho y a la filosofía jurídica y política. Sus aportaciones en orden a lo que después se llamó derecho internacional fueron muchas y muy sustanciosas. Desarrollaron muchas ideas que fueron tomadas y perfeccionadas por el racionalismo, como ciertas referencias a la idea del pacto y el estado de naturaleza y la identificación entre ley y derecho. Si bien esta última no fue tratada en forma sistemática, sí aparece en el pensamiento de la segunda escolástica, y se convertirá para el racionalismo en uno de sus dogmas fundamentales. La separación entre moral y derecho y entre derecho público y privado también es un precedente importante para las ideas racionalistas.

El maestro Tomás y Valiente les reconoce dos importantes aportaciones. Por una parte, en el ámbito del derecho internacional: “Hay un primer aspecto en el que el pensamiento de los teólogos juristas españoles tuvo innegable y sobresaliente importancia: nos referimos a las bases teóricas de un naciente Derecho internacional por algunos de ellos establecidas por primera vez en Europa”,¹⁶³ y por otra, como precursores del racionalismo:

Un tercer aspecto concierne no ya a la importancia de su pensamiento sobre el Derecho positivo, sino a su significación en orden al tránsito del iusnaturalismo medieval al iusnaturalismo racionalista de la Edad moderna. La opinión dominante, sostenida por Ernst Reibstein, Hans Welzel y defendida entre nosotros por Francisco Carpintero en relación concretamente con Fernando Vázquez de Menchaca, es que los mejores miembros de la “escuela española o salmantina” del Derecho natural cumplieron la función de un puente entre el Derecho natural tomista y el de corte racionalista, siendo en este sentido precursores de Grocio, de Pufendorf y de otros filósofos del iusnaturalismo moderno.¹⁶⁴

163 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 323.

164 *Ibidem*, p. 324.

CAPÍTULO CUARTO
EL RACIONALISMO

I. Generalidades	127
II. La ciencia universal de Renato Descartes	131

CAPÍTULO CUARTO

EL RACIONALISMO

I. GENERALIDADES

La caída de la autoridad, la ruptura con el universalismo medieval, encontró expresión en un movimiento cultural de mayor envergadura que su antecedente, el humanismo. A este movimiento se le conoce como el racionalismo,¹⁶⁵ que imperará en Europa durante los siglos XVII, XVIII y principios del XIX. El racionalismo fue un fenómeno de sustitución que pretendió crear un sistema de pensamiento nuevo, basado exclusivamente en la razón como informadora de todo conocimiento. Pretendió hacer tabla rasa del pasado autoritario que había concebido a la razón como limitada e incapaz de explicar nada por sí misma a la razón subordinada a la fe, como única posibilidad de verdad. Como tal, el racionalismo fue un fenómeno de confianza ilimitada en la razón, que ahora se erige como el supremo criterio de verdad y de certeza intelectual. Todo se replantea críticamente después de la crisis del siglo XVI, crítica sana, pero también mordaz, que en su vertiginoso afán de replantearlo todo terminó construyendo una cultura, en muchas ocasiones igual de rígida y autoritaria, que aquella que pretendió sustituir; incapaz, también, de reconocer lo valioso del pasado e incorporarlo a su sistema, lo destruyó, para crear un nuevo dios que a la larga tampoco logró la tan ansiada felicidad de los hombres, que alguna vez prometió.

165 Desde el punto de vista epistemológico, el racionalismo es definido y explicado por Juan Hessen en los siguientes términos: La posición epistemológica que ve en el pensamiento, en la razón, la fuente principal del conocimiento humano, se llama racionalismo (de *ratio* = razón). Según él, un conocimiento sólo merece, en realidad, este nombre cuando es lógicamente necesario y universalmente válido. Una forma determinada del conocimiento ha servido evidentemente de modelo a la interpretación racionalista del conocimiento. No es difícil decir cuál es: es el conocimiento matemático. Este es, en efecto, un conocimiento predominante conceptual y deductivo. El pensamiento impera con absoluta independencia de toda experiencia, siguiendo sólo sus propias leyes. Todos los juicios que formula se distinguen, además, por las notas de la necesidad lógica y la validez universal, Hessen, Juan, "Teoría del conocimiento", 21a. ed., México, Espasa-Calpe Mexicana, 1988, pp. 50 y 51.

En el ámbito del derecho, durante los siglos XVI al XIX, al consolidarse el poder de mando de los Estados, surge un sistema de derecho paralelo al *mos italicus* y al *ius commune*, cuya raíz es la legislación del Estado, que va adquiriendo importancia cada vez mayor. Esta consolidación del poder estatal implica la merma y decadencia de los derechos municipales que pierden terreno en pro de la unidad del Estado. Sin embargo, los juristas mantienen como dogmática jurídica práctica al *ius commune*, en la que se advierte progresivamente una interferencia de los filósofos que ponen los planteamientos teóricos de la nueva dogmática (fenómeno del jurista filósofo). Los fenómenos del constitucionalismo, en el derecho público, y de la codificación, en el ámbito del derecho privado, fueron el resultado final de esta nueva dogmática jurídica que desplazó al *ius commune*.

A diferencia del humanismo, el racionalismo fue producto de un nuevo sistema filosófico que abarcó a todas las ciencias; por esta razón fue un sistema que afectó a toda la sociedad europea. El racionalismo fue un movimiento fundamentalmente crítico que determinó un cambio de mentalidad de ciento ochenta grados de la cultura europea. Paul Hazard, uno de los mejores especialistas de la época racionalista, designa a la misma, como la época de la crisis de la conciencia europea, destinada a revolucionar a la civilización occidental:

Entonces se ha operado una crisis en la conciencia europea; entre el Renacimiento, del que procede directamente, y la Revolución francesa, que prepara, no la hay más importante en la historia de las ideas. A una civilización fundada sobre la idea de deber, los deberes para con Dios, los deberes para con el príncipe, los nuevos filósofos han intentado sustituirla con una civilización fundada en la idea de Derecho: los derechos de la conciencia individual, los derechos de la crítica, los derechos de la razón, los derechos del hombre y del ciudadano.¹⁶⁶

El cambio de mentalidad de la época racionalista se manifiesta en todos los campos del saber y la cultura.

Los viajes de exploración y colonización del siglo XVI habían cambiado la concepción del mundo. Para el siglo XVII, el nuevo conocimiento del globo implica la posibilidad de someter a comparación todas las antiguas creencias y concepciones, como en la Grecia antigua, cuando las guerras médicas abrieron los ojos a otras concepciones de vida y cultura.

166 Hazard, *op. cit.*, p. 11.

Ahora el mundo se abre aún en mayor amplitud, y también, como en Grecia, se abren paso teorías que relativizan las creencias tradicionales. Con las creencias tradicionales en crisis frente a las nuevas luces de la razón, pronto se llegó al olvido de gran parte de las verdades autoritarias. Sólo la luz de la razón construirá el futuro.

En lo profundo de las conciencias, la historia hizo quiebra, y el sentimiento mismo de la historicidad tendió a abolirse. Si se abandonó el pasado, fue porque pareció inconsciente, imposible de aprehender, y siempre falso. Se perdió la confianza en los que pretendían conocerlo: o bien se engañaban, o bien mentían. Hubo un gran derrumbamiento, después del cual ya no se vio nada cierto, sino el presente, y todos los espejismos tuvieron que refluir hacia el futuro.¹⁶⁷

El escepticismo no fue producto exclusivo de la ampliación del mundo. Intelectualmente fue planteado desde el siglo XVI por Erasmo, quien sembró la duda de las verdades reveladas. Las guerras de religión llevaron a reafirmar el dogmatismo de los combatientes: ni la contrarreforma, ni el luteranismo, ni el calvinismo admitían a la duda, pero el escepticismo crecía; tuvo a su máximo representante en Montaigne y sólo fue vencido por Descartes.

A principios del siglo XVII, muchos jóvenes intelectuales se hallarían perplejos en los penosos laberintos pirrónicos (escépticos), antes de decidirse por alguna de las cómodas ortodoxias. Y precisamente *pour esbranler les pyrrhoniens*, el más grande artífice de la nueva cosmología, René Descartes, elaboró su filosofía, cimentando un nuevo racionalismo en el irreductible criterio de verdad, *cogito ergo sum*, y no en determinado axioma revelado.¹⁶⁸

Del relativismo y la pérdida de fe en la tradición y en los antiguos sólo podía construirse algo desde el presente. Era imperioso reconstruirlo todo, replantearlo todo. La razón se convierte en el eje de dicha reconstrucción: sólo con conocimientos claros y evidentes se puede llegar a la verdad. Examinarlo todo para reconstruirlo todo; lo oscuro, lo misterioso, debía ser eliminado: “Entraba en juego la razón agresiva: quería exami-

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 38.

¹⁶⁸ Trevor-Roper, Hugh, “La época de la expansión”, *Historia de las civilizaciones*, México, Alianza Editorial, 1989, vol. 8, p. 43.

nar no sólo a Aristóteles, sino a todo el que había pensado, a todo el que había escrito; pretendía hacer tabla rasa de todos los errores pasados y volver a empezar la vida. No era una desconocida, puesto que siempre se la había invocado en todos los tiempos; pero se presentaba con una faz nueva”.¹⁶⁹ El método cartesiano erige a la razón como irrefutable diosa, como único vehículo de conocimiento verdadero, como única fuente de luz. Portadora de la nueva verdad, la razón se erige, en su aspecto más oscuro, en juez implacable de lo no demostrable, e inicia una crítica devastadora, especialmente de las verdades religiosas y, después, de los poderes monárquicos. Se abrirá paso al deísmo y al ateísmo, al poder del pueblo y a la democracia.

El racionalismo supuso una revolución cultural fundamentada en la ciencia moderna, que transformó de manera total la antigua visión del mundo. El movimiento científico se nutrió de grandes intelectos que desarrollaron y aportaron, en sus áreas de conocimiento, nuevos métodos y procedimientos que alcanzarían gran éxito, especialmente en las ciencias naturales.

La nueva ciencia era antiautoritaria. Frente al monopolio cultural detentado por la Iglesia y la universidad y por sus autoridades filosóficas (Ptolomeo, Galeno, y Aristóteles), la nueva ciencia luchaba por la libertad de opinión; el saber no debería basarse por más tiempo en la interpretación de la tradición, sino en la observación directa, la medición y la interpretación de la naturaleza, viviéndose de la matematización para alcanzar la objetividad. El antiaristotelismo, surgido ya en la Reforma, era un credo común a todos los naturalistas.¹⁷⁰

La nueva ciencia propiciaba la idea del progreso; las nuevas verdades extraídas de su seno transformarían al mundo y a la sociedad:

Finalmente, la nueva ciencia propugnaba la orientación práctica hacia un fin determinado de toda actividad científica. El saber y la investigación debían ponerse al servicio del perfeccionamiento material y cultural de la sociedad, impulsando por igual la beneficencia pública, la artesanía y la agricultura. “El verdadero y natural fin de la ciencia es el enriquecimiento de la vida humana mediante nuevos descubrimientos y fuerzas”.¹⁷¹

169 Hazard, *op. cit.*, p. 107.

170 Van Dülmen, *op. cit.*, p. 284.

171 *Ibidem*, p. 285.

II. LA CIENCIA UNIVERSAL DE RENATO DESCARTES

El racionalismo encuentra expresión como sistema filosófico a partir de Renato Descartes (1596-1650). La filosofía de Descartes señala en forma definitiva el cambio de perspectiva de la filosofía medieval y renacentista hacia la Edad Moderna. Educado en un colegio de jesuitas, Descartes sufre una crisis intelectual que le llevará a buscar un sustituto de la autoridad, ya que el pensamiento escolástico que le es enseñado le resulta vacío. Descartes nunca rompió con la tradición cristiana,¹⁷² a pesar de que su método hacía prescindibles todas las verdades religiosas y que con la “duda” se tuviera también que dudar de la existencia de Dios como exigencia metodológica. Realizó estudios sobre óptica, geometría y astronomía. Sus principales obras en orden filosófico fueron el *Discurso del método*, que publicó en 1637; las *Meditaciones metafísicas*, publicadas en 1641 en latín bajo el título de *Meditaciones de prima philosophia in qua Dei existentia et animae immortalitas demonstrantur*, que después se publicó en francés en 1647, y, finalmente, las *Reglas para la dirección del Espíritu*, publicadas en 1680, ya muerto Descartes.

172 Descartes no pretendió enfrentar al pensamiento religioso. Sus *Meditaciones metafísicas* fueron enviadas al padre jesuita Mersenne para que sometiese a la obra al análisis de los mayores filósofos y teólogos de su tiempo. De hecho muestra una muy particular preocupación por no molestar con sus ideas a los teólogos y religiosos en general. A los primeros dirige una carta antes de la publicación de las *Meditaciones metafísicas* cuyo final es interesante transcribir: “La verdad hará que los doctos y personas de talento, se adhieran al juicio de vuestra innegable autoridad; que los ateos, que por lo general son más arrogantes que cultos y reflexivos, prescindan de su manía contradictoria o temerosos de aparecer como ignorantes, al ver cómo aceptan por demostración los hombres de talento aquellas verdades, tal vez se sientan inclinados a defenderlas: y, finalmente, todos se rendirán a la vista de tantos testimonios y nadie se atreverá a dudar de la existencia de Dios y de la distinción real y verdadera entre el alma humana y el cuerpo”. “Vosotros que ven los desórdenes que acarrea la duda podréis juzgar de los efectos que la fe, en dos cuestiones tan importantes, habría de producir en el mundo cristiano. Pero no debo recomendar más la causa de Dios y de la religión a los que han sido siempre sus más firmes columnas”. La cita es de la Carta a los decanos y doctores de la sagrada facultad de Teología de París. Descartes, Renato, *Meditaciones metafísicas*, 9a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 47 y 48. Al respecto, Trevor-Roper llega a afirmar: “El racionalismo secularizado de Descartes podía usarse —y él lo formuló con este propósito— para defender la ortodoxia católica. Debía ser el equivalente moderno del tomismo: un sistema intelectual autosuficiente e irrefutable, que daría razón a la vez del mundo natural y del sobrenatural”. Trevor-Roper, Hugh, *op. cit.*, p. 43. Sobre el tema, Paul Hazard no deja de subrayar que, a pesar de que Descartes no pretendió alterar las verdades cristianas, su método y su filosofía lo hicieron y, en muy poco tiempo, se convirtieron en el fundamento de la crítica al pensamiento religioso cristiano: “La filosofía cartesiana trae primero un apoyo preciosísimo a la religión; pero esta misma filosofía contiene en sí un principio de irreligión, que aparece con el tiempo, que actúa, que trabaja y que se utiliza para minar las bases de la fe”. Hazard, Paul, *op. cit.*, p. 117.

La inquietud fundamental de Descartes fue lograr la construcción de un sistema filosófico que permitiera al hombre contar con verdades “claras y evidentes”, para lo cual partió de la “duda” como único vehículo metodológico. A partir de poner en duda todo, sin confiar en la autoridad de nada ni nadie, Descartes inicia la construcción de su sistema intelectual afirmando que la primera verdad evidente es el propio hecho de estar dudando y que la duda sólo es posible por la razón. De esta primera verdad “Cogito, ergo sum”, que se ha traducido como “Pienso, luego existo”, Descartes deriva todo su sistema, poniendo como centro de todo conocimiento verdadero lo que a la razón le es claro y evidente. El argumento de que la razón humana es lo único de cuya existencia no puede dudarse, introdujo una inversión absoluta de la filosofía tradicional, antigua y cristiana.

Con este planteamiento filosófico, Descartes introdujo una inversión total en la filosofía, ya que mientras el pensamiento de la Antigüedad y el cristianismo, en absoluta concordancia, tuvo como base un cierto orden del ser, de cuya realidad nunca se dudó y dentro del cual el hombre quedó colocado como una forma determinada, Descartes admitió únicamente como indubitable la conciencia del yo (*cogito ergo sum*), siendo incierto todo lo demás. Con un sistema cuya base es el yo, ingresó en la filosofía moderna, en lugar de la filosofía del ser, la filosofía de la conciencia, en lugar del realismo el idealismo que parte del sujeto, y en lugar de la confiada aceptación del ser objetivo del mundo, la construcción de éste mediante el poder de la razón.¹⁷³

La razón que descubre Descartes es común a todos los hombres. La diversidad de opiniones no significa más que diversos modos de guiar a la razón, y por lo tanto concluye que la razón siempre es una y la misma en todos los casos. Este postulado le lleva a afirmar el principio de la unidad de la razón. Así, al participar todas las ciencias particulares de la misma razón se llega a la posibilidad y a la exigencia de construir una ciencia universal: “Las ciencias todas, no son más que la inteligencia humana, que es siempre una y siempre la misma, por grande que sea la variedad de su objeto, como la luz del sol es una, por múltiples y distintas que sean las cosas que ilumina”.¹⁷⁴ La razón es única y universal:

173 Verdross, *op. cit.*, p. 167.

174 Descartes, Renato, *Reglas para la dirección del espíritu*, 9a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 95.

De este principio (de la unidad de las ciencias) se deduce la exigencia de una ciencia universal que comprenda a todas las disciplinas particulares. La ciencia universal, en aplicación del método matemático que la precede, debe ser una ciencia inductiva, una matemática universal (*mathesis universalis*), pues la razón tiene siempre como punto de partida determinados axiomas evidentes, de los que todo lo demás se desprende con estricta necesidad.¹⁷⁵

De la formulación del principio de la ciencia universal se desprende la necesidad de contar con un método que aporte a la razón el material “claro y evidente” que le permita la construcción de todo el edificio intelectual. “Es menester poseer un método fundado en la unidad y simplicidad de la razón humana y que, por tanto, sea aplicable a todos los dominios del saber y a todas las artes. El descubrimiento y justificación de este método se convierte en el primer objetivo de la actividad especulativa de Descartes”.¹⁷⁶

El método está basado en el procedimiento matemático, y es definido por Descartes en las *Reglas para la dirección del espíritu* como: “Por método entiendo aquellas reglas ciertas y fáciles cuya rigurosa observación impide que se suponga verdadero lo falso, y hace que —sin consumirse en esfuerzos inútiles y aumentando gradualmente su ciencia— el espíritu llegue al verdadero conocimiento de todas las cosas accesibles a la inteligencia humana. No suponer verdadero lo que es falso y llegar al conocimiento de todas las cosas”.¹⁷⁷ Las cuatro reglas fundamentales del método son formuladas en el *Discurso del método*, y son las siguientes:

El primero de estos preceptos, consistía en no recibir como verdadero lo que con toda evidencia no reconocieses como tal, evitando cuidadosamente la precipitación y los prejuicios, y no aceptando como cierto sino lo presente a mi espíritu de manera tan clara y distinta que acerca de su certeza no pudiera haber la menor duda.

El segundo, era la división de cada una de las dificultades con que tropieza la inteligencia al investigar la verdad, en tantas partes como fuera necesario para resolverlas.

El tercero, ordenar los conocimientos, empezando siempre por los más sencillos, elevándome por grados hasta llegar a los más compuestos, y suponiendo un orden en aquellos que no lo tenían por naturaleza.

175 Verdross, *op. cit.*, p. 168.

176 Abbagnano, *op. cit.*, t. II, p. 166.

177 Descartes, *op. cit.*, p. 101.

Y el último, consistía en hacer enumeraciones tan completas y generales, que me dieran la seguridad de no haber incurrido en ninguna omisión.¹⁷⁸

Abbagnano denomina a la primera regla “evidencia”, explicando que a ella se llega por la intuición, entendida ésta, como la posibilidad de que la mente formule un concepto no dudoso; es decir, puro y transparente. “La claridad y la distinción constituyen los caracteres fundamentales de una idea evidente y se entiende por claridad la presencia y manifestación de la idea a la mente que la considera; y por distinción la separación de todas las otras ideas, de modo que no contenga nada que pertenezca a las demás”. A la segunda regla la llama del “análisis”, y explica que la regla supone que el problema sea absolutamente determinado y que sea dividido en problemas más simples que puedan ser considerados separadamente. A la tercera regla la llama “síntesis” explicando que “esta regla supone el procedimiento ordenado, que es propio de la geometría, y supone, además, que todo dominio del saber está ordenado o es ordenable análogamente”. La cuarta regla es denominada de la “enumeración”, y está llamada a comprobar el análisis.

El método cartesiano resultó ser idóneo para las ciencias de la naturaleza, siendo tan exitoso que pronto se supuso podría ser utilizado por todas las ciencias, subordinando así a todos los sectores de la cultura. El derecho aspiró igualmente a su aplicación, suponiendo que se podrían descubrir y describir las leyes universales que rigen la conducta social del hombre, leyes que poseerían el mismo rigor que las físicas al ser extraídas de la naturaleza por los métodos matemáticos.

El pensamiento cartesiano impactó al mundo occidental. “El hecho es que al final del siglo (XVII), Descartes es rey”. “¿Qué queda, pues, esencialmente? Su espíritu; su método, adquisición definitiva; sus reglas luminosas para la dirección del espíritu, tan sencillas y tan sólidas que, si no iluminan toda la verdad, al menos nos permiten apartar una parte de las tinieblas”.¹⁷⁹

Por lo que se refiere a los problemas éticos y jurídicos, Descartes no hizo mayor alusión. Se limitó a señalar que los hombres se encuentran obligados a obedecer las leyes del Estado. Esto se debe, seguramente, al clima político que vivió Descartes bajo el reinado de Luis XIV, donde toda posible crítica al sistema, en el mejor caso, debía ser censurada.

178 Descartes, Renato, *Discurso del método*, 9a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 16.

179 Hazard, *op. cit.*, pp. 115 y 116.

CAPÍTULO QUINTO
EL RACIONALISMO JURÍDICO: “LA ESCUELA DEL DERECHO
NATURAL RACIONALISTA”

I. La Escuela del Derecho Natural	135
II. Características de la Escuela del Derecho Natural	142
1. Aplicación de los métodos matemáticos a los problemas jurídicos y políticos	142
2. Explícita intencionalidad política	146
3. Ética laica	147
4. Estado de naturaleza y contrato social: “el modelo iusna- turalista”	149
5. Clasificación histórica	154
III. Los autores del siglo XVII	157
1. El siglo XVII. Marco histórico	157
2. Hugo Grocio (1583-1645)	165
3. Thomas Hobbes (1588-1679)	168
4. Baruch Spinoza (1632-1677)	173
5. Samuel Pufendorf (1632-1694)	176
6. Guillermo Leibniz (1646-1716)	179
7. John Locke (1632-1704)	180
IV. Los autores del siglo XVIII	184
1. La Ilustración	184
2. La reelaboración ilustrada de la Escuela del Derecho Natural	195
3. Cristian Tomasio (1655-1728)	197
4. Cristian Wolff (1670-1754)	199
5. Juan Bautista Vico (1668-1744)	201
6. Carlos Secondat, Barón de Montesquieu (1689-1755) . . .	203
7. David Hume (1711-1778)	206
8. Jean Jacques Rousseau (1712-1778)	211

CAPÍTULO QUINTO

EL RACIONALISMO JURÍDICO

“LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL RACIONALISTA”

I. LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

El racionalismo en materia jurídica siempre sostuvo que las relaciones sociales se rigen por leyes naturales que forman el derecho natural. El racionalismo defiende y postula un iusnaturalismo, basado en la existencia de normas generales, abstractas y eternas, que regulan la naturaleza del hombre, sobre las cuales debe descansar todo sistema de derecho positivo para ser válido y obligatorio. Estas leyes naturales pueden ser formuladas y conceptuadas por el hombre por su sola razón, por lo que la regulación de la vida del hombre en sociedad puede ser reducida a dichas leyes, cuya precisión y validez universal se asemejan a las leyes de la naturaleza, con las que comparte el método matemático, único capaz de proporcionar la claridad y evidencia que exige la verdad racional. Con el método matemático se creía que podrían extraerse las leyes del obrar humano con toda precisión, y, entonces, crear un nuevo sistema jurídico.

El racionalismo era una fuerza intelectual dominante. Se daba por aceptado que la razón dominaba las acciones del hombre, que todos los obstáculos caerían ante el ejercicio adecuado del pensamiento cuidadoso de los hombres inteligentes. Aún no se había descubierto el subconsciente y no se había reconocido el poder de las fuerzas irracionales de la historia. Se suponía con optimismo que las leyes existentes y sus instituciones podían abrogarse y que otras nuevas, derivadas racionalmente de los primeros inmaculados principios, podían ser creadas en su lugar.¹⁸⁰

Sobre abstracciones racionales se fundan, además del derecho, los modelos que justifican al poder político y le indican las directrices para

180 Merryman, J. Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 39.

su fundamentación, estructura y legitimación. A la corriente de pensamiento jurídica y política enmarcada en el racionalismo como sistema filosófico se le conoce como la “Escuela del Derecho Natural”.

La idea del iusnaturalismo contaba con una larga tradición en Occidente, ya se había desarrollado por los griegos y había sido recogida por el cristianismo; por lo tanto, desde el punto de vista de su originalidad, el racionalismo no aporta nada nuevo. Al respecto, Wieacker explica que en Occidente existe una unidad de pensamiento que presenta continuidad histórica y que sólo se rompe con la crítica kantiana basada en su apriorismo. Para este autor, “el derecho natural profano de la edad moderna” encuentra perfecta conexión con las corrientes del derecho natural grecolatinas y cristianas, al compartir con ellas “la pretensión de validez universal e intemporal, el racionalismo formal de su demostración y el modelo supra-histórico de una Antropología idealista: el hombre, como ser dotado de razón, sociable (*socialitas*) o que requiere la sociedad (*imbecillitas*)”.¹⁸¹ En este sentido, efectivamente, el derecho natural racionalista presenta una continuidad, o, si se prefiere, no manifiesta nada nuevo; será su enfoque y la pretensión exclusivista del método matemático lo que lo caractericen junto con el individualismo, tomado como modelo de toda construcción política.¹⁸²

Enmarcada en el contexto general del racionalismo como sistema filosófico y como principal elemento cultural, la denominada “Escuela del

¹⁸¹ Wieacker, *op. cit.*, p. 216.

¹⁸² Creemos interesante transcribir la siguiente descripción que el maestro Wieacker hace del derecho natural, que hace comprensible su afirmación de su continuidad histórica: “El Derecho natural, en su sentido más amplio, no es un fenómeno histórico, sino una eterna pregunta del hombre teórico acerca de la realidad del Estado y del Derecho, con la cual se encuentra y a la que compara con un diseño espiritual para darla por buena o condenarla. Es la regla de la crítica jurídica y, como tal, se encuentra, desde luego, en toda elevada civilización conocida, por ejemplo, en los clásicos chinos de la Moral. Al estar el Derecho positivo enlazado por una parte por las eternas condiciones básicas de la existencia humana, tales como poder, historia, formas de organización social, costumbres, hábitos sociales y otros hechos de psicología colectiva, el más poderoso impulso del Derecho natural es una eterna necesidad de crítica de aquel Derecho, no partiendo de un sentimiento subjetivo del Derecho, sino de una exigencia ética proclamada como de validez universal. Por eso, el Derecho natural, en sentido amplio, coincide en gran trecho con toda Filosofía social metafísica. El hombre, ser filosofante, ha sido dotado, simplemente, de esa necesidad que suscita la actuación política, cuando se alía con la irritada necesidad de crítica de grupos sociales, que se revuelve, ya contra un mandato injusto, ya contra una costumbre injusta en forma de Derecho positivo, o ya procura, al menos nuevas metas en una conmoción general del fundamento jurídico tradicional. Por eso el Derecho natural adopta fácilmente, cuando hace valer su exigencia como crítica jurídica, el carácter de un movimiento de resistencia, lo que no le corresponde por esencia, por ser un método del propio conocimiento jurídico”. *Ibidem*, pp. 208 y 209.

Derecho Natural” participó en el movimiento de crítica característico de la época y de ruptura con el pensamiento autoritario. En derecho surge la oposición, expresada de modos y matices muy diversos al derecho medieval elaborado por los juristas del *mos italicus* y difundida por Europa como *ius commune*. La crítica humanista del *mos gallicus* no tuvo la capacidad de crear una nueva jurisprudencia, aunque sirvió de punto de partida para la aspiración de otro derecho que superara al creado por la tradición y que se basaba fundamentalmente en el derecho romano. Esta tarea pretendió ser realizada bajo otra perspectiva, única y nueva: la razón, en quien se depositaba la confianza y se esperaba fuera capaz de descubrir leyes universales que informaran para siempre el contenido del derecho en sustitución del derecho medieval fundado en principios de autoridad. El maestro Guido Fassò apunta lo siguiente:

El carácter fundamental y específico del iusnaturalismo moderno está apuntado en la nota subjetivista frente al objetivismo antiguo y medieval. Como subjetivismo se inscribe la filosofía moderna de Descartes —contemporáneo de Grocio—, dictada toda ella por la realidad primera y autónoma que es el sujeto pensante, en oposición a la filosofía precedente, y en particular a la escolástica, que se refería siempre a lo objetivo —naturaleza o Dios, en cualquier caso siempre a una realidad externa al hombre—, frente al cual el intelecto humano aparecía meramente pasivo, y así hasta llegar a Grocio en el que el Derecho natural se concibe aún como un dato proveniente de una realidad objetiva —naturaleza o Dios— anterior y externa al sujeto humano, de la que éste recibe pasivamente las normas naturales para su conducta. Se le entendió, pues, inserto en un orden ontológico universal establecido fuera del hombre y no puesto por el pensamiento humano.

A partir de Grocio, el Derecho natural va a ser como una norma humana puesta por autonomía y la actividad del sujeto, libre de todo presupuesto objetivo (y en particular teológico) y explicable mediante la razón, esencial instrumento de la subjetividad humana. Una confirmación de ello ha sido vista por muchos, para no decir por todos, en la transposición de la visión iusnaturalista de la norma, del Derecho natural objetivo, a la facultad inherente al sujeto, a los derechos naturales subjetivos, o derechos innatos, y en el correspondiente individualismo, por el que el orden jurídico-político se entiende —por medio del contrato— por la libre voluntad de los sujetos, antes que por la naturaleza o por una voluntad trascendente.¹⁸³

Sobre la denominación de “Escuela del Derecho Natural” se ha insistido que es equívoca e impropia, toda vez que agrupa toda una serie de doctrinas que presentan marcadas diferencias, incluso teorías contrapuestas. Por otra parte, hace referencia al concepto del derecho natural, que no es un concepto que pueda particularizar esta corriente de pensamiento, toda vez que el derecho natural corresponde a una problemática que se ha planteado a Occidente desde la época de los griegos y que en líneas generales no presenta mayor alteración hasta la época del racionalismo, como un fenómeno de la crítica jurídica que cuestiona la validez y el fundamento del derecho positivo. A decir de Guido Fassò, la denominación de “Escuela del Derecho Natural”: “...en realidad, es impropia y no sólo porque son muchas las doctrinas éticas y jurídicas que hacen referencia al derecho natural en todo tiempo, sino, fundamentalmente, porque los autores de este período que se consideran pertenecientes a esta escuela se hallan lejos de formar un conjunto orgánico, presentando fuertes diferencias entre ellos”.¹⁸⁴ Sin embargo, la denominación resulta apropiada para designar un periodo de la historia del derecho que comprende los siglos XVII y XVIII, donde, con predominio del pensamiento filosófico y político, se encuentran ciertas similitudes en los modelos del pensamiento que permiten apuntar a una cierta comunidad de aspiraciones y procedimientos.

Dentro de los principales tratadistas de la historia del derecho, de la filosofía del derecho y de la filosofía política, se encuentra en general cierto consenso sobre las características particulares de la época y sobre los modelos del pensamiento, que permiten, por una parte, justificar la denominación “Escuela del Derecho Natural Racionalista” y que, fundamentalmente por otra, establecen dichas características, analizando los modelos generales que siguen, para hacer posible una mejor comprensión de dicha etapa histórica. Anotaremos las características fundamentales del iusnaturalismo racionalista de acuerdo con las líneas que nos parecen más acertadas, distinguiendo los puntos de vista de diversos tratadistas.

Antes de comenzar a describir las características generales del iusnaturalismo racionalista es importante acotar algunas particularidades de la época que influyeron en la configuración de la Escuela del Derecho Natural. En primer término, se observa un desplazamiento geográfico en el ámbito de la producción de las ideas, del área mediterránea, productora tradicional de la filosofía y la ciencia, hacia el norte, a Inglaterra, Holan-

184 *Ibidem*, p. 82.

da y Alemania, países protestantes que desplazan a España e Italia, que se quedan muy rezagadas, y a Francia sólo en el siglo XVII, pues más tarde el pensamiento francés del siglo XVIII recobrará su originalidad y fuerza representando un destacado lugar con la Enciclopedia e irradiando sus ideas a todo Occidente.

La hegemonía intelectual había sido siempre un patrimonio familiar; no sabía de la latinidad. Italia había ejercido en la época del Renacimiento; luego España había tenido su Siglo de Oro; y Francia, por último, acababa de recoger la herencia. La idea de que los bárbaros del norte fueran capaces de rivalizar con estas reinas hubiera parecido impertinente y ridícula; ¿qué podían ofrecer?, ¿el monstruoso Shakespeare?, ¿o bien, por parte de Alemania, poetas groseros y góticos? Esas gentes no contaban.¹⁸⁵

Sin embargo, ocurrió el desplazamiento hacia el norte en todos los campos del conocimiento humano, y como indica Hazard: “Era cosa hecha: del Norte venía la luz; el Norte tenía derecho a oponerse gloriosamente al Mediodía”.¹⁸⁶

Otro cambio claramente perceptible está en el desplazamiento de las universidades como recinto de la intelectualidad. Las universidades habían sido, hasta el siglo XVII, el foco principal de desarrollo de la filosofía, el derecho, la teología y, en general, de todas las ciencias. En la época que estudiamos ocurre un cambio en los entornos de los grandes intelectuales y científicos que se convierten en librepensadores. Y es que las universidades se habían convertido en centros de defensa de los dogmas de las diferentes confesiones y, de tal suerte, en defensoras del pensamiento tradicional, terriblemente disciplinadas e incapaces de aceptar el nuevo pensamiento que buscaba una verdad libre de prejuicios.

Al igual que los grandes fundadores de la época matemática (Galileo, Descartes, Pascal, Spinoza), los fundadores del Derecho racionalista son también hombres de origen práctico o burgués, procedentes de comunidades libres y republicanas, a menudo dirigentes políticos de las mismas, y que, como pensadores independientes, expresaron el fruto teórico de sus experiencias (Oldendorp, Althusio, Grocio). A su vez, en la generación en que el Derecho racionalista se convierte en arma del absolutismo, son hombres de Estado, burgueses, cortesanos o historiógrafos de corte (*hommes de af-*

185 Hazard, *op. cit.*, p. 57.

186 *Ibidem*, p. 65.

faire) que entran al servicio del príncipe (Hobbes, Pufendorf, Leibniz, Thomasio). Esta *élite* se atrajo las cortes con la fundación de academias y sociedades científicas, que tuvieron participación decisiva desde el siglo XVII por toda la Europa absolutista (Italia, sobre todo, Francia, Prusia, Suecia, Rusia) en las grandes investigaciones y en la Filosofía.¹⁸⁷

En otras palabras, la filosofía original y creadora del primer período de la Edad Moderna se desarrolló fuera de las universidades. Fue creación de unas mentes frescas y originales, no de tradicionalistas. Y ésa es, sin duda, una razón para que los escritos filosóficos tomaran la forma de tratados independientes, no de comentarios. Porque los escritores se interesaban por el desarrollo de sus propias ideas, en libertad respecto de los grandes nombres del pasado y de las opiniones de los pensadores medievales o griegos.¹⁸⁸

La lengua también cambió. El latín, idioma del conocimiento, poco a poco, fue cediendo ante las lenguas vernáculas, que se apoderaron de la nueva verdad y que ayudaron a la ruptura con la autoridad al desplazar al latín.

En conclusión, podemos afirmar que la máxima del iusnaturalismo racionalista es que el hombre debe comportarse conforme a su propia naturaleza porque si no lo hace no cumple con las exigencias de la razón. En el pensamiento iusnaturalista racionalista hasta Dios se concibe como un producto de la razón. Sólo importa lo que es claro y evidente. Todo lo demás se desecha por misterioso o supersticioso. Se diferencia porque es puramente racionalista, es decir, se suprime toda base teológica; se queda únicamente con la base de la ley natural, que es de carácter racional: todos los seres se rigen por leyes naturales cuya validez descansa en la misma naturaleza de las cosas. El derecho natural moderno se mantiene en la línea del concepto racionalista de la ciencia. En él la razón no se erige sólo en instrumento de conocimiento del derecho correcto, sino que también es su fuente. La razón humana es la que proporciona al hombre la ley natural. Ya no existe *logos* ni ley eterna, no existe verdad dada de antemano. El hombre depende total y exclusivamente de su capacidad de conocimiento. Ya no son la autoridad y la tradición las que determinan el derecho correcto, sino lo que es comprensible racionalmente. Pronto se llegará al extremo de someter a una terrible y mordaz crítica a todo el pensamiento del pasado, que es considerado como oscuro, misterioso, su-

187 Wieacker, *op. cit.*, pp. 236 y 237.

188 Copleston, Frederick, *Historia de la filosofía*, 5a. ed., México, Ariel, 1983, vol. IV, p. 17.

persticioso. Se buscará hacer tabla rasa de ese pasado para edificar, sobre la razón, un nuevo mundo.

Se creyó factible la fundamentación de un orden jurídico, que al igual que la razón humana, permanezca idéntico, de carácter universal y permanente: “todos los hombres en todas las épocas”. Pero sólo conseguirán la fundamentación de pocos conceptos y principios de carácter muy abstracto.

En cuanto a las aportaciones de la Escuela del Derecho Natural racionalista al derecho occidental y, concretamente al derecho privado, Wieacker señala:

Con esto queda ya expuesta una reseña de la aportación del Derecho racionalista a nuestra cultura de Derecho privado. Fueron los rasgos nuevos, es decir, los sistemáticos y metódicos del Derecho racional, y su emancipación de la Teología moral, los que determinaron su influjo sobre la ciencia jurídica especializada del continente europeo. El supuesto previo de tal influjo consistía en que la positividad del Derecho común había perdido su fundamentación espiritual al desaparecer la metafísica idea del Imperio y la disgregación del metafísico Corpus Christianum por la reforma; el entusiasmo humanístico no había restituido a las fuentes jurídicas romanas la suficiente autoridad política y ética. Mas con esa fundamentación perdiéronse también las normas morales y la seguridad del método ante los que tiene que justificarse la rutina de una jurisprudencia científica si no quiere naufragar: una situación que se corresponde exactamente con la de la ciencia europea en vísperas de la revolución metódica originada por Galileo y Descartes.

El Derecho natural dio los nuevos fundamentos: Como teoría liberó para siempre a la jurisprudencia especializada de las autoridades medievales, la dotó de un sistema y de un nuevo método dogmático: la construcción de conceptos. Como exigencia práctica dio primero a la crítica jurídica y más tarde a la legislación de la Ilustración reglas éticas definidas y unívocas.¹⁸⁹

Guido Fassò hace la siguiente crítica al iusnaturalismo:

La de los iusnaturalistas del siglo XVII es, efectivamente, la más coherente entre las tentativas por realizar el ideal, que los mismos juristas estaban dispuestos a conseguir, de una ciencia del Derecho que tuviese idéntico tipo y grado de rigor y sistemática que las ciencias naturales, y esto, como el resto de las tentativas análogas, va a fracasar porque el Derecho no es

naturaleza, sino obra humana y, por ello, historia, una ciencia de aquél, si de ciencia del Derecho se puede hablar, nunca podrá tener los caracteres de la física, cuyo objeto no es historia.

El defecto capital de los autores de la Escuela del Derecho Natural está en su abstractismo y, consiguientemente, antihistoricismo. La fuente del Derecho natural se entiende como una esencia inmutable de la naturaleza humana, perfecta y fuera de tiempo. Las normas que ella dicta ignoran el devenir de la historia y la multiplicidad de los objetos, considerados válidos universal y eternamente; no se detienen en la individualidad de los aspectos singulares de la realidad humana, ni en su modificarse y envolverse en el tiempo. Los autores de la “Escuela del Derecho Natural” carecen, en suma, de sentido histórico, y mientras, de un lado, no advierten que las proposiciones en torno al Derecho natural, por ellos enunciadas como universales, corresponden en realidad a exigencias, éticas, políticas y económicas de su tiempo, de otro, están inducidos a dar a su abstracta teoría una justificación pseudohistórica, al reconocer al Derecho natural como Derecho que tuvo efectivo vigor en los orígenes de la Humanidad.¹⁹⁰

II. CARACTERÍSTICAS DE LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Podemos caracterizar¹⁹¹ a la Escuela del Derecho Natural a través de los siguientes elementos, que se muestran como sus líneas generales o modelos, a partir de los cuales, los diferentes autores del iusnaturalismo racionalista verterán sus ideas propias:

1. *Aplicación de los métodos matemáticos a los problemas jurídicos y políticos*

A esta característica la denominan los principales tratadistas como racionalismo, y no es más que la tentativa, de prácticamente todos los auto-

¹⁹⁰ Fassò, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹¹ Elegimos las características principales a través de contrastar las opiniones de diferentes tratadistas, de acuerdo con lo que nos parecen los aspectos más relevantes, y designando a la característica con el nombre que nos parece más descriptivo. Se hace referencia en cada una de las características a los autores, según las destaquen y las describan. De forma muy general: Guido Fassò sostiene que existen cuatro características: el laicismo, el racionalismo, el individualismo y el subjetivismo. Truyló y Serra destaca como las dos notas principales al racionalismo y el individualismo, a la que añade la tendencia práctica y la tendencia secularizadora. Verdross destaca la nota individualista, mientras Wieacker niega exactitud a la nota secularizadora para sobresaltar la racionalista.

res, de aplicar a los problemas éticos y jurídicos el rigor metodológico de las ciencias naturales, particularmente de las matemáticas.

En definitiva, lo verdaderamente común a todos estos autores, independientemente de sus posiciones respecto a la religión o a los ideales políticos, reside en la cuestión del método, que es evidentemente el racionalista. Este carácter del iusnaturalismo del siglo XVII acerca el ideal de la doctrina jurídica de la época al de la ciencia de la naturaleza que, justamente por entonces, comenzaba su desarrollo: como en la física había ocurrido con Galileo y Newton, a la concepción de un universo regido por leyes racionales, formulables matemáticamente, y sobre el mismo modelo, los iusnaturalistas del siglo XVII se esforzarán por construir un sistema de normas, deducibles con rigurosa exactitud y constitutivas de un orden racional análogo al de la naturaleza física, tal como lo descubría y describía la ciencia.¹⁹²

Cabe hacer una mención sobre las nuevas metodologías. Junto con Galileo, destacan Copérnico y Kepler. Todos ellos logran asombrosas demostraciones aplicando métodos científicos, físicos y matemáticos, cuya influencia y resultados en el campo de la aplicación refuerzan con todo vigor la posibilidad de una ciencia universal, tal como la describió Descartes, basada en la luz de la razón que hizo que todas las áreas del conocimiento humano se subordinaran tanto a sus aspiraciones como al seguimiento de sus métodos: la razón es una y siempre la misma. A Descartes consagramos un capítulo especial, pero conviene recordar las aportaciones de Copérnico, Kepler y Galileo, aunque sea en líneas muy generales: Nicolás Copérnico (1473-1543) escribe *De revolutionibus orbium coelestium libri VI*, publicada después de su muerte, obra donde se expone su teoría astronómica, destinada a revolucionar la concepción del mundo establecida desde los antiguos y aceptada por la sociedad medieval. Demostró que la Tierra gira en torno a sí misma y alrededor del Sol, desmoronando la teoría geocéntrica del universo. Juan Kepler (1571-1630) continúa la teoría heliocéntrica de Copérnico describiendo ahora las órbitas de los planetas, atribuyendo exclusivamente a leyes físicas el movimiento del universo entero afirmando un orden geométrico del mismo. Formuló las leyes de los movimientos de los planetas que “confirmaba definitivamente el valor del procedimiento que reconoce en la proporción matemática la verdadera objetividad natural”.¹⁹³ Galileo Galilei (1564-1642), autor de

192 Fassò, *op. cit.*, p. 83.

193 Abbagnano, *op. cit.*, p. 147.

numerosos descubrimientos e inventos, entre los que destaca el telescopio, fue defensor de la teoría de Copérnico frente a la Santa Sede. La teoría copernicana fue condenada, la obra fue puesta en el Índice y a Galileo se le prohibió profesarla. Sin embargo, Galileo continuó sus especulaciones astronómicas hasta que el Santo Oficio de Roma le hizo abjurar de sus ideas. Sus principales obras son *Saggiatore*, *Dialogi sopra I due massimi sistemi* y *Discorsi delle nuove scienze*. Afirmó la necesidad del estudio directo de la naturaleza, con independencia de todo prejuicio proveniente de la autoridad. Sólo a través de la experiencia se revela la verdad de la naturaleza. Busca una interpretación matemática de la naturaleza que elabore una teoría de la ciencia fundada exclusivamente en la razón.

Pero la experiencia no es solamente el fundamento, sino también el límite del conocimiento humano. Le es imposible alcanzar la esencia de las cosas: debe limitarse a determinar sus cualidades y sus accidentes: el lugar, el movimiento, la figura, la magnitud, la opacidad, la producción y la disolución, son hechos, cualidades o fenómenos que pueden ser conocidos y usados por la explicación de los problemas naturales. La experiencia elimina los elementos subjetivos y variables y se atiene a los permanentes y verdaderamente objetivos.¹⁹⁴

Galileo afirma la estructura matemática de la realidad objetiva:

De este modo Galileo determinó con toda claridad el método de la ciencia moderna. Ha reconocido en la medida el instrumento fundamental de la ciencia y ha hecho valer el ideal cuantitativo, como criterio para discernir en la experiencia los elementos verdaderamente objetivos... Con la eliminación de toda consideración finalista o antropomórfica del mundo natural, Galileo ha realizado cumplidamente la reducción de la naturaleza a una objetividad mensurable y ha llevado la ciencia moderna a su madurez.¹⁹⁵

La mejor exposición de los métodos matemáticos en su aplicación al derecho la encontramos en Franz Wieacker:

La jurisprudencia o ciencia del Derecho quedó metódicamente rezagada cuando se rompió con la autoridad como fuente del conocimiento y una razón que sólo confirmaba la tradición de los textos, particularmente el *Corpus Iuris Civilis*. La posibilidad en la época racionalista de una “crítica

194 *Ibidem*, p. 150.

195 *Ibidem*, p. 151.

racional libre de prejuicios” fue el principal motivo de dicho rezago, en el nuevo afán de encontrar “una imagen unitaria y nomotética” de la naturaleza y de la sociedad, cognoscible por la mera utilización de la razón exenta de autoridades y sólo determinada por axiomas y expresadas en un sistema científico contingente”.¹⁹⁶

De las ciencias naturales, cuyos métodos, especialmente matemáticos, provenía una exigencia de matematizar todo el conocimiento:

La construcción de la imagen del mundo, autónoma y exenta de contradicción, se completa ahora por un pensamiento deductivo y que avanza por axiomas, que se orienta constantemente en la observación empírica (de la naturaleza exterior, de la sociedad, del alma humana). El dualismo metódico entre axioma y *observatio*, o método “analítico” y método “sintético” en Descartes y los correlativos métodos “compositivo” y “resolutivo” en Galileo, determina también de modo absoluto la imagen de la sociedad propia del Derecho de la razón”.¹⁹⁷ “Su método se propagó luego del Derecho de la razón a la ética social, al hacer también al hombre, como ser social, objeto de un conocimiento racionalista exento de presuposiciones y buscar de este modo la ley natural de la sociedad. El hombre ya no aparece como un ser creado de una sola vez por eterna determinación, sino como un ser de la Naturaleza: y la humanidad, ya no como un mundo que ha de salvarse religiosamente, o (como más tarde) cual un mundo histórico, sino como un mundo matemático, sujeto a leyes naturales. La pretensión de un conocimiento racional de la naturaleza en la forma básica de la ley natural (no, p. ej., de la ley de causalidad) se extendió, mediante esta Filosofía social de comienzos de la Edad Moderna, a la naturaleza de la convivencia humana, es decir, a la sociedad, al Estado y al Derecho; éstos deben reducirse a leyes con la inmutabilidad de las leyes matemáticas. Del mismo modo que de la conexión lógica de estas leyes con las ciencias de la naturaleza surgió un sistema del mundo exterior al hombre (“Física”) que culmina en la *Philosophiae naturalis principia mathematica* (1687) de Newton, surge también, referido al mundo social de los hombres, un sistema de sociedad: justamente el Derecho natural.”¹⁹⁸

196 Wieacker, *op. cit.*, p. 202.

197 *Ibidem*, p. 203.

198 *Ibidem*, pp. 206 y 207.

2. *Explícita intencionalidad política*

Tomamos esta designación del maestro Francisco Carpintero, quien explica que los diversos autores agrupados en el iusnaturalismo moderno fueron “diseñadores de formas políticas”. Truyol y Serra denomina a esta característica como la tendencia práctica, y explica:

En un primer momento, las luchas políticas y religiosas constituyen un trasfondo agobiante que mueve ante todo a fundamentar un gobierno temporal fuerte frente al pluralismo ideológico y a un poder espiritual que la reforma protestante ha fragmentado. De ahí que se favorezca el absolutismo y el despotismo ilustrado y que en materia político-eclesiástica se sostenga la sumisión más o menos estrecha de la Iglesia al gobierno civil. Consolidado el poder real sobre estas bases, la preocupación central se desplazará, en un segundo momento, en el sentido de buscar un límite al absolutismo mediante un equilibrio de poderes y la afirmación de derechos individuales naturales, sustraídos al arbitrio estatal, completada por la separación del Estado y la Iglesia, que implica la tolerancia religiosa. Finalmente se llegará a la exaltación de la soberanía popular, de consecuencias revolucionarias. Al margen pero también dentro de la corriente dominante, no faltarán espíritus que como Grocio y Leibniz conserven el entronque con la tradición escolástica, ni otros que como Vico, Montesquieu y Herder reaccionen contra el racionalismo abstracto con perspectiva histórica.¹⁹⁹

El esfuerzo intelectual racionalista fue, en última instancia, un argumento político. Lo que buscan es construir una sociedad política y vincular dicha sociedad política al derecho. No encontramos en los racionalistas una preocupación por buscar soluciones justas a los casos concretos. Se intenta crear un sistema jurídico que sea expresión del sistema político, y por lo tanto se va a enfrentar al *ius commune* que no responde a esta idea.

Un reflejo de la explícita intencionalidad política lo encontramos en la gran cantidad de escritos políticos de utopías que reflejan la oposición al antiguo régimen en un anhelo de construcción de nuevas ideas políticas que pudieran ser aprovechadas como futuros modelos de convivencia.

Es importante destacar que en el marco del racionalismo y dentro de la búsqueda de nuevas formas de construcción de lo político y social, se prepararon ideológicamente las grandes revoluciones liberales: en el siglo

199 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 196.

XVII la Revolución inglesa, y en el siglo XVIII la independencia norteamericana y la Revolución francesa.

3. *Ética laica*

El racionalismo significó un cambio total de perspectiva en cuanto a las concepciones éticas y morales. La concepción ética de la sociedad medieval descansaba enteramente en una concepción teológica que afirmaba la existencia de una divinidad legisladora. De Dios emana la Ley Eterna, fuente de toda la ley, cognoscible por el hombre a través de la ley natural, reflejo de la Ley Eterna, de la que a su vez se desprende el derecho natural como expresión o evidencia de la ley natural, que exige un comportamiento conforme a la naturaleza y que es conocida por el hombre porque es racional. De la ley natural, cuyo contenido, aunque cognoscible, es fundamentalmente revelado, se desprende el derecho positivo, que no debe contrariar los preceptos de la ley natural y que está llamado a concretizarlos y consagrarlos en los ordenamientos humanos.

Con el racionalismo, la razón humana se considera capaz de fundamentar toda verdad. La razón, en la línea cartesiana, se concibe como una percepción clara y distinta suficiente para fundamentar toda certeza. Con la posibilidad de confiar a la razón la misión de encontrar toda verdad se consuma la separación de la teología y la filosofía y se abre paso a la construcción de una ética laica.

El derecho natural, desgajado de la ley ético-natural, dejará de ser la participación del hombre en la ley eterna, para convertirse en creación de la razón apoyada sobre sí misma. La razón no se hallará ya, en efecto, inmersa y, por así decir, objetivada en una tradición que la oriente a la luz de la tradición cristiana; sino que, haciendo tabla rasa de toda autoridad, someterá la revelación cristiana a su crítica.²⁰⁰

Guido Fassò sostiene que la posición laica es un punto fundamental y común a los autores iusnaturalistas: “...tienen fundamentalmente en común la posición laica; mucho más que Grocio, acentúan el hecho de que el Derecho natural tiene por fuente la sola razón humana, aunque con frecuencia lo refieran también como causa remota a Dios”.²⁰¹

200 *Ibidem*, p. 197.

201 Fassò, *op. cit.*, p. 82.

Miguel Villoro Toranzo constata lo que llama “laicización del derecho”:

Unos (la Escuela Racionalista del Derecho Natural) evitan el planteamiento ontológico para huir de las discusiones filosófico-teológicas, y así inician el proceso de laicización del Derecho. Otros (los empiristas) repudian el planteamiento ontológico como anticientífico, porque ya late en ellos una visión materialista de la realidad. Unos y otros procurarán evitar acudir a Dios para fundamentar el Derecho.

Y continúa con la siguiente crítica:

La laicización del Derecho también ha producido resultados nefastos. No se percibió que, si se quita a Dios como última explicación del orden del universo y de las exigencias de la Justicia, el cosmos se transforma en un montón de piezas sin sentido (átomos engarzados por la causalidad) y que el hombre se convierte en una máquina o en un bruto. Entonces perderá todo su sentido el Derecho como instrumento de Justicia a favor de la dignidad humana.²⁰²

En cuanto a la percepción del derecho natural, Francisco Carpintero advierte las diferencias entre la concepción antigua y cristiana y la nueva construcción moderna:

Quizá la línea divisoria decisiva entre uno y otro iusnaturalismo sea de índole teológica: la teoría del derecho natural más antigua (así como la de todos los que hoy afirman que los derechos humanos inhiere en la dignidad especial de la persona) arranca desde un dato teológico: los primeros principios prácticos, que son justos y han de ser obedecidos porque constituyen una manifestación de la luz de Dios, como dice el salmista. Los modernos, en cambio, prescinden de cualquier dato teológico: el postulado de la igual libertad y la necesidad de salvaguardar los “derechos fundamentales” constituyen la palanca omnipresente en todos sus razonamientos. Por lo demás, desde el momento en que sólo admiten como derecho las leyes dictadas por el poder parlamentario, y niegan expresamente la posibilidad de cualquier ciencia del derecho, es patente que el suyo fue ante todo un empeño de naturaleza política: quisieron hacer realidad el “Estado”, es decir, la forma de convivencia y dominación específica de la Edad Contemporánea.²⁰³

202 Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1984, p. 488.

203 Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 340.

4. *Estado de naturaleza y contrato social: “el modelo iusnaturalista”*

La cuarta característica es, junto con la “aplicación de los métodos matemáticos” (racionalista), la más importante o, cuando menos, la más representativa de la Escuela del Derecho Natural. A decir del maestro Truyol y Serra, es una de las notas fundamentales del iusnaturalismo, a la que denomina individualismo:²⁰⁴ “Si en la tradición platónico-aristotélica y escolástica se partía de un todo social integrado por partes, ahora se arranca de individualidades aisladas, a modo de átomos sociales entre los cuales ha de fundamentarse un vínculo duradero”.²⁰⁵ Del estado de naturaleza, estado presocial donde los hombres se encuentran libres y son iguales entre sí, se parte para llegar a la creación del Estado político, a la fundación de la sociedad civil. Esta fundación de la sociedad civil ocurre mediante la celebración de uno o más contratos entre los individuos, libres e iguales, que se encuentran en estado de naturaleza.

La exposición más clara sobre el tema la hemos encontrado en el capítulo primero, introductorio, de la investigación sobre Thomas Hobbes, que realizó en 1989 Norberto Bobbio, de la que tomamos los siguientes apuntes:

Bobbio habla de un “modelo iusnaturalista”, que siguen, en forma muchas veces contrastada e incluso contrapuesta, los principales autores iusnaturalistas, modelo que sirve como punto de partida común en torno a la problemática del origen, la naturaleza, la legitimidad y el fundamento del poder político. El modelo gira en torno a dos ideas centrales: la idea del estado de naturaleza y la idea del pacto o contrato social. A pesar de que algún autor iusnaturalista pretendió la posibilidad de la concreción histórica del modelo, se trata más bien de una construcción racional que corresponde a un modelo teórico, abstracto y ahistórico.

204 Con la palabra “individualismo” se designa precisamente la concepción de que el Estado se origina en la suma de individuos que, siendo iguales, pactan libremente su unión para formar el Estado. En adelante se entiende que la forma de legitimar el Estado es el consenso de estos individuos. Al respecto transcribimos la siguiente afirmación de Alfred Verdross: “Para la Antigüedad, el hombre aparecía primeramente como miembro de una ciudad-Estado y después como miembro de una cosmópolis. En el mundo del Cristianismo, el hombre se elevó a la categoría de miembro del Corpus Christi mysticum, el que a su vez adoptó en la Edad Media la figura de Sacrum Imperium, organización estamental jerarquizada. Pero el nominalismo, con su negación de lo general y la consecuente afirmación de que lo único real es una suma de individuos, rompió los cimientos del imperio universal medieval y de los cuerpos sociales incluidos en él. Esta nueva concepción filosófica condujo lentamente a la destrucción del universalismo medieval y a la creación de un nuevo individualismo en todos los sectores de la cultura”. Verdross, *op. cit.*, p. 159.

205 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 196.

Bobbio describe algunos de los elementos característicos de lo que llama “la gran dicotomía estado (o sociedad) de naturaleza-Estado (o sociedad) civil”. La división propuesta por Bobbio es una transcripción del libro citado:

1) El punto de partida del análisis del origen y el fundamento del Estado es el estado de naturaleza, es decir, un estado no-político y antipolítico.

2) Entre el estado de naturaleza y el Estado político existe una relación de contraposición, en el sentido de que el Estado político surge como antítesis del estado de naturaleza (cuyos defectos está llamado a corregir o eliminar).

3) El estado de naturaleza es un estado cuyos elementos constitutivos son principalmente y en primer lugar los individuos singulares no asociados aunque asociables (digo “principalmente” y no “exclusivamente” porque en el estado de naturaleza pueden darse también sociedades naturales, como la de la familia).

4) Los elementos constitutivos del estado de naturaleza (es decir, los individuos y también los grupos familiares para aquellos que los admiten) son libres e iguales unos con respecto a los otros, de manera que el estado de naturaleza se configura siempre como un estado en el que reinan la libertad y la igualdad (aunque con variaciones perceptibles que dependen de las diversas acepciones en que se utilicen los dos términos).

5) El paso del estado de naturaleza al Estado civil no se produce necesariamente por la fuerza misma de las cosas, sino mediante una o más convenciones, es decir, mediante uno o más actos voluntarios e intencionados de los individuos interesados en salir del estado de naturaleza, lo que tiene la consecuencia de que el Estado civil se conciba como un ente “artificial” o, como hoy se diría, como un producto de la “cultura” y no de la “naturaleza” (de ahí la ambigüedad del término “civil”, que es a la vez adjetivo de *civitas* y de *civilitas*).

6) El consenso es el principio legitimador de la sociedad política, a diferencia de cualquier otra forma de sociedad natural, y en particular a diferencia de la sociedad familiar y de la sociedad patriarcal.²⁰⁶

A lo señalado por Bobbio hay que añadir, también, que la mayoría de los autores consideran que en el estado de naturaleza no existe ley positiva alguna y que los individuos se rigen por leyes naturales. Al paso de la sociedad política se requerirá del derecho con la aspiración racionalista

206 Bobbio, Norberto, *Thomas Hobbes*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 15 y 16.

de quedar formulado de acuerdo con leyes naturales descubiertas y formuladas según un sistema lógico con la sola ayuda de la razón. Dentro del esquema jurídico se pone la nota sobre la preeminencia de los derechos naturales subjetivos que aparecen no como obligaciones impuestas por la ley, como en el esquema medieval, sino como auténticos derechos, que deben ser protegidos y garantizados por el Estado y que poseen todos los individuos en forma innata. El derecho positivo entonces está llamado a proteger y reconocer la igualdad y la libertad de los hombres, que nacen con dichos derechos naturales subjetivos.

Es importante añadir la distinción tradicional del contrato social en dos niveles, a saber:

- a) *Pactum unionis* (pacto unión), que se da a nivel horizontal, entre los individuos que forman el estado de naturaleza y que deciden fundar la sociedad civil mediante la unión de todas las individualidades.
- b) *Pactum subiectionis* (pacto sujeción), que se da a nivel vertical, y que sigue en forma inmediata al pacto unión, realizado por los individuos que se sujetan a una autoridad, surgiendo una sociedad política.

La imagen de un estado que nace del consenso recíproco de los individuos singulares, originalmente libres e iguales, es pura acuñación intelectual. El modelo presenta muchas variaciones de acuerdo con el tratamiento que le dan los diferentes autores. Así, el estado de naturaleza puede ser histórico o imaginado, pacífico o belicoso, de aislamiento o social (sociedad primordial). Los contratos pueden ser entre los individuos en beneficio de la colectividad o de un tercero, que al contrato de los individuos entre sí deba seguir un segundo contrato entre el *populus* y el *princeps* (*pactum subiectionis*), que el contrato pueda disolverse o no y en qué condiciones y, finalmente, los que consideran la naturaleza del poder político derivado, sea absoluto o bien limitado, incondicional o condicional, indivisible o divisible, irrevocable o revocable, etcétera.

El consentimiento prestado por los ciudadanos, libres e iguales, forma parte de toda una nueva forma de entender, no sólo el origen de la sociedad civil y del Estado, sino del propio derecho, donde el origen de toda obligación legítima proviene de dicho consentimiento.

En el iusnaturalismo, en cambio, se fue imponiendo la idea según la cual el derecho consiste en un juego de voluntades libres que chocan entre sí y que libremente pactan. El derecho perfecto, es decir, la obligación que realmente vincula —a diferencia del derecho simplemente natural, que sólo expresaría una vinculación moral o una inclinación hacia algo— sólo puede originarse de un acuerdo entre los interesados, y esto lo reconocemos con toda claridad en Wolff cuando escribe que “nadie puede obligarse perfectamente con otro sino prometiendo, es decir, mediante pactos”.²⁰⁷

Así, de la idea del pacto se derivará también otra forma de eticidad bajo la premisa “tú lo pactaste, tú lo violaste”, donde el único punto de referencia es “el pacto”. Lo jurídico es bueno o malo, justo o injusto, con la exclusiva medida de lo pactado.

El “modelo iusnaturalista” se diferencia claramente de lo que Bobbio llama “modelo alternativo”, que no es más que la línea del pensamiento que, desde los griegos hasta la Edad Media, casi sin variación, había seguido la filosofía política, basada en la explicación del origen del Estado de Aristóteles, donde a partir de la familia como núcleo esencial y primario de sociedad se llegaba a la aldea y finalmente a la ciudad. La diferencia del modelo utilizado en la antigüedad y la Edad Media respecto al nuevo modelo es, fundamentalmente, que para el modelo iusnaturalista la sociedad política surge como antítesis y no como continuación del estado precedente. Efectivamente, el “modelo alterativo” contempla una sociedad natural originaria, que es la familia. Entre ésta y el Estado no existe una relación de contraposición, sino de continuidad o progresión. El estado originario no es de aislamiento, sino de grupos organizados, por lo que el Estado no es una asociación de individuos, sino una unión de familias.

Bobbio establece una comparación de ambos modelos enunciando las características del “modelo alternativo”, como lo había hecho con el iusnaturalista:

1) El punto de partida del análisis no es un estado genérico de naturaleza en que los hombres se habrían encontrado antes de la constitución del Estado, sino la sociedad natural originaria, la familia, que es una forma específica, concreta, históricamente determinada, de sociedad humana.

2) Entre esta sociedad originaria, la familia, y la sociedad última y perfecta, el Estado, no existe una relación de contraposición sino de continuidad o de desarrollo, o de progresión, en el sentido de que, desde el estado

de familia hasta el Estado civil, el hombre ha pasado a través de fases intermedias que hacen del Estado, antes que la antítesis del estado prepolítico, la desembocadura natural, el último puerto de las sociedades precedentes.

3) El estado natural originario es un estado en que los individuos no viven aislados, sino reunidos siempre en grupos organizados, como lo son precisamente las sociedades familiares, con la consecuencia de que el Estado no debe representarse como una asociación de individuos, sino como una unión de familias, o como una familia ampliada.

4) Así como los individuos viven desde su nacimiento en familias, el estado prepolítico no es un estado de libertad e igualdad originarias, sino un estado en el que las relaciones fundamentales que existen en el seno de una sociedad jerárquica como la familia son relaciones entre superior e inferior, como son precisamente las relaciones entre padre (madre) e hijos, entre el señor de la casa y los siervos.

5) El paso del estado prepolítico al Estado, en tanto se produce, como se ha dicho, por un proceso natural evolutivo desde las sociedades menores a la sociedad mayor, no se debe a una convención, es decir, a un acto voluntario y deliberado, sino que se produce como efecto de causas naturales, como pueden ser la ampliación del territorio, el crecimiento de la población, las necesidades de defensa o de procurarse los medios necesarios para la subsistencia, etc., con la consecuencia de que el Estado no es menos natural que la familia.

6) El principio legitimador de la sociedad política no es el consenso, sino la situación de necesidad (o la “naturaleza de las cosas”).²⁰⁸

Bobbio establece una comparación de las características de los dos modelos, donde aparecen algunas de las grandes dicotomías:

- a) Concepción nacionalista o histórico-sociológica del origen del Estado;
- b) el Estado como antítesis o como complemento del hombre natural;
- c) concepción individualista atomizadora o concepción social y orgánica del Estado;
- d) concepción idealizada del estado prepolítico en que se originan las teorías de los derechos naturales o concepción realista del hombre en sociedad, por la que el hombre siempre ha vivido en estado de sujeción y desigualdad;
- e) teoría contractual o natural del fundamento del poder estatal;
- f) teoría de la legitimación mediante consenso o por la fuerza de las cosas.²⁰⁹

208 *Ibidem*, p. 20.

209 *Ibidem*, pp. 20 y 21.

Bobbio culmina la exposición de ambos “modelos” estableciendo lo siguiente: “Estas son las grandes dicotomías que afectan a los problemas fundamentales de cualquier teoría del Estado: es decir, los problemas del origen (a), de la naturaleza (b), de la estructura (c), de las metas (d), del fundamento (e), de la legitimidad (f) de ese poder supremo que es el poder político en relación con todas las demás formas de poder sobre los hombres”.²¹⁰

5. *Clasificación histórica*

Después de lo señalado, se comprende que la Escuela del Derecho Natural agrupa a una serie de pensadores que manifiestan, sobre las líneas generales expuestas como características, una multiplicidad de ideas. Tomando en consideración que el racionalismo como etapa histórica abarca por lo menos dos siglos, nos encontramos con la dificultad de clasificarlos para su estudio. Los diversos historiadores de la filosofía y la historia del derecho mantienen diversas posturas respecto a una posible clasificación de los autores racionalistas.

Wieacker, que concentra su línea de investigación histórica sobre el derecho privado, hace, de acuerdo con la influencia que sobre éste tuvo la Escuela del Derecho Natural racionalista, una división histórica tripartita. A la primera etapa, que denomina “de los precursores o fundadores”, pertenecen los teólogos juristas españoles del siglo XVI, Grocio y Althusio, y se caracteriza por el arraigo que todavía manifiestan en la tradición cristiana, particularmente a la teología y filosofía tomistas:

...el humanista Grocio adquiere sus principios de Derecho natural, no deduciéndolos de modo estrictamente matemático de axiomas de la razón, sino mediante un inventario metódicamente ingenuo de todas las autoridades modelos para la Ética práctica de su tiempo: la Sagrada Escritura y los Santos Padres, los escritores antiguos, las antiguas fuentes romanas, las autoridades de la Teología moral y las jurídicas de la Edad Media y moderna.²¹¹

Son fundadores por su finalidad práctica y por su aspiración a la posibilidad de formular un derecho universal. A la segunda etapa la denomina “sistemática”, a la que pertenecen, bajo la influencia de Descartes, Hob-

210 *Ibidem*, p. 21.

211 Wieacker, *op. cit.*, p. 223.

bes, Spinoza y Pufendorf, y se caracteriza por lograr “la plena autonomía Ética social y al mismo tiempo la matematiza”.²¹² Es decir, la concepción típicamente racionalista de que las leyes que rigen la vida humana son perfectas y susceptibles de formulación matemática. La tercera etapa es la matematizadora integrada por Thomasio y Wolff y caracterizada por llevar al punto más alto la racionalización formal del derecho natural elaborando con todo detalle conceptos jurídicos que pretenderán concretar en el derecho positivo.

Alfred Verdross opta por agrupar a los distintos autores bajo un criterio que podríamos llamar ideológico, donde apunta tres direcciones. La primera, representada por Fernando Vázquez (al que Verdross considera como fundador de la Escuela del Derecho natural), Althusius y Hugo Grocio. Esta corriente representaría el inicio de la doctrina individualista, que todavía está apegada a la filosofía del cristianismo. La segunda corriente, integrada por Hobbes, Spinoza, Locke, Thomasius, Bentham y Rousseau, a la que designa como “concepción naturalista del derecho natural”, se caracteriza por su oposición al pensamiento cristiano. Como autor cristiano, Verdross emprende en realidad una crítica a los pensadores agrupados en esta corriente, que creemos útil reproducir:

...en clara oposición con la filosofía aristotélico-tomista, hizo a un lado las ideas de la naturaleza social del hombre y de su telos y aludió a las pasiones animales del ser humano como base para su elaboración. Los defensores de esta segunda postura consideraron como natural el libre desarrollo de estas pasiones y le dieron el nombre de Derecho natural. En consecuencia, la denominación “Derecho natural” dejó de usarse conforme a su sentido primitivo, esto es, como un orden natural de normas éticas, utilizándose más bien para significar la fuerza de los instintos, la cual, como todas las fuerzas externas de la naturaleza, requiere de un gran poder para quedar dominada. Como resultado de estas ideas y en la medida que el hombre devino naturaleza, perdió su cualidad de persona ética, transformándose en un eslabón de la cadena de un simple mecanismo; de esta manera, el Derecho perdió su propia legalidad (frente a la legalidad de la naturaleza externa), que ya había sido reconocido por Hesíodo, y se disolvió en una mecánica de las fuerzas sociales.²¹³

212 *Ibidem*, p. 224.

213 Verdross, *op. cit.*, p. 160.

Como contracorriente que enfrenta a este grupo de pensadores surge la tercera dirección, representada por Pufendorf, Leibniz y Wolff, a la que Verdross atribuye el mérito de “haber destrozado las cadenas del derecho, devolviéndole su propia legalidad”.

Reconoce que como línea de pensamiento se aparta del cristianismo, pues sustituye la verdad revelada por la razón, y por ello la llama “doctrina racionalista pura del Derecho natural”. En nuestra opinión, esta característica en realidad es común a todos los pensadores, y no constituye un punto de diferenciación, por lo que sentimos vaga en general la clasificación propuesta por Verdross, que únicamente se muestra condolente con los racionalistas que no se contraponen a las ideas cristianas.

Miguel Villoro Toranzo expone una teoría original sobre el sello peculiar de los autores racionalistas. Hay que señalar aquí que Villoro hace una clara distinción entre las dos corrientes filosóficas de los siglos XVII y XVIII, diferenciándolas de modo tajante como corriente o filosofía empírica, donde ubica a Bacon, Hobbes, Locke y Hume, y corriente o filosofía racionalista, donde ubica propiamente a la Escuela del Derecho Natural, analizando especialmente a Grocio como precursor y a Pufendorf como fundador. Desde un punto de vista estrictamente filosófico, la distinción procede, por ser de hecho, empirismo y racionalismo, corrientes epistemológicamente contrarias. Sin embargo, la distinción desde el punto de vista histórico no nos parece tan acertada porque excluye de la Escuela del Derecho Natural a pensadores, que si bien son empiristas, abordan los mismos problemas que se presentan a dicha Escuela y comparten sus características e inquietudes principales. La teoría de Villoro además explica que el tránsito de la filosofía escolástica cristiana hacia el racionalismo se hace por la vía de la filosofía estoica. Según esta teoría, el racionalismo de los siglos XVII y XVIII tiene sus raíces en el interés y simpatía que prestó el humanismo renacentista a la filosofía estoica, especialmente al estoicismo medio romano. Grocio sería entendido como un pensador puente entre la escolástica cristiana y el racionalismo: “Nuestra posición es que Grocio, que no era ni se pretendía filósofo, ya ponía el acento estoico a sus teorías, pero sin percibir y mucho menos pretender el alcance de las conclusiones filosóficas que se derivan de los matices estoicos”.²¹⁴ Así, desde Grocio se percibe la influencia de la filosofía estoica que, de acuerdo con la tesis de Villoro se convertirá en la

214 Villoro, *op. cit.*, p. 278.

filosofía de la Escuela Racionalista del Derecho Natural. Según Villoro, el enfoque aristotélico tomista difiere del estoico en cinco puntos fundamentales:

1) El concepto de “naturaleza” ya no es un concepto ontológico sino descriptivo de la realidad. 2) Lo justo no es una exigencia ontológica sino la meta de una tendencia humana. 3) El Derecho Natural no es un orden ontológico que hay que descubrir sino un orden lógico vivido por el hombre. 4) El Derecho ya no se identifica con lo justo sino con las leyes que declaran lo justo. 5) La razón deja de ser un mero instrumento para conocer la verdad y se convierte en el receptáculo de las leyes.²¹⁵

Esta diferenciación se convierte en parte de la filosofía adoptada por autores como Grocio y Pufendorf, a los que Villoro sitúa como propiamente pertenecientes a la Escuela racionalista del Derecho Natural.

A nuestro parecer, la forma más adecuada de clasificar autores que representan tan diversas formas de pensar es contextualizando sus ideas en el ámbito histórico en que se desarrollaron, para lo cual podemos referirnos en líneas generales a los autores del siglo XVII y a los autores del siglo XVIII, subdividiendo a su vez el último en dos mitades por lo sustancialmente diverso de sus climas culturales. La primera mitad del siglo XVIII es la era de la confianza ilimitada en las luces de la razón, del despotismo ilustrado, la era en que se creyó poder definir la felicidad de todos los habitantes de un Estado, mientras que la segunda mitad transcurre en el clima de las revueltas sociales, de la guerra de independencia norteamericana y de la Revolución francesa, donde el peso ideológico se centra en la voluntad del pueblo.

III. LOS AUTORES DEL SIGLO XVII

1. *El siglo XVII. Marco histórico*

El siglo XVII se presenta a la historia como una etapa donde, guardadas las proporciones, reinó la tolerancia y la libertad de expresión. Las guerras de religión terriblemente violentas del siglo XVI ceden ante un afán de lograr paz propiciando un clima favorable para la renovación de

215 *Ibidem*, p. 278.

la cultura, de la vida intelectual y científica. En líneas muy generales, las condiciones más favorables de vida logradas en el siglo XVII permitieron un aumento demográfico en Europa sin precedentes al pasar de una población de noventa y cinco millones a ciento treinta millones de habitantes. Hecho notable que permitió posteriormente las grandes empresas de expansión y colonización de los europeos por todo el mundo. El aumento demográfico ayudó a la expansión de la vida urbana, restablecida desde el Renacimiento, que desde este siglo tomará cada vez mayor peso en la vida europea preparando el futuro industrial de muchos países (se puede hablar del inicio de la era industrial a partir de finales del siglo XVIII).

En el campo intelectual y científico se considera al siglo XVII como un siglo revolucionario, que aportó enormes avances científicos y tecnológicos. La aplicación de los métodos matemáticos y empíricos de Copérnico, Kepler, Galileo y Descartes permitieron un desarrollo de la ciencia como no se había conocido en muchos siglos.

En el aspecto tecnológico, la mejora en las técnicas de navegación y el espíritu de empresa de algunos países logró un volumen de tráfico marítimo enorme, lo que permitió el avance del capitalismo, que propició la fundación de empresas comerciales, como la Compañía Inglesa de Indias Orientales y la Compañía Holandesa de Indias Orientales, y se establecieron los Bancos de Amsterdam e Inglaterra (este último, rector de las finanzas mundiales hasta el siglo XX). Holanda conseguirá la hegemonía comercial del siglo XVII seguida de Inglaterra, que la desplazará en el siglo XVIII. Las actividades capitalistas y la fundación de compañías comerciales también se desarrolló de manera importante en algunas ciudades alemanas, en Suecia, Dinamarca y Francia.

Un fenómeno fundamental del siglo XVII fue precisamente el gran desarrollo del capitalismo, fomentado por la tolerancia y la libertad de empresa, que contribuirá al desarrollo de la burguesía como una clase social que pronto aspirará a jugar un papel preponderante en la organización política. En el siglo XVII la burguesía holandesa enfrentará a los Orange, en Inglaterra jugará un papel importante en la revolución que derrocó a la monarquía de Carlos I y en Francia, con la rebelión de la Fronda, se opuso a los Borbones. La burguesía se va convirtiendo paulatinamente en una clase que, debido en gran medida a la riqueza que detenta, aspira al poder. Parte de sus miembros se dedican profesionalmente a las tareas administrativas del Estado, cobrando fuerza creciente y conciencia, de que el Estado se sostiene, en buena medida, gracias a sus contribuciones.

José Pijoan enuncia las siguientes características del siglo XVII:

En el tránsito del siglo XVI al XVII, las nuevas orientaciones abiertas por el Renacimiento, la Reforma, el capitalismo, etcétera, habían definido ya una serie de manifestaciones sumamente características que irían afinándose a lo largo del siglo XVII: individualismo, espíritu de empresa, afán de investigación, nuevas inquietudes científicas, refinamiento progresivo del gusto y de la inteligencia, subjetivismo, criticismo, afán racionalista, etcétera, las cuales, a veces casi paradójicamente, irían afirmándose paralelamente a la consolidación del nuevo sistema de estado, la monarquía absoluta, o para ser más exactos, al absolutismo, ya que para algunos teóricos el fenómeno del absolutismo no se vinculará necesariamente a la forma monárquica.²¹⁶

En cuanto a los principales acontecimientos políticos del siglo XVII, haremos una muy breve reseña, por guardar relación directa con el desarrollo de las ideas jurídicas y políticas del iusnaturalismo racionalista y por servir de marco de referencia de los autores iusnaturalistas que se analizarán posteriormente.

En lo político, el siglo XVII se caracteriza por el afán de expansión de las esferas de poder de los monarcas y príncipes dirigentes de los Estados burocráticos modernos. Frente a estas pretensiones, por toda Europa surge la resistencia con diferente fuerza y magnitud en cada región o país, que llevará a infinidad de levantamientos, guerras civiles y rebeliones.

El movimiento de rebeliones de comienzos de la Edad Moderna alcanzó su mayor concentración y su más alta densidad a mediados del siglo XVII, extendiéndose desde Portugal a Rusia y desde Sicilia a Inglaterra. Los motivos y orígenes de las rebeliones fueron muy diversos y persiguieron diferentes objetivos políticos e intereses sociales —fueron desde la reducción de impuestos hasta la instauración de repúblicas independientes— y alcanzaron una intensidad, una calidad y un peso político muy diferentes, pero todas estuvieron relacionadas con la defensa de los antiguos, o recién conseguidos, derechos y privilegios, las formas de vida “tradicionales”, la independencia política y la cultura estamental, amenazados por la represión cada vez mayor del sistema absolutista en formación, así como la economía de mercado en expansión.²¹⁷

216 Pijoan, *op. cit.*, t. X, pp. 15 y 17.

217 Van Dülmen, *op. cit.*, pp. 342 y 343.

El primer acontecimiento de importancia es la guerra de liberación de los Países Bajos en contra de España. Se origina en el siglo XVI, producto de las tendencias antiabsolutistas de los círculos políticos calvinistas de Holanda. Dirigida por los nobles y burgueses y apoyada por el pueblo, la guerra de liberación se realizó tras varios levantamientos en un largo periodo de ochenta años. El resultado fue, por una parte, la división del país, ya que las provincias del sur permanecieron bajo el dominio español, y por otro lado, el surgimiento de un nuevo Estado liberal, no regido por ningún príncipe y organizado en forma de República comercial soberana. La revuelta comenzó en 1564 por una protesta de la nobleza contra el absolutismo español. A esta protesta se sumarán con el paso del tiempo los burgueses, los calvinistas y el pueblo. Bajo la protección y dirección de Guillermo de Orange se celebra la primera Asamblea independiente en 1572, y en 1581 las provincias del norte se declaran independientes de la soberanía española. Importante para abrir el siglo XVII, por su significado, fue la tregua de los Doce Años, firmada por la monarquía española y las Provincias Unidas en 1609, que denota ya el afán de paz y tolerancia que caracterizará al siglo XVII en materia religiosa. A partir de este momento los Países Bajos son reconocidos como nación independiente por otros Estados, condición que reconocerá finalmente España y toda Europa tras la paz de Westfalia. Es importante destacar que al comienzo de la revuelta, la intención fundamental de la nobleza era el restablecimiento y aseguramiento de los derechos estamentales, y de ninguna manera el rompimiento con la monarquía española; sin embargo, el resultado final fue la constitución de una República:

Aun cuando la república no era en un principio el objetivo, sí fue el resultado de la revolución, y no representaba, a pesar de las antiguas tradiciones, un Estado estamental de tipo medieval y feudal. Por su construcción fue algo “muy nuevo”: un Estado liberal que, a pesar de su constitución oligárquico-burguesa, permitía alcanzar, para aquella época, un máximo de expansión comercial y libertad religiosa.²¹⁸

La guerra de los Treinta Años fue un conflicto que involucró a prácticamente todos los Estados europeos. Por una parte, al pelearse en suelo alemán aceleró la conversión de los Estados imperiales a Estados independientes, y por la otra, fue la culminación de conflictos internacionales

entre Francia y los Habsburgo y entre España y los Países Bajos. La guerra se desencadenó en Bohemia por un problema en torno a la edificación de Iglesias protestantes, que fue resuelta a favor de los católicos con la intervención imperial. Esto suscitó un violento levantamiento de los protestantes. Al principio sólo se trataba de un conflicto que afectaba a los dominios de la casa de Austria; sin embargo, la revuelta se expandió, primero a los Estados alemanes protestantes que apoyaron la rebelión de Bohemia y después a Polonia, la Liga Católica alemana y España, a quienes los Austrias solicitaron ayuda y que terminaron invadiendo Bohemia. La casa de Austria, ante algunas victorias, decide atacar a los príncipes alemanes del norte y llega hasta el mar Báltico, lo que origina la intervención de Dinamarca y Suecia, que apoyan a los protestantes alemanes. La intención imperialista era lograr una Alemania unida sometida a Austria, lo que no convenía a los intereses franceses, quienes emprenden con Richelieu una campaña diplomática dirigida a entorpecer los intereses de Fernando II. Para el año de 1635 todo el occidente europeo se ve involucrado en la guerra y el territorio donde se disputa se amplía de Alemania a los Países Bajos, Italia del norte, Cataluña y Portugal. Francia dirige la coalición contra los Habsburgo. El conflicto terminó con la firma de la paz de Westfalia, de innumerables consecuencias para Europa:

Las consecuencias religiosas y políticas derivadas de estos tratados de paz fueron muy importantes. En Alemania, la igualdad religiosa entre católicos, luteranos y calvinistas se ajustó al criterio de que los súbditos debían acogerse a las creencias de sus príncipes, *Cuyus regio, ejus religio*, o emigrar a otros territorios donde imperase su propio credo. La secular parcelación política alemana estaba así asegurada y, por consiguiente, los sueños unitarios de los Austrias quedaban sin realizarse. La guerra de los Treinta Años, que había sido una terrible guerra civil para Alemania, consagraba su división por más de dos siglos.²¹⁹

Trevor-Roper hace el siguiente balance:

Una vez que todo terminó, ¿quién había ganado, y quién había perdido? Desde un punto de vista político, es fácil sacar las cuentas. El imperio español en Europa estaba deshecho. El trono Habsburgo era sólo una sombra de sí mismo. Sajonia y Baviera constituían poderes independientes en Alemania. La gran potencia del Báltico era Suecia. Sobre todo, Francia tenía

219 Pijoan, *op. cit.*, p. 29.

un gobierno sólido, las fronteras aseguradas, influjo en Alemania, y llevaba la iniciativa en todas partes. Pero la política es sólo una parte del balance. La guerra de Treinta Años destruyó mucho más que la hegemonía española en Europa. Destruyó todo un sistema, la síntesis de un siglo. El estado de la Contrarreforma, la Internacional calvinista, ambos decayeron con la lucha, y nunca volvieron a ser los mismos. Lo mismo sucedió con toda una filosofía. La guerra de Treinta Años contempló el final de una *Weltanschauung*: de una visión del mundo heredada de la Edad Media, que los grandes maestros católicos habían elevado a sistema universal, y que en realidad ni los luteranos ni los calvinistas, pese a todo su radicalismo ideológico, habían pretendido refutar.²²⁰

Francia es la monarquía más absolutista de Europa en el siglo XVII, llamado por los franceses el “siglo de Luis XIV” o el “gran siglo”. Fue un periodo de apogeo donde Francia marca la vanguardia cultural en todos los campos, se utiliza su lengua, se viste a su moda y se imita a su corte. El primer Borbón, Enrique IV, había iniciado una política que condujo en pocos años al más radical absolutismo en los tiempos de Luis XIV. Pero Francia no se mantuvo ajena a las revueltas características del siglo XVII y tuvo que enfrentar a la Fronda. La Fronda fue un levantamiento dirigido por la alta nobleza que pretendía reivindicar sus antiguos privilegios a través del fortalecimiento del Parlamento. En 1648 el Parlamento redactó en veintisiete puntos sus pretensiones revolucionarias: la monarquía debía quedar sujeta a su control. El cardenal Mazarino, primer ministro durante la regencia de Luis XIV, huyó de París con la familia real, ante el levantamiento de los parlamentarios. La Fronda se extendió por toda Francia y tomó proporción de una guerra civil; sin embargo, con la contraofensiva de Mazarino y, después, con la mayoría de edad de Luis XIV, fue perdiendo fuerza y quedó definitivamente resuelta para 1653. Sobre la valoración de la Fronda, Van Dülmen indica:

La Fronda de los parlamentarios y la alta nobleza no fue un episodio insignificante en la historia francesa, ya que no sólo amenazó la posición de Francia como gran potencia y la construcción del correspondiente Estado absolutista, sino que, ante todo, puso en evidencia la debilidad del sistema de dominación que, Richelieu y Mazarino habían construido con tanta energía. Desde luego no se trató de un levantamiento popular, ni de una revuelta de la burguesía (a pesar del importante papel que desempeñaron tanto el pueblo como la burguesía); lo que provocó la crisis del Estado fue una conspira-

ción de la alta nobleza contra el poder real absoluto, ya que éste le adjudicaba solamente un papel secundario, conspiración que sin el apoyo del pueblo y la burguesía no habría alcanzado el efecto que consiguió.²²¹

Desde un punto de vista político, la revolución inglesa es, quizá, el acontecimiento más trascendente del siglo XVII. Encuentra sus antecedentes desde el deliberado impulso de expansión marítima y colonial patrocinado por la última Tudor, Isabel I. De esta época data un importante fortalecimiento de la burguesía inglesa, que para el siglo XVII ha tomado una clara conciencia de su importancia social. Con la muerte de Isabel I sube al trono Jacobo I y se inicia la dinastía Estuardo, que enfrentará a la Revolución inglesa, la cual es definida en estos términos por Antonio Jutglar: "...por un intento de superar los obstáculos que la monarquía absoluta presentaba a un complejo núcleo de actividades socioeconómicas y culturales".²²²

La Revolución inglesa se distingue particularmente del resto de las rebeliones del siglo XVII, tanto por sus consecuencias, como por sus antecedentes. Inglaterra cuenta desde antaño con un Parlamento a través del cual la clase dirigente defendía sus derechos y pretensiones frente a la monarquía.²²³ La nobleza, por otra parte, no se retiró a la vida feudal y realizó diversas actividades que en el continente realizaba la burguesía, lo que la hacía más afín a la propia burguesía inglesa. Inglaterra había desarrollado una intensa actividad comercial e industrial que la situaba como una potencia marítima, comercial y financiera. Estos antecedentes explican la singularidad de la revolución inglesa, que comienza motivada por una crisis social provocada por la expansión económica que afectaba al orden feudal, por una radicalización religiosa, donde el puritanismo se opone a la Iglesia oficial y, sobre todo, por el conflicto entre el parlamento y la monarquía: "La verdadera raíz de la revolución se encontró en la escalada del conflicto entre el Parlamento y la Corona, aun cuando este conflicto sin la radicalización religiosa no hubiera conducido a la revolución".²²⁴

221 Van Dülmen, *op. cit.*, p. 358.

222 Jutglar, Antonio, en su colaboración a la obra de José Pijoan, *op. cit.*, p. 158.

223 La tradición inglesa considera que la ley se encuentra por encima del rey, que para los ingleses se forma por las costumbres y los precedentes judiciales (*common law*) que son entendidos como creación espontánea del pueblo u obra de los jueces. En el siglo XVII la ley se considera como superior a la voluntad del rey y de cualquier particular y se entiende como expresión de la razón. Este es uno de los conceptos que llevan a enfrentar al Parlamento con el rey Jacobo I, que es un teórico y defensor del Derecho divino de los reyes, donde el rey está por encima de toda ley.

224 Van Dülmen, *op. cit.*, p. 363.

El conflicto estalló cuando Carlos I se vio forzado a pedir el apoyo del Parlamento (parlamento Corto) para obtener recursos que financiaran la guerra contra los escoceses en 1640. El Parlamento se mostró reacio en la aprobación de nuevas contribuciones y el rey decidió disolverlo y decretó el aumento de empréstitos forzosos y el *ship money*, es decir, un derecho a exigir barcos a los súbditos. La resistencia escocesa venció a Carlos I, quien se vio forzado a convocar en noviembre de nuevo al Parlamento (Parlamento Largo), que ahora duró en funciones trece años y encabezó la revuelta que le costaría la cabeza al rey. El Parlamento encabezó una política de reformas que sólo pretendía restablecer la vieja Constitución y el equilibrio entre la Corona y el Parlamento, en contra de las pretensiones absolutistas de la monarquía. El rey no estaba dispuesto a hacer mayores concesiones, y el Parlamento decidió eliminar a todos los representantes del absolutismo. El primer acto importante fue la sentencia de muerte que el Parlamento hizo firmar al rey para la decapitación de su primer ministro, lord Strafford. Después se abolieron algunas instituciones reales y se declaró ilegal al *ship money*. El rey seguía reacio a cualquier cesión de poder, y después de un intento fallido de encarcelar a cinco parlamentarios huyó de Londres, con lo que el Parlamento denunció todos los errores de la política real y solicitó votar una nueva constitución eclesiástica. Esto fue el inicio de la guerra civil, que culminó, en la llamada primera revolución, con la muerte del rey Carlos I. Oliverio Cromwell fue el jefe del ejército parlamentario y el encargado de proclamar la abolición de la monarquía, a través de la proclamación de una república y la realización del primer programa democrático de la historia de Europa.²²⁵

225 Durante el gobierno del parlamento en la época de Cromwell prevalecieron dos doctrinas constitucionalistas: la que afirmaba la supremacía del Parlamento (republicana) y la democrática, que afirmaba la supremacía del pueblo que gobierna a través del Parlamento. Esta última corriente fue llamada de los “niveladores”: “Un primer grupo de esta tendencia es el de los Niveladores (*Levelers*), así llamados por su igualitarismo radical. Su filosofía se manifestó en primer lugar en el seno del ejército del Parlamento, bajo Cromwell, y en particular en la tropa. Dispersa en folletos y formulada asimismo en discusiones sostenidas con la oficialidad, dio lugar a un proyecto de constitución, el Acuerdo del Pueblo (*Agreement of the People*), varias veces retocado, que no llegó a implantarse. Su portavoz más destacado fue Juan (John) Lilburne (h. 1616-1657), cuya enérgica personalidad es la de un auténtico agitador. El núcleo de la doctrina de los Niveladores está en su teoría de los derechos del hombre. La ley natural confiere a los individuos derechos innatos (*native rights*) inalienables, y las instituciones políticas no tienen otra misión que la de protegerlos. Hacían hincapié en el consentimiento como base de la obligación política en el sentido más estricto, que exige la participación de todos en el gobierno por medio de la elección de representantes por sufragio prácticamente universal de los ingleses de más de veintiún años, quedando sólo excluidos (como ocurrirá en otras doctrinas del sufragio posteriores) los criados y los que dependiesen directamente de otro. El Parlamento es un mandatario del pueblo único titular de la soberanía. El individualismo inicial conduce aquí a un con-

La muerte de Cromwell dio paso en poco tiempo a la restauración de la monarquía con la declaración de Breda, por la que Carlos II aceptaba el trono de Inglaterra. La política de Carlos II, procatólica y absolutista, fue de nuevo repelida por el grupo de los *whig*, que pronto se convirtieron en los representantes de la burguesía, y que enfrentaron en un principio a los partidarios del monarca, los *tories*, que representaban a los grandes terratenientes. Con la muerte de Carlos II subió al trono Jacobo II, con abierta tendencia católica, lo que propició la unión de *whigs* y *tories*, que depusieron al monarca y ofrecieron la Corona a Guillermo de Orange, con lo cual la monarquía inglesa quedó sujeta al control del Parlamento en una Inglaterra donde los ingleses decidían quién y de qué forma se debía ocupar el trono. Así culminó la llamada segunda revolución “gloriosa” en 1688 con la instauración de la monarquía constitucional. Antonio Jutglar concluye:

...el mundo capitalista y burgués británico supo poner en marcha un mecanismo de transformación social y política de la plataforma general de Inglaterra, que a partir de 1688 pondría las bases, estables y maduras, para la puesta en marcha de un complejo proceso de innovaciones técnicas y económicas, que otorgarían a la isla un siglo de ventaja sobre el continente en el terreno de las innovaciones industriales, de modo que, tal como muy bien ha señalado P. Mantoux, Inglaterra pudo iniciar a partir de 1700 su revolución industrial cuando en el continente tardaría algún tiempo en iniciarse y sería necesario esperar aún al formidable *crack* político de la revolución burguesa de Francia de 1789.²²⁶

2. Hugo Grocio (1583-1645)

Es considerado como el fundador de la Escuela del Derecho Natural. Nacido en Holanda, de religión protestante, es uno de los mejores exponentes de la Jurisprudencia Elegante. Por sus ideas religiosas abandona Holanda, vive unos años en París y pasa sus últimos años en Suecia. Sus

tractualismo consecuente, que movía a los Niveladores a propugnar una Constitución escrita (no otra cosa hubiera sido el Agreement of the People) que fijase expresamente los derechos fundamentales inviolables y en consecuencia los límites del poder, incluido el del Parlamento, que también habría de respetarlos. Esta idea, opuesta a la tradición inglesa, no triunfaría en Inglaterra, pero actuaría en cambio poderosamente en Norteamérica a raíz del acceso a la independencia de las Trece Colonias, de las que pasaría a las de la América española a la hora de su emancipación”. Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 243.

226 Jutglar, *op. cit.*, p. 158.

obras más famosas son *De iure belli ac pacis* (1625), obra donde expone su filosofía jurídica, y *Mare Liberum* (1609), por la que se le reconoce como un gran internacionalista.

Influenciado todavía por la escolástica, Grocio inicia el camino de la secularización del derecho natural (muchos autores consideran a los teólogos juristas españoles como iniciadores de la corriente del derecho natural, en particular a Fernando Vázquez de Menchaca) separándolo de la teología.²²⁷ Truyol y Serra entiende a Grocio como un autor de “transición” que personificó el espíritu de su época, que, agobiada por las luchas de religión, busca escapar de la intransigencia de los dogmatismos, busca la tolerancia y se rinde ante la razón natural. De esta manera, Grocio afirma la posibilidad de encontrar normas dictadas por la razón que sean válidas para cualquier hombre, con independencia de su religión o país de origen. Afirma así la existencia del derecho natural como un orden de principios absolutos que Dios no puede alterar. En palabras del propio Grocio, que se han hecho célebres: “subsistiría [el Derecho natural] de cualquier modo incluso si admitiéramos —cosa que no puede hacerse sin impiedad gravísima— que Dios no existiese o no se ocupase de la humanidad”.²²⁸ En Grocio aparece claramente perceptible la característica racionalista, en el sentido de que aspira a la construcción de “sistemas” jurídicos que ordenen la vida social del hombre, formulados por la razón, de validez universal y fundados en los métodos matemáticos. Afirma que los principios del derecho natural se deducen a priori, con precisión matemática, de verdades axiomáticas evidentes por sí mismas. La determinación del contenido concreto del derecho natural se deduce de la historia y las sentencias de los jueces, de los filósofos, historiadores, poetas y oradores; y sostiene que la uniformidad de opiniones es prueba suficiente de que se descansa sobre los principios del derecho natural.

Respecto al “modelo iusnaturalista”, afirma la existencia de un “estado de naturaleza” en que todo es común; posteriormente, al corromperse el hombre, surge la sociedad política y la propiedad. Considera que el origen del cuerpo social es un contrato, pero no determina a qué forma de gobierno debe dar legitimidad. El fin del Estado es garantizar a cada uno el goce pacífico de sus bienes.

227 Guido Fassò explica que *De iure belli ac pacis* fue condenado por la Iglesia católica, lo que llevó a autores como Pufendorf y Tomasio, a considerar a Grocio como fundador de la teoría moderna del derecho natural.

228 Hugo Grocio, *Prolegomena*, 11, según cita de Guido Fassò, *op. cit.*, p. 71.

A Grocio se le reconoce fundamentalmente como un gran internacionalista. Afirmó, como ya lo habían hechos los teólogos juristas, la existencia de un derecho de gentes natural, que tiene los mismos principios del derecho natural, pero aplicado a regular las relaciones de los Estados. De éste surge el derecho de gentes positivo, al que llama “voluntario”, expresado mediante tratados y a través de la costumbre. “Principio supremo del derecho de gentes positivo es la fidelidad a los compromisos contraídos: *pacta sunt servanda*”.²²⁹

Para Guido Fassò, Grocio posee los suficientes méritos para ser considerado como efectivo “padre” del iusnaturalismo moderno:

En el iusnaturalismo racionalista, en la forma en que se encuentra expuesto en el *De iure belli ac pacis*, vio la cultura del siglo XVII el instrumento adecuado para redimir al espíritu humano de los vínculos del dogma, fundando la ética sobre bases puramente humanas. Leído así Grocio, contra todas sus intenciones, y bien lejos de cuanto había supuesto el valor real de su obra, devino iniciador de una nueva época de la filosofía ético-jurídica, y consiguientemente política.²³⁰

El estudio de los alemanes Molitor y Schlosser apunta:

El trascendental mérito del que fue celebrado como fundador de un nuevo Derecho natural y como padre del moderno Derecho internacional estriba en establecer los fundamentos de la concepción del Derecho de gentes, deducido exclusivamente de la condición natural de los individuos para formar comunidades (*appetitus societatis*), liberándolo así de las cadenas de la vieja Filosofía y de la Teología moral a la vez que lo secularizaba.²³¹

Sobre la influencia de Grocio en el derecho privado, señala Wieacker lo siguiente:

Al fundar Grocio su Derecho de gentes sobre el Derecho natural y, por tanto, formularlo como teoría general del Derecho, su obra ha servido también de modelo para la rama privatística del Derecho racionalista. Ha influido, por intermedio de Pufendorf, Cristian Wolff y Thomasio, hasta en los códigos alemanes iusnaturalistas, no sólo en lo general, sino hasta en las particularidades: así, por ejemplo, la teoría del origen y conocimiento del Dere-

229 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 206.

230 Fassò, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

231 Molitor-Schlosser, *op. cit.*, p. 51.

cho; del origen, contenido y transmisión del dominio; de la declaración de voluntad y del contrato, y del matrimonio.²³²

3. *Thomas Hobbes (1588-1679)*

Thomas Hobbes vive en la Inglaterra de las luchas entre el Parlamento y la casa reinante de los Estuardo. Presencia la Revolución inglesa, lo que le lleva a buscar incansablemente la paz como primordial fin del Estado y a defender al absolutismo como óptima forma de gobierno. Autor de una muy vasta obra literaria, consagra al estudio de la filosofía jurídica y política tres grandes tratados: los *Elementos de derecho natural y político* (*Elements of Law Natural and Politic*), que fueron escritos hacia 1640, el *De cive*, y su obra más famosa, el *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (*Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*), escrita en 1649.

Hobbes es considerado por la mayoría de los tratadistas como el primer autor iusnaturalista que formula una teoría que se puede llamar moderna del Estado, basado en métodos científicos, utilizados con verdadero rigor lógico. Su filosofía ha sido descrita como materialista y mecanicista:

...un materialismo mecanicista y determinista que reduce la realidad a sus elementos últimos y simples para explicarla únicamente por el juego de sus movimientos. El estudio del hombre se integra en esta concepción fundamental. De ahí la preocupación de Hobbes por asimilar la psicología y la política a la física y aplicarles el método matemático.²³³ Su filosofía es materialista, mecanicista y nominalista: los conceptos son palabras, y el razonamiento un cálculo formal de los nombres generales, cuyo fin es siempre práctico; la sociedad, como la naturaleza, es un mecanismo que debe explicar científicamente el funcionamiento, y la moral es el cálculo científico de los medios con que el hombre puede alcanzar mejor su propia conservación.²³⁴

Wieacker lo considera: “...como el perfeccionador de su matematización y su secularización, siempre que se tenga en cuenta que la secularización de la ciencia occidental es la conclusión más incondicionada y ra-

232 Wieacker, *op. cit.*, p. 248.

233 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 221.

234 Fassò, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

dical de la idea cristiana del mundo, considerado a la luz del voluntarismo y del nominalismo como creación regida por leyes”.²³⁵

Fundada sobre el método científico, Hobbes construye su teoría política, donde hace enraizar su teoría sobre el derecho. En la línea de Maquiavelo, Hobbes piensa posible la construcción de una ciencia de la política, para lo cual es indispensable realizar un análisis objetivo del comportamiento del hombre en sociedad. Este análisis, libre de prejuicios, encuentra al hombre como un ser egoísta que busca ante cualquier cosa su propia conservación y su seguridad. Este afán de seguridad se traduce en una incesante lucha por el poder, que se convierte en el mejor medio de garantizar la propia conservación.

De esta primera premisa, del hombre egoísta que busca ante todo su propia conservación, se deriva la concepción de Hobbes del modelo iusnaturalista. Es aquí donde su teoría se convierte en antitética de la tradicional concepción aristotélico-tomista y de los precursores del iusnaturalismo, incluido Grocio, cuando Hobbes niega la naturaleza social del hombre mediante la afirmación de que por naturaleza el hombre tiende más a soportarse que a simpatizar y asociarse. En el estado de naturaleza, entonces, el hombre se encuentra en una lucha de todos contra todos, donde puede utilizar todos los medios a su alcance, pues posee una libertad ilimitada para lograr su fin práctico primordial, que es su propia conservación. En tal estado de naturaleza no existe la posibilidad de calificar a las acciones de justas o injustas, y por lo tanto el hombre no se encuentra regulado por ninguna ley (para Hobbes, como veremos más adelante, la ley es expresión de la autoridad, sin la cual no existe). La única regla es la fuerza: “En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales”.²³⁶ El hombre vive entonces en el estado de naturaleza en una guerra constante, sin ley alguna y con una actitud a-social e inclusive anti-social (*homo homini lupus*). Sobre la inexistencia de las leyes en el estado de naturaleza Fassò explica:

235 Wieacker, *op. cit.*, p. 263.

236 Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 104.

Ley de naturaleza que no es para Hobbes la que rige en el estado de naturaleza, y a la que se refieren los derechos innatos del hombre, pues en él no existen normas de conducta, y la única “ley” por la que se guía el hombre es la que más favorece a su propia utilidad, “ley no menos rígida que aquella por la que una piedra cae hacia abajo” necesidad física por consiguiente, y no norma, en la que el autor reconoce el concepto de Derecho, considerando que la palabra Derecho (*ius*) “no significa otra cosa que la libertad que cada uno tiene de usar, según la recta razón, de las propias facultades naturales”. Y así, la ley de naturaleza (*law of nature, lex naturalis*), es una norma, dictada por la razón, pero una norma que la razón dicta instrumentalmente, al servicio de la naturaleza egoísta y utilitaria del hombre; ella es, efectivamente, “un precepto o regla general, pensado por la razón, que prohíbe al hombre hacer lo que es nocivo para su vida o que le priva de los medios para conservarla”. La razón, en otras palabras, no es para Hobbes constitutiva del Derecho natural; es un instrumento al servicio de la naturaleza insocial y egoísta del hombre (al igual que para Aristóteles, los escolásticos y Grocio era, en definitiva, un instrumento al servicio de la naturaleza social).²³⁷

Son la razón y los apetitos del hombre los que lo llevan a tratar de salir del estado de naturaleza mediante la celebración de un pacto donde los hombres ceden sus derechos a una autoridad superior. El contrato social consiste en una cesión de derechos, de los individuos que pactan, en favor de una autoridad superior, que no tiene obligación de garantizar el ejercicio de esos derechos, sino que tiene la posibilidad de utilizar su poder en forma ilimitada para asegurar la paz. El pacto origina la sociedad civil, que Hobbes asemeja a un hombre artificial al que llama Leviatán, destinada a proporcionar paz y seguridad a los individuos. El poder del Estado es absoluto y no tiene límites, afirmando Hobbes que la forma de gobierno óptima es la monarquía, por ser la que muestra mejores posibilidades de asegurar la paz a los hombres por el mayor tiempo. La peor es la democracia. La expresión máxima del poder político consiste en la facultad de otorgar leyes.

La expresión más genuina del poder absoluto, ilimitado e indivisible del soberano, es la facultad de dar leyes. Llegamos así a la teoría hobbesiana del Derecho, que supone un giro radical con respecto al iusnaturalismo de inspiración aristotélico-tomista, y una vuelta a la tradición occamista. El

237 Fassò, *op. cit.*, pp. 102 y 103. Las citas interiores corresponden a *Leviatán*, I,14.

Derecho surge propiamente del Estado y pende del Estado. No hay injusticia donde no hay ley, y no hay ley donde no hay una voluntad superior que se impone. Es la voluntad del soberano la que crea artificialmente lo justo y lo injusto.²³⁸

Para comprender la función del derecho y la teoría de la ley natural de Hobbes es necesario exponer dos supuestos. Por una parte, la ley surge por la razón como aspiración fundamental a la paz, como se dijo anteriormente; el temor a la violencia y la aspiración al goce tranquilo de las cosas crea las condiciones por las que la razón aspira a la paz, a la que se accede mediante la formulación de leyes.

Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable, y la esperanza de obtenerlas por medio del trabajo. La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso. Estas normas son las que, por otra parte, se llaman leyes de naturaleza.²³⁹

Surge entonces el concepto de ley natural, como una serie de normas fundamentales que son formuladas por la razón y que indican aquello que es esencial para la conservación del género humano. La primera ley “fundamental” de la naturaleza es enunciada por Hobbes como

...un precepto o regla general de razón, en virtud del cual, cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla, y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra. La primera fase de esta regla contiene la ley primera y fundamental de naturaleza, a saber: buscar la paz y seguirla. La segunda, la suma del Derecho de naturaleza, es decir: defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles.²⁴⁰

De esta norma fundamental Hobbes deduce lógicamente las leyes naturales que expone en el Leviatán, y que reduce a diecinueve.²⁴¹

238 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 223..

239 Hobbes, *op. cit.*, cap. 13, p. 105.

240 *Ibidem*, cap. 14, p. 107.

241 Nos parece interesante enunciar las restantes dieciocho leyes naturales de Hobbes: “2o. que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo; 3o. que los hombres cumplan los pactos que han celebrado; 4o. que quien reciba un beneficio de otro por mera gracia, se

Sin embargo, las leyes de la naturaleza son producto del requerimiento de la razón que exige la paz y también por esta exigencia de la paz es que surge el Estado, cuya función más plena de ejercicio de poder consiste en la facultad de dar leyes. Así se distinguen las leyes de la razón que no son propiamente leyes a las que se pueda apelar sino “conclusiones o teoremas relativos que conducen a la conservación y defensa de sí mismos”.²⁴² “Las leyes naturales no son suficientes por sí solas para garantizar lo que constituye su objetivo, la paz y la seguridad ya que únicamente el temor (*terroure*), a una autoridad (*power*) puede contrarrestar las pasiones de los hombres, opuestas a tales leyes”.²⁴³

La ley es exclusivamente un producto de quien tiene poder para dictarla, en consecuencia la ley depende exclusivamente del Estado.

La expresión más genuina del poder absoluto, ilimitado e indivisible del soberano, es la facultad de dar leyes. Llegamos así a la teoría hobbesiana del Derecho, que supone un giro radical con respecto al iusnaturalismo de inspiración aristotélico-tomista, y una vuelta a la tradición occamista. El Derecho surge propiamente del Estado y pende del Estado. No hay injusticia donde no hay ley, y no hay ley donde no hay una voluntad superior que se impone. Es la voluntad del soberano la que crea artificialmente lo justo y lo injusto.²⁴⁴

Con esto se entiende a Hobbes como un positivista: “Con su rigurosa vinculación del Derecho al Estado, es Hobbes uno de los máximos defini-

esfuerce en lograr que quien lo hizo no tenga motivo razonable para arrepentirse voluntariamente de ello; 5o. que cada uno se esfuerce por acomodarse a los demás; 6o. que, dando garantía del tiempo futuro, deben ser perdonadas las ofensas pasadas de quienes, arrepintiéndose, deseen perdonarlos; 7o. que en las venganzas, los hombres no consideren la magnitud del mal pasado, sino la grandeza del bien venidero; 8o. ningún hombre, por medio de actos, palabras, continente o gesto manifieste odio o desprecio a otro; 9o. que cada uno reconozca a los demás como iguales suyos por naturaleza; 10o. que al iniciarse condiciones de paz, nadie exija reservarse algún derecho que él mismo no se averdría haber reservado por cualquier otro; 11o. si a un hombre se le encomienda juzgar entre otros dos, que proceda con equidad entre ellos; 12o. que aquellas cosas que no pueden ser divididas se disfruten en común, si pueden serlo; y si la cantidad de la cosa lo permite, sin límite; en otro caso, proporcionalmente al número de quienes tienen derecho a ello; 13o. derecho absoluto, o bien (siendo el uso alterno) la primera posesión, sea determinada por la suerte; 14o. de la primogenitura y el primer establecimiento; 15o. a todos los hombres que sirven de mediadores en la paz se les otorgue salvoconducto; 16o. que quienes están en controversia, sometan su derecho al juicio de su árbitro; 17o. que nadie es juez de sí propio; 18o. que nadie sea juez, cuando tiene una causa natural de parcialidad; 19o. dar credibilidad a los testigos. *Leviatán, op. cit.*, pp. 106-129.

²⁴² Hobbes, *op. cit.*, cap. 15, p. 119.

²⁴³ Fassò, *op. cit.*, p. 102.

²⁴⁴ Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 223.

dores del positivismo jurídico. La autoridad, no la verdad, hace la ley: fórmula voluntarista radicalmente opuesta al intelectualismo tomista o grociano”.²⁴⁵ Fassò le hace la siguiente crítica:

Pero, sobre todo, el iusnaturalismo, tanto moderno como antiguo, opone la razón a la autoridad, otorgándole una función principal, sea en el plano político —función de límite al poder de los gobernantes—, sea en el terreno de la filosofía y de la misma ciencia política, de la concepción del Derecho. Para los auténticos iusnaturalistas, la razón es la base del Derecho; quien ponga por fundamento a la autoridad, se halla más sobre posiciones propias del positivismo jurídico que del iusnaturalismo.²⁴⁶

A pesar de que Hobbes afirma la total cesión de derechos en favor del Estado que no encuentra límites en su poder y que entiende a la ley como expresión de voluntad del poder del Estado, no se puede afirmar que defienda un despotismo arbitrario. Truyol y Serra concluye que en Hobbes existe un absolutismo mitigado por el individualismo:

Hobbes profesa un individualismo que mitiga las consecuencias prácticas de su absolutismo. El Estado de Hobbes no tiene un fin en sí, sino que está al servicio de los individuos. Este individualismo se refleja cabalmente en la teoría hobbesiana de la persona colectiva como mera ficción. Las sociedades son cuerpos artificiales, reductibles, de hecho, a sus respectivos superiores, que los representan y encarnan. El Estado no es para Hobbes una excepción, aunque se distingue de las demás sociedades únicamente en la medida en que él las autoriza.²⁴⁷

4. *Baruch Spinoza (1632-1677)*

Nace en Amsterdam en 1632, en el seno de una familia judía. Fue expulsado de la comunidad hebrea por sus doctrinas. Comparte con Hobbes el anhelo de paz y, en consecuencia, la búsqueda de un gobierno firme y fuerte y “su predilección por la exactitud matemática de las deducciones, sobre todo en la consideración (recibida de Maquiavelo) de la política como realidad autónoma y puramente humana, cuyas leyes hay que conocer para aplicarlas en provecho común”.²⁴⁸ Muere en Aia en

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 224,

²⁴⁶ Fassò, *op. cit.*, p. 107.

²⁴⁷ Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 229.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 230.

1677. Sus principales obras son el *Tractatus theologico-politicus*, *Ethica ordine geometrico demonstrata* y *Tractatus politicus*.

Independientemente de las analogías con Hobbes, Spinoza es un filósofo que no encuadra exactamente en el marco del iusnaturalismo. Por una parte, toca incidentalmente los temas jurídico-políticos y, por otra, debe considerarse como un pensador muy original.

La doctrina spinoziana es rigurosamente panteísta: Dios es la única sustancia, que, Unidad total, se identifica con la naturaleza, cuyo orden tiene por esto el carácter de absoluta necesidad; y en la naturaleza está comprendido el hombre, cuya razón y pasiones, con todo lo que de la razón y pasión humanas se origina, entran en el orden de la necesidad natural. También la vida política, y su organización en forma de Derecho, se incluyen en este orden necesario, manifestación de la suprema realidad, “*Deus sive natura*”, en la que las leyes son —como lo habían sido para los estoicos— expresión, a un tiempo, del deber ser y del ser. Este determinismo por el que todo procede por una intrínseca necesidad, es interpretado por algunos de modo finalista, como expresión de la voluntad racional de Dios, y por otros como puro mecanicismo en el que la premisa teológica viene a estar prácticamente anulada. Esta última interpretación es propia de la crítica marxista, que ve en la doctrina de Spinoza un materialismo total.²⁴⁹

Para Spinoza, el derecho natural no es más que el orden necesario de la naturaleza física, que actuaría sobre todos los seres como ley de la naturaleza. El derecho de los hombres no es más que un producto de la fuerza:

...por Derecho e instinto de naturaleza yo no entiendo sino la regla de naturaleza de cada individuo, según la cual concebimos que cada cosa está naturalmente determinada a existir y actuar de una cierta manera. Por ejemplo, los peces están determinados por naturaleza a nadar, y los grandes a comerse a los más pequeños; y así los peces disponen por el supremo derecho natural, de agua para nadar, y los grandes, de pequeños para comer. Es cierto, en efecto, que la naturaleza absolutamente considerada tiene derecho a todo lo que puede, es decir, que el derecho de la naturaleza se extiende hasta allá donde llega su poder, porque el poder de la naturaleza es el poder mismo de Dios, quien tiene el supremo derecho sobre todo, pero, puesto que el poder universal de la naturaleza en su totalidad no es algo extraño al poder de todos los individuos tomados en conjunto, se sigue que ningún individuo tiene el supremo derecho a todo lo que puede, o sea, que el

derecho de cada uno se extiende sólo hasta allí donde llega su determinado poder.²⁵⁰

Así coincide con Hobbes al afirmar que la ley natural no es una ley impresa en la razón humana, sino una ley necesaria que determina la existencia del hombre: “Consecuentemente, siempre que el hombre actúa de acuerdo a las leyes de su naturaleza, obra conforme al derecho”.²⁵¹

Sobre el “modelo iusnaturalista”, Spinoza dedica su propia teoría. Al igual que Hobbes, piensa que el estado de naturaleza es un estado de inseguridad, donde los hombres están sometidos a la ley del más fuerte y dominados por las pasiones. Ya que la ley natural es una ley que aplica a cada ser según su propia determinación, en el estado de naturaleza todo está permitido o, si se quiere, nada está prohibido. Ante este estado de cosas se revela la razón y busca, mediante el pacto, la creación de un poder capaz de subordinar a todos los individuos. El poder surge de la convención, por lo que no tiene límites más allá de su poder efectivo. Así surge la sociedad civil y el Estado, como una necesidad racional de regular las pasiones del hombre y como un afán de buscar la utilidad: “nada es más útil al hombre que el hombre”.²⁵² Sin embargo, como indica Guido Fassò, el utilitarismo no es de carácter absoluto, por lo que el Estado, con un profundo motivo ético, debe, por una parte, garantizar la paz y la seguridad, pero, por la otra, debe actuar e instaurar un “orden ético realizador de la verdadera naturaleza del hombre, que es la racionalidad y, por ello, la libertad”.²⁵³ El Estado ético hace posible el pleno ejercicio de la libertad del hombre. Así, se puede justificar a la monarquía, pero a diferencia de la teoría de Hobbes, los derechos a la libertad no podrían cederse y, en todo caso, se requeriría de un consejo que vigile al monarca. Afirma, más bien, que la libertad no es compatible con el gobierno de un solo hombre, y afirma que en orden a dicha libertad, la democracia sería la forma más natural.

Por eso pudo el propio Espinosa subrayar en una de sus cartas que, contrariamente a Hobbes, él mantenía intacto el derecho natural, de tal manera que el Poder Supremo en un Estado no tiene más poder sobre un súbdito que en proporción al poder por el cual es superior al súbdito, y esto es lo que ocurre

250 Baruch Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, XVI, según cita de Guido Fassò, *op. cit.*, p. 116.

251 Baruch Spinoza, *Tractatus politicus*, II, según cita de Alfred Verdross, *op. cit.*, p. 187.

252 Baruch Spinoza, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, IV, según cita de Guido Fassò, *op. cit.*, p. 118.

253 Fassò, *op. cit.*, p. 119.

siempre en el estado de naturaleza. Y en verdad, si en el autor del *Leviatán* el Derecho natural cedía su lugar al Derecho positivo en cuanto se instauraba la sociedad civil, en Espinosa el Estado es la condición de su realización efectiva y racional.²⁵⁴

5. Samuel Pufendorf (1632-1694)

Samuel Pufendorf nace en Sajonia en 1632 y muere en Berlín en 1694. Luterano ortodoxo, enseñó en Heidelberg por primera vez en la historia la cátedra de “Derecho natural y de gentes”, que posteriormente se convertirá en materia de enseñanza universitaria con el nombre de “Filosofía del Derecho”. Su principal obra es *De iure naturae et gentium* (1672), de la cual hizo un compendio titulado *De officio hominis et civis secundum legem naturalem*. Su importancia para la historia del derecho radica, no en su originalidad y profundidad filosófica, sino en el trabajo de sistematización y exposición de la doctrina iusnaturalista de su tiempo.

Realiza el primer intento para construir un sistema de derecho natural con la sola ayuda de la razón, con el gran mérito de romper el monopolio del método mecanicista-causal de la ciencia de la naturaleza (Hobbes) que amenazaba extenderse a la ciencia social, al defender la singularidad del mundo ético.

También Pufendorf partió del principio, tomado de su maestro E. Weigel, de que el método matemático debe hacerse extensivo a la ética y al Derecho natural y aunque su obra principal suponga una atenuación en este punto, sigue reivindicando con todo para las verdades morales aquella certeza que es propia de la geometría. Que ello no implicaba una confusión entre el mundo físico y el mundo humano se desprende suficientemente de su teoría de los modos del ser moral, de los *entia moralia*, en su contraposición al mundo natural de los *entia physica*, que desarrolla la de Weigel.²⁵⁵

Pufendorf persigue la construcción de un sistema orgánico y científico de derecho natural, afirmando que éste puede fundarse en una ciencia que posea el mismo rigor que la física, diciendo que el método matemático también puede utilizarse en cuestiones de moral y derecho. A efecto de

254 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 232.

255 *Ibidem*, p. 266.

lograr el rigor del método matemático,²⁵⁶ formula su teoría de los “entes morales”. Según ésta, existen entes físicos cuyas relaciones describe y analiza la ciencia física e, independientes a éstos, existen, además, “entes morales”, a los que identifica con los valores. Establece entre ambos una serie de diferencias que justifican la aplicación de métodos distintos de conocimiento. Afirma que los entes morales están regidos por la libertad, a la que presuponen, mientras que los entes físicos se rigen por relaciones necesarias cuyo principio es la causalidad. El fin de los entes morales es alcanzar la perfección del hombre, siendo la perfección del mundo físico la finalidad de los entes físicos. Los entes morales son modos del ser, y como tales son esencialmente multiformes. Por estas diferencias es que debe aplicarse al conocimiento de cada tipo de “ente” un método distinto, asumiendo Pufendorf, como perfecto racionalista, que tanto unos como los otros están regidos por leyes que pueden ser conocidas por la razón con una adecuada investigación científica. La definición de las leyes que afectan a los entes morales partirá del supuesto de la libertad con que actúan y de la relación del hombre con las normas que le guían a los fines que le son propios. De esta forma se pueden valorar las acciones humanas calificándolas de buenas o malas, de justas e injustas. Mediante tal valoración, “las acciones humanas se ordenan en forma tal, que de ello resultan la armonía, la belleza y la diversidad del mundo moral...”²⁵⁷

Guido Fassò afirma que en realidad Pufendorf sólo es racionalista por lo que se refiere al método, ya que su concepto sobre la ley y sobre el fundamento del derecho natural es más bien voluntarista:

La ley es para Pufendorf, “la decisión (*decretum*) con la que un superior (superior) obliga a un inferior (*subiectus*) a obrar de conformidad con sus prescripciones”, y consiste por ello en un mandato (*iussum*); las mismas leyes que el género humano conoce mediante la razón, o sea, las leyes naturales tienen vigor en cuanto la razón hace entender que es voluntad y mandato de Dios que los hombres obren conforme a ellas; erraba Grocio cuando afirmaba que la justicia procede de la ley natural.²⁵⁸

256 Pufendorf tomó de su maestro E. Weigel esta idea de hacer extensivo el método matemático a la ética. Weigel, como indica Wieacker, pensaba que: “...se trasladan las formas matemáticas de conocimiento y de argumentación al mundo moral de la libertad, se explican los preceptos morales y de Derecho natural como leyes naturales y, ciertamente, no como causas (psicológicas) en el sentido de la ley general de la causalidad, sino en el modo lógico de validez de las reglas matemáticas. De este modo, pues, se hizo realmente posible una ‘aritmética’ (esto es, matemática) ‘descripción del saber moral’”. Wieacker, *op. cit.*, p. 270.

257 Verdross, *op. cit.*, p. 206.

258 Fassò, *op. cit.*, p. 123. La cita interior corresponde a Pufendorf, *De iure naturae et gentium*.

El hombre forma el Estado a partir de un estado originario —afirma Pufendorf—, pero a diferencia de Hobbes, piensa que el estado de naturaleza no tuvo existencia histórica, y que el estado natural del hombre no es la guerra sino la paz. En el estado de naturaleza el hombre es libre, y no se encuentra sometido a nadie, y, aunque reina la paz, el hombre se encuentra aislado y en un permanente estado de necesidad que lo vuelve un ser miserable que vive en constante angustia porque por sí mismo no puede cumplir las normas de su naturaleza (tendientes a su conservación y confort). La anterior *imbecillitas* lo determina a unirse, y así, la regla de derecho natural es hacer todo lo que favorezca la sociabilidad.

El hombre tiende a salir del estado de naturaleza por su instinto social y lo hace mediante la celebración del contrato social.

“...no obstante la natural tendencia a la paz, indudablemente a veces los hombres tienden recíprocamente a causarse daño. De aquí la necesidad de la que ya hemos hablado, de una organización social y política que garantice a sus miembros la seguridad en las confrontaciones de eventuales agresores; y así, después de esta serie de argumentaciones contradictorias, mas eclécticamente yuxtapuestas, Pufendorf relaciona la teoría del estado de naturaleza con la del contrato social, según el esquema usual del iusnaturalismo del siglo XVII.²⁵⁹

Habla en primer término del pacto unión que sirve para superar la diversidad de opiniones de los individuos que pactan, hecho lo cual se hace otro pacto por el que se crea el Estado. A diferencia de Hobbes, que sostiene que todos los hombres renuncian a sus derechos, que ceden a un soberano, lo que legitima cualquier forma de gobierno despótico (para Hobbes es válida la injusticia, se cede todo en favor del Leviatán), Pufendorf afirma que el fin del Estado es la protección de los derechos naturales, haciéndose partidario de la democracia como forma de gobierno. De hecho, justifica el tiranicidio cuando el soberano transgrede los derechos naturales que no desaparecen al formarse el cuerpo social, como argumentaba Hobbes, sino que se confirman.

Ejerció una gran influencia sobre la ciencia del derecho privado, toda vez que sus obras se convirtieron en libro de texto. Wieacker le reconoce el mérito principal de su labor sistematizadora:

259 *Ibidem*, p. 127.

Este sistema perdura hasta hoy en los grandes códigos de la Europa central y puede decirse que en toda Europa, pues éstos estriban sin excepción alguna, en la sistematización de la ciencia del Derecho por el Derecho natural; especialmente las partes “partes generales” de algunos de esos códigos no serían imaginables sin el trabajo de Pufendorf. Algunas muestras de la trascendental creación sistemática y problemática de su obra fundamental profundizan la comprensión del Derecho privado actual de Europa. Resaltaremos el contrato y la promesa, la propiedad, así como el contenido y la estructura del Derecho de obligaciones.²⁶⁰

6. Guillermo Leibniz (1646-1716)

Godofredo Guillermo Leibniz nació en Leipzig, donde realizó sus estudios universitarios de derecho; posteriormente se doctoró en filosofía. Leibniz representa el espíritu universal de su época, que se dio a la tarea de armonizar el pasado con la nueva ciencia natural racionalista. Su filosofía jurídica se contrapone a las corrientes dominantes de la época. Pensador ecléctico, escribió sobre múltiples temas y participó activamente en la vida pública, donde llegó a ser Elector de Maguncia. Entre sus obras jurídicas y políticas destacan *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667) y el prefacio al *Codex iuris gentium diplomaticus prudentiae* (1693). Su obra de filosofía general más importante es *Nouveaux essais sur l'entendement humain* (1704). Muere en Hannover en 1716.

Leibniz afirma la existencia de un derecho natural que no depende de las leyes humanas y que comparte el hombre por pertenecer a su propia naturaleza. Este derecho se funda en las reglas de equidad y en las verdades eternas del intelecto divino. Afirma la unión del derecho y la teología en clara oposición a Pufendorf. Como señala Guido Fassò:

A partir de este momento, Leibniz no tiene duda acerca del fundamento del Derecho y la naturaleza de la justicia: las reglas de la equidad se fundan sobre bases racionales eternas que es imposible que sean violadas por Dios. Éste está vinculado por las reglas de la justicia y —lo que más importa— de una justicia no diferente de la humana, reglas fundadas en la naturaleza como las de la aritmética y la geometría, invariables como son las de la razón, que Dios mismo se ha empeñado en respetar. Los principios del Derecho deben buscarse no sólo en la voluntad, sino también en el intelecto divino, no sólo en la omnipotencia, sino también en la soberanía de Dios.²⁶¹

260 Wieacker, *op. cit.*, pp. 271 y 272.

261 Fassò, *op. cit.*, p. 158.

Al identificar al derecho con la teología se pensaría que Leibniz no encaja en el iusnaturalismo racionalista. De hecho, se le ha considerado como un pensador conservador; sin embargo, fue uno de los más importantes defensores de la posibilidad de aplicar el método de las ciencias naturales a la construcción de una ciencia jurídica. A tal efecto, Guido Fassò explica:

La *Nova methodus* apunta a reducir el Derecho a una unidad sistemática, mediante una ordenación de la materia jurídica que conduzca a principios simples, de lo que extraer leyes no sujetas a excepciones. Tal materia es siempre el Derecho romano, vigente entonces en Alemania como Derecho común, reordenándolo según un método nuevo, gracias al cual le sea conferida la unidad que el sistema justiniano no posee, racionalizándolo. En su totalidad, el sistema anhelado y propuesto por Leibniz debe conducir a la solución de todas las cuestiones, mediante argumentaciones precisas expresadas con lenguaje riguroso, según el método del procedimiento lógico matemático. Ciertamente, Leibniz no se coloca, como hacen los iusnaturalistas de su tiempo, fuera del Derecho, abstractamente racional, actúa desde el principio dentro del Derecho vigente, mas adentro de éste quiere conferirle la racionalidad y por ello la validez universal que constituye el ideal científico del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, para terminar persiguiendo el ideal, típicamente iusnaturalista, de un fundamento racional de todo el Derecho en cuanto tal independientemente del hecho de que ese sea el que halle en vigor.²⁶²

7. John Locke (1632-1704)

Considerado como el iniciador de la ilustración inglesa, John Locke es, sobre todo, un filósofo interesado en la teoría del conocimiento, desde la cual afirma al empirismo, a la experiencia humana, como origen de la conciencia y del conocimiento. Su principal obra es el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, publicado en 1690. Sus obras relacionadas con la filosofía política son *Dos tratados sobre el gobierno*, *Tres cartas sobre la tolerancia*, y el *Ensayo sobre el gobierno civil*.

Inicia su filosofía política, en sus años de juventud, dentro de la línea voluntarista influenciado por el calvinismo; sin embargo, con el paso del tiempo, y bajo la influencia de Hooker, abandonará su primera postura

262 *Ibidem*, p. 162.

para tomar la contraria afirmando una concepción de la ley y los derechos subjetivos en la línea racionalista.

Entiende a la ley natural como “una regla de conducta fija y eterna, dictada por la razón misma”,²⁶³ y afirma que es el origen y fundamento del poder político. La ley natural es, por ser producto de la razón, clara e inteligible, y puede ser conocida por todos los hombres. Ley natural y razón se identifican plenamente en la teoría lockiana.

Al contrario que Hobbes, afirma la existencia de la ley natural en el estado de naturaleza, al que describe como un estado de cooperación (no de guerra) regulado y dirigido por la razón. El estado de naturaleza es:

...un estado de perfecta libertad en la regulación de las propias acciones y en el de los propios bienes y de la propia persona, como se tenga por oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir licencia o dispensa a la voluntad de otro hombre, y es también un estado de igualdad, en el que todos los poderes y jurisdicciones son recíprocos, no pudiendo ninguno más que otro, y esto porque el estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna, la cual obliga a todos: y la razón, que es esta ley, enseña a todo hombre que la interroge que, siendo todos iguales e independientes, ninguno debe ofender a otro en su vida, salud, libertad y propiedad.²⁶⁴

A pesar de que los hombres viven en el estado de naturaleza regidos por la ley natural que les hace sujetos de una serie de derechos, esos derechos no están protegidos y garantizados por nada ni nadie, ya que carecen de sanción, lo que hace que no siempre se cumplan o se respeten. Así, es necesaria la sociedad civil, la organización política, que garantice el cumplimiento de la ley natural que debe ser establecida y aceptada por el consenso de los ciudadanos. El contrato es el elemento fundacional del Estado por el cual los individuos que pactan se desprenden de parte de sus derechos para cederlos al Estado, quien adquiere la obligación fundamental de garantizar el ejercicio de esos derechos.

[Locke] Quiere un Estado que no anule totalmente la condición natural del hombre, sino que al contrario, en cuanto sea posible, la conserve, y que, sobre todo, conserve lo que según él es esencial en el estado de naturaleza, o sea, la observancia de la ley natural que comporta la libertad: objetivo y

263 Locke, *Essays on the Law of Nature*, VII, según cita de Guido Fassò, *op. cit.*, p. 137.

264 Locke, *Two Treatises of Government*, II, según cita de Guido Fassò, *op. cit.*, p. 139.

función del Estado es, luego de suprimirlos, garantizar y asegurar los derechos poseídos por el individuo en el estado de naturaleza.²⁶⁵

Los derechos del pueblo son entonces inalienables, siendo obligación del gobierno respetarlos, ya que de lo contrario existe el derecho de resistencia por incumplimiento del contrato. Y Locke agrega a los dos derechos fundamentales, igualdad y libertad, un tercero, destinado a jugar un papel de suma importancia en la Revolución francesa: la propiedad.

La única innovación de importancia fue la realizada por John Locke, que al binomio de los derechos naturales de igualdad-libertad añadió el de propiedad. Los iusnaturalistas anteriores a Locke, influidos por la tesis medieval de la *communis omnium possessio*, no se había atrevido a declarar que la propiedad constituía un derecho originario o “natural” del hombre. A partir de la difusión de la obra de Locke, reforzada por las enseñanzas que ejemplificó Adam Smith, la propiedad fue incluida en el triple catálogo de los derechos naturales del hombre. Estos tres derechos naturales poseen una función estrictamente normativa en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII. Desde la igual libertad se derivaba la exigencia de que el poder fuera construido por los individuos libremente mediante un contrato de todos con todos para asegurar la libertad, igualdad y propiedades que ya se poseían en el “estado de naturaleza”. La *societas* que así nace fue llamada por los últimos iusnaturalistas una *societas assecuratoria*, así como “Estado de Derecho” porque la misión del “Estado” era defender los derechos naturales del individuo.²⁶⁶

La ley debe ser un instrumento al servicio de la libertad de los individuos y no una fuerza de limitación o castigo, por lo que el gobierno debe actuar con clara restricción de sus facultades, que sólo se ejercen en garantía de dicha libertad: “el fin de la ley no es abolir o restringir la libertad, sino protegerla y acrecentarla”.²⁶⁷ De esta idea deriva Locke la limitación que debe hacerse al Poder Legislativo: el primer límite consiste en que “Nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee”; el segundo límite consiste en que “la autoridad suprema o poder legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios; está, por el contrario, obligada a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y pro-

265 Fassò, *op. cit.*, p. 140.

266 Carpintero, *op. cit.*, p. 339.

267 Locke, *Two Treatises of Government*, II, según cita de Guido Fassò, *op. cit.*, p. 142.

mulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos”; “En tercer lugar, el poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste”; y, “En cuarto lugar, el poder legislativo no puede transferir a otras manos el poder de hacer las leyes, ya que ese poder lo tiene únicamente por delegación del pueblo”.²⁶⁸

Guido Fassò afirma que la concepción del Estado de Locke representa la primera sistematización teórica de la democracia moderna, porque en el pueblo reside la soberanía que transmite al Estado el poder de hacer y aplicar las leyes. “El elemento democrático, constituido por la fundamentación del poder político en el consenso popular, y el elemento liberal, constituido por el límite puesto a tal poder por una ley superior, se enlazan así y se compenetran en la teoría lockiana. La democracia anglosajona nace de una teoría, como de una praxis, iusnaturalista, es decir, afirmadora de la validez de una ley superior a la del Estado”.²⁶⁹ Villoro acota esta trascendentalísima aportación del pensamiento lockiano:

Al dilema de Hobbes, que creyó poder escoger sólo entre un poder fuerte y la anarquía, Locke opone una tercera alternativa: un poder razonablemente fuerte pero limitado. Así nació, en la historia de las ideas políticas, la que probablemente es la más de ellas: la idea del gobierno constitucional. La Edad Media había hablado de una limitación moral al poder; desde Locke esa limitación se institucionaliza jurídicamente y el régimen de Derecho pasa a ser un dogma jurídico de todos los países civilizados. El Derecho es el “sumo instrumento y medio” para el “fin sumo de los hombres, al entrar en sociedad”.²⁷⁰

Cabe finalizar la exposición de Locke con la siguiente cita de Truyló y Serra, en donde se expone la extraordinaria influencia del filósofo inglés:

La obra de Locke, por su espíritu conciliador y la sinceridad de su ideario liberal, respondía plenamente a las aspiraciones de la época, y en particular a las de la clase media ascendente. Ello explica el eco intenso y duradero que encontró. Se inspirarían en ella no sólo Montesquieu en su teoría de la división de poderes, y la mayoría de los autores franceses del siglo XVIII, sino también los artífices de la Declaración de Independencia y las constituciones en los Estados Unidos de Norteamérica. Pero las ideas de Locke,

268 Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 2a. ed., México, Gernika, 1996, pp. 126, 128, 130, 131 y 133.

269 Fassò, *op. cit.*, p. 144.

270 Villoro, *op. cit.*, p. 181.

al pasar a Norteamérica, y sobre todo a Francia, se hicieron más radicales. Si en Inglaterra tenían un signo conservador, por justificar cabalmente el nuevo orden de cosas, adquirieron fuera de un signo revolucionario, ya que sus implicaciones se oponían al absolutismo imperante.²⁷¹

IV. LOS AUTORES DEL SIGLO XVIII

1. *La Ilustración*

El racionalismo, nacido en el siglo XVII, comenzó a elaborar una nueva estructura mental para los europeos; sin embargo, a partir del siglo XVIII muchas de sus ideas, especialmente las jurídicas y políticas, toman una importancia fundamental, no sólo en los círculos intelectuales y científicos, sino que son llevadas hasta el pueblo, quien se convence de su poder transformador. Sirvan estas dos citas de, quizá el mejor historiador del periodo, Paul Hazard, para abrir este capítulo:

Y puesto que se trató durante esta misma crisis de salir de los dominios reservados a los pensadores para ir hacia la muchedumbre, para llegar a ella y convencerla; puesto que se tocó a los principios de los gobiernos y a la noción misma del Derecho, puesto que se proclamó la igualdad y la libertad racionales del individuo; puesto que se habló solemnemente de los derechos del hombre y del ciudadano, reconozcamos que casi todas las actitudes mentales cuyo conjunto llevará a la Revolución francesa fueron tomadas antes del final del reinado de Luis XIV. El pacto social, la delegación del poder, el derecho de rebelión de los súbditos contra el príncipe: ¡historias viejas hacia 1760! Hacía tres cuartos de siglo, y aún más, que se las discutía a plena luz.²⁷²

Pero desde 1715 se ha producido un fenómeno de difusión sin igual. Lo que vegetaba en la sombra se ha desarrollado a plena luz; lo que era tímido se ha vuelto provocador. Herederos recargados, la Antigüedad, la Edad Media, el Renacimiento pesan sobre nosotros; pero somos los descendientes directos del siglo XVIII.²⁷³

El Iluminismo o Ilustración fue un movimiento cultural que se caracterizó por el interés de transformar las estructuras sociales y económicas

271 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 255.

272 Hazard, *op. cit.*, pp. 370 y 371.

273 Hazard, Paul, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 9.

de los europeos del siglo XVIII, siglo al que se denomina “De las Luces”. El término “Ilustración” se utiliza como una categoría historiográfica para designar precisamente al siglo XVIII, pero cabe decir que en su acepción general la Ilustración designa una actitud cultural predominantemente racionalista

...en el sentido de una razón que intenta ponerse a sí misma, abandonada a su propio juicio, como única constructora del hombre y de su mundo; así se considera ilustrada a la época de la sofística griega. En esta acepción, Ilustración es una categoría de la historia cultural que expresa una actitud o tendencia característica, aparecida en diversas ocasiones en la historia de la humanidad, pero que se aplica comúnmente al fenómeno europeo.²⁷⁴

La Ilustración es definida por Kant en un celebrado ensayo, como la mayoría de edad del hombre intelectual: es sacudirse el yugo de influencias externas en el uso del intelecto, influencias externas que muchas veces uno se impuso a sí mismo, o que al menos se aceptaron sin protesta. En este sentido, más de una época de la historia de la humanidad puede, con razón, ser llamada la época de la ilustración o época del Renacimiento. Sin embargo, el siglo XVIII sobre todo, se destaca por ese espíritu esencial de la cultura, y aunque la Ilustración del susodicho siglo es un fenómeno que caracteriza a toda la civilización occidental, en Francia es donde se halla el foco de este desarrollo.²⁷⁵

Respecto al siglo XVII, y bajo la influencia de Locke, principalmente, la razón ya no se ve como el elemento central de la existencia humana y el único vehículo de “progreso”. En el siglo XVIII la razón se vuelve más analítica y crítica y gusta más de la sensación y la experiencia como fórmula idónea y precisa para la construcción del nuevo mundo que anhela.

Pero obsérvese que esta razón es muy distinta a la del siglo anterior. En el XVII, en efecto, la razón era algo así como la estructura central de la existencia; de ella —de la razón— había que sacar todo lo demás (innatismo de las ideas). En el XVIII, la razón es analítica de la realidad y constructora, es decir, que trabaja a partir de la sensación; por eso si se quiere señalar la tendencia dominante de la filosofía de la Ilustración, hay que hablar de “racionalismo empirista”.²⁷⁶

274 *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, Ediciones Rialp, t. XII, 1989, p. 483.

275 Cobban, Alfred, *El siglo XVIII. Europa en la época de la ilustración*, México, Alianza Editorial Mexicana, t. 9, p. 326.

276 Rialp, *op. cit.*, p. 483.

Para explicar dos conceptos que se contraponen epistemológicamente como el racionalismo y el empirismo, pero que pueden ser enmarcados en el mismo contexto cultural, sirva la siguiente descripción de sus mutuas relaciones y desarrollos en la época ilustrada:

¿Qué es la razón así limitada? En primer lugar, se le niega todo carácter de inneidad; se forma al mismo tiempo que se forma nuestra alma y se perfecciona con ella; se confunde con esa actividad interior que, trabajando sobre los datos de los sentidos, nos proporciona nuestras ideas abstractas y se diversifica en facultades... Tal es el papel de la razón: en presencia de lo oscuro y de lo dudoso se pone a la obra, juzga, compara, emplea una medida común, descubre, pronuncia. No hay función más elevada que la suya, puesto que está encargada de revelar la verdad, de denunciar el error. De la razón dependen toda la ciencia y toda la filosofía.

Se consideró que no tenía interés discutir sobre su esencia, y el máximo interés, por el contrario, ver operar a esta buena operaria, conocer su método y sus realizaciones. Observa los hechos que registran los sentidos; como los hechos se le presentan en un conjunto que parece a primera vista inextricable, los extrae de esa confusión: sin interpretarlos, sin aventurar acerca de ellos ninguna hipótesis, intenta captarlos en estado de pureza, luego retenerlos como tales. El análisis es su método favorito. En lugar de partir de principios *a priori*, como hacían los hombres de otros tiempos, que se contentaban con palabras y daban vueltas sin darse cuenta de ellos, se apeg a lo real; mediante el análisis distingue sus elementos, luego los colecciona con paciencia. Tal es su primer labor; la segunda consiste en compararlos, en descubrir los lazos que los unen, en derivar de ellos leyes.

Tarea lenta y penosa. Al menos, la razón está en situación de solicitar los hechos que se le escapan, de obligarlos incluso a repetirse para que los examine con más detalle, de comprobar la exactitud de sus relaciones, gracias a un procedimiento que los metafísicos ignoran y que ella pone en boga: la experiencia. La aprehensión del hecho, desprendido de sus sombras; la comprobación del hecho: la vuelta al hecho son los movimientos sucesivos de su prudente marcha. Entre una adquisición provisional y un resultado definitivo, la experiencia se sitúa como una garantía, una seguridad contra el error, un remedio a la flaqueza de nuestros sentidos, a las negligencias de nuestra pereza, a los extravíos de nuestra imaginación, a las enfermedades del espíritu que han sufrido las generaciones precedentes. Así se convertirá en la potencia bienhechora que hará hundirse los templos de la falsedad.

La razón se basta a sí misma; el que la posee y la ejerce sin prejuicios no se engaña nunca: *neque decipitur ratio, neque decipit aunquam*; sigue

infaliblemente el camino de la verdad. No necesita ni de la autoridad, de la que es, bastante exactamente, lo contrario, y que sólo ha resultado una maestra del error, ni de la tradición, ni de los antiguos, ni de los modernos. Toda aberración ha venido de que se ha creído ciegamente, en lugar de proceder en cada circunstancia a un examen racional.

Suya [de Locke] es la idea de que lo que no nos es útil no nos es necesario; el marino no necesita sumergirse en los abismos del océano, le basta llevar señalados en su carta los escollos, las corrientes y los puertos. Suya es, la haya tomado dondequiera, la idea de que no hay nada innato en el alma; de que nuestras ideas abstractas, nuestra razón misma, son el resultado de las sensaciones que ésta registra y de la labor que ejerce sobre sí misma. Suya es la idea de que el conocimiento no es más que la relación entre los datos que aprehendemos en nosotros, de que la verdad no es sino la coherencia de esa relación. Suya es la reducción del hombre al hombre. Está en la fuente del empirismo.²⁷⁷

Enmarcada en el contexto filosófico general del racionalismo, la Ilustración es más bien un movimiento cultural que trata de instruir a todos los hombres, con las “luces” de la razón, sobre la posibilidad de construir un mundo mejor. La razón, en busca de la utilidad y la felicidad del hombre, se convierte en el único medio para resolver de manera definitiva los problemas de la vida. La razón igualará a los hombres que deben ser educados libres de toda superstición. La educación se convierte en uno de los objetivos fundamentales de la mentalidad ilustrada:

Para esto está la tarea educativa que es como la esencia de la Ilustración; de aquí que la escuela y junto a ella el resto de los medios educativos cobren una excepcional importancia. Entre estos medios educativos, ocupando un lugar privilegiado, se considera el lenguaje, como bella manera de expresión del espíritu humano; por esta razón, el cultivo de las lenguas se fomenta de una manera extraordinaria en esta época.²⁷⁸

Con la educación se “iluminará” al hombre común, que la burguesía considera atrasado en muchos aspectos. Los burgueses emprenden una cruzada irredenta cuya misión principal es terminar con la superstición y la ignorancia. Intentan implantar sus criterios y gustos culturales, implementar el progreso e indicar al pueblo la forma de ser felices.

277 Hazard, *El pensamiento...*, op. cit., pp. 34-36 y 47.

278 Rialp, op. cit., p. 490.

El Siglo de las Luces acuña un nuevo término, originado en la ilimitada confianza de la razón, “el progreso”, entendido como el desarrollo de toda la potencialidad que se encuentra en la naturaleza.²⁷⁹ El progreso supone el rechazo de toda la tradición, que se entiende ha mantenido al hombre en la superstición y la ignorancia.

¡Qué sentimiento de triunfo y qué gozosa espera en esta sola palabra: el progreso! Procura ese orgullo sin el cual es difícil vivir y esas perspectivas sobre el futuro que, en lugar de contradecir el presente, lo completan y lo embellecen ya. Nuestros métodos progresan. Nuestra ciencia progresa. Nuestro poder de acción aumenta. Incluso la calidad de nuestro espíritu mejora. “Todas las ciencias y todas las artes, cuyo progreso estaba casi completamente detenido desde hace dos siglos, han recuperado en éste nuevas fuerzas y han comenzado, por decirlo así, una nueva carrera...” (7). “Estamos en un siglo que se va a iluminar de día en día, de suerte que todos los siglos precedentes no serán más que tinieblas en comparación...” (8). Todas las inquietudes, todas las agitaciones, se las canaliza; el hombre, cansado de volverse para contemplar en la lejanía del pasado la edad de oro, e inseguro de la eternidad, proyecta sus esperanzas sobre un porvenir más próximo del que gozará tal vez él mismo y que en todo caso alcanzarán a sus hijos...²⁸⁰

En aplicación de las ciencias naturales, surgió paralelamente la palabra “tecnología”, que se asoció a la idea de progreso. Los grandes avances tecnológicos europeos se debieron fundamentalmente a los bárbaros

279 No hay que perder de vista que el “progreso” fue una categoría que se dio en un contexto más bien intelectual y científico propio de las clases mejor acomodadas, mientras que la vida de la mayoría transcurría en un entorno difícil y cruel: “Fue sobre todo, a mi juicio, una época de optimismo racional, en que el propio optimismo era una consecuencia lógica del progreso del mundo occidental. El siglo XVII había constituido un periodo difícil, durante el cual la vida se desarrolló en un clima literalmente frío. En el siglo siguiente el tiempo mejoró, si bien en modo alguno pretendemos en este libro dar del siglo XVIII, pese a la Ilustración, una imagen *couleur de ros*. Tanto si partimos de 1660 como de 1715, casi siempre nos encontraremos con el azote de la guerra. Las epidemias asolaban a Europa sin cesar. Los horrores de la tortura aún desfiguraban el rostro de la ley en la mayoría de países. El tráfico de esclavos alcanzaría proporciones monstruosas. Los ahorcamientos en masa de hombres, mujeres y niños brindaban una diversión popular en gran Bretaña, lo mismo que el suplicio de la rueda en Francia y los autos de fe en la península Ibérica. Las operaciones quirúrgicas debían efectuarse por fuerza sin anestesia. Hogarth mostraría las brutalidades de la paz, y Goya, las de la guerra. En realidad, la vida era sórdida, cruel y breve. ¿Por qué, pues, habríamos de admirar esa época?”. Cobban, *op. cit.*, p. 8.

280 Hazard, *La crisis...*, p. 267. Las citas internas corresponden a: (7) Fontenelle en su Prefacio a la *Histoire du renouvellement de l'Académie Royale des Sciences* y (8) Pierre Bayle *Nouvelles de la République des Lettres*.

durante el medievo; con sus telares, sus molinos de viento, sus estribos y cabestros, su pólvora; sin embargo, es sólo hasta el siglo XVIII cuando se puede hablar propiamente de “tecnología”, entendiendo a ésta como la implementación práctica de los avances científicos promovidos por los nuevos métodos racionalistas. Como tal, el origen de los nuevos avances tecnológicos se remonta al siglo XVII, siendo el siglo XVIII el de su difusión. La difusión de las ideas y avances científicos y tecnológicos se debió en primer término a la labor de las sociedades científicas, que experimentan un gran auge en el siglo XVIII, desde la fundación en el siglo XVII de la Royal Society de Londres y la Académie Royale des Sciences de París entre 1660 y 1670, prácticamente todas las capitales y grandes ciudades de Europa cuentan con alguna sociedad científica. Por otra parte, la imprenta cumple una destacada función divulgadora, especialmente, a través de la inclusión de temas tecnológicos y científicos en las enciclopedias, grandes proyectos de divulgación del conocimiento y de las ideologías ilustradas. La enciclopedia francesa, dirigida por Diderot y D’Alambert, se publicó entre 1751 y 1780, mientras que la *Enciclopedia Británica* se comenzó a publicar en 1768.²⁸¹ Así, los grandes descubrimientos y avances científicos del siglo XVII se difundirían y alcanzarían más resultados en el siglo XVIII. Esto trajo un cambio de mentalidad para la gente educada del nuevo siglo, el hombre ilustrado desarrolló una especial confianza por la ciencia:

La Ilustración no es un simple deseo de comprensión racional de las cosas, ni una mera secularización de la cultura y los poderes, ni una ausencia de creencias en el más allá, que aunque aminoradas durante toda la época nunca desaparecen. No es tampoco un puro materialismo o un simple proceso por el cual el hombre se salve y se justifique a sí mismo. El racionalismo ilustrado estaba limitado por una corriente irracionalista que se da en el interior del hombre y que viene originada por los sentimientos y apetitos. La

281 La *Enciclopedia o Diccionario razonado de las artes y los oficios*, proyectada por Denis Diderot (m. 1784) y por Jean Baptiste Le Rond d’Alambert (m. 1783) publica su primer tomo en 1751; en seguida tiene la desaprobación y oposición de la autoridad eclesiástica de París; no obstante, aparecen otros cinco tomos en años sucesivos; en 1758 es nuevamente prohibida, ahora por el papa y por un decreto del rey; a pesar de ello, sigue saliendo, y los últimos diez tomos aparecen en 1766. Constituyó uno de los grandes éxitos de la época y expresa en sus consultas el espíritu ilustrado: la fe en el progreso y la razón. Se convirtió en uno de los logros más característicos de la Ilustración y en un medio fundamental de difusión de las ideas. “En un sentido general puede decirse que en la concepción de la *Encyclopédie* está implícita la teoría del progreso intelectual, la creencia de que el saber en sí mismo es una fuerza libertadora, y de que su difusión proporciona, sin ninguna duda, la felicidad y el bienestar a la raza humana”. Cobban, *op. cit.*, p. 353.

razón se exalta como posibilidad de valorar y de comprender el universo total, aunque la filosofía racionalista de la época ilustrada no es en general muy rigurosa. El hombre de la Ilustración se piensa a sí mismo como con capacidad para poder descifrar los misterios del mundo visible e invisible, y esta seguridad en su razón, seguridad a veces irracional, le hace sentirse ingenuamente superior a los hombres de otras épocas y apoyarse exclusivamente en la ciencia y los hallazgos naturales como los medios más seguros para el descubrimiento de toda verdad. Este movimiento cientifista, a veces identificado, confundido, sobre todo en Francia, con el materialismo, continúa en cierto modo hasta el s. XX. El dominio del mundo se considera que ha de venir por la seguridad de la ciencia; no valen, por tanto, los ideales que no se apoyen en esa “realidad”.²⁸²

La felicidad aquí y ahora. Ésta es una de las aspiraciones centrales de la mentalidad ilustrada. No más ideas de sacrificio y mortificación, no más promesas de felicidades ultraterrenas y eternas. Lo único que importa es todo aquello que hace la vida saludable, larga, feliz. La felicidad como objeto de la voluntad, pero incluso sin ella. Thomasius así lo pensó: el derecho tiene como misión fundamental hacer, por la fuerza, a los hombres felices. La ética eudemonista se impone por todas partes, y los criterios de cómo ser feliz son impuestos por la burguesía, que pretende enseñarla al pueblo. El placer quedaba rehabilitado: no más privaciones y sufrimientos corporales.

Por último, la felicidad se convertía en un derecho, cuya idea sustituía a la de deber. Puesto que era el fin de todos los seres inteligentes, el centro al cual tienden todas sus acciones; puesto que era el valor inicial; puesto que esta afirmación: *Yo quiero ser feliz*, era el primer artículo de un código anterior si se había merecido la felicidad, sino si se obtenía la felicidad a que se tenía derecho. En lugar de: “¿Soy justo?”, esta otra pregunta: “¿Soy feliz?”.²⁸³

La felicidad del hombre en el mundo, de un mundo que ha completado su secularización filosófica, que aspira al pleno ejercicio de la libertad, un mundo que aspira a la unidad cultural, donde el elemento civilizador gira en torno a la posibilidad de lograr la felicidad para todos. La civiliza-

282 Rialp, *op. cit.*, p. 489.

283 Hazard, *El pensamiento...*, *op. cit.*, p. 32.

ción ilustrada así secularizada encontrará su inspiración y la fuente de su conocimiento en la naturaleza.

El siglo XVIII llevó a su extremo más terrible la crítica instaurada en el siglo anterior.

El siglo XVII había acabado en la irrespetuosidad; el XVIII, empezó con la ironía. La vieja sátira no cesó; Horacio y Juvenal resucitaron; pero el género estaba desbordado; las novelas se hacían satíricas, y las comedias, epigramas, panfletos, libelos, vejámenes, pululaban; no había más que agudezas, pullas, flechas o vayas: se hartaban de ellas. Y cuando los escritores no daban abasto, los caricaturistas venían en su ayuda. Signo de los tiempos: había en Londres un hombre sabio, médico, filólogo, político también, que se llamaba John Arbussinot; reunió a su alrededor algunos de los más elevados representantes del pensamiento inglés; todos juntos, alegremente, fundaron un club sin igual, el Scriblerus Club, cuya razón de ser consistía en vengar al sentido común con la burla: como para anunciar a Europa, el año 1713, que la época de la crítica universal había llegado.²⁸⁴

La crítica en el siglo XVIII no dejó materia a salvo: se criticó la religión, la moral, la filosofía, la política, la literatura. La crítica se hizo más mordaz, más terrible. Sus flechas contribuyeron a minar cada vez más la consideración que se tenía por la tradición y el “supersticioso” sistema autoritario.

Eliminando todo pensamiento o idea que pareciera supersticiosa o misteriosa, la Ilustración emprende una crítica a la religión y la teología, como no se hubiera podido imaginar en el siglo XVII.²⁸⁵ En el siglo anterior una de las expresiones de las nuevas ideas sobre Dios y la religión fueron los deísmos. El deísmo puede ser definido como la opinión de

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 15.

²⁸⁵ Por muchas razones creemos importante incluir una breve referencia a un acontecimiento histórico ligado a la crítica religiosa y a la afirmación centralista del Estado. Nos referimos a la expulsión de los jesuitas de buena parte de los países occidentales. La Compañía de Jesús había sido fundada para luchar a favor del papado dentro del contexto histórico de la Contrarreforma. Para el siglo XVIII se había aliado al absolutismo político y se había convertido en la educadora de las clases medias y altas. En el terreno político y económico había alcanzado un enorme poder y una gran riqueza, lo que suscitó la envidia de los monarcas absolutos, especialmente de la forma tan exitosa de explotación de sus misiones americanas. Con el pretexto de su incondicional lealtad al papa, los jesuitas fueron declarados enemigos del Estado. Se les debe quitar la educación de los jóvenes y se les confiscan sus bienes. Son excluidos del reino de Portugal en 1759, del reino de Francia el 18 de noviembre de 1764 y del reino español en 1766. La apreciación de Hazard es que lo que abatió a los jesuitas fue el proceso de secularización propio del racionalismo que hizo que los Estados no estuvieran dispuestos a tolerar ninguna fuerza ni por encima ni al lado de su poder.

aquellos que solamente reconocen un Dios y prescinden de la verdad revelada. Sus principales convicciones eran la creencia en la accesibilidad racional de un simple monoteísmo, el rechazo de la revelación, el menosprecio al ceremonial, la excelencia de la tolerancia y confiar más en la moral que en la fe. Pero los deísmos del siglo XVII, confiados en la religión natural, no habían llegado a tanto: el Siglo de las Luces, como lo indica Hazard, sometió a proceso al Dios de los cristianos. El cristianismo había modelado la vida social y cultural de la civilización occidental, la religión había enfrentado cismas y herejías a lo largo de los siglos; sin embargo, el Dios cristiano seguía indicando los caminos y las formas de la acción del hombre. El siglo XVIII, a diferencia de otros periodos cismáticos o heréticos, cuestionará hasta la raíz más profunda todas las verdades cristianas.

En estas condiciones se abrió un proceso sin precedente, el proceso de Dios. El Dios de los protestantes estaba encausado lo mismo que el Dios de los católicos, con algunas circunstancias atenuantes a favor del primero, porque se lo consideraba más cerca de la razón, más favorable a las luces. Pero, en conjunto, no se quería distinguir entre Ginebra y Roma, entre San Agustín y Calvino. El origen era común, y común la creencia en la revelación.²⁸⁶

¿Existía verdaderamente un Dios? ¿Dios se preocupa por cuidar el alma de los hombres? ¿El alma es inmortal? Éstas y otras preguntas se hacían y se discutían en todas partes. Se publicaba toda clase de literatura con argumentos en pro y en contra. Se atacaba ferozmente al Dios de los cristianos:

El Dios de los cristianos había tenido todo el poder y se había servido mal de él; se había confiado en él y había engañado a los hombres; éstos, bajo su autoridad, habían hecho una experiencia que sólo había llevado a la desgracia. ¿Por qué, se preguntaba, es Cristo sombrío y triste? “Sin la religión, seríamos un poco más alegres”. ¿Por qué su reino no era de este mundo? “Lejos de combatirlo, que la religión fortalezca en el hombre el apego a las cosas terrenas”. ¿Por qué ha aconsejado la humillación de la carne?²⁸⁷

La revelación, como se puede imaginar, sufrió el encarnizado embate de la razón:

286 Hazard, *op. cit.*, p. 51.

287 *Ibidem*, p. 53.

La revelación pertenece al orden del milagro y la razón no admite milagros. La revelación pertenece al orden de lo sobrenatural, y la razón no admite más que las verdades naturales. Tan pronto como la razón examina la revelación encuentra en ella contradicciones, y, por consiguiente, falsedades. Lo que hay de propiamente religioso en la religión, no es más que superstición, y por consiguiente, es menester que la razón ataque a esa superstición vivaz y la destruya. No hay otra creencia que la racional: lo divino mismo tiene que reducirse a lo racional. Tal fue el lenguaje común de los corifeos en todos los idiomas.²⁸⁸

La defensa, igualmente prolífica en literatura, arguyó todo lo posible:

La razón y la religión, ¿son necesariamente enemigas? Por el contrario, la Iglesia las ha asociado siempre. Sólo podemos conocer los objetos según las ideas que tenemos de ellos, y nuestro juicio sólo es cierto en la medida en que nuestras ideas son claras; de acuerdo. Queda, sin embargo, un dominio que nuestras ideas, oscuras, limitadas y con frecuencia erróneas, no pueden alcanzar, nadie lo niega. Dios no puede engañarnos; esto es lo que todos los deístas conceden fácilmente. Y Dios nos ha revelado verdades que de otro modo hubiesen permanecido inaccesibles para nosotros; hay que creerlas. La fe en los misterios no es, pues, nunca contraria a la razón; por el contrario, la razón nos prescribe esa sumisión a la autoridad divina. Así habla uno de los apologistas más fecundos de la época, el abate Bergier, que recuerda a sus lectores la expresión de San Pablo: *rationale obsequium*.²⁸⁹ Se entrevé aquí, como una novedad que no se ha inscrito aún en la historia, y para hablar el lenguaje de la época, un cristianismo “ilustrado”: todo un movimiento europeo, un movimiento cristiano, que tiende a despojar a la religión de las estratificaciones que se habían formado alrededor de ella, a ofrecer una creencia tan liberal en su doctrina que nadie podría acusarla ya de oscurantismo; tan pura en su moral, que nadie podría ya negar su eficacia práctica. No un compromiso, sino la firme seguridad de que los mismos valores que durante dieciocho siglos habían fundado la civilización, valían aún y valdrían siempre.²⁹⁰

El progreso, los deísmos, el eudemonismo y, desde luego, el iusnaturalismo, hablan de naturaleza, pero ¿cómo entender este concepto en el siglo XVIII? La naturaleza se erigía en la maestra de la razón, en su fuente principal. La naturaleza era sabia y buena, y podía indicar el camino a

288 *Ibidem*, p. 61.

289 *Ibidem*, p. 78.

290 *Ibidem*, p. 83.

los hombres para la construcción del nuevo mundo que advendría con las luces de la razón. Rechazada la vieja religión, la vieja moral, el derecho y la política, se confiaba a la razón la misión de crear todo nuevamente; se hablaría, entonces, de la religión natural, de la moral natural, del derecho natural, de la política natural. Sin embargo, el concepto de naturaleza era heterogéneo y ambiguo; es más, de hecho era confuso, a pesar de lo cual se impuso como la fuente inagotable de la que bebía la razón.

Cuanto más se repetía que se seguía la naturaleza, que se obedecía a la naturaleza, más satisfecho se estaba, y menos se estaba de acuerdo. Nada ha perturbado más la conciencia occidental, ha observado muy justamente un historiador de las ideas, que ese recurso habitual a un vocablo único, que traducía según los tiempos, según los individuos, antinomias. Los filósofos de las luces, lejos de disipar esa confusión, la acrecentaron. Naturaleza y bondad; política natural, moral natural: alianzas dudosas; ante todo, dudas sobre la afirmación que preparaba todas las demás: naturaleza igual a razón.²⁹¹

El siglo XVIII también generó una nueva concepción de la política que caracterizó a las monarquías absolutistas de la Europa occidental, a excepción de las monarquías constitucionales inglesa y holandesa: “el despotismo ilustrado”. Basado en la fórmula de “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”, el poder estatal se vuelca en un afán transformador a intervenir en toda actividad humana. Partiendo de la consolidación del Estado lograda por el absolutismo, desde el punto de vista económico, se entiende que la riqueza del Estado logrará aumentar la felicidad de sus súbditos.

El eudemonismo afectó a la política, y de hecho la búsqueda de la felicidad fue la verdadera influencia ejercida por la Ilustración al poder estatal. Las ideas de progreso y la aplicación de las nuevas tecnologías se entiende transformarán la vida de los gobernados, haciéndoles felices. Los criterios, son, desde luego, impuestos por la aristocracia, y especialmente por la burguesía, lo que hará que sus logros reales sean inconsistentes; sin embargo, los ideales ilustrados llevarán al Estado dieciochesco a la instrucción pública, a la extensión de las vías de comunicación y a la implementación de muchas tecnologías que aportarán importantes beneficios.

291 Hazard, *op. cit.*, p. 252.

La monarquía absoluta de la Ilustración promovió las reformas en la agricultura con la implantación de nuevos cultivos y métodos para el trabajo de las tierras; la mejora de la ganadería, con la selección de especies; la aplicación de nuevas técnicas para la explotación de las minas y la extensión de la industria; todo ello habría de nutrir un comercio de volumen creciente requerido por el aumento de la población y por el nivel de vida de una sociedad en transformación, la mejora y el trazado de nuevas vías de comunicación y de transporte (carreteras, canales), puertos marítimos, etc., obedecieron a esta política.²⁹²

Su ideal, tantas veces repetido, de “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”, refleja el sentido paternalista de aquel movimiento, que a su dirigismo une la concepción de que el ciudadano sencillo e ignorante no es capaz de comprender lo que le conviene, y hay que tratarle, para su bien, como a un menor de edad. Esta idea es compartida por los propios “filósofos”, que se sienten minoría “ilustrada”, y la única capaz de llevar a la humanidad a un estadio más feliz.²⁹³

2. La reelaboración ilustrada de la Escuela del Derecho Natural

La doctrina del derecho natural sufre fuertes reelaboraciones durante la Ilustración. Los estudios y tratados toman un tono filosófico. Se trata de fundamentar filosóficamente los anhelos y aspiraciones ilustrados. En cuanto a las características que mencionamos como generales respecto a la Escuela del Derecho Natural, todas continúan presentándose y constituyendo el centro del pensamiento iusnaturalista; sin embargo, algunos de los conceptos son influidos por las ideas particulares del siglo XVIII. Seguiremos estas influencias de acuerdo con el criterio adoptado por el maestro Francisco Carpintero, que clasifica estas reelaboraciones con las siguientes categorías.

a) El eudemonismo como criterio supremo. Se acepta la visión eudemonista acerca de los fundamentos y finalidad del derecho natural: “...el eudemonismo es el principio fundamental de la Ética de la Ilustración, y esta ética fue acogida unánimemente por el derecho natural de este tiempo”.²⁹⁴ Eliminando instancias trascendentes, la ética eudemonista se enmarca en el proceso general de secularización del racionalismo. La felici-

292 Rialp, *op. cit.*, p. 606

293 *Ibidem*, t. 16, p. 100.

294 Carpintero, Francisco, “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural”, *Persona y Derecho*, Madrid, núm. 13, 1985, p. 90.

dad debe ser buscada a toda costa, incluso por la fuerza. El derecho toma para sí parte de la misión, y, según Thomasius: “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”.²⁹⁵

El criterio eudemonista, sin embargo, no persiste durante todo el siglo, y para la segunda mitad del mismo, la influencia de las tesis revolucionarias profesadas por Rousseau se convertirán en la nueva bandera: de ahora en adelante será la voluntad general la que exprese las aspiraciones y deseos de todos los ciudadanos.

b) La reducción del derecho a ley y la concepción imperativista de ésta. La ley es una de las aspiraciones fundamentales del iusnaturalismo. Con la Ilustración aparece como un mandato emanado de la voluntad del poder, que debe consagrarse como la única fuente del derecho. Con las tesis revolucionarias la ley se convierte en la expresión de las aspiraciones de todos los ciudadanos, que son representados en las asambleas legislativas. La voluntad general concretará en leyes positivas los principios del derecho natural. Se abre paso el positivismo jurídico, característico del siglo XIX. Carpintero señala, además, la radical separación entre derecho natural y positivo, que supone la supremacía de la ley: “...el derecho natural queda como un simple límite extrínseco del derecho humano, como una barrera cuya legitimación no está clara, destinada a desaparecer cuando el derecho de origen humano alcance su máximo prestigio”.²⁹⁶

c) La consideración de la ciencia jurídica en el iusnaturalismo ilustrado. Entre las causas que llevaron a la exaltación de la ley positiva encontramos, de acuerdo con Francisco Carpintero, las siguientes:

Idea ampliamente extendida de que la ley sí era clara, uniforme y precisa, cumpliría la función de ordenar la vida social, al introducir claridad y simplicidad en las relaciones sociales. Esta idea tuvo por consecuencia la exclusión de la interpretación de las leyes, pues toda hermenéutica, con su inevitable multiplicidad de soluciones, deshace la claridad, uniformidad y precisión. Esto en clara oposición al Antiguo Régimen con su multiplicidad de fuentes del derecho.

La oposición a la forma de proceder de la ciencia jurídica que gira en torno a problemas concretos y cuyo método es la casuística frente a la mentalidad ilustrada que busca situaciones abstractas y generales. En este senti-

²⁹⁵ Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, cap. V, 27, según cita de Carpintero, *op. cit.*, p. 90.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 93.

do no sólo se rechazó a la ciencia jurídica existente hasta la época, sino que se rechazó cualquier ciencia jurídica. Esto se explica, en parte, dentro del área francesa, a su sensibilidad frente a lo privado, es decir, en Francia 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 es la única capaz de realizar la felicidad pública y garantizar el respeto a los derechos de todos. Por ello la opinión del jurista privado fundamentado en su propia racionalidad, carecía de valor.²⁹⁷

3. Cristian Tomasio (1655-1728)

El primero de los iluministas alemanes se distinguió por la búsqueda del saber práctico y como defensor de la ética eudemonista. Su obra filosófico-jurídica inicia con la publicación de sus *Institutiones iurisprudentiae divinae* (1688), donde realiza una defensa de la doctrina de Pufendorf y continúa con los *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deductur* (1709), obra donde se aprecia la exposición de su propia doctrina.

Acorde con el espíritu iluminista, la obra de Tomasio posee un carácter pragmático, donde la utilidad se impone como finalidad de la acción humana. La finalidad práctica del saber es la eliminación de la intolerancia y el ejercicio de la libertad de pensamiento. Sobre este postulado de la libertad de pensamiento Tomasio construye su doctrina más significativa respecto a la separación de la moral y el derecho, continuando con la línea secularizadora de los pensadores alemanes del derecho iniciada en el siglo anterior, principalmente con Pufendorf, y que, después de Tomasio, consagrará definitivamente Cristian Wolff. La separación entre moral y derecho en el pensamiento de Tomasio implica también, en un plano más general, la separación del derecho natural y el divino y de la filosofía y la teología. De su primera postura como defensor de la doctrina de Pufendorf, Tomasio radicalizará más sus argumentos en contra de la escolástica luterana.

El derecho divino queda reducido exclusivamente a la interioridad del sujeto, por lo que se vuelve innecesario para la conformación de la vida política y social. La razón se erige en el sustituto definitivo de cualquier instancia religiosa, descartándose todo precepto religioso que se en-

297 *Ibidem*, p. 95.

tiende como un prejuicio. La razón se erige como única fuente posible del derecho natural, al que entiende en dos sentidos:

En sentido lato comprende todos los preceptos de conducta emanados de la razón (“*omnia praecepta moralia ex ratiocinatione profluentia*”); en sentido estricto debe ser entendido “*pro solis praeceptis iusti, quatenus ab honesto et decoro distinguitur*”, o sea, referido a la justicia, en cuanto distinta de las otras dos formas de la acción humana, que Tomasio llama *honestum* y *decorum*. Así, se anuncia aquí lo que constituye el motivo principal de interés de la filosofía jurídica tomasiana, la distinción del Derecho de las otras normas de conducta, y en particular de la moral; distinción que para Tomasio ocupa el primer puesto y se expone con términos precisos.²⁹⁸

Lo que Tomasio llama el principio de la honestidad corresponde a los contenidos de la ética o moral, mientras que el decoro se refiere a los principios que norman la política. Ética o moral, política y derecho, como formas de vida práctica, tienen la misma finalidad: la felicidad individual.

El fin universal del obrar, que para Tomasio, como se ha dicho, es una vida lo más larga y feliz posible, exige que se viva de modo “honesto, decoroso y justo” y, si ninguno de estos tres modos de comportarse deben excluirse mutuamente, cabe aún distinguirlos unos de otros. Tomasio los distingue según el principio de cada uno: el *honestum* es “hazte a ti mismo lo que quieras que los demás se hicieran a sí mismos”; el *decorum* “haz a los demás lo que quieras que los demás te hagan a ti”; el *justum* “no hacer a los demás lo que no quieras que te sea hecho”.²⁹⁹

Las normas éticas o morales constituyen obligaciones internas, mientras que las del decoro y la justicia son obligaciones externas que requieren para su cumplimiento de la existencia de por lo menos dos sujetos. Estas últimas se distinguen entre sí con la nota característica del *justum* como norma coercible, de donde emana su juridicidad. La coercibilidad se justifica por la necesidad de asegurar la paz externa.

Esta determinación tomasiana de la juridicidad es relevante no sólo bajo el aspecto lógico, sino que lo es, o mejor dicho lo fue, también bajo el aspecto

298 Fassò, *op. cit.*, p. 170. La cita en latín corresponde a la obra de Tomasio, *Fundamenta naturae et gentium*, I, V, 30.

299 *Idem*. Las citas del párrafo transcrito corresponden a la obra de Tomasio, *Fundamenta naturae et gentium*, I, VI, 40, 41, 42.

práctico y político, que era lo que más interesaba a Tomasio como iluminista. Si solamente los deberes jurídicos son coercibles, y si únicamente el comportamiento jurídico, es decir, el externo, es relevante a los fines de la paz social, ya que la moral no se refiere más que a lo interno del individuo, y si sólo las acciones externas, jurídicas, pueden ser objeto de coacción, toda aquella parte de la vida del hombre que tiene su raíz y su causa en el interior de la conciencia no podrá, por ende, ser sujeta a coacción por parte del poder político o eclesiástico; viene así afirmada la libertad de pensamiento y de religión.³⁰⁰

La doctrina de la distinción del derecho y la moral anticipó la distinción estructurada por Kant, y aunque no fue un pensador de gran profundidad se le debe reconocer su contribución a la tolerancia y la libertad de pensamiento.

4. Cristian Wolff (1670-1754)

Distinguido por su racionalismo extremo, Cristian Wolff buscó una sistematización general de la filosofía y, por lo tanto, también del derecho. Más que un pensador original, Wolff es reconocido por su labor de sistematización, que llega, sin embargo, a la reducción de la filosofía en conceptos muy abstractos, “por su racionalismo extremado y ahistórico y su rigidez conceptual, contribuyó, finalmente, al descrédito del iusnaturalismo”.³⁰¹ Autor de numerosas y extensas obras entre las que destacan, para la filosofía del derecho, *Ius naturae methodo scientifica pertractum*, obra en ocho volúmenes, un compendio: *Institutiones iure naturale et gentium*, y una teoría moral esbozada en *Philosophia moralis sive Ethica methodo scientifica pertractata*.

En la línea general del pensamiento iusnaturalista, señala Wolff la existencia de una ley natural que señala lo bueno y lo malo y que rige la conducta de los hombres, ley natural que existe independiente de Dios. Seguidor de la filosofía aristotélica, indica que la ley natural “obliga a cumplir todas las acciones que tiendan a la perfección del hombre, y a evitar las que tienden a su imperfección; ley universal, necesaria e inmutable, originaria en el sentido de que de ella han de derivarse todas las demás leyes naturales según un proceso lógico”.³⁰² A diferencia de Pufendorf,

300 *Ibidem*, p. 172.

301 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 276.

302 Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, 43, según cita de Fassò, *op. cit.*, p. 176.

que adoptó como base de su sistema a la naturaleza social del hombre, Wolff coloca como base a la naturaleza total del hombre, en su aspecto corporal y espiritual, y afirmó que la naturaleza humana está determinada por el fin (*telos*) al que están dirigidas las acciones humanas, que es el perfeccionamiento del hombre. De esta idea deduce el principio supremo de la ley natural, válido tanto para el derecho como para la moral, y que prescribe a los hombres realizar aquello que contribuya a su perfeccionamiento y evitar lo que pueda dañarlo o estorbarlo. Los hombres no pueden alcanzar solos este fin, sino que necesitan de la unión de las fuerzas y el intercambio de las prestaciones, de lo que deduce que además de los deberes hacia Dios y uno mismo, están los deberes ante los semejantes, esto es, se debe contribuir al perfeccionamiento de los demás hombres. Este deber de contribución es secundario frente al perfeccionamiento individual, por lo que limita la obligación de ayudar a los otros como obligación de hacer, a la que considera imperfecta, pero con la obligación de no hacer da el trato de perfecta, pues el otro puede oponerse a que se ejecute la acción.

La ley natural sirve de fundamento a la ética y al derecho natural, y por vía de la deducción informa a estas disciplinas y puede dar contenido al derecho positivo. La mayor aportación de Wolff al pensamiento jurídico es, precisamente, su método deductivo para extraer la norma concreta de la ley natural. El método de Wolff denota influencia de Pufendorf y la baja escolástica española, y significa un esfuerzo por acercar la teoría del derecho natural con la idea del derecho positivo. Wolff afirma la posibilidad de definir el derecho positivo, deducido de la ley natural, con toda precisión y certeza. Wolff es el creador de la “pirámide de conceptos” y la “jurisprudencia de conceptos”. La “pirámide de conceptos” es un método lógico (deductivo) para extraer de los principios de derecho natural (axiomas generales) la norma. Estos principios son la cúspide, y todo lo que de ellos se deduce es la base (norma). Su método es ir elaborando conceptos hasta que adquieran su expresión más nítida en una norma jurídica.

Wolff es individualista y contractualista en el sentido ilustrado. El Estado brota del contrato social, donde los hombres salen del estado de naturaleza, que es un estado pacífico. El fin del Estado que brota del contrato social es proporcionar a los súbditos la mayor felicidad posible. La determinación de que es la felicidad para el pueblo corresponde exclusivamente al monarca que, por otra parte, sólo queda obligado respecto a

sus súbditos por las normas de la ley natural y el contrato social. Se considera a Wolff como el máximo teórico del despotismo ilustrado.

5. Juan Bautista Vico (1668-1744)

Dentro del marco cultural de la Ilustración y del racionalismo como sistema filosófico fundamental del siglo XVIII hubo una reacción contraria a las ideas racionalistas, que son criticadas desde una nueva perspectiva, abordada por dos autores contemporáneos, Vico y Montesquieu: la perspectiva historicista. Desde una posición histórica se rechazó la teoría formulada por el modelo iusnaturalista del estado de naturaleza y el contrato social. La crítica de estos autores no encontró eco en una sociedad ávida de cambios y predispuesta a rechazar todo el pasado en aras de un futuro, que la razón prometía brillante.

Juan Bautista Vico, nacido en Nápoles, estudió derecho, disciplina de la que partió su interés por la filosofía y la historia. Destacan entre sus obras *De uno universi iuris principio et fine uno*; *De constantia jurisprudentis*; y su principal obra: *Scienza Nuova*, donde expresa su posición antitética al cartesianismo y los ideales culturales de la Ilustración. La crítica de Vico se apoya en la idea de que la historia, entendida como la obra del hombre, es o debe ser el único objeto de indagación filosófica.

Vico parte, influenciado por Grocio, de la inquietud sobre la posibilidad de formular a través de la metafísica los principios del derecho (natural, ideal, etcétera) en forma sistemática. De sus indagaciones surge el problema de la relación entre lo universal y lo particular, de lo verdadero y lo cierto. El derecho cierto es el positivo, que se presenta como arbitrario e irracional, pero que manifiesta rasgos de racionalidad, de participación en la “veracidad” del derecho verdadero (natural, universal, ideal). Concluye en la participación de lo universal en lo particular, de lo verdadero en lo cierto, es decir, “la razón y la autoridad, aún siendo opuestas no se excluyen, sino, antes bien, se implican”.³⁰³

Busca en primera instancia escribir un tratado de derecho natural que contradiga a Grocio y los filósofos racionalistas. Partiendo de la tradición cristiana, la visión histórica de Vico es providencialista, es decir, parte de la idea de que la historia es obra de la acción convergente de Dios y el

303 *Ibidem*, p. 188.

hombre, donde la divina providencia es la artífice de la historia humana. El derecho como obra del hombre es producto de la historia.

El punto de partida filosófico general de Vico es la oposición a la noción cartesiana de la certeza. Para Vico, sólo puede conocer verdaderamente un objeto quien lo hizo, su autor. Lo verdadero se identifica con lo hecho: “*verum et factum convertuntur*”. De ahí que sólo Dios posea la ciencia del mundo natural. El hombre, por su parte, únicamente podrá conocer sus obras, que plasman en el *mondo delle nazioni o mondo civile*, que en la historia nos revela. La ciencia nueva que propugna Vico tiene por objeto, según su fórmula impregnada de un deje platónico, la “historia ideal eterna, sobre la cual discurren en el tiempo las historias de todas las naciones”. En efecto, “este mundo civil ha sido ciertamente hecho por los hombres, por lo cual se puede, porque se debe, encontrar de nuevo sus principios dentro de las modificaciones de nuestra propia mente humana”.³⁰⁴

Dentro de la historia se desenvuelve un derecho verdadero, un derecho natural que es eterno, pero que se manifiesta históricamente en diversas etapas. Los filósofos racionalistas han confundido al derecho natural con la última etapa histórica en que se manifiesta el derecho verdadero, al que llama “derecho natural de gentes”, y que es producto de las costumbres de las naciones. Partiendo de la sociabilidad natural, afirma que los hombres poseen un sentido común general que conforma el derecho de los pueblos y las naciones, al que apela como sabiduría del género humano y que se concreta en la historia como presencia del derecho verdadero. Vico distingue tres etapas de la historia, que es aplicada también al derecho como obra histórica. La primera etapa del sentido o de los dioses, a la que corresponde en el mundo jurídico la edad del derecho divino, donde no hay reglas; la segunda etapa, llamada de la fantasía o de los héroes, corresponde al derecho de la fuerza dominado por la religión; la tercera etapa de la razón desplegada o humana posee un derecho humano fundado en la razón.

Fassò valora la obra y el significado del pensamiento de Vico en los siguientes términos:

La grandeza de la Ciencia Nueva está en otra parte: precisamente en la intuición de que la verdadera realidad es la historia, y que lo individual, en lo que la historia consiste, no es menos verdad que lo universal; lo universal,

antes bien, está en lo individual, en el que toma forma concreta y verdaderamente real. La racionalidad, por consiguiente, antes que contrapuesta a la historia, como generalmente se hizo por los iluministas y en particular por los iusnaturalistas de los siglos XVII-XVIII, se actúa para Vico en la misma historia, que es a un tiempo realidad humana y divina. Por lo que respecta a nuestro tema, logra así una total superación de los principios iusnaturalistas de la época cuyo vicio fundamental consistía en el abstractismo; la racionalidad no es el raciocinio abstracto, sino razón que se realiza en la historia y con ella se desarrolla y revela: el Derecho natural no contrasta, por tanto, con las instituciones históricas, positivas, sino que se encarna en ellas, constituyendo su última razón de ser.³⁰⁵

6. *Carlos Secondat, Barón de Montesquieu (1689-1755)*

Bajo la perspectiva del análisis histórico, Montesquieu inicia su carrera estudiando derecho y trabajando en la judicatura. En 1721 publica sus *Lettres persanes*, y en 1748, su obra más importante: *L'esprit des lois*. Precursor de la sociología, se propone “elaborar una verdadera física de las sociedades humanas”.³⁰⁶ Busca entender y formular las leyes de la vida social partiendo de la observación empírica de los hechos; prescinde, entonces, de la abstracción racionalista, entendiendo a esas leyes “no como principios racionales e ideales, sino como relaciones constantes entre fenómenos históricos”.³⁰⁷

Pretende entender la causa de la diversidad de las leyes y costumbres para formular las relaciones constantes de éstas y entender el “espíritu” de las leyes jurídicas. Estas constantes sólo pueden ser establecidas mediante el análisis histórico de la multitud de leyes y organizaciones políticas de los diferentes pueblos y no, como afirmaba el iusnaturalismo, mediante la abstracción racional.

Define a las leyes como: “Las leyes en su más amplia significación son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido todos los seres tienen sus leyes: las tiene la divinidad, el mundo material, las inteligencias superiores al hombre, los animales y el hombre mismo”.³⁰⁸ Las relaciones necesarias suponen la regulación de todos los seres, abarcando el concepto de ley, tanto al mundo de la naturaleza, como al mundo histórico.

305 Fassò, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

306 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 294.

307 Fassò, *op. cit.*, p. 197.

308 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Gernika, 1995, p. 31.

Admitir que hay “leyes” en el sentido de relaciones necesarias entre los fenómenos de la vida social y política es reconocer a la política, y en general a la ciencia de la sociedad, una autonomía global que Maquiavelo había puesto al descubierto en uno de sus aspectos. Hay, en una palabra, leyes de relación relativas a las leyes dictadas por los hombres, distintas de éstas, que permiten juzgar su grado de adecuación a las circunstancias históricas de las respectivas sociedades, y que pueden extraerse de la historia universal de las sociedades humanas con un método comparativo.³⁰⁹

Al hombre rigen tanto las relaciones de las cosas en cuanto a su naturaleza física, como a las relaciones de cosas en cuanto a su naturaleza social, conformadas éstas por una diversidad de convenciones y formas de estructura política y social.

Montesquieu afirma, al igual que el iusnaturalismo, la existencia de leyes derivadas de la naturaleza de las cosas de las que deben surgir las leyes positivas, pero difiere con los racionalistas, en cuanto a que la forma de conocer y definir esas leyes sólo puede provenir del conocimiento de la historia.

La “naturaleza de las cosas”, que estudia y que es, pues, la naturaleza del hombre, es para él en definitiva, historia; “el gobierno más conforme a la naturaleza es aquel cuyas disposiciones particulares mejor correspondan a las disposiciones del pueblo por el que ha sido constituido”; y lo que constituye el “espíritu de las leyes”, que da título a esta obra, consta de las relaciones entre las leyes y una serie de elementos que Montesquieu llama *naturaleza*, pero que en su mayor parte son de orden histórico: ellos son, aparte del clima, la calidad, situación y extensión del terreno y el número de habitantes —que son efectivamente datos naturales—, el género, la vida de los pueblos, el grado de libertad que la constitución es capaz de soportar, la religión, la riqueza, el comercio, las maneras, las demás leyes, su origen, el fin del legislador, el orden de las cosas sobre las que han sido establecidas. Y a todos estos elementos de carácter histórico, no menos que a los de carácter físico, se refiere Montesquieu a lo largo de la obra, dedicando a cada uno de ellos uno o más libros, en los que la obra está dividida.³¹⁰

Mientras que las leyes físicas se cumplen de manera fatal y rigen a todos los seres del universo, las leyes establecidas por Dios y los hombres son constantemente desobedecidas o cambiadas en virtud de la libertad

309 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 295.

310 Fassò, *op. cit.*, pp. 198 y 199. Las citas internas son de Montesquieu, *L'esprit des lois*, I, 3.

del hombre, por lo que la tarea del legislador es interpretar el espíritu de su pueblo y conducirse con la razón. Define a la ley positiva como: “La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de todas las naciones no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana”.³¹¹ La razón opera no en forma abstracta, sino como intérprete de las condiciones históricas de cada pueblo. Así, el legislador debe reconocer la racionalidad histórica en el espíritu de la nación: “Corresponde al legislador acomodarse al espíritu de la nación, siempre que no sea contrario a los principios del gobierno”.³¹²

De la obra de Montesquieu desde el punto de vista político se derivará una ideología llamada a ejercer gran influencia en el movimiento revolucionario francés de la segunda mitad del siglo XVIII. A continuación se esbozan algunos de los conceptos más importantes:

En cuanto al problema de la libertad política, Montesquieu afirma: “...la libertad política no consiste en hacer lo que uno quiera. En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer, y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer”.³¹³ “La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”.³¹⁴ Al igual que Locke, afirma que la ley es la garantía del ejercicio de la libertad, principio moderno fundamental del constitucionalismo y el Estado de derecho. El marco político que permite la libertad es tomado directamente de la Constitución inglesa, que Montesquieu estudió ampliamente, y que considera como el gobierno óptimo, ya que la Constitución otorga un contexto institucional adecuado. Dicho contexto fundamental que permite la libertad política es la división de poderes. “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”.³¹⁵ Que “el poder frene al poder” sólo es posible mediante una separación rigurosa de los tres poderes en diferentes personas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las

311 Montesquieu, I, 3, p. 37.

312 *Ibidem*, XIX, 5, p. 381.

313 *Ibidem*, XI, 3, p. 207.

314 *Idem*.

315 *Ibidem*, XI, 4, p. 208.

leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.³¹⁶

Acorde con la desconfianza de la época en el Poder Judicial, Montesquieu reduce sus funciones a la aplicación de las leyes en forma estricta que no permita interpretación alguna fuera del espíritu de la ley. “Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”.³¹⁷ En aras de la certeza jurídica proporcionada por las leyes, participa en la idea de negar validez a las fuentes jurídicas provenientes de la costumbre y la jurisprudencia.

La ideología presentada por Montesquieu en el “El espíritu de la leyes” configuró un modelo:

...al que se referirán los teóricos y políticos liberales de finales de los siglos XVIII y XIX, inspirando las cartas constitucionales de los Estados que vendrían a poner término y sustituir al absolutismo; y donde el principio de la división de poderes, versión moderna y jurídicamente precisada de la antigua teoría del Estado mixto, la cual miraba igualmente a lograr el equilibrio entre los distintos elementos del Estado para evitar el predominio de uno de ellos, fue asumido, a veces con una confianza excesiva acerca de la posibilidad efectiva de actuación, como el principio esencial del Estado constitucional.³¹⁸

7. David Hume (1711-1778)

Otro opositor a las teorías iusnaturalistas fue el inglés David Hume, quien profesó un empirismo³¹⁹ extremo contrario al racionalismo imperante. Su obra más importante es *A treatise of human nature*, publicada en 1740, a la que siguieron *An enquiry concerning human under-*

316 *Ibidem*, XI, 6, p. 210.

317 *Ibidem*, XI, 6, p. 212.

318 Fassò, *op. cit.*, p. 201.

319 Desde el punto de vista epistemológico, el empirismo es definido y explicado por Juan Hessen en los siguientes términos: El empirismo (experiencia) opone a la tesis del racionalismo (según la cual el pensamiento, la razón, es la verdadera fuente del conocimiento) la antítesis que dice: la única fuente del conocimiento humano es la experiencia. En opinión del empirismo no hay ningún patrimonio *a priori* de la razón. La conciencia cognoscente no saca sus contenidos de la razón, sino exclusivamente de la experiencia. El espíritu humano está por naturaleza vacío; es una tabula rasa, una hoja de escribir y en la que escribe la experiencia. Todos nuestros conceptos, incluso los más generales y abstractos, proceden de la experiencia. Hessen, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

standing, de 1748, y *An enquiry concerning the principles of morals*, de 1751.

Su filosofía lleva al extremo las nociones empiristas de Locke. Ambos restringen el conocimiento humano a los límites de la experiencia; sin embargo, mientras que Locke reconoce total valor de la experiencia, Hume se lo niega, al afirmar que la experiencia no puede fundar la plena validez del conocimiento, postura que llevará al escepticismo la mayor parte de las conclusiones del filósofo inglés. Para Hume, sólo a partir del conocimiento de la naturaleza humana se puede abordar el conocimiento del hombre y de todas las ciencias. La naturaleza humana es fundamentalmente sentimiento e instinto. Hasta la razón es concebida como una manifestación de la naturaleza instintiva del hombre. Desde otro punto de partida, Hume coincide con el espíritu racionalista de crítica negativa hacia la tradición:

Hume ha pretendido así arraigar en la misma naturaleza humana la tarea crítica y destructiva que el iluminismo consideraba propia de la razón. Su obra es una gran contribución en este sentido. Ha sometido a crítica racional los dos conceptos fundamentales de la metafísica tradicional: sustancia y causa. Ha tratado de liberar a la ética y a la política de sus planteamientos metafísicos reduciendo el origen y validez de las mismas a necesidades o exigencias humanas. Y sobre todo, ha restringido la capacidad cognoscitiva de la razón al dominio de lo probable. Es verdad que admite que no hay un campo de conocimientos en el que el hombre pueda conseguir la certeza de la demostración, pero reduce este campo a la “cantidad y al número”, esto es, al dominio abstracto o formal en que no se hace referencia alguna a las cosas reales. La pretensión de extender la demostración a otros dominios le parece absurda y quimérica y sus *Investigaciones sobre el entendimiento* terminan con palabras que podrían tomarse como el lema de toda filosofía positiva: “Cuando curioseamos los libros de una biblioteca, persuadidos de estos principios, ¿qué debemos destruir? Si cae en nuestras manos algún volumen, por ejemplo, de teología o de metafísica escolástica, preguntémosnos: ¿contiene algún razonamiento abstracto sobre la cantidad o sobre los números? No. ¿Contiene algún razonamiento experimental sobre cuestiones de hecho y de existencia? No. Entonces arrojémoslo al fuego porque no contiene más que supercherías y engaños”.³²⁰

Por lo que toca a los problemas morales, religiosos y jurídicos, Hume considera que se encuentran en el terreno de los hechos, y que el funda-

mento de las cualidades morales de las personas radica en su utilidad para la vida social.

...la razón es incapaz de prescribir una conducta o de dar el criterio de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, limitándose a hacer ver los medios que han de ponerse en juego para conseguir un fin deseado y evitar un mal no deseado. Si bien la razón dirige la voluntad, es ésta la que determina la tendencia hacia un objeto o la aversión al mismo, sobre la base de una perspectiva de placer o de dolor. Todo lo que produce incomodidad en las acciones humanas se llama vicio, y lo que produce satisfacción, virtud. Los juicios de valor, como lo bueno, lo malo, lo útil, al igual que las operaciones que asignan relaciones de causa a efecto entre los hechos, no se basan en la razón, sino en lo que Hume llama “convenciones”. Se explican en términos psicológicos como resultados de procesos mentales de índole no racional, pero que no por ello se imponen menos en la práctica; subrayando Hume el papel que en la génesis de las subsiguientes creencias desempeña la imaginación, al calor de las asociaciones de ideas que los hombres, ante las respectivas situaciones, suelen hacer. Su validez es esencialmente social, pues deriva de que los hombres las adoptan habitualmente, por cuanto resultan útiles, ya que permiten elaborar reglas de conducta más o menos estables. Las convenciones son así tan necesarias como no susceptibles de una justificación íntegramente racional.³²¹

Con la teoría del conocimiento de Hume se parte a la lógica conclusión de que en el mundo ético no es posible sustentar la típica teoría racionalista de un derecho natural extraído de la razón, pauta de las leyes humanas que pueden, igual que la razón, ser una y la misma eternamente. La teoría de Hume no es utilitarista en el sentido general y común de sus contemporáneos. La moral para Hume parte de la valoración de las pasiones, los impulsos y los sentimientos del hombre, entre las que destaca la simpatía,

...de este conjunto de sentimientos surge el “sentido moral”, por virtud del cual las cualidades se valoran según resulten útiles o agradables tanto para quienes las poseen cuanto para los demás. La moral de Hume resulta así hedonística, pero no en sentido individualista, por cuanto el sujeto busca también la felicidad de los demás, actuando la simpatía en sentido altruista.³²²

321 Truyol y Serra, *op. cit.*, pp. 231 y 232.

322 *Ibidem*, p. 332.

La simpatía (facultad del hombre de participar en los sentimientos de los otros) expresa la sociabilidad del hombre que requiere de la justicia (virtud artificial, es decir, originada en las convenciones a diferencia de las virtudes naturales originadas en los sentimientos y las pasiones) para fijar las reglas necesarias que aseguren la paz, la propiedad y el cumplimiento de los convenios. La justicia sería superflua si se contara con abundancia de bienes, pero en las condiciones reales de la humanidad se requiere fijar reglas que contengan las pasiones e impongan límites precisos a la distribución y el uso de los bienes.

Pero en las condiciones normales de la humanidad la justicia es la condición necesaria del orden social. Hume, consciente de la complejidad psicológica del hombre, sabe (y lo expresa en términos de acento hobbesiano) que mientras es relativamente fácil contener las demás pasiones o ver reducida su peligrosidad social, “sólo esta avidez en adquirir bienes y posesiones para nosotros mismos y nuestros amigos más próximos es insaciable, perpetua, universal y directamente destructora de la sociedad”. En definitiva “las reglas de la equidad o justicia dependen totalmente del estado y condición particular en que se encuentran los hombres, y deben su origen y existencia a la utilidad que para el público resulta de su estricta y regular observancia”. De esta utilidad para el público recibe la justicia “su mérito y obligación moral”. Ella hace que la propiedad (todo lo que un hombre puede usar legalmente y para él solo) sea estable, que pueda transferirse contractualmente y que los contratos sean obligatorios.³²³

Es importante aclarar que la justicia, como virtud “artificial”, es decir, producto de las convenciones, no supone su creación por un acto concreto, sino como producto de la propia historia. Su empirismo extremo y su consiguiente oposición al abstractismo racionalista le hacen aceptar los valores históricos, especialmente en cuanto a la negación del modelo iusnaturalista.

Respecto al modelo iusnaturalista del estado de naturaleza y el contrato social, Hume realiza una crítica que parte de negar la posibilidad histórica del supuesto contrato social en las grandes sociedades o sociedades civilizadas. Afirma que no es el consentimiento, expresado en el pacto social, lo que legitima al gobierno, sino la utilidad, que encuentran los hombres que nacen en un estado determinado, que les garantiza la paz y la seguridad.

323 *Ibidem*, p. 333.

Con Hume se llega al empirismo extremo. Villoro señala que esta corriente filosófica tendrá un influente futuro:

El Empirismo llega a establecerse como amo y señor del pensamiento científico en el siglo XIX, gracias al Positivismo, cuyo gran maestro es Augusto Comte (17981857). Según esta escuela, para que un pensamiento sea verdaderamente científico: a) debe constituirse sobre hechos perceptibles por los sentidos; b) debe ser comprobable empíricamente; c) debe ser formulado en leyes. La influencia del Positivismo ha sido avasalladora, y, aunque puesta en entredicho desde comienzos del siglo XX, se extiende hasta nuestros días, sobre todo en la práctica. Otra forma de Empirismo de fuerte influjo en nuestro tiempo es el Materialismo.³²⁴

Hace también una valoración del empirismo:

...fue beneficioso: despertó el interés de los juristas y de los moralistas por el papel que tienen en la conducta humana factores que hasta entonces habían sido poco estudiados, tales como los psicológicos, los económicos y los históricos. El Derecho se establece como una ciencia de la cultura, es decir, como un producto de todo el hombre histórico; ya no es el resultado de la mera especulación racional. De este último fruto, no podemos sino felicitarnos.³²⁵

Y una fuerte crítica:

Esto ya crea un problema para el empiricista: ¿cómo podrá explicar empíricamente conductas animadas por valores espirituales, ya sea religiosos o morales? Si es lógico consigo mismo, el empiricista no puede admitir la existencia de los valores espirituales, ya que no se pueden conocer por la experiencia. Ni la justicia, ni el deber moral, ni los preceptos religiosos, ni lo prudente en la política, pueden ser conocidos por los sentidos. El Empirismo nos da su respuesta: los valores espirituales no son más que formas sublimadas de los instintos animales de la conservación de la vida o de la especie. Tal es el proceso lógico del Empirismo: partiendo del presupuesto que sólo es válido el conocimiento experimental, llega a la negación de todo móvil espiritual en la conducta humana.³²⁶ Pero el Empirismo tiene también su aspecto negativo y radicalmente destructor. Se puede resumir en una palabra: su materialismo. En efecto, al desconocer una dimensión

324 Villoro, *op. cit.*, p. 145.

325 *Ibidem*, p. 149.

326 *Ibidem*, p. 147.

científica a todo conocimiento que no sea de lo material, acaba negando la existencia de todo ente espiritual, ya sea Dios, el alma humana o los valores morales. Este proceso es muy claro en la evolución del Empirismo inglés.³²⁷

8. Jean Jacques Rousseau (1712-1778)

Rousseau es probablemente el pensador que mayor influencia tuvo en la Revolución francesa. Nació en Ginebra. Hijo de un relojero, sufrió marginación en su niñez y adolescencia por su origen plebeyo. Vivió una vida desordenada y aventurera. Se estableció en París, donde conoció a Diderot, quien lo invitó a participar en la *Enciclopedia*. Alcanzó fama literaria por la exposición de sus ideas en algunos concursos. En 1761 publicó *La nueva Eloisa*, novela sentimental, y al siguiente año *Emilio*, obra de carácter pedagógico. De su obra política destaca el *Discurso sobre la desigualdad* y *El contrato social*, esta última publicada en 1762, convirtiéndose en una obra fundamental para la difusión de las ideas revolucionarias.

Se ha considerado a Rousseau como un precursor del romanticismo, y, en este sentido, efectivamente, profesa una actitud contraria al iluminismo, por cuanto hace radicar en los sentimientos, los instintos y la conciencia interior la verdadera naturaleza del hombre y el centro de su libertad. Exalta la pasión y considera superiores a las virtudes morales respecto a las intelectuales. La libertad ocupa una posición central en el pensamiento del autor, como un valor absoluto que debe ser garantizado por el Estado, si éste pretende ser legítimo. Rousseau entiende a la libertad “como esencia moral del hombre, no como medio para conseguir una utilidad individual o social, sino como fin en sí misma, como valor absoluto”.³²⁸

Sobre el problema del estado de naturaleza, Rousseau establece una de sus tesis fundamentales, por cuanto lo considera como hipótesis explicativa de la realidad actual del hombre. El hombre, explica, se ha distanciado de su naturaleza originaria, siendo primordial misión de la política restablecer una sociedad que lo devuelva a esa condición originaria. A diferencia de Hobbes y Spinoza, no cree que los hombres hubieran vivido en un estado de guerra, sino en un estado donde no existía ninguna relación social, en un estado de igualdad absoluta, en que cada hombre se

327 *Ibidem*, p. 149.

328 Fassò, *op. cit.*, p. 240.

bastaba a sí mismo. Por naturaleza, el hombre es igual, libre y bueno, y se guía por sus sentimientos, especialmente la piedad, y no por su razón. En el estado de naturaleza el hombre se desarrollaba en paz y no tenía mayores necesidades, pues la naturaleza proporcionaba bienes abundantes. Sin embargo, el hombre se fue alejando de este estado de naturaleza conforme su mundo se complicó: el desarrollo del lenguaje hizo posibles las ideas que le alejaron un tanto de sus sentimientos, el uso de las armas para su defensa y el favorecimiento de asociaciones con el mismo fin y, fundamentalmente, con el nacimiento de la agricultura, la institución de la propiedad privada:

El primero que, habiendo cercado un terreno, tuvo la idea de decir “esto es mío”, y halló gente bastante simple para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos; cuántas miserias y horrores habría evitado al género humano aquel que hubiese gritado a sus semejantes, arrancando las estacas de la cerca o cubriendo el foso: ¡Guardaos de escuchar a este impostor, estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra es de nadie!³²⁹

Con la propiedad privada nació la desigualdad, con ella la sociedad y finalmente la guerra. El Estado surge para proteger la propiedad, para lo cual sancionó la existencia de las desigualdades y suprimió definitivamente la igualdad y la libertad natural. Con la fundación de la sociedad civil y el nacimiento del Estado llamado a proteger la propiedad, los hombres abandonaron para siempre el estado de naturaleza y la ley natural, sometiéndose a la ley civil.

Esta sociedad inmoral e inhumana, solapadora de la desigualdad, debe ser revolucionada mediante un nuevo sistema social justo, cuya finalidad, en el campo político, se reduce a dos objetivos principales: devolver al hombre la libertad y la igualdad perdidas. El nuevo sistema social debe perseguir antes que nada el devolver al hombre su propia “naturaleza”, “encontrar una forma de estado en la que la ley civil tenga el mismo valor que la natural, y en el que los derechos subjetivos civiles sean la restitución al individuo, convertido ya en ciudadano, de sus derechos innatos”.³³⁰ Devolver la libertad e igualdad originaria son las únicas causas que legitiman a un gobierno, y sólo el “contrato social” puede lograr esta

329 Rousseau, Jean Jacques, *Discours sur l'inégalité*, parte I, según cita de Fassò, *op. cit.*, pp. 241 y 242.

330 Fassò, *op. cit.*, p. 243.

misión. A través del contrato social el hombre puede fundar una sociedad cuya finalidad primordial sea acercar al hombre a su naturaleza originaria. Rousseau lo enuncia de esta manera : “Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, libre como antes. He aquí el problema fundamental cuya solución proporciona el contrato social”.³³¹

Rousseau utiliza el esquema del modelo iusnaturalista, afirmando como hipótesis central el estado de naturaleza, y coincide con el iusnaturalismo en que el Estado es una creación libre del hombre que depende de la celebración de un pacto social. A diferencia de la mayoría de los iusnaturalistas que ubican al contrato social como fundacional de algún tipo de gobierno ajustado a la época que vivieron, por ejemplo, en Hobbes y Locke, la monarquía; Rousseau, en un arranque revolucionario, declaró contrarias al derecho natural todas las formas de Estado, queriendo expresar una de sus tesis centrales: el objetivo del contrato es la creación de una nueva sociedad que devuelva y garantice el ejercicio de la libertad y la igualdad. “Mediante este contrato social, cuya celebración requiere la unanimidad de todos los hombres, nace un cuerpo político que recibe los nombres de “Estado” en su aspecto positivo, “soberano” en su condición activa y “poder” en sus relaciones con otros Estados”.³³² Por el “contrato social” el hombre no se somete a una voluntad superior; para asegurar la igualdad y la libertad naturales cada miembro del cuerpo social en formación debe resignar sus derechos naturales en la voluntad general para recibirlos inmediatamente después como derechos civiles.

La “voluntad general” es el concepto clave par entender la filosofía política del autor ginebrino. La resignación de los derechos individuales a favor del Estado no sólo debe garantizar su inmediata restitución, sino además debe garantizar el ejercicio pleno del poder a los asociados. Esto se logra por la voluntad general. “Por fundirse en la voluntad general las voluntades particulares, no puede nunca oponerse aquélla a sus intereses genuinos. En la sumisión a la voluntad general consiste la libertad civil; y cuando en nombre de la voluntad general se emplea la fuerza contra un individuo recalcitrante, no se hace, paradójicamente, sino obligarle a ser

331 Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1983, p. 41.

332 Verdross, *op. cit.*, p. 198.

libre”.³³³ La voluntad general es siempre recta, pues busca siempre el interés común: “...se deduce que la voluntad general es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública”. Esto la diferencia de la voluntad de “todos” que, afirma Rousseau, es la que sólo busca el interés privado.

Se entiende que la voluntad general es siempre recta; sin embargo, el pueblo reunido en asamblea no siempre decide con rectitud. Ante este problema, Rousseau afirma que cuando el individuo conoce y delibera sobre lo que verdaderamente constituye su bien propio, está actuando en interés de los demás y viceversa. La voluntad general está siempre encaminada a la utilidad pública, y queda garantizada por expresar aquello que todos tenemos en común. La voluntad general se expresa mediante la legislación, que tiene validez para todos, siguiendo la máxima racionalista de la igualdad de todos ante la ley. Solamente el pueblo soberano reunido puede ejercer la función legislativa. El gobierno (Poder Ejecutivo), en clara oposición a la división de poderes, se convierte exclusivamente en un órgano de ejecución del Poder Legislativo. La concepción de Rousseau desemboca en un voluntarismo dominado por la mayoría. Los individuos reunidos ejercen el más amplio poder, que a través de la legislación declara la voluntad general. Así surge el concepto de soberanía como expresión del poder absoluto del pueblo, que no encuentra límite alguno ni siquiera en una ley fundamental, como habían afirmado Locke y Montesquieu (constitucionalismo). La soberanía es inalienable; “el poder se transmite, pero nunca la voluntad”³³⁴ e indivisible.

La ley, como expresión de la voluntad general, es en esencia justa y representaría la concreción positiva de la ley natural, lo que aparece claro si se entiende que la obligación fundamental del Estado que nace por virtud del contrato social es salvaguardar los derechos innatos del hombre, que son restituidos como derechos civiles. Fundado el Estado que es regido por la voluntad general, resulta innecesaria la remisión a un derecho natural, pues la voluntad general, a través de la facultad legislativa, siempre expresará el máximo bien para el pueblo. Hay quien ha encontrado en la tesis de Rousseau un camino al positivismo; sin embargo, parece que la limitación central de constituir el contrato y la instauración de una voluntad general, para garantizar los derechos que devuelven al hombre su naturaleza originaria, hacen pensar que la tesis se encuentra más cercana al propio iusnaturalismo. Coincidimos con Fassò:

333 Truyol y Serra, *op. cit.*, p. 350.

334 Rousseau, *op. cit.*, p. 54.

Viene así a superarse en el estado rousseauiano el contraste entre Derecho positivo y Derecho natural, y la solución del problema de este contraste, que puede parecer iuspositivista en cuanto la ley natural pasa a un segundo plano, y se atribuye valor absoluto al Derecho positivo, es en sustancia iusnaturalista, ya que la validez del Derecho positivo y la voluntad general que le sirve de fuente, está condicionada por la cláusula esencial del contrato social; aquella por la que el hombre no renuncia a la “propia libertad, a la propia cualidad del hombre, a los derechos de la Humanidad” pues “una renuncia tal es incompatible con la naturaleza del hombre”.³³⁵

Es importante aclarar que la convergencia de tesis con el iusnaturalismo debe ser precisada por la importante diferencia que Rousseau plantea respecto a la ley natural que rige en el estado de naturaleza, ya que mientras para los iusnaturalistas no es más que expresión de la razón, para Rousseau la ley natural está dictada por el corazón; es decir, por el amor a sí mismo y la piedad.

El pensamiento de Rousseau constituyó el soporte doctrinal de las corrientes democráticas y revolucionarias que estallaron en Francia en 1789. Su pensamiento puede ser considerado como un producto acabado del racionalismo, que inspiró gran parte de los ideales transformadores de la Revolución francesa, acontecimiento histórico que pondrá fin a gran parte del pensamiento tradicional, eliminándolo en aras de una confianza ilimitada en la razón.

³³⁵ Fassò, *op. cit.*, pp. 247 y 248. Las citas interiores corresponden a Rousseau, *El contrato social*, I, 4.

CAPÍTULO SEXTO
LA CODIFICACIÓN RACIONALISTA

I. Los antecedentes históricos	219
1. La independencia de los Estados Unidos de Norteamérica	219
2. La Revolución francesa	222
II. La codificación constitucional	229
1. Principios y fundamentos del Estado liberal consagrados en las Constituciones a partir del racionalismo. El Estado de derecho	229
2. La Constitución: sus diversas concepciones	233
III. La codificación del derecho privado	236
1. Aspectos generales de la codificación del derecho pri- vado	236
2. Antecedentes de la codificación francesa	240
3. La codificación napoleónica	241
4. Características y consecuencias de la codificación	247
IV. La Escuela de la Exégesis	251

CAPÍTULO SEXTO

LA CODIFICACIÓN RACIONALISTA

Al contar con un sistema filosófico como sustento, el racionalismo, a diferencia del humanismo, provocó una revolución que afectó a todas las ciencias y a todas las estructuras sociales, políticas y económicas del mundo occidental.

La crítica racionalista provocó una auténtica revolución intelectual, que en el ámbito del derecho y la política condujeron a un cambio radical de las estructuras del poder y de las relaciones de los gobernados con el poder político. Las tesis desarrolladas por la Escuela del Derecho Natural influyeron decisivamente en estos cambios, al postular un individualismo que se propuso defender la libertad como un elemento esencial de la naturaleza del hombre, que debe ser reconocido y protegido por el Estado.

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII las ideas revolucionarias del iusnaturalismo influenciaron buena parte de la ideología revolucionaria que plasmaría sus consignas en las declaraciones de derechos del hombre promulgadas por los independentistas norteamericanos y los revolucionarios franceses.

En el derecho se consagró la diferencia del derecho público y el privado; el desarrollo del primero condujo a otros cambios políticos importantes en el mundo occidental. A partir de la guerra de independencia de Norteamérica y de la Revolución francesa, las nuevas ideas se propagarían durante el siglo XIX desarrollando un importante papel en las independencias de los países americanos, el *risorgimento* italiano y la unificación alemana. En el ámbito del derecho privado las ideas racionalistas influyeron en los principios y en el método de aplicación de las normas, y en menor medida en el contenido de los códigos básicos, que fue derivado de las fuentes romanas y del *ius commune*.

El nuevo sistema jurídico creado por el racionalismo encontró expresión en dos fenómenos: el constitucionalismo (en el ámbito del derecho público) y la codificación (en el ámbito del derecho privado). Las Constituciones debían expresar los principios fundamentales sobre los que que-

daba construido el cuerpo político y los bienes fundamentales que debía tutelar el poder político, para después deducir de estos principios las normas generales abstractas que debían recoger los códigos, ordenando dichas normas conforme a un sistema lógico.

Constitucionalismo y codificación fueron los dos fenómenos jurídicos que surgieron con motivo de las ideas iusnaturalistas, al convertirse en uno de los objetivos fundamentales del nuevo Estado en construcción.

En íntima relación con el proceso de codificación así entendido tuvo lugar el proceso de constitucionalización del Derecho Político. Las Constituciones escritas son, en último término, Códigos, y Códigos políticos las llamaban con mucha frecuencia los juristas y los parlamentarios del siglo XIX. Por lo mismo el mejor historiador actual de la codificación en Europa continental, el italiano Giovanni Tarello, incluye las Constituciones dentro de la historia del fenómeno de la Codificación y distingue en el seno de ésta entre la del “Derecho privado” (entendiendo por tal en este contexto el civil, el penal, el mercantil y el procesal) y la “Codificación constitucional”.³³⁶

El Estado que emergió de la Revolución francesa fue en gran medida producto directo de las aspiraciones de la burguesía,³³⁷ que exigía la garantía del ejercicio de sus libertades y la supresión de los privilegios aristocráticos:

Las raíces ideológicas y el soporte socioeconómico de la codificación y de las Constituciones son ciertamente comunes, a saber, la filosofía jurídico-política de la Ilustración y de la etapa ascendente y dominante de la clase

336 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 467.

337 Los burgueses constituían una clase social dedicada a múltiples actividades. Eran comerciantes, artesanos, fabricantes, constructores de barcos, hombres de negocios, empleados estatales, servidores públicos, banqueros, abogados y hombres de letras. Compartían una filosofía común que se puede calificar de burguesa, y que tenía una pretensión universal. Los derechos humanos reflejan esa filosofía que expresa en el lenguaje de los hombres de letras burgueses los principios de la burguesía del siglo XVIII. Los derechos humanos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre en Francia en 1789 tienen una pretensión universal, lo mismo que los contenidos, años antes, en la Declaración de Independencia norteamericana. Ambos documentos expresan los valores y principios de la burguesía; sin embargo, se expresan con pretensión universal: ambas declaraciones de los derechos humanos se refieren a los derechos del hombre, de la humanidad, no de los franceses o de los norteamericanos. “Esta universalización de principios e intereses específicos, alentaría un pretexto hipócrita de que lo que era bueno para los burgueses, era bueno para todos, pero también inspiraría y justificaría la demanda de que lo que se hace para mejorar la suerte de los burgueses debería hacerse para mejora de todos y este es otro principio que aún hoy influye en la política”. La cita es del profesor Eugen Weber, *The western tradition*, serie de Tv., a cargo de la Universidad de California, Los Angeles (UCLA).

burguesa. Si las Constituciones representan la organización del Estado liberal-burgués de Derecho, los Códigos pretendieron contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. Es más: en buena política legislativa las Constituciones debieron preceder a los Códigos ya que significan respecto a ellos el presupuesto lógico y jurídico fundamental. El modo de creación de derecho del Estado liberal consiste, pues, en el Constitucionalismo y la Codificación.³³⁸

Muchos dogmas fundamentales del Estado liberal que aún se conservan como fundamento de los Estados democráticos surgieron con el constitucionalismo y la codificación, como la glorificación del Estado laico, la limitación interpretativa de los jueces, la división de poderes y el nacionalismo.

Como fenómeno de sustitución del pensamiento autoritario, el racionalismo supuso que “las leyes existentes y sus instituciones podían abrogarse y que otras nuevas, derivadas racionalmente de los primeros inculcados principios, podrían ser creadas en su lugar”,³³⁹ y que se podría construir un sistema jurídico cerrado valedero para todos los pueblos y todas las épocas. El tiempo demostrará lo lejos que el racionalismo estaba de crear este paraíso y como sus ideas darían paso al positivismo jurídico, que, cuando se le ha permitido fundarse sobre tesis naturalistas, ha sido artífice de los capítulos más terribles de la reciente historia de la civilización occidental.

A continuación se expondrán los acontecimientos históricos que llevaron a la codificación y al triunfo de ciertas tesis iusnaturalistas en la constitución de los nuevos Estados que surgirían a finales del siglo XVIII y que se impondrán como modelo a imitar para el siglo XIX. Posteriormente se analizarán los fenómenos del constitucionalismo y la codificación y sus resultados.

I. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. *La independencia de los Estados Unidos de Norteamérica*

Las trece colonias inglesas de Norteamérica presentaban rasgos heterogéneos en cuanto a su población y formas de gobierno. Desde su fundación,

338 *Ibidem*, p. 467.

339 Merryman, *op. cit.*, p. 38.

las colonias quedaron sometidas a la Corona inglesa, que repartía la tierra colonizada a magnates y compañías, otorgando la propiedad de la misma a cambio de una participación en los beneficios de sus rentas. La Corona sólo se reservaba un cierto derecho de fiscalización, otorgando amplia libertad en la forma de organización política de las colonias. Desde la revolución inglesa del siglo XVII las colonias recibieron a los disidentes y vencidos que configuraron un mapa religioso que imprimirá rasgos particulares al pensamiento norteamericano posterior. Católicos vivieron en Maryland; en Massachusetts predominaron los puritanos, y en Pennsylvania los cuáqueros.³⁴⁰

Las colonias inglesas se diferenciaban de las colonias francesas fundamentalmente por el tipo de organización política; mientras que las primeras se caracterizaron por la constitución de asambleas y una seria tendencia democrática, las segundas presentaban un tipo de organización política que podríamos llamar feudal de tendencia aristocrática. Para el siglo XVIII las colonias francesas e inglesas comenzaron una guerra por el predominio de las rutas de navegación interna del río Mississippi, que culminó después de cuatro años en 1759 con la cesión de los derechos franceses sobre el Canadá.

La guerra de independencia norteamericana comenzó por la protesta realizada por los puritanos de Massachusetts en contra del impuesto del timbre que pretendía cobrar la Corona inglesa. La disputa se centró en la afirmación de la imposibilidad de fijar impuestos por parte de la Corona sin contar con el consentimiento de las colonias, tal como ocurría en In-

340 El puritanismo fue la religión que aportó más a la ideología política de la Independencia norteamericana. El puritanismo surgió en Nueva Inglaterra como una corriente calvinista que se opone a los católicos y los anglicanos y que se caracteriza por su intolerancia, basada en la creencia de que los puritanos son el pueblo elegido de Dios, y por la estricta observancia de la Sagrada Escritura. Esta confianza les dotó de una extraordinaria iniciativa para defender ideales de libertad política, lo que por otra parte es comprensible porque la mayoría de los puritanos pertenecen a la burguesía. Al fundar la colonia de Nueva Inglaterra, los puritanos, henchidos de religiosidad, crearon una sociedad cuya concepción partía del voluntarismo propio de los calvinistas y abierta a una importante influencia del iusnaturalismo. De hecho, la fundación de las colonias parte de un pacto al que se considera el fundamento de la organización social. Al pacto que se suscribió antes del desembarco de los puritanos en costas norteamericanas se le llamó Mayflower, como el barco que los transportaba, y es un contrato fundacional de la sociedad política de Massachusetts: "Los presentes, solemne y recíprocamente, en presencia de Dios y de cada uno de nosotros, nos constituimos y unimos en un cuerpo político civil para nuestro mayor orden y seguridad. En virtud de esto actuaremos, estableceremos y constituiremos poco a poco leyes, decretos, normas, estatutos y funciones justas e iguales, tales que sean consideradas las más idóneas y convenientes para el bien general de la colonia y a la que prometemos todos debida sumisión y obediencia". *Documents of American History*, I, según cita de Fassò, *op. cit.*, p. 206.

glaterra, donde el establecimiento de cualquier impuesto requería de la aprobación del Parlamento. Éste había aprobado el impuesto al timbre, pero en el Parlamento no existía representación de las colonias de ultramar; por lo tanto, el impuesto era ilegítimo y se ponía en duda la pertenencia ciudadana de los colonos norteamericanos. El conflicto estalló con el boicot de los productos importados de Inglaterra, siendo el asalto de un barco cargado de té, cuya carga fue arrojada al río, el acontecimiento que marcó el inicio de las hostilidades el 16 de diciembre de 1773.

El 4 de julio de 1776, con la Declaración de Independencia, se proclamaba la separación de las trece colonias de la Corona inglesa. La guerra se prolongó hasta 1783, año en que Inglaterra firmó la paz con la nueva nación. El texto de la Declaración de Independencia estuvo inspirado en gran medida en las ideas filosóficas y morales del racionalismo, especialmente en las tesis revolucionarias de los pensadores franceses y en el modelo iusnaturalista, y en la tradición liberal británica, especialmente en el pensamiento de John Locke.³⁴¹ La transcripción de algunos párrafos de la Declaración de Independencia evidencian estas influencias:

Cuando, en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto, separado e igual, a que las leyes de la naturaleza, y del Dios de esa naturaleza, le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad le obliga a declarar las causas que lo impulsan a la separación.

Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad.³⁴²

341 Estas influencias no se dan de forma sistemática: "...la doctrina política americana de la revolución no sólo carece del sistema, sino que tampoco existe como teoría propiamente dicha; más que de una doctrina debe hablarse de una atmósfera político-cultural, de un clima de pensamiento que es común a un pueblo". Fassò, *op. cit.*, p. 208.

342 Peces-Barba, Gregorio *et al.*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, p. 107.

Sirva la siguiente apreciación de Alfred Coban para valorar el enorme logro que significó la inclusión de los derechos inalienables del hombre en la Declaración de Independencia norteamericana:

Por mucho que haga falta matizar, la Revolución americana constituyó un fenómeno nuevo. Creó en el mundo moderno el primer Estado que, con cierto grado de autenticidad, podía llamarse democrático. Sus ideales eran aún más importantes que sus logros. Quedarían registrados para el mundo contemporáneo y para las futuras generaciones en la Declaración de Independencia, aprobada el 4 de julio de 1776. Admitamos que muchos de los “Padres Fundadores” apenas advertían toda la importancia de lo que habían hecho, y que muchos de sus sucesores lo habrían deshecho si hubiesen podido. Pero nadie negaría el significado de sus palabras, ni se evadirían las implicaciones últimas de sus ideales. La reivindicación para todos los hombres del derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, es una reivindicación que lleva en sí la marca del genio. Una vez formulada, tan sólo podía olvidarse destruyendo la civilización que la había establecido. Bastaría, por sí sola, para conferir grandeza al siglo XVIII.³⁴³

2. *La Revolución francesa*

Una de las principales dificultades para analizar uno de los acontecimientos históricos más relevantes del mundo occidental, la Revolución francesa, es el del problema de sus causas. Diversas teorías se han desarrollado con los años para llegar, en el siglo XX, a dos teorías causales fundamentales.

En primer lugar se encuentra la marxista, cuyos principales representantes son Georges Lefebvre y Albert Soboul, que presentan a la revolución como la conclusión del sistema feudal, que abre paso al capitalismo moderno. Partiendo de un análisis de las clases sociales en sus determinaciones económicas y sociales, Lefebvre, por ejemplo, sostiene que los cauces por los que la revolución transitó, supusieron el entrecruzamiento de diversos movimientos autónomos, al principio el aristocrático antiabsolutista, después la reivindicación de la igualdad y la libertad buscada por la burguesía y, finalmente, los movimientos populares urbanos y campesinos. Albert Soboul emprende el estudio de la revolución y analiza sus principios fundamentales: libertad, igualdad y propiedad, para

343 Coban, *op. cit.*, p. 438.

pasar después al análisis de los medios (demográficos, técnicos, políticos, económicos). Soboul es el último representante de la tesis marxista y comparte con sus predecesores las líneas fundamentales de pensamiento:

Por consiguiente, según el mismo testimonio de los hombres que vivieron y dirigieron el combate revolucionario, la revolución aparece como un proceso más o menos prolongado que implica cambios profundos y mutación, destrucción y reconstrucción. El Antiguo Régimen debe ser destruido hasta sus fundamentos, para que sea construida sobre unas bases nuevas la ciudad del porvenir. La violencia engendra la historia a través de las luchas de clases.³⁴⁴

La segunda ortodoxia sobre las causas de la revolución llega a poner incluso en duda la relevancia de la revolución como acontecimiento histórico, ya que los cambios económicos profundos que abrieron paso a la sociedad capitalista e industrial francesa se registraron años después de la revolución. Rechaza la idea de la sustitución del feudalismo por un orden capitalista burgués. “Este énfasis de los historiadores, y en concreto de François Furet, sobre la continuidad del período revolucionario, ha hecho que se preste más atención a la trascendencia ideológica y política que al impacto económico”.³⁴⁵

Por el objeto de nuestro estudio, sin inclinarnos históricamente al mayor o menor peso de lo económico, al derecho, ciertamente, le interesa mucho más la trascendencia ideológica y política, de un acontecimiento que resultó de particulares y trascendentes consecuencias jurídicas. Haremos un breve recuento del transitar revolucionario hasta Napoleón, para ubicar los fenómenos jurídicos y políticos que se desprendieron del entorno revolucionario, para analizar después un fenómeno fundamental de la historia del derecho: la codificación.

Para 1786, la crisis financiera que enfrenta la monarquía francesa era muy grave. El nuevo ministro de Hacienda, Calonne, informa la situación a Luis XVI y propone un plan de reformas para rescatar al Estado de tan profunda crisis. Entre las reformas se proponía que un impuesto llamado “veintavo”, del que estaban exentos la nobleza y el clero, se pagara según la propiedad de las tierras sin ninguna excepción. Para lograr su propósito se decidió, dada la segura resistencia de los privilegiados, convo-

344 Soboul, Albert, *La Revolución francesa*, Barcelona, Editorial Crítica, 1987, p. 17.

345 Price, Roger, *Historia de Francia*, Madrid, Cambridge University Press, 1998, p. 81.

car a una asamblea de notables para que votase el tributo territorial. Los notables se reunieron el 22 de febrero de 1787 en Versalles y, como era de esperarse, rechazaron el impuesto, afirmando que sólo los Estados generales (Asamblea similar a los parlamentos ingleses) podían votar semejante contribución.

Los Estados generales no habían sido convocados en más de dos siglos, hasta su primera reunión el 5 de mayo de 1789, cuando se instalaron integrados por representantes de la nobleza, el clero y el Estado llano. Desde la primera reunión se debatió sobre la pretensión de que la nobleza y el clero deliberaran por separado, para evitar la mayoría numérica del brazo popular, con el resultado final de la separación de tercer Estado en franca rebeldía. El 17 de junio los rebeldes se constituyen en Asamblea Nacional haciendo un solemne juramento de no separarse hasta lograr la elaboración de una Constitución (este hecho recibe el nombre del juramento del Juego de Pelota, pues la reunión se celebró en el trinquete de Versalles). El efecto producido por la rebeldía fue, dada la influencia de la filosofía de las Luces, la adhesión de buena parte de la nobleza y el clero, que aspiraban a un pacto que diera origen a una Constitución. Fue tal el entusiasmo, que Luis XVI tuvo que reconocer a la Asamblea Nacional. El 9 de julio la Asamblea cambiaba su nombre de “Nacional” a “Constituyente”.

Hasta este momento los dos actores principales del drama revolucionario son la aristocracia y la burguesía. Esta última tiene aspiraciones muy concretas, que expresa en los *cahiers*, memorias en que se denunciaban los abusos y se proponían mejoras que se presentaba a los Estados generales. En las cláusulas de estos *cahiers* se encuentran establecidas las nuevas ideas y aspiraciones de la clase burguesa.

De estas cláusulas pueden inferirse con toda seguridad conclusiones generales, pues con gran frecuencia, son eco una de la otra. De ellas cabe deducir las doctrinas sociales y políticas de un Tercer Estado relativamente acomodado, el cual, en su propia opinión, constituía la nación política de Francia. En primer lugar, queda de manifiesto que no había republicanos. Todos confiaban en el rey para que diera a Francia las reformas que tan urgentemente necesitaba y se enfrentase con la aristocracia, que para ellos era el enemigo natural. En segundo lugar, deseaban un monarca constitucional, que gobernase, pero sólo de acuerdo con las leyes promulgadas por los representantes de la nación, cuyos ministros fuesen, a este respecto, responsables ante dichos representantes. En tercer lugar, deseaban una separa-

ción de poderes, no por razones abstractas, sino para evitar abusos tales como la injerencia del ejecutivo en la justicia, o los obstáculos que los *Parlements* habían levantado constantemente en el camino de las reformas legislativas. La idea de “nada de impuestos sin representación” suele aparecer, a menudo con estas mismas palabras. Se pedía una constitución, de modo que todo el mundo pudiera saber cuáles eran sus derechos. Sobre todo, predominaba la idea de la soberanía del pueblo o nación. Este era el principio fundamental y el más difícil de definir. No se trataba de una soberanía en el sentido rousseauiano de la soberanía legislativa de la Voluntad General de todo el pueblo. Significaba la transferencia de los poderes legislativos del rey *in toto* a los representantes del pueblo; pero el pueblo no quería decir todo el mundo, ni tan siquiera todos los varones adultos, sino que se limitaba a la clase de propietarios contribuyentes.³⁴⁶

Algo que no cabría esperarse sucedió el 14 de julio de 1789, motivado por la terrible carestía de alimentos, provocada por años de malas cosechas. El pueblo de París, convertido en una turba, se levantaba en armas y saqueaba el Hospital de los Inválidos y asaltaba la Bastilla. Formalmente se iniciaba la revolución.

Los trabajos para redactar la Constitución continuaban. Como prefacio de la Constitución se decidió declarar solemnemente una Declaración de los Derechos del Hombre. A la revolución política se añadía la revolución social. “En principio, sin embargo, el Antiguo Régimen había llegado a su fin, y la Asamblea redactó su acta de ‘defunción’, al votar la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue terminada el 26 de agosto de 1789”.³⁴⁷

Transcribiremos algunos de los artículos de la Declaración, precisamente, los más representativos de las ideas iusnaturalistas, que se han expuesto en el presente trabajo:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin

346 Coban, *op. cit.*, p. 457.

347 Lefebvre, Georges, *La Revolución francesa y el imperio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 59.

de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución y a la felicidad de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 1o. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2o. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3o. El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.

Artículo 4o. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por ley.

Artículo 5o. La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

Artículo 6o. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.

Artículo 16. Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.

Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa.³⁴⁸

La abolición de los privilegios feudales, el fin del antiguo régimen, se consolidó con la Constitución de 1791, que estuvo en vigor sólo un año.

348 Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 113-115.

Fue jurada por el rey en el Campo Marte. Consagraba los principios fundamentales del nuevo orden. La soberanía se convertía en uno de sus dogmas indiscutibles: residía inalienablemente en la nación, que a su vez la delegaba a un cuerpo legislativo. La Constitución abolió los títulos de la nobleza, prohibió la venta de cargos públicos, impedía los votos religiosos, declaraba al matrimonio como un contrato civil y establecía un registro civil para tomar cuenta de los nacimientos y las defunciones.

A los miembros de la Asamblea Constituyente les quedó prohibido conformar la Asamblea Legislativa encargada de aplicar la Constitución. En la nueva Asamblea predominaban dos grupos de la izquierda radical, defensores a ultranza de la República: los girondinos, que era un grupo de diputados compuesto por jóvenes abogados y periodistas originarios de la Gironda, y los jacobinos, liderados por Danton y Robespierre, que a la sazón habían quedado fuera de la Asamblea por haber sido constituyentes. Ambos grupos deseaban la abolición de la monarquía.³⁴⁹ Tras el veto del rey de dos leyes, que castigaban a los nobles emigrados y al clero que no había jurado la Constitución, girondinos y jacobinos declararon al rey enemigo de la nación. Danton y Robespierre, al quedar fuera de la Asamblea Legislativa, habían pasado a formar parte del consejo municipal de París, llamado la Commune. Desde ahí conspiraron impunemente hasta que provocaron diversos disturbios populares que culminaron con la destitución del rey y la convocatoria para redactar una nueva Constitución. Una Convención heredaría los poderes de la Asamblea Legislativa y se encargaría de preparar la nueva Constitución. Danton y Robespierre, junto a una mayoría de sus correligionarios jacobinos, fueron elegidos para formar parte de la Convención. Se avecinaba el “Terror”. La Convención se reunió el 21 de septiembre de 1792, y declaró abolida la monarquía. El rey fue guillotinado el 21 de enero de 1793; la reina, seis meses después.

Desaparecida la monarquía, se acrecentaron las diferencias entre girondinos y jacobinos, que terminaron con la caída de los primeros, que fueron guillotinados. Después vendría la caída de los jacobinos, la ejecución de Robespierre, la disolución de la Communa de París y el cierre del

349 Los girondinos, llamados así por provenir del departamento de la Gironda, en la región de Burdeos, fueron los defensores de la gran burguesía de los negocios, partidarios del federalismo y se les considera como la parte conservadora de la Asamblea Legislativa. Al Club de Amigos de la Constitución se le nombró después como el Club de los Jacobinos, que son llamados así porque se reunían en un convento de la orden jacobina. Fueron los representantes de la pequeña burguesía y los profesionistas liberales y afirman el centralismo parisino y se les ha considerado como extremistas y precursores del socialismo.

Club de los Jacobinos. En esta época se gestó la idea de que la revolución debía ser exportada y difundida por toda Europa; sus grandiosas ideas debían ser aprovechadas por el mundo entero.

Así, pues, la revolución estaba compuesta de fuerzas intelectuales tales como derechos naturales, la separación de poderes, racionalismo, antifeudalismo, liberalismo burgués, estatismo y nacionalismo. Todos estos conceptos, como ideas que son, son respetables, pero siempre que se mantengan dentro de lo razonable, porque durante y después de la revolución prevaleció una atmósfera general de exageración. El odioso pasado era pintado con colores excesivamente oscuros. Los objetivos de la revolución se idealizaron y se dio como hecho que habían de cumplirse. Los problemas encontrados en la reforma o se pasaron por alto o se consideraron demasiado simples. La pasión ideológica sobrepasó a la razón; las ideas revolucionarias se convirtieron en dogmas; la revolución se convirtió en una utopía.³⁵⁰

En septiembre de 1795 se promulgaba la nueva Constitución, que consagraba un doble propósito: impedir todo tipo de dictadura personal o de algún grupo político y asegurar el ejercicio pacífico del poder. En octubre del mismo año, la Convención se disolvió y encargó el gobierno al Directorio, conformado por cinco miembros que se turnaban el poder cada tres meses, y en dos asambleas legislativas. El Directorio no recurrió al “Terror” de la guillotina para gobernar; acudió a la guerra. La idea de exportar la revolución sirvió de pretexto, y Francia se anexionó Bélgica y ocupó los Países Bajos. La coalición de Inglaterra, Austria y Nápoles enfrentarían a la Francia revolucionaria. El terreno estaba abonado para la aparición de un gran caudillo: Napoleón Bonaparte.

Durante los cuatro años que gobernó el Directorio se desarrollaron las primeras grandes campañas de Napoleón en Italia y Egipto. Mientras Napoleón estaba en Egipto, un ejército ruso desbarató los logros del corso en Italia. Se culpó al Directorio. Un antiguo revolucionario, el ex abate Sieyès, había iniciado la conspiración pretendiendo fundar una República como la romana, donde el Poder Ejecutivo recayera en dos cónsules. Sieyès proponía un cónsul civil, puesto que se reservaba para él mismo, y un cónsul militar, que recaería en la persona de Napoleón. El 9 de noviembre de 1799, 18 Brumario del calendario revolucionario, tuvo lugar el golpe de estado que terminó con el Directorio e instauró el Consulado. Uno de sus

350 Merryman, *op. cit.*, p. 41.

primeros propósitos fue redactar una nueva Constitución, que la historia conoce como la Constitución de Sieyès. El consulado permitió a Napoleón dedicarse a una de sus más grandes obras: la Codificación.

Napoleón fue nombrado cónsul vitalicio, y posteriormente fue coronado emperador de los franceses. Sus éxitos militares encontraron finalmente la derrota. Primero: después de la campaña rusa, Europa entera se pone en su contra e invade Francia. Napoleón abdica y se convierte en rey de la isla de Elba. Segundo: Napoleón escapa de la isla de Elba, regresa a Francia y, cien días después, Waterloo. Quedará su obra:

En primer lugar, la división territorial de Francia en departamentos, al tiempo que terminaba con unas provincias ficticias, herencia de los tiempos feudales, daría a la nación gran estabilidad, por huir de arbitrariedades y adaptarlas a regiones naturales. En segundo lugar, el Código napoleónico, obra de su gran capacidad como legislador y administrador, servirá de pauta a todos los códigos civiles redactados en la Europa del siglo XIX. Por último, los movimientos de fronteras que provocaría con sus acciones militares tendrían honda trascendencia: se puede decir que Suiza, Holanda y hasta cierto punto Italia son obra de Napoleón.³⁵¹

II. LA CODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Principios y fundamentos del Estado liberal consagrados en las Constituciones a partir del racionalismo. El Estado de derecho*

Producto del siglo XVIII y especialmente de la Revolución francesa, destinada a exportar las ideas revolucionarias por toda Europa, surgió una nueva forma de concebir el Estado. La caída del antiguo régimen mediante la abolición de todos los privilegios feudales por la vía legislativa constitucional abrió paso al Estado liberal, fundamentado esencialmente en el principio de que la soberanía reside inalienablemente en la nación, que decide sus destinos libremente a través de la delegación del gobierno en una asamblea legislativa.

Atinadamente el maestro Tomás y Valiente, al que seguiremos en la exposición de este apartado, distingue esencialmente la nueva forma de concebir el Estado de las monarquías absolutas, por cuanto el Estado libe-

351 Pijoan, *op. cit.*, t. 10, p. 137.

ral se convierte en un Estado de derecho. “No todo Estado es Estado de derecho”, y las monarquías absolutistas, al igual que los modernos totalitarismos, no lo son. La monarquía absolutista consideraba que el rey era el único facultado para dictar las leyes y que éstas no le obligaban personalmente, sino sólo a sus súbditos; consagraba la desigualdad jurídica y social al proteger un régimen estamental basado en los privilegios de la aristocracia, y consideraba que el Poder Judicial emanaba del rey directamente, lo que hacía que los jueces gozaran de gran independencia, que propiciaba que la aplicación del derecho se tornase arbitraria.

La crítica racionalista al Estado monárquico absoluto y a la sociedad estamental por aquél protegida llevó, en la teoría del Estado, basada en las ideas de Montesquieu, a la formulación de tres principios fundamentales del Estado liberal: “...principio de legalidad (toda sociedad humana se rige, como todo en el Universo, por sus leyes), del principio de racionalidad (esas leyes deben derivarse racionalmente de las leyes naturales) y del principio de nacionalidad (las leyes positivas deben adecuarse a la personalidad y características de cada nación)”.³⁵²

La primera Constitución francesa producto de las ideas iusnaturalistas promulgada en 1791 reconocía, en su artículo tercero, que no existía autoridad superior a la ley.

Con ello, la revolución francesa creaba un Estado de derecho. Frente al poder de un soberano individual, el monarca absoluto, se quiere establecer el poder de la ley, la nomocracia. Los ciudadanos, puesto que en virtud del pacto social (más supuesto que históricamente acontecido) han decidido vivir en sociedad, se someten a las leyes. Pero también el Estado, como aparato de poder, está sometido a las mismas leyes: sometido y, como en seguida veremos, conformado y organizado por una ley. Y todos los órganos colegiados (Tribunales, Consejos, Cámaras representativas...) o individuales (autoridades, funcionarios...) que componen el aparato de poder estatal deben actuar con arreglo a las leyes. Esto es, en principio, un Estado de Derecho.

La característica del Estado de derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más que en virtud de un precepto legal.³⁵³

352 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 421.

353 *Ibidem*, p. 421.

Tomás distingue un tipo de Estado de derecho que ocurre, por ejemplo, en algunas dictaduras (la sociedad y los funcionarios cumplen estrictamente el orden legal impuesto por la voluntad del dictador), al que llama positivista formalista, del Estado de derecho del liberalismo radical y del actual democrático, por cuanto debe plantearse dos problemas fundamentales: “a) quien hace las leyes; b) que garanticen las leyes a los ciudadanos”.

Al primer problema se responde con el dogma de la soberanía nacional, principio consagrado por las Constituciones liberales, al afirmar que la soberanía reside en la nación. Los ciudadanos reunidos directamente o a través de representantes hacen uso de la soberanía y deciden como organizar el Estado. Forman un “poder constituyente” y crean un documento, llamado Constitución, donde se sientan las bases de la organización del Estado y los derechos fundamentales que dicho Estado reconoce a los ciudadanos.

Al segundo problema se responde con la necesidad fundamental del Estado creado por el uso de la soberanía nacional de proteger y garantizar el ejercicio de ciertos derechos que se consideran inviolables y sagrados. El liberalismo radical reconoció tres principios fundamentales que el Estado debe proteger: la propiedad (garantizar la defensa de cualquier interposición violenta y la libertad de disposición), la libertad individual (entendida como la posibilidad de hacer todo lo que no perjudique a otro) y la seguridad (entendida como “la paz y tranquilidad en el ejercicio de los más fundamentales derechos”).³⁵⁴

Las declaraciones de derechos se convierten en una forma de particularizar los tres principios básicos, detallando los principales derechos humanos. Con el tiempo se convierten en la parte inicial de las Constituciones, como la parte dogmática. En México se les denomina garantías individuales.

354 Nicolo Lipari caracteriza con dos notas al Estado liberal burgués: “De esta forma el garantismo y el estatismo han sido considerados como dos aspectos de la organización burguesa tendientes a tutelar los intereses de la clase recién llegada al poder, revolucionaria primero pero inclinada en seguida a la conservación del orden establecido. El Estado se presentaba sobre todo, en la nueva organización política, como el garante de una esfera de libertades de las que se establecían sólo los límites externos dejándose en cambio indeterminados los contenidos y las modalidades posibles de las acciones para permitir así que el particular pudiera perseguir libremente sus fines egoístas. Pero al mismo tiempo el Estado reestructurado sobre la base de la separación de poderes y de la representación popular (aunque el derecho al voto se reconocía tan sólo a los propietarios), venía a considerarse como la única fuente de derecho y por lo tanto como el único legitimado a legislar”. Lipari, Nicolo. *Derecho privado. Un ensayo para la envejecencia*, Bolonia; Real Colegio de España, 1980. p. 53

A estos tres principios se añade otro: la igualdad, que presenta en el tratamiento constitucional menor evidencia. En un primer momento se asume como pretensión de igualdad de la burguesía frente a los privilegios estamentales. “Pero una vez lograda esta conquista con la caída del Antiguo Régimen, la burguesía ya no se esforzó por mantener el mismo principio aplicable a la igualdad entre ella y las clases populares”.³⁵⁵

Por ahí, precisamente por la no realización de la igualdad ni en el plano económico-material, ni siquiera en el jurídico-político, hizo quiebra el Estado liberal y la sociedad burguesa montada sobre el modo de producción capitalista. La igualdad material y jurídica será en adelante la gran meta perseguida por el pensamiento socialista y por los partidos socialistas, en especial a partir de Marx (1818-1883).³⁵⁶

Tomás y Valiente añade una cita de Rousseau que nos parece especialmente pertinente:

Si se indaga en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, el cual debe constituir el fin de todo sistema de legislación, se encontrará que se reduce a dos objetivos principales: la libertad y la igualdad. La libertad porque toda dependencia particular (es decir, la de un ciudadano a otro) es fuerza que se resta al cuerpo del Estado; la igualdad porque la libertad no puede subsistir sin ella... Si queréis, pues, dar al Estado consistencia, aproximad los grados extremos todo lo posible, no toleréis ni gentes opulentas ni pordioseros.³⁵⁷

Otro dogma consagrado por el liberalismo radical fue el de la división de poderes, que combatía la concentración del poder propia del Antiguo Régimen. “El artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 establecía que ‘la sociedad en la que la garantía de los derechos (individuales) no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución’”. Dentro del espíritu iluminista la división de poderes no sólo consagra la propia división, sino que afirma la superioridad del Poder Legislativo, porque se considera a la facultad de dar leyes como la máxima atribución del Estado y porque es el poder donde se encuentra representado el pueblo. El dogma surgió de las ideas de Montesquieu,

355 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 425.

356 *Idem.*

357 *Idem.*

quien sostuvo la división de los tres poderes: Legislativo, Judicial y Ejecutivo.

La separación de poderes respecto al Poder Judicial incidió fundamentalmente en la limitación que la legislación impuso a su autonomía y capacidad de crear derecho. La división de poderes dio al traste con la actividad jurisprudencial, que en adelante sólo podría aplicar estrictamente las leyes, quedando prohibida toda interpretación que no se ciñese al espíritu de la legislación. La desconfianza al Poder Judicial se justifica en la época por la quiebra del *ius commune*, que se ha convertido en un derecho arbitrario y disperso que solapa y favorece a la aristocracia. “Antes de la Revolución francesa, los cargos judiciales eran considerados como propiedad que cualquiera podría comprar, vender o dejar en herencia a la hora de la muerte”. “Los jueces eran un grupo aristócrata que daba su apoyo a la aristocracia de los terratenientes en contra de los campesinos, los trabajadores urbanos y las clases medias e incluso contra la centralización del poder en París”.³⁵⁸

Del Poder Judicial y el papel que se le atribuyó se ha hecho suficiente mención, y con el capítulo de la codificación del derecho privado se establecerá claramente su ulterior destino. Resta hacer mención del Ejecutivo:

El poder ejecutivo, mal definido en los textos de los teóricos clásicos y reducido casi sólo a la organización del aparato militar, diplomático y represivo, tuvo que abrirse para dar cabida en él al creciente aparato gubernativo. El Estado liberal de la primera etapa era el Estado gendarme, el Estado del “laissez-faire, laissez-passar”, y se pensaba que su maquinaria gubernativa había de ser mínima. El cambio de postulados del liberalismo como cuerpo de doctrinas económicas, y las exigencias de todo tipo provocadas por la dinámica interna de la sociedad capitalista, obligaron al crecimiento constante del poder ejecutivo, de manera especial a partir del neocapitalismo. El desequilibrio entre los poderes de la sencilla esquematización formulada por los primeros teóricos del liberalismo ha desembocado en la prepotencia progresiva del ejecutivo.³⁵⁹

2. La Constitución: sus diversas concepciones

Como hemos visto, uno de los primeros objetivos de la Revolución francesa fue dotar a la nación de una Constitución donde se consagraran

358 Merryman, *op. cit.*, p. 37.

359 Tomás y Valiente, *op. cit.*, pp. 426 y 427.

los principios y aspiraciones revolucionarios, se abolieran los privilegios feudales dando fin al Antiguo Régimen y se establecieran los dogmas fundamentales del nuevo Estado. La Constitución de 1791 estuvo precedida por la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, cuerpo dogmático donde se detallaban los derechos inalienables de todos los hombres.

Elemento esencial del nuevo Estado liberal era la soberanía, que es ejercida por los representantes del pueblo, que tienen como primera misión, constituir el Estado, mediante una ley que estructure y delimite los órganos del poder y fije los derechos individuales de los ciudadanos. A esta ley creada por una asamblea que detenta el poder constituyente se le denomina Constitución.

A partir del racionalismo, el constitucionalismo se convierte en un fenómeno común a los Estados liberales europeos del siglo XIX y a los Estados democráticos actuales. A continuación se explica cómo surgen las Constituciones; es decir, cuáles son las concepciones que las conforman. La exposición es del maestro Tomás y Valiente, quien la ha tomado, a su vez, del maestro Manuel García Pelayo:

Las Constituciones, según la división propuesta por García Pelayo, surgen de acuerdo con tres enfoques: el sociológico, el racional-normativo y el histórico-tradicional.

El concepto sociológico de Constitución es el de ser “una ley fundamental que «constituye el verdadero fundamento de las otras leyes»”.³⁶⁰ Este concepto, tomado del sociólogo alemán Fernando Lassalle, es confrontado por el autor con otra acepción que da al término, distinto al jurídico o normativo, y que llama Constitución real, y que define como “la suma de los factores reales de poder que rigen en ese [determinado] país”. La sociología sería la ciencia que efectuaría el análisis de las características de dichos factores de poder. La teoría sociológica de Lassalle sostiene que no debe haber divorcio entre la Constitución real y la jurídica, y que la jurídica sólo se podrá mantener firme y duradera en la medida en que, efectivamente, constituya una correspondencia con la real.

El concepto racional-normativo de Constitución es, en palabras de Tomás y Valiente, fundamental para entender el Estado de derecho:

Hay que comprender la idea de sistema normativo y de Constitución como ley suprema, porque en buena medida tal concepción ha trascendido su función social (la de servir a la burguesía revolucionaria) y ha pasado a ser doctrina válida para explicar todavía en nuestros días qué es el Estado de Derecho. Entre otras razones, porque ese concepto racional-normativo de Constitución es el más acorde con una ideología política democrática.³⁶¹

Esta concepción arranca de los pensadores iusnaturalistas y llega hasta Kelsen.

...según esta orientación doctrinal, la Constitución es una ley suprema en la que de manera total y sistemática se establecen los derechos individuales de los ciudadanos, concebidos al mismo tiempo como fines y como límites del poder del Estado, se fijan las funciones fundamentales del Estado, y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos (García Pelayo). Entroniza la idea del Estado de Derecho en cuanto que el poder político residente en el pueblo o la nación queda organizado jurídicamente. Una vez redactada y promulgada por los representantes elegidos *ad hoc* (Asamblea Constituyente, Cortes Constituyentes), la Constitución es la norma suprema contra la cual nadie puede actuar. El soberano ya no es el *Rex* sino la *Lex*. La soberanía popular o nacional queda objetivada en la Constitución.³⁶²

La tercera concepción, histórica-tradicional, es propia del segundo liberalismo, al que Tomás y Valiente llama doctrinario. Producto de la política posrevolucionaria hasta 1848, profesa una línea intermedia entre el liberalismo radical y democrático y los partidarios del absolutismo. Entre sus principios fundamentales está la limitación a la soberanía del pueblo por medio de instituciones políticas y la idea de que la Constitución debe reconocer e incorporar ciertas tradiciones históricas de un pueblo; por ejemplo, la monarquía como poder moderador.

En la actualidad, el concepto más aceptado de Constitución deriva de Kelsen, que la sitúa en la cúspide de su pirámide normativa.

Decía Kelsen que “el grado superior del Derecho positivo es la Constitución”, y que la función esencial de ésta consiste en designar por medio de qué órganos y por qué procedimientos pueden crearse las demás normas generales del sistema, es decir, las llamadas leyes ordinarias. El superior

361 *Ibidem*, p. 428.

362 *Idem*.

rango normativo de la Constitución trae consigo que ninguna ley ordinaria pueda contradecir precepto alguno constitucional y asimismo implica que las leyes ordinarias deben desarrollar positivamente los preceptos constitucionales. De este modo, las normas se enlazan unas con otras, pero no como las cerezas de un cesto, sino como los sucesivos enunciados de un teorema: es decir, por medio de la lógica deductiva y sistemática. Por eso suele emplearse la imagen geométrica de la pirámide para aludir al sistema normativo, cuya cúspide, de la cual emanan todas las demás leyes generales, es la Constitución.³⁶³

III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1. Aspectos generales de la codificación del derecho privado

Como hemos visto hasta aquí, el Estado que emergió de la Revolución francesa fue en gran medida producto directo de las ideas jurídico-políticas de la Ilustración y de las aspiraciones de la burguesía, que exigían la garantía del ejercicio de sus libertades y la supresión de los privilegios aristocráticos. El nuevo Estado liberal depositó la soberanía en la nación y encomendó el gobierno a las leyes: las Constituciones debían crear las estructuras generales del poder, y a los códigos se les encomendaba contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. Veremos a continuación qué es un código, cómo se procedió para realizar la codificación y cuáles fueron sus principales características.

La palabra “código” había sido usada desde la antigüedad para designar cuerpos de leyes, no importando necesariamente que sus preceptos estuviesen ordenados de acuerdo con algún sistema. A partir de las aspiraciones iusnaturalistas de contar con una legislación ordenada de acuerdo con un sistema racional, el sentido de la palabra “código” cambió:

Desde finales del siglo III o comienzos del IV el término “codex” se aplica a compilaciones jurídicas, públicas o privadas, de las “leges” imperiales. El Codex era en este sentido no una ley, sino una compilación de leyes y eso fueron el *Codex Gregoriano*, el *Hermogeniano*, el *Teodosiano* o, después, el de *Justiniano*. Como los materiales jurídicos reunidos en un *Codex* poseían una cierta homogeneidad, si no en razón de su contenido, sí por su procedencia; y como por otra parte tales materiales aparecían dentro del

363 *Ibidem*, p. 433.

Codex ordenados con arreglo a ciertos criterios, en las lenguas románicas medievales las palabras derivadas del latín “codex” o “codicus” se aplicaron normalmente a obras jurídicas dotadas de una cierta unidad de elaboración y de una considerable ordenación formal.³⁶⁴

Adoptaremos para facilidad expositiva la definición liberal de “código” señalada por el maestro Tomás y Valiente:

Pero en la Europa ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII y desde entonces hasta nuestros días se ha generalizado un significado mucho más preciso del término “Código”. Dentro del pensamiento jurídico de la Ilustración y, todavía más, con arreglo al pensamiento liberal, *un Código es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada.*³⁶⁵

Tomás y Valiente analiza la definición transcrita explicando sus diversos elementos y resaltando sus diferencias con una recopilación.

Un código es una *ley de contenido homogéneo por razón de la materia*. Todo él se refiere a un mismo sector del ordenamiento jurídico y sólo a él. Las Recopilaciones trataban de todo y esa misma heterogeneidad de su contenido las hacía desordenadas y monstruosas... El Código es una obra breve, un libro de bolsillo. Como trata de una sola materia (el Derecho civil, el penal, el mercantil, el procesal) puede tener orden y medida. La homogeneidad de contenido es garantía de claridad y de coherencia.³⁶⁶

La idea de codificar las normas jurídicas en Europa se encuentra claramente vigente desde el siglo XVI, pero es hasta el siglo XVII cuando las aspiraciones racionalistas comienzan a gestionar intentos serios de dar sistemática al derecho privado. La codificación ilustrada buscó como principal objetivo la ordenación racional de los códigos de forma sistemática y articulada, y ante su elaboración se encontró ante dos opciones: crear un código totalmente nuevo derivado de los principios fundamentales de la razón, o aprovechar el antiguo derecho, siempre y cuando respondiera o estuviera acorde con los principios racionalistas y los fines de la Ilustración.

364 *Ibidem*, p. 465.

365 *Idem*.

366 *Ibidem*, p. 466.

En el marco del pensamiento racionalista que buscaba eliminar al pensamiento autoritario, la primera opción se presentaba como la única. Las exigencias iusnaturalistas sólo admitían un derecho racional universalmente válido para todos los hombres en todas las épocas, además de que el derecho tradicional, el *ius commune*, no respondía ya a las nuevas exigencias de la época, se había vuelto corrupto y era el principal generador de la incertidumbre jurídica, que la legislación estaba llamada a superar. La idea ilustrada de la reducción del derecho a la ley estaba ampliamente difundida, y dio ocasión a que antes de las jornadas revolucionarias, los monarcas ilustrados desearan dicha reducción e intentaran lograrla mediante la codificación. La Ilustración repudió el abigarrado sistema normativo existente compuesto de costumbre, opiniones de jurisconsultos, estatutos de las ciudades y de las corporaciones. La ley prometía unificar el derecho y solucionar, como claro producto de la razón, de una vez para siempre el problema del derecho.

El impulso eficaz y directo para las reformas legislativas tuvo su origen en la crisis del Derecho común. Téngase presente que la legislación justiniane, que constituía su núcleo fundamental, por sí misma no podía adaptarse a una sociedad tan alejada en el tiempo de aquella a la que había sido destinada, por lo que al Derecho Justiniano se le fueron incorporando en el curso de los siglos —desde que los glosadores comenzaron a adaptarlo a las necesidades de sus tiempos— opiniones de jurisconsultos y sentencias de tribunales a las que se les otorgaba validez como fuentes del Derecho; a ellas se unieron el Derecho canónico, feudal, “Derecho propio” de los Estados particulares desde hacía tiempo soberanos, costumbres locales, estatutos de las ciudades y de las corporaciones que, al derogar privilegios y autonomías, complicaron todo todavía más. La oscuridad y la incertidumbre eran muy grandes y, por ende, la posibilidad de arbitrariedades, de cavilaciones, de contradicciones. Precisamente por todo ello, acentuó la necesidad de una nueva codificación.³⁶⁷

La creación de un nuevo derecho producto de los immaculados primeros principios de la razón no fue posible, y la codificación tuvo que optar por el aprovechamiento del antiguo derecho. En algunos autores ilustrados surgió la idea de una reelaboración doctrinal del Corpus Iuris, que se presentaba a la época, no sólo como arbitrario y contradictorio, sino como carente de orden racional. Los principios de la época exigían ante nada de

367 Fassò, *op. cit.*, pp. 17 y 18

cuerpos legislativos ordenados con escrupuloso rigor lógico y sistemáticamente. Sin embargo, persistía la idea de la reelaboración del Corpus Iuris, considerado durante siglos como la razón escrita y por tanto susceptible de dar contenido a la nueva legislación que preparaba el ideario racionalista. El derecho romano se había presentado como la materialización del derecho natural desde que los comentaristas lo introdujeron a Europa como derecho común. Esto indica que la codificación no sólo partió de los principios iusnaturalistas, sino también de la idea de la identificación del derecho positivo vigente, a través del derecho común, con el derecho natural y la posibilidad de que se entendiera a ese derecho natural como sujeto de nueva positivización por medio de la legislación. La racionalidad intrínseca del derecho romano se volvía imponer al pensamiento jurídico europeo:

Para una gran parte, los códigos fueron compilaciones y “consolidaciones” de normas preexistentes, romanas o consuetudinarias, que el legislador integró, coordinó y declaró estables, y no cierta innovación a la luz de las teorías iusnaturalistas, pero satisfaciendo sobre todo las necesidades que la realidad histórica misma demandaba en el ámbito técnico jurídico, y en primer lugar la de la estabilidad y la certeza del Derecho.³⁶⁸

Desde el siglo XVII se habían realizado trabajos encaminados a dotar de orden y sistemática al derecho tradicional, especialmente al romano. Una de las obras más significativas al respecto fue la realizada por Pufendorf, Leibniz y Wolff y, como antecedente de la codificación francesa, se encuentra el trabajo de Jean Domat.

La codificación fue el resultado de la combinación de las ideas iusnaturalistas que aportan sus principios fundamentales y su sistemática y la unión de los diversos estratos jurídicos del derecho tradicional, que mientras no se interpusieran con los principios racionalistas eran adoptados como el contenido normativo de las leyes. El método que se utilizó en las diversas codificaciones fue variado, pero se puede decir que en general influyó de manera decisiva la pirámide de conceptos de Cristian Wolff, que afirmaba la posibilidad de definir el derecho positivo, deducido de la ley natural.

El método de Wolff, por el que los juristas iusnaturalistas deducían la solución de los casos concretos mediante un sistema cerrado de premisas que sin solución alguna de continuidad, se exteriorizaba después en nociones generales y en reglas concretas, de forma lógica y sucesiva, constituye en su concepción fundamental el sustrato común de la actual ciencia del Derecho.³⁶⁹

La familia romano-canónica que nos rige surge de la vinculación que sucede a finales del siglo XVIII y principios del XIX del *ius commune* y el sistema racionalista. La codificación es su síntesis.

2. Antecedentes de la codificación francesa

Durante el siglo XVIII se hicieron en diversos lugares de Europa, proyectos de códigos; sin embargo, la primera codificación auténtica ocurrió en Prusia en 1794 (ALR). Por encargo de Federico Guillermo I de Prusia, monarca ilustrado, se iniciaron los trabajos para la elaboración de un Código que debía consagrar un sistema territorial de normas que fuera estable y para todos los tiempos. El trabajo se encargó a Samuel Cocceius, que en la tradición del *usus modernus pandectarum* identificaba al derecho romano con el natural, y cuya misión consistiría en dar sistematización al derecho común recibido en Alemania.

Federico II sucede a su padre en el trono de Prusia en 1740 y continúa con la promoción de la codificación con renovado impulso. Su principal objetivo es reducir todo el derecho en leyes, para, por una parte, consolidar su poder absoluto, y por otra, aplicar los ideales iluministas de contar con un derecho estable realizado conforme a los dictados de la razón. La labor codificadora fue ahora encomendada a Juan Enrique Casimiro von Carmer, quien aborda el estudio de las fuentes locales y el derecho romano, consagrando en su redacción final, muy pocos preceptos fundamentales del iusnaturalismo: la idea de que el código era completo, la limitación máxima a su interpretación por parte de los jueces y la prohibición de interpretación independiente en casos de laguna, donde se debe acudir a los principios generales del código y a la analogía.³⁷⁰ En reali-

369 Molitor-Schlosser, *op. cit.*, p. 58.

370 Wieacker indica que el método fue tomado de Wolff dentro de la línea iniciada por Pufendorf: "aa) El sistema, que a través de Cristian Wolff se remonta a Pufendorf: 1: Derecho de cosas (= Derecho patrimonial del individuo); 1, modos inmediatos de adquirir la propiedad; 2, modos mediatos (incluyendo el derecho de obligaciones; 3, modos de adquirir *mortis causa* (derecho hereditario); 4, conservación

dad, el código prusiano omitió muchos principios fundamentales iusnaturalistas, especialmente el de la igualdad de la ciudadanía, que se conmutaba por la consagración de la división estamental del Estado, como era lógico en una codificación ordenada por un monarca ilustrado.

La siguiente apreciación de Wieacker resulta interesante:

De la creencia propia del Derecho racionalista en la posibilidad de un Derecho absolutamente justo (en una determinada situación histórica) proviene la noble presunción del legislador de poder reglamentar todas las conductas imaginables. Con lo cual no se hizo más que recargar el peso de la prolijidad agotadora y de las previsiones para el futuro y cortar el activo desarrollo posterior en el que una gran ley tan a menudo desenvuelve sus inopinadas reservas. A lo que correspondió un escepticismo frente a la jurisprudencia científica, fundado no sólo en las opiniones personales de los soberanos, en trance de caducar, y en sus ideas, muchas veces retrasadas con respecto a los mejores talentos de su tiempo, sino en la tendencia pedagógica de la época, que, como ilustración propiamente dicha, rechazaba el hermetismo de los doctos.³⁷¹

En Austria ocurrió otra codificación (ABGB) ordenada por María Teresa en 1753 y finalmente publicada el 1o. de junio de 1811, como un Código civil en el que se excluyeron cualesquier principios políticos y administrativos. La codificación austriaca fue más bien una exhaustiva recopilación de normas civiles tendente a eliminar el particularismo jurídico.

3. La codificación napoleónica

En Francia, la codificación napoleónica estuvo precedida por una serie de ordenanzas reales, desde las que ordenaban las costumbres de París en el siglo XVI hasta las del siglo XVII, Ordenanza de Saint Germain (1667), Ordenanza de Comercio (1673) y Ordenanza de la Marina (1681).

y pérdida de la propiedad común: 5, propiedad común; 6, Derechos reales y personales sobre las cosas. II: Agrupaciones (la *consociatio* de Grocio): I, "Derechos de los diversos estamentos en el Estado"; 3, "Derechos y obligaciones del Estado para con sus ciudadanos" (derecho constitucional y administrativo). bb) La predominante Ética jurídica material, que organizó en nueva forma espiritual la materia del derecho común. Aceptó especialmente la doctrina (material, prekantiana) de los deberes de Cristian Wolff...", *op. cit.*, pp. 303 y 304.

³⁷¹ *Ibidem*, pp. 305 y 306.

Para 1681 se realiza el primer intento de unificación del derecho francés a cargo del jurista Henri François Daguesseau.

Es necesario hacer referencia a la situación jurídica francesa antes de la revolución para comprender los antecedentes de la codificación napoleónica. En Francia, como en muchos otros países europeos, se presentaba particularmente grave el problema de la coexistencia de dos sistemas normativos.

En la parte meridional regía el “Derecho escrito” (*Droit écrit*), que era el Derecho justinianeo, solamente alterado parcialmente por normas consuetudinarias o estatutarias locales; en el norte existía, en cambio, el llamado *Droit coutumier*, constituido por costumbres procedentes de la época franca y carolingia, y que, como todo Derecho de stirpe germánica, se fundaba en principios totalmente distintos de los del Derecho romano.³⁷²

En los siglos XVII y XVIII es cuando se dan los más importantes antecedentes, que servirán de inspiración y trabajos preparatorios para la codificación napoleónica. Los principales trabajos se deben a dos ilustres juristas: Jean Domat (1625-1696), quien realizó un intento de sistematizar el derecho romano influenciado por las ideas racionalistas, y Roberto José Pothier (1699-1772), que siguiendo las mismas teorías racionalistas intentó una reforma legislativa que fuera expresión de la razón.

Jean Domat estuvo influido por las tesis iusnaturalistas y fue defensor de la idea de que el derecho privado debería reducirse a principios racionales. Bajo esta premisa inició un trabajo de sistematización del derecho romano.

El resurgimiento del derecho privado romano en la fase final de las investigaciones desarrolladas según los métodos del derecho de la razón no sabría sorprendernos. Sobre todo en materia de derecho privado, los juristas utilizaban los instrumentos conceptuales provenientes del derecho romano (contrato, pacto, obligación, modos de adquirir la propiedad, etcétera) y de hecho el conjunto sistemático que construían sobre conceptos, aunque reexaminados, sólo podía ser romanista. El defecto del derecho romano que molestaba a los juristas de derecho natural residía en la ausencia de sistemática o más bien de todo orden en las fuentes romanas. Ello dio lugar a varios intentos de sistematización influidos una vez más por las fuentes romanas y que consistían sobre todo en una revisión de la división romana en

372 Fassò, *op. cit.*, t. III, p. 21.

ius quod ad personas pertinet, ius quod ad res petinet y ius quod actiones pertinet, que los juristas del Derecho natural conocían a través de las Instituciones de Justiniano (I. 1,2,12) que la habían adoptado. Esa actitud, que era fruto no sólo de las exigencias doctrinales y filosóficas de los juristas del Derecho natural sino también de las preocupaciones prácticas con vistas a garantizar la seguridad jurídica, puede por tanto resumirse en estas palabras: el Derecho romano es la más rica reserva de Derecho natural; sus colecciones (*Corpus iuris*) adolecen de orden y necesitan una sistematización para poder ser utilizadas. Fue adoptada por dos de los más grandes juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, que más que ningún otro influyeron en la codificación francesa y, a través de ellas, en las principales codificaciones europeas (incluido, parcialmente, el código alemán): se trata, claro está, de JEAN DOMAT y de JOSEPH POTHIER.³⁷³

Pothier se convirtió en el tratadista que más influyó en la codificación napoleónica. Su trabajo se concentró en la sistematización del derecho consuetudinario y en la unificación del derecho escrito y del derecho consuetudinario. Al igual que Domat, aspira a una sistematización racional de las normas del derecho privado.

El intento de unificación de los dos sistemas normativos en Francia sentó las bases para que la codificación francesa, al elaborar los contenidos de las normas, recurriera tanto al derecho romano de la tradición del derecho escrito como al septentrional consuetudinario. Es importante, además, para una comprensión general de la codificación francesa, hacer una cita sobre las particularidades del derecho del antiguo régimen, que consagraba un orden estamental que complicaba aún más la vida jurídica francesa de cara al cambio que planteaba los nuevos anhelos legislativos.

Por todo esto la situación jurídica resultaba extremadamente complicada: por una parte no existía un criterio único de imputación subjetiva de los efectos jurídicos, dada la diversidad de los sujetos y el diverso ámbito de capacidad jurídica reservada a cada uno (en el sentido de que podían ser titulares de algunos derechos solamente los sujetos pertenecientes a una cierta clase, grupo o posición social: los nobles, por ejemplo, podían ser titulares de algunos oficios o gozar de determinados derechos y estaban sujetos a una jurisdicción particular; los no nobles podían ejercer el comercio; los siervos estaban sometidos a un régimen distinto... y así se podría continuar), y por otra parte había enormes diferencias en el régimen jurídi-

373 Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 178.

co de los bienes (se distinguía según se tratara de bienes muebles o inmuebles; edificios urbanos o rústicos; tierras libres o sujetas a un señor). Para los comerciantes existía además un derecho especial que estaba inspirado en gran parte en razones de política fiscal o de control del tráfico basadas en los principios de la economía mercantilista.³⁷⁴

A los antecedentes que pretendieron la unificación jurídica francesa y a la complicación normativa provocada por la fragmentación y estratificación del derecho se añadió otro elemento influyente al momento de realizar la codificación: el derecho revolucionario. En derecho privado, al periodo revolucionario se le conoce como el derecho “intermedio”, por encontrarse entre el derecho del antiguo régimen y el nuevo de la codificación. Durante este periodo el jurista Juan Jacobo Régis de Cambacérés elabora tres proyectos de Códigos, que no prosperaron. Es importante hacer notar que del primer proyecto, influido por las ideas iusnaturalistas, se va atenuando la tendencia racionalista para abrir paso a la aceptación del derecho antiguo, romano y consuetudinario. “El Derecho privado revolucionario, el llamado *droit intermédiaire*, fue publicado en forma de leyes singulares. Esta legislación, motivada por los objetivos políticos del momento y poco sistemática, pudo servir mejor a la agitada praxis revolucionaria que una codificación, la cual habría planteado un sinnúmero de problemas puramente técnicos”.³⁷⁵

Vistos los antecedentes y esbozado un panorama de las complicaciones jurídicas de la codificación, podremos entender por qué las ideas iusnaturalistas que pretendían hacer tabla rasa del pensamiento autoritario tuvieron que ceder ante la valía del derecho tradicional y a la imposibilidad de formular un derecho completamente nuevo.

En efecto, tras las primeras llamaradas de iusnaturalismo iluminista, tendente a hacer tabla rasa de todas las instituciones creadas por la historia, para sustituirlas por las dictadas por la razón, el criterio que prevaleció fue, como en Prusia, el de racionalizar, a la luz del Derecho natural, el Derecho vigente, hasta el punto que gran parte de la obra de Pothier fue recogida por el Código Napoleón. Lo que no es óbice, sin embargo, para que el espíritu del iluminismo y del iusnaturalismo se encuentre presente en el código (sobre todo teniendo en cuenta la inspiración claramente individualista del

374 Lipari, *op. cit.*, p. 42.

375 Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998, p. 253.

mismo), y que la acción innovadora de las ideas iluministas fuera decisiva en la preparación de la obra de reforma legislativa que fue realizada después por Napoleón.³⁷⁶

Wieacker precisa que el contenido románico del Código francés es menor al vertido en el alemán de 1900:

Materialmente está influido por su consideración de la razón, esto es, de aquella etapa del Derecho natural de las circunstancias históricas con fuerte tendencia hacia el *Droit Contumier*, al que los redactores en todas partes se remiten con gran libertad de espíritu. Y así la participación “románica” en el código nacional francés fue antes bien más débil que la recibida por el alemán de 1900.³⁷⁷

Inspirado en los principios revolucionarios, Napoleón Bonaparte nombra en 1800, una comisión integrada por cuatro miembros: Tronchet, Premenau, Maleville y Juan Estéfano María Portalis, para la elaboración de la codificación. El propio Napoleón participó en los trabajos y redactó algunos preceptos; estaba consciente y orgulloso de la magnitud de la obra que emprendía. La comisión trabajó sobre derecho común, derecho consuetudinario, derecho real (ordenanzas) y con la legislación revolucionaria (derecho intermedio y Constituciones francesas de la revolución). Destacó en especial el trabajo de Portalis, gracias a quien se acogió el antiguo derecho, románico y germánico, que prevalecieron dejando al racionalismo la orientación general de la obra. “‘Libertad’ y ‘propiedad’, que resumían las ‘libertades civiles’, fueron precisamente los conceptos que Napoleón colocó como fundamentos del *Code civil*”, cuyo objetivo era “consagrar las conquistas de la revolución, realizar una conciliación entre el Derecho romano y las *coutumes* y «unir el presente con el pasado»”.³⁷⁸

El Código Civil fue promulgado el 21 de marzo de 1804. Le siguieron en 1807 el Código de Procedimiento Civil, en 1808, el Código de Comercio y el de Procedimiento Penal, y, finalmente, en 1810, el Código Penal.

El Código Civil, que tomó el nombre de Código Napoleón, se estructuró según la vieja clasificación romana de las Institutas. Consta de 2,281

376 Fassò, *op. cit.*, p. 21.

377 Wieacker, *op. cit.*, p. 136.

378 Lipari, *op. cit.*, p. 51.

artículos y se divide en una introducción (donde se recogen los principios iusnaturalistas de libertad e igualdad) y tres libros:

Se compone de un título preliminar (“De la publicación, de los efectos y de la aplicación de las leyes en general”) y de tres libros. El primero, titulado “De las personas”, trata, además, del matrimonio y del divorcio (institución introducida por la revolución y mantenida a pesar de algunas limitaciones) así como de la tutela. El segundo y tercer libros, cuya sistemática se inspira en los mismos principios que la ALR (Código prusiano), están consagrados a las relaciones patrimoniales organizadas en torno a la noción de propiedad. El libro segundo (“De los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad”) se ocupa de las cosas, de la propiedad, así como de los derechos reales sobre cosa ajena. En cuanto al libro tercero, se titula “De los distintos modos con los que se adquiere la propiedad” y agrupa las reglas sobre sucesiones, donaciones entre vivos y los testamentos, los contratos y las obligaciones convencionales en general, los compromisos que se forman sin convención (cuasicontratos, delitos y cuasidelitos), las relaciones patrimoniales entre cónyuges, las diferentes clases de contratos, las garantías personales de las obligaciones (fianza), las transacciones, el apremio por cuerpo en materia civil (derogado por una ley de 22 de julio de 1867), la garantía (prenda y anticresis), los privilegios y las hipotecas, la expropiación forzosa y el concurso de acreedores, finalmente la prescripción. Esta sistemática es propia del Derecho natural y proviene de la de las Instituciones de Justiniano tal y como Domat y Pothier las habían reformulado. El Código civil puede ser considerado, en suma, como el resultado de un trasplante (realizado según el método de Pothier) de algunos principios extraídos de las costumbres sobre un substrato romanista que no sólo determina la estructura terminológica y dogmática del Código, sino que también está en la base de su contenido y domina toda la parte concerniente al derecho de obligaciones.³⁷⁹

La codificación francesa fue la que tuvo mayor importancia histórica porque se convirtió en modelo de las legislaciones de muchos países y porque significó un cambio fundamental en los estudios de ciencia y filosofía jurídicas.

La codificación se exportó en la medida en que se exportaron las ideas revolucionarias de la Revolución francesa. Las tropas napoleónicas llevan el código que es aceptado incluso en lugares que era de esperarse oposición, como en Alemania. Encontramos las siguientes recepciones:

379 Cannata, *op. cit.*, pp. 184 y 185.

1810: Baden, Varsovia y Bélgica, 1830; Holanda hace su propio código, que es una auténtica copia. En Italia, el Código Civil de 1861 estuvo bajo la influencia de las codificaciones napoleónicas, hasta el Código Civil de 1942, que abandona la familia francesa para aproximarse al sistema del derecho civil de la ciencia pandectística. España, Portugal y los países iberoamericanos fueron receptores (el primer Código civil mexicano fue el de Oaxaca de 1828). En los Balcanes, Rumania (1865) y en el África, Egipto (1867). Su influencia no cesó sino hasta la codificación alemana (BGB) del año 1900:

Sólo el influjo de la ciencia pandectística alemana y de ambos códigos modernos de la “familia jurídica alemana” que de ésta proceden (el B.G.B. de 1900 y Z.G.B. suizo de 1907-1911) han detenido, o casi reprimido, la difusión posterior del Code civil, especialmente en el sudeste de Europa (Hungría, Grecia, Turquía), en el lejano oriente (China, Japón, Siam) y en algunos Estados sudamericanos.³⁸⁰

4. *Características y consecuencias de la codificación*

Entre las características y finalidades de la codificación podemos encontrar las siguientes:

- a) La codificación fue la expresión final de los propósitos del iusnaturalismo, síntesis final que significa el fin del derecho antiguo (como un derecho disperso) y el surgimiento de un nuevo derecho igualitario. Lo que más penetró de las ideas iusnaturalistas fue la tendencia individualista, sancionando positivamente lo que el iusnaturalismo había proclamado como “derechos innatos del hombre”: libertad, propiedad e igualdad. La influencia del iusnaturalismo fue, más, que en el contenido normativo, en su estructura formal.
- b) La aspiración de formular positivamente las normas emanadas de un derecho natural derivado de la razón supuso que la codificación lo había logrado y que se había conseguido un derecho universal válido para todos los hombres en todos los tiempos.

El triunfo del iusnaturalismo en el terreno político y legislativo cierra un período de la historia con la conclusión de que el Derecho natural ha sido concretado en el Derecho positivo, y por tanto, que el problema de las rela-

380 Wieacker, *op. cit.*, p. 320.

ciones y contraposiciones entre ambos derechos había dejado de tener sentido. Sólo quedaba, aparentemente, a la filosofía del Derecho el problema del método de la ciencia del Derecho vigente positivamente, única forma de Derecho pensable.³⁸¹

- c) El contenido normativo de la codificación fue obtenido del derecho tradicional; los códigos fueron una síntesis del derecho consuetudinario, el *ius commune* y las ideas racionalistas. La codificación fue la concreción definitiva de la tradición romanista europea. El derecho romano se advierte sobre todo en obligaciones y contratos; el derecho consuetudinario, en familia, cosas y sucesiones; el derecho natural racionalista, en los principios que orientan la codificación, principios de igualdad, propiedad y libertad.
- d) La codificación se convirtió en la forma jurídica de organización de las aspiraciones de la burguesía que ordenan una nueva sociedad basada en el respeto a las libertades individuales. El dogma de la igualdad no supuso el de todos los hombres, sino la equiparación política de la burguesía como clase social.
- e) Se consagra el principio de la limitación de los poderes de los jueces, mediante la formulación de las tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, que significa que no es admisible ninguna interpretación ajena al texto de la ley, debiendo, en caso de laguna, recurrir a la intención del legislador como única posibilidad hermenéutica. Se sacrifica todo en aras de la certeza y la seguridad que proporciona la abstracción y generalidad de las leyes.

Como consecuencias de la codificación podemos enumerar las siguientes:

- a) La reducción del derecho a la ley tuvo como consecuencia la supresión de la costumbre como fuente del derecho. Se agota la costumbre como fuente de derecho. De la codificación en adelante la costumbre *contra legem* ya no tiene validez. Los ilustrados mostraron una desconfianza desdeñosa hacia la costumbre, que fue vista como el fruto de un pasado irracional, una obra de una voluntad anónima, casi siempre popular y carente de las luces sólo poseídas por los filósofos cultos y por legisladores ilustrados.

381 Fassò, *op. cit.*, p. 15.

- b) Con la separación de poderes y la imposibilidad de interpretación autónoma de la ley se terminó con la jurisprudencia como fuente del derecho. En adelante la función del juez debería limitarse exclusivamente a la aplicación de las leyes sin ninguna posibilidad de interpretarlas fuera del propio contexto legislativo. Se consagra el principio de la plenitud hermética del derecho.
- c) El gran mérito de la codificación fue la certeza y seguridad jurídica que se lograron con la legislación.
- d) La codificación sólo se interesó por algunas materias: derecho civil, derecho mercantil, derecho procesal, civil y penal y derecho penal. Esas cuatro materias han sido las únicas que dieron lugar a otros tantos códigos, si bien la codificación del derecho procesal ha cristalizado en dos códigos formalmente separados concernientes, respectivamente, al proceso civil y al penal. Quiérese decir con esto, pues, que no todas las materias del ordenamiento jurídico se codificaron, sino sólo aquellas que el advenimiento del Estado liberal eran consideradas como básicas y al mismo tiempo estaban dotadas de una clara madurez doctrinal.³⁸²
- e) En derecho civil se consagró al matrimonio como un contrato, y se admitió el divorcio, se protegió a la libertad contractual y se creó un sistema que privilegió a la propiedad. “Por ello no es casual que, en el *Code Napoléon*, la propiedad ocupe el lugar predominante y que todos los demás institutos, desde el contrato hasta las sucesiones, pasando por el Derecho de familia, giren en torno a ella”.³⁸³
- f) El dogma de la igualdad de todos los ciudadanos fue inconsistente y significó únicamente una ventaja para la burguesía. Con la ética pactista se cometieron excesos e injusticias para las clases obreras y campesinas.

El derecho que surgía del sistema codificado se presentaba así de manera conforme a las necesidades de una sociedad que se desarrollaba en un sentido liberal y capitalista, pues privilegiaba a los intereses pecuniarios y a las fortunas adquiridas por las clases medias ampliamente beneficiadas por la Revolución. Es significativo, por otra parte, que al contrato de trabajo se dedicara un solo artículo (el 1780) y eso para prohibir los contratos de tra-

382 Tomás y Valiente, *op. cit.*, p. 467.

383 Lipari, *op. cit.*, p. 43.

bajo por tiempo indeterminado; también lo es que en el artículo 1781 se contuviera una regla extraordinariamente favorable a los patronos y comitentes que eran “creídos con base en su sola palabra” en cuanto a los salarios pagados a sus trabajadores (el art. 1781 fue derogado en Francia por la Ley de 2 de agosto de 1868). Resulta por ello indudable que, con el *Code* de 1804, los legisladores de la época, al hacer suyas algunas conquistas de la Revolución —la igualdad jurídica de las personas, la desvinculación de la propiedad—, no quisieron conservar de ninguna forma todas aquellas disposiciones del Derecho intermedio que protegían a las clases más pobres, campesinos y obreros (no debe olvidarse con todo que el Derecho intermedio tampoco regulaba el contrato de trabajo ni el salario de los obreros), sino que más bien se intentó proteger los intereses del dinero. Con la abolición de los antiguos privilegios feudales se limitaron a sancionar la igualdad y libertad formales y se concedió a todos la posibilidad (aunque sólo en abstracto) de actuar libremente, de trabajar y de enriquecerse.³⁸⁴

- g) Dentro del derecho penal, el Siglo de las Luces significó la supresión de la tortura, la derogación de los delitos de magia y brujería y la abolición de la pena de muerte.³⁸⁵
- h) El efecto esperado de las tesis iusnaturalistas era el de la consecución de un derecho universal; sin embargo, triunfaron las tesis nacionalistas, y la unidad jurídica europea basada en el *ius commune* se perdió en codificaciones particulares de cada Estado.

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

³⁸⁵ Es pertinente recordar el trabajo de Beccaria como uno de los juristas que más influyeron en la humanización del derecho penal. “Por lo expuesto resulta obvio que los logros de la época de renovación bajo el lema de la igualdad fueron limitados. Su concepto fundamental más bien sería el de humanidad. Aparte la guerra, el más notable ejemplo de inhumanidad radicaba en el derecho penal. La revolución ética implícita en el término utilitarismo no podía dejar de aplicarse en esta esfera. La obra clásica sobre este tema, y que merece ser recordada una vez más, es el tratado *Dei Delitti e delle Pene*, del italiano Beccaria, publicado en 1764. Difícilmente podría hallarse otro tema acerca del cual la Europa ilustrada estuviera más unida que en torno al de la reforma del derecho penal, ni tal vez otro libro que lograra un éxito tan rápido e ilimitado. Por una vez, un gran tratado reformador no se publicó antes de tiempo, según revelara una breve relación de fechas. Después de la Unión de los Parlamentos inglés y escocés, la abolición de la tortura se extendió a Escocia, por una ley de 1708. Federico II la abolió en Prusia excepto para casos muy graves, como el de traición, tan pronto como subió al trono, en 1740. Pese a los manifiestos de los *philosophes*, los *Parlements* franceses se resistieron con éxito a la abolición de la tortura legal hasta la víspera de la Revolución; pero es de notar que la Revolución, incluido el Terror, nunca volvió al empleo de la tortura judicial una vez que fue abolida. En Rusia, los juzgados de primera instancia fueron privados de la facultad de ordenar torturas en 1762, y los tribunales superiores, en 1801. La Inquisición suprimió en España la tortura hacia 1816. Mucho quedaba aún por hacer para humanizar los procedimientos de la justicia y las mentes de los juristas, pero con el humanitarismo se había introducido un nuevo principio en el mundo”. Cobban, *op. cit.* pp. 430 y 431.

Por ello también las codificaciones que se promueven no son universales, no son europeas, sino nacionales. Sucedió lo que no había previsto la Ilustración, determinada por las ideas iusnaturalistas y sin duda no había deseado: el Derecho del continente perdió su unidad; fue nacionalizado. La zona geográfica del *ius commune* se disgrega en zonas jurídicas particulares determinadas nacionalmente.³⁸⁶

IV. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

La Escuela exegetica francesa surge con posterioridad a la codificación napoleónica, que se convierte en su condición y causa. Será la Escuela dominante en Francia y en buena parte de los países receptores de la codificación francesa, durante prácticamente todo el siglo XIX (1820 a 1888) hasta las críticas de Francisco Geny (1871-1938) en su libro *Método de interpretación de las leyes civiles*. Crítica, por demás tardía, pues en Alemania la Escuela Histórica del Derecho ya había elaborado una importante revisión crítica de la Escuela de la Exégesis.

Los principales representantes de esta escuela son Teodoro Troplong, Florencio Demolombe, Francisco Laurent, Aubry, Rau, Baudry Lacatinerie, cuya actividad fundamental se centró en explorar y exponer el contenido del Código de Napoleón en diversas y voluminosas obras de derecho civil.

Podemos intentar enumerar las principales convicciones y principios de la Escuela de la Exégesis francesa, de la siguiente manera:

- a) El derecho está en los códigos; el derecho se reduce exclusivamente a lo que contienen los códigos.
- b) Los códigos significan un sistema de pretensión universal donde no hay lagunas. El orden jurídico positivo es completo y no tiene lagunas; se autointegra.
- c) La Escuela exegetica responde a una visión predominantemente pragmática y estática del derecho, en clara oposición a la visión histórica: todo intento de construcción del derecho debe ser sacrificado a la exigencia de la certeza jurídica; por lo tanto, toda fuente ajena a la legislación que procure la adecuación del derecho a las circunstancias históricas y a la evolución de la sociedad es rechazada.

³⁸⁶ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 22.

- d) La visión de la Escuela de la Exégesis, finalmente, se convierte en una posición dogmática, entendiendo por ésta, que sus principios fundamentales son incontrovertibles y que la visión técnica del derecho de la Escuela rechaza toda perspectiva histórica.
- f) El principio fundamental de la Escuela se enuncia como el principio de la plenitud hermética del derecho. Este principio corresponde a la visión de orden jurídico cerrado, donde la función del juez se limita a aplicar las disposiciones de los códigos. Dichas disposiciones constituyen ese orden hermético y representa auténticas órdenes del legislador al juez. El juez no puede crear derecho; por lo tanto, en casos de laguna, oscuridad o silencio de las leyes, debe encontrar en esas mismas leyes la solución del caso.

Es así como la exigencia fundamental del Iluminismo, para cuya satisfacción se había emprendido la codificación, la de la certeza del derecho, condujo al positivismo jurídico. Fuera de la ley positiva no se reconocía ningún principio jurídico válido. Sólo es derecho lo que el legislador crea. Se llega a creer que la fuente del derecho es la voluntad, y el derecho natural que durante algún tiempo se entendió como esencia misma del Código fue pronto olvidado. El orden jurídico se autointegra a sí mismo.

- g) El jurista se limita a interpretar en forma textual el Código Napoleón para clarificarlo y para deducir consecuencias o soluciones prácticas.

La Escuela exegetica obtuvo mucho éxito en una época en que se convirtió en un instrumento de primera necesidad para el logro de las aspiraciones del Estado liberal burgués. Jurídicamente facilitaba enormemente el trabajo de interpretación y de aplicación del derecho, además de lograr la tan ansiada certeza y seguridad jurídicas. El único método de interpretación admisible era la interpretación auténtica o legislativa (limitada a indagar la intención del legislador sin la menor referencia histórica; los cambios sociales no son considerados). Los estudios de derecho se transforman en un estricto comentario de la codificación (artículo por artículo). La interpretación literal resuelve todo problema; por tanto, niega la filosofía del derecho. Es una escuela de juristas dogmáticos no filósofos. Se suprimen las enseñanzas del derecho natural y hasta las de teoría del derecho que podían dar ocasión a discusiones y críticas del orden imperante, procurándose enseñar únicamente el Código Napoleón.

La gran crítica que puede hacerse a la Escuela exegetica francesa es precisamente su dogmatismo y ahistoricismo. Crítica que emprende la Escuela histórica del Derecho, para después caer en Alemania, un siglo después, también, en el positivismo jurídico. En el caso francés, el iuspositivismo fue una consecuencia del iusnaturalismo, al creer que sus principios habían quedado plasmados en la legislación de una vez y para siempre. El papel del Estado será, en adelante, de sancionador y protector del derecho, hasta llegar a la idea de que sólo es derecho lo que el Estado crea como tal. ¿Qué quedó? Se pregunta Francisco Carpintero:

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... Quedó, el Estado, apoyado por la policía y el ejercito, 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.³⁸⁷

Triunfó el positivismo ínsito en las tesis iusnaturalistas. El racionalismo creó un sistema igual de totalizador y rígido como el que había pretendido destruir. Su pretensión totalizadora en el campo del derecho pronto demostró ser un fracaso; no es posible un derecho válido para todos los hombres en todos los tiempo. Durante el siglo XIX se dejó, por dicha pretensión totalizadora, a un lado todo pensamiento metajurídico y toda referencia a la justicia como virtud y valor supremo del derecho. Se preparaba el drama del siglo XX, donde el positivismo formalista legitimaría cualquier ideología. La posibilidad de destrucción del hombre por el hombre se legitimó en un sistema de derecho que cumplió con todos los requisitos para convertirse en un derecho positivo. La tesis naturalista de la superioridad de una raza culminó con el acontecimiento destructivo más grande de la historia. Sólo a partir de una adecuada comprensión de las ideas que dieron origen a la visión totalizadora del derecho positivo se puede arribar al entendimiento de los problemas actuales del derecho y el Estado.

387 Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 231.

Conclusiones	255
I. El pensamiento autoritario	255
II. El pensamiento autoritario en el derecho	258
III. La fractura del pensamiento autoritario. Los antecedentes del racionalismo	259
IV. El racionalismo	262
V. La Escuela del Derecho Natural	263
VI. Las codificaciones	265

CONCLUSIONES

I. EL PENSAMIENTO AUTORITARIO

El racionalismo fue un fenómeno de sustitución del pensamiento autoritario medieval y, en general, de gran parte de la cultura y de la tradición medievales. Manifiesta una total confianza en la razón, que se erige como el único y supremo criterio de verdad y de certeza intelectual. Hace tabla rasa de toda la tradición y el pensamiento medieval que había considerado a la razón como limitada e incapaz de explicar nada por sí misma.

El pensamiento autoritario se gesta dentro del contexto medieval. Su punto de partida es el pensamiento religioso, que considera a la razón como limitada y subordinada siempre a la fe. El pensamiento autoritario religioso entiende la existencia de una verdad revelada por Dios que debe ser creída sin necesidad de someterla a crítica alguna. La verdad revelada se convierte en dogma, es decir, en verdad incontrovertible que debe ser aceptada sin más por el creyente. La palabra de Dios, como fuente principal de las verdades religiosas, se encuentra reconocida en diversos libros sagrados, especialmente en los Evangelios, como la palabra directa de Dios hecho hombre en la figura de Jesucristo. A los Evangelios se añade el Antiguo Testamento y las diversas interpretaciones que a lo largo de la historia la Iglesia, como depositaria de la verdad revelada, ha reconocido como parte del dogma. En esta última categoría se encuadra al pensamiento filosófico cristiano que encuentra su máxima expresión histórica en la patrística y en los doctores de la Iglesia.

Las verdades cristianas son transmitidas por la Iglesia, como única depositaria de la palabra de Dios, a todos los fieles por medio de la autoridad. El pensamiento autoritario tiene su origen en esta concepción religiosa del pensamiento y las ideas, que construye una ortodoxia en torno a los dogmas religiosos. Como los dogmas no son discutidos, criticados, ni puestos en duda, se extiende la consideración de que el pensamiento que ha sido admitido como efectivo, verdadero, auténtico, etcétera, por la sociedad, se convierte en un pensamiento que transmite una verdad segura.

De hecho, el dogmatismo religioso, en una sociedad preponderantemente religiosa, extiende la idea de que el conocimiento, todo, que ha sido “probado” por la tradición, es un conocimiento cierto y seguro. Dentro de este concepto es que se admitió, por ejemplo, la geografía y la astronomía griegas y el derecho romano.

La razón dentro del contexto del pensamiento religioso cristiano y medieval no es eliminada, sino que se le considera incapaz de aportar verdades absolutas. Dentro del marco de la revelación es una razón limitada, incapaz por sí misma de alcanzar la sabiduría; sin embargo, es auxiliadora de la fe en cuanto le ayuda a entender la verdad revelada. Por esta razón fue que la Iglesia no vaciló en recurrir al pensamiento racionalista de la antigüedad grecolatina para apoyar sus propios dogmas y doctrina, creando una filosofía cristiana, en el marco de una teología cuya misión fundamental consistió en combatir a las herejías. La filosofía cristiana tuvo por principal y único objetivo entender e interpretar la verdad ya dada por la revelación, no el encontrar la verdad por sus propios medios. En Occidente, la Iglesia no sólo fue portadora de la doctrina cristiana, sino también protectora de la cultura clásica; conformó la cultura y el mundo espiritual de la Edad Media, y creó también los presupuestos del Renacimiento y de la Edad Moderna.

Sin embargo, el pensamiento y la doctrina cristianos siempre guardaron cierta distancia ante la razón, a la que no dejaban de ver como un peligro para la fe. “Agustín y, a través de los siglos los representantes del agustinismo, se sintieron preocupados por la posibilidad de que en el futuro espiritual, procedente de la combinación de estas dos tradiciones, anidara un grave peligro: el triunfo del racionalismo crítico, heredero de la cultura clásica, sobre la fe y la revelación” (Georg Maier). San Agustín, frente al pelagianismo, sostuvo la subordinación de la razón a la fe, que, a pesar de la gran rehabilitación de la razón lograda por Santo Tomás basado en el aristotelismo, perdura hasta la fecha como línea fundamental de ortodoxia.

El cristianismo admite la existencia de un derecho natural que puede ser conocido por la razón humana. El derecho natural se deriva de la ley natural, que no es más que el reflejo de la ley eterna o divina identificada con la voluntad y la razón divinas. La ley natural es la participación de la criatura racional en el orden divino del universo. La ley eterna es la ley divina revelada a la que el hombre, en cuestiones de fe, debe sujetarse absolutamente. La ley natural sirve como ética natural y da contenido al

derecho natural, de tal forma que el hombre por sí mismo, a través de su razón, posee la facultad de distinguir el bien del mal. Pero la perfección de la ley natural se encuentra en la ley divina revelada, de la que no puede prescindir. La razón puede servir de norma de acción, pero de forma debilitada por la presencia del pecado original, de tal suerte que el hombre requiere de la gracia divina para obtener su salvación y de la observancia fiel de la ley divina revelada. La ley humana debe ser siempre reflejo de la ley natural. Todo derecho debe estar acorde con el derecho natural para ser válido como derecho positivo.

La Iglesia se convierte en la Edad Media en el único factor de unidad cultural. Su pretensión universalizadora hace que la Iglesia configure una buena parte de los elementos estructurales constitutivos de la sociedad medieval. Admite una sociedad estamental y la convicción de que el poder político deriva de la autoridad divina. La estructura social se basa en la creencia de un orden divino y un orden mundano. El segundo es el reflejo del primero que se realiza en la Tierra. La Iglesia es medianera entre ambos mundos y, en consecuencia, ocupa la cúspide de la pirámide social medieval: su primer estamento. A los eclesiásticos les corresponde, como delegados de Cristo en la Tierra, la función santa de orar; es decir, de portar el verbo, la palabra. Son los que tienen la función de ordenar el mundo. Al estar consagrados reciben el poder de Cristo y establecen la comunicación con el reino celeste. Con su otra función, la de la sapiencia, se convierten en intérpretes de los designios divinos. El segundo estamento que comparte la posición superior de la sociedad medieval está integrado por los reyes y los nobles. Su función es la de mantener el orden y la paz con la espada, hacer la guerra. El tercer estamento, el llamado estado llano, se compone de los demás miembros de la sociedad: artesanos, campesinos, comerciantes, etcétera, cuya función es la de obedecer y dar alimento al cuerpo social.

El orden medieval consagra a la desigualdad como fundamento: unos mandan, otros obedecen. La igualdad de todos los hombres se realizará en el reino de los cielos. La sociedad terrestre es un orden perfectamente jerarquizado y autoritario.

La idea de orden es un concepto que abarca al derecho, que es entendido como una realidad profunda que sirve de fundamento y cohesión al mundo social. Lo jurídico no es más que la interpretación de ese orden perfecto por los diferentes agentes productores del derecho. El orden jurídico encuentra su fundamento en el derecho divino (revelado) y en el de-

recho natural (pauta de justicia cognoscible por la razón). El derecho es concebido como un instrumento al servicio de la sociedad para alcanzar el fin supremo de todo cristiano: la salvación eterna.

Dentro de las ideas cristianas en torno al derecho se encuentra la convicción de la imposibilidad de que los seres individuales alcancen por sí mismos la salvación. Sólo a través de la comunidad, dirigida por la Iglesia, única intérprete de la palabra divina, se alcanzan los fines propios del hombre.

De las ideas en torno al orden, social y jurídico, se entienden dos futuras rupturas con el pensamiento moderno: la realidad óptica del orden jurídico, que requiere de una constante interpretación, y la idea de la incapacidad individual de alcanzar la verdad y de ser libre. Los ideales racionalistas apuntarán como una constante hacia la posibilidad de lograr una legislación cierta y segura, “para todos los hombres en todos los tiempos”, totalmente contraria a la interpretación jurídica medieval. Por otra parte, el racionalismo se caracterizará por el individualismo como posición central ideológica, que hace depender de las voluntades individuales el establecimiento del orden político y, en consecuencia, bajo el imperio de la ley, el orden social.

II. EL PENSAMIENTO AUTORITARIO EN EL DERECHO

En el mundo jurídico el pensamiento autoritario se consagra fundamentalmente, en el orden religioso, por el derecho canónico, y en el orden civil, con el descubrimiento del derecho romano, que en breve tiempo se considera autoridad al consagrarse como la *ratio scripta*.

El derecho romano, como la *ratio scripta* o *ratio iuris*, se impone como un derecho equiparable, en el orden racional, al derecho natural. Como tal, fue admitido por la sociedad medieval:

Estos desdoblamientos de la idea de Roma confirman que el Derecho romano fue adoptado por todas partes como el Derecho por antonomasia de la comunidad jurídica humana: es decir, tenía para ésta fuerza, autoridad y tradición de Derecho natural, y ocupó también el plano total del pensamiento del medievo el lugar de una ética jurídica autoritaria (Franz Wieacker).

No solamente la racionalidad dotó al derecho romano de autoridad. En el proceso de su consagración, jugó un papel determinante la idea imperial romana que pervivía aún en la sociedad medieval.

Estoy convencido de la verdad invariable de mi tesis: Aunque el Derecho romano hubiera sido mil veces más perfecto de lo que en realidad fue, no hubiera acudido un solo estudiante a oír a los glosadores en Bolonia si aquel Derecho no hubiera sido, al propio tiempo, el Derecho del *imperium romanum* (Paul Koschaker).

El estudio de los textos romanos por la Escuela de los glosadores inició el camino de la secularización de la ciencia jurídica y contribuyó determinadamente en la aparición del Estado moderno.

Los posglosadores dotan a Europa de un sistema dogmático comprometido con la resolución de los casos prácticos, conocido como derecho común. El *mos italicus* aporta esta nueva dogmática enmarcado aun dentro del pensamiento autoritario mediante la gran armonización del derecho romano, el canónico y el feudal. A la autoridad propia del derecho romano y el canónico se añade la autoridad de los grandes juristas del *ius commune*, creadores del nuevo derecho científico.

El derecho común se difundió por toda Europa en forma teórica a través de las universidades, y en la práctica a través de su aplicación en los tribunales y por la práctica notarial. Al fenómeno de asimilación del derecho común se le conoce como recepción. Gran parte de los países occidentales y, posteriormente, sus colonias, fueron países receptores. Éste es un momento fundamental en la construcción de la tradición romano-canónica del derecho, cuyo origen más remoto es el propio derecho romano y cuya formación definitiva se logra con las codificaciones de los siglos XIX y XX.

III. LA FRACTURA DEL PENSAMIENTO AUTORITARIO.

LOS ANTECEDENTES DEL RACIONALISMO

Existen tres principales antecedentes históricos del racionalismo: el humanismo, los descubrimientos geográficos y la Reforma protestante. Los tres contribuyen al debilitamiento del pensamiento autoritario.

El humanismo es considerado, por los cambios que produce, como el momento inicial de la historia moderna de Europa. En concreto, al iniciar un movimiento de revisión científica y aportar la crítica, constituye un claro antecedente del racionalismo. El humanismo fue un movimiento cultural de la mayor importancia que aportó una nueva forma de ver el

mundo al reivindicar al hombre como centro del universo y por su aspiración a lograr la concordia y fraternidad universales.

El humanismo como posición historicista trajo de la mano a la crítica. La crítica contribuyó a la secularización de la cultura y a la relativización de la autoridad. El humanismo constituyó indudablemente el antecedente que condujo al saber laico y al pensamiento crítico de los siglos por venir.

El pensamiento de Maquiavelo representa un parteaguas de la teoría y la ciencia políticas y es un punto de referencia obligado para cualquier reflexión sobre el Estado. Es una de las representaciones más claras del viraje que tomaba Europa con el humanismo hacia nuevas formas de entender la realidad toda del hombre. Representó una sana crítica a la forma de entender la política e inaugura una línea de pensamiento político fundamental para entender el Estado moderno.

Los descubrimientos geográficos constituyen otro de los antecedentes del racionalismo por cuanto significaron un brutal golpe al pensamiento autoritario. Los conocimientos geográficos basados en textos de autoridad fueron devastados por la realidad. Los hechos hablaron más elocuentemente que el pensamiento: ¡todo un continente del otro lado del mar! La historia europea se había desarrollado ignorando la existencia de América. Su descubrimiento dejó sin palabras al conocimiento geográfico medieval, y llenó de preguntas al pensamiento en crisis del siglo XVI. Quizá ninguna otra época de la humanidad ha visto derrumbarse en tan breve tiempo la gran mayoría de sus ideas fundamentales, aquellas sobre las que estaba construido su mundo, como sucedió en el siglo XVI.

La Reforma protestante fue el otro acontecimiento histórico que contribuyó a socavar la tradición y el autoritarismo. La Iglesia, factor universal de unidad europea, dejaba atrás su papel protagónico, la mitad de los europeos ya no la obedecerían y el poder temporal de los nuevos Estados modernos no toleraría, en lo futuro, mayores intervenciones. La decadencia moral de los altos dignatarios eclesiásticos y el papa, que abandonan el control espiritual de sus fieles para consagrarse al fortalecimiento económico y político del pontificado, la predisposición de la sociedad europea, la acción personal de Martín Lutero y la ayuda de los príncipes alemanes, constituyen las principales causas de la Reforma. “Desde el punto de vista histórico, la Reforma luterana significa la contribución más decisiva de Alemania a la construcción de la Modernidad. La Reforma luterana escindió la Iglesia cristiana occidental y mantuvo en tensión a la Euro-

pa Moderna hasta 1648, fecha que marca el fin de las guerras de religión” (Gonzalo Balderas).

Los antecedentes jurídicos del racionalismo son el humanismo jurídico o *mos galicus* y la Escuela de los teólogos juristas españoles del siglo XVI.

El humanismo jurídico constituyó, a través del *mos galicus*, un enorme progreso para la ciencia del derecho por la revisión científica que realizó a los textos romanos. Aportó una nueva forma de entender lo jurídico con perspectiva histórica y visión crítica. El *mos galicus*, congruente con la crítica histórica que propugnaba, rechazó la posibilidad de la aplicación del derecho romano, de nuevo en oposición al *mos italicus*. El *mos galicus* reconocía la grandeza y profundidad del derecho romano y le interesaba el estudio del derecho romano por el simple hecho de conocerlo con un afán científico en el sentido moderno de la expresión. Ésta es, sin duda, una de las grandes diferencias entre el *mos galicus* y el *mos italicus*, y, en consecuencia, de la nueva perspectiva de los humanistas partirá una crítica que contribuirá a debilitar la autoridad del *mos italicus*.

La crítica humanista desde una perspectiva histórica, no sólo significó un golpe al autoritarismo jurídico medieval, sino que constituyó un cambio de perspectiva total en cuanto a la cultura jurídica, y en este sentido, un claro antecedente del racionalismo de los siglos por venir. Sus críticas contribuyeron a la secularización y racionalización de la ciencia jurídica mediante la adopción de criterios más liberales en cuanto a la interpretación y el análisis de las instituciones civiles y propiciando posiciones regalistas frente al derecho común de dotar al monarca de derechos y facultades que le corresponden como tal y que comenzarán a exaltar el valor superior de la ley sobre la doctrina, lo que se convertirá en una de las mayores aspiraciones racionalistas. El afán por la sistematización y su deseo de contar con sistemas jurídicos ordenados son elementos que manifiestan claramente la fuerza racionalista que comienza a desplazarse a partir del humanismo.

Los teólogos juristas del siglo XVI son un antecedente claro del racionalismo, por cuanto buscaron en el derecho natural, derivado de la razón, las soluciones que no se encontraban en el derecho común.

Si nos preguntamos en qué consiste la aportación esencial de los teólogos y juristas españoles clásicos a la filosofía jurídica y política, cabe contestar que ha de buscarse en la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del Derecho natural, heredados del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo (Tomás y Valiente).

Otro aspecto fundamental de los teólogos es su aportación al derecho internacional, del que sientan las bases teóricas.

IV. EL RACIONALISMO

El racionalismo propiamente dicho comienza con Renato Descartes, que con su método revolucionó todos los campos del saber. La filosofía cartesiana significó una vuelta de ciento ochenta grados respecto de la filosofía antigua y cristiana, que se basaban en el reconocimiento de un orden del ser. Ahora todo parte de la conciencia del yo, que es capaz de crear un nuevo mundo a partir de la razón. La razón es algo que comparten todos los hombres; por tal motivo, sus conclusiones pueden ser formuladas como universales y válidas para todos los tiempos. “Las ciencias todas, no son más que la inteligencia humana, que es siempre una y siempre la misma, por grande que sea la variedad de su objeto, como la luz del sol es una, por múltiples y distintas que sean las cosas que ilumina” (Renato Descartes). El postulado de una ciencia universal basada en la razón invadirá a todos los sectores de la ciencia, de la cultura y del conocimiento humano.

El racionalismo fue un fenómeno de sustitución que pretendió crear un sistema de pensamiento nuevo basado exclusivamente en la razón. Pretendió hacer tabla rasa del pasado autoritario que había concebido a la razón como limitada e incapaz de explicar nada por sí misma, a la razón subordinada a la fe, como única posibilidad de verdad. Como tal, el racionalismo fue un fenómeno de confianza ilimitada en la razón, que ahora se erige como el supremo criterio de verdad y de certeza intelectual.

La crisis del siglo XVI, tras la Reforma, los descubrimientos geográficos y la secularización de la cultura, había desembocado en el relativismo y en la pérdida de la fe en la tradición y en los antiguos. Sólo podía construirse algo desde el presente. Era imperioso reconstruirlo todo; replantearlo todo. La razón se convierte en el eje de dicha reconstrucción: sólo con conocimientos claros y evidentes se puede llegar a la verdad. Examinarlo todo para reconstruirlo todo; lo oscuro, lo misterioso, debía ser eliminado. El método cartesiano erige a la razón como irrefutable diosa, como único vehículo de conocimiento verdadero, como única fuente de luz. Portadora de la nueva verdad, la razón se convierte, en su aspecto más oscuro, en juez implacable de lo no demostrable, e inicia una crítica devastadora, especialmente de las verdades religiosas y, después, de los

poderes monárquicos. Se abrirá paso al deísmo y al ateísmo, al poder del pueblo y a la democracia.

Entonces se ha operado una crisis en la conciencia europea; entre el Renacimiento, del que procede directamente, y la Revolución francesa, que prepara, no la hay más importante en la historia de las ideas. A una civilización fundada sobre la idea de deber, los deberes para con Dios, los deberes para con el príncipe, los nuevos filósofos han intentado sustituirla con una civilización fundada en la idea de derecho: los derechos de la conciencia individual, los derechos de la crítica, los derechos de la razón, los derechos del hombre y del ciudadano (Paul Hazard).

V. LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

El racionalismo en materia jurídica siempre sostuvo que las relaciones sociales se rigen por leyes naturales que forman el derecho natural. Defiende y postula un iusnaturalismo, basado en la existencia de normas generales, abstractas y eternas que regulan la naturaleza del hombre, sobre las cuales debe descansar todo sistema de derecho positivo para ser válido y obligatorio. Estas leyes naturales pueden ser formuladas y conceptuadas por el hombre por su sola razón, por lo que la regulación de la vida del hombre en sociedad puede ser reducida a dichas leyes, cuya precisión y validez universal se asemeja a las leyes de la naturaleza, con las que comparte el método matemático, único capaz de proporcionar la claridad y evidencia que exige la verdad racional.

Cuatro son las características generales de la Escuela del Derecho Natural: a) La aplicación de los métodos matemáticos a los problemas jurídicos y políticos. A esta característica la denominan los principales tratadistas como racionalismo, y no es más que la tentativa de prácticamente todos los autores de aplicar a los problemas éticos y jurídicos el rigor metodológico de las ciencias naturales, particularmente de las matemáticas. b) La explícita intencionalidad política: el esfuerzo intelectual racionalista fue, en última instancia, un argumento político. Lo que buscan es construir una sociedad política y vincular dicha sociedad política al derecho. No encontramos en los racionalistas una preocupación por buscar soluciones justas a los casos concretos. Se intenta crear un sistema jurídico que sea expresión del sistema político y, por lo tanto, se va a enfrentar al *ius commune*, que no responde a esta idea. c) La ética laica:

El derecho natural, desgajado de la ley ético-natural, dejará de ser la participación del hombre en la ley eterna, para convertirse en creación de la razón apoyada sobre sí misma. La razón no se hallará ya, en efecto, inmersa y, por así decir, objetivada en una tradición que la oriente a la luz de la tradición cristiana; sino que, haciendo tabla rasa de toda autoridad, someterá la revelación cristiana a su crítica (Truyol y Serra).

d) El Estado de naturaleza y el pacto social: conocido como “el modelo iusnaturalista” constituye el punto de partida abstracto y racional para la construcción y legitimación del Estado y las pretensiones de libertad e igualdad con las que se identificará la sociedad burguesa del Siglo de las Luces. Del estado de naturaleza, estado presocial donde los hombres se encuentran libres y son iguales entre sí, se parte para llegar al Estado político, a fundar la sociedad civil. Esta fundación de la sociedad civil ocurre mediante la celebración de uno o más contratos entre los individuos, libres e iguales, que se encuentran en estado de naturaleza.

La Ilustración significó la culminación de buena parte de las ideas iusnaturalistas. Bajo sus “luces” se afirmó que el hombre debe buscar lo que le es útil y le hace feliz. La burguesía pretendió saber qué era la felicidad y emprendió la ardua tarea de enseñar a los hombres a ser felices. En la época ilustrada los resultados de las ciencias parecen ilimitados, la confianza en la razón se robustece y las palabras “progreso” y “tecnología” se erigen como los posibles cimientos del nuevo mundo feliz. La crítica llega a la irrespetuosidad. No deja nada a salvo. Todo lo devasta a su paso. Clama por un nuevo mundo, libre de misterios y supersticiones. Todo esto influenciará al derecho que se entregará, en la primera mitad del siglo XVIII, al eudemonismo y a los criterios de utilidad. La exigencia de contar con una legislación que exprese el derecho de la razón crece, y el malestar causado por la quiebra del antiguo régimen se empieza a levantar como una gran sombra.

La Ilustración emprende la revolución. Los criterios iniciales son abandonados. Ahora, el pueblo debe expresar su voluntad a través de la ley. Las estructuras del poder deben ser cambiadas. El Estado debe su existencia a la garantía que otorga a sus ciudadanos respecto al uso y respeto de sus derechos. El racionalismo creará un nuevo sistema jurídico.

VI. LAS CODIFICACIONES

El nuevo sistema jurídico creado por el racionalismo encontró expresión en dos fenómenos: el constitucionalismo (en el ámbito del derecho público) y la codificación (en el ámbito del derecho privado). Las Constituciones debían expresar los principios fundamentales sobre los que quedaba construido el cuerpo político y los bienes fundamentales que debía tutelar el poder político, para después deducir de estos principios las normas generales abstractas que debían recoger los códigos, ordenando dichas normas conforme a un sistema lógico. Muchos dogmas fundamentales del Estado liberal que aún se conservan como fundamento de los Estados democráticos surgieron con el constitucionalismo y la codificación, como la glorificación del Estado laico, la limitación interpretativa de los jueces, la división de poderes y el nacionalismo.

La codificación fue la expresión final de los propósitos del iusnaturalismo, síntesis final que significa el fin del derecho antiguo (como un derecho disperso) y el surgimiento de un nuevo derecho igualitario. Lo que más penetró de las ideas iusnaturalistas fue la tendencia individualista, sancionando positivamente lo que el iusnaturalismo había proclamado como “derechos innatos del hombre”: libertad, propiedad e igualdad. La influencia del iusnaturalismo fue más que en el contenido normativo en su estructura formal. El contenido normativo de la codificación fue obtenido del derecho tradicional. Los códigos fueron una síntesis del derecho consuetudinario, el *ius commune* y las ideas racionalistas. La codificación fue la concreción definitiva de la tradición romanista europea. El derecho romano se advierte sobre todo en obligaciones y contratos. El derecho canónico y el consuetudinario en familia, cosas y sucesiones. El derecho natural racionalista en los principios que orientan la codificación, principios de igualdad, propiedad y libertad para contratar.

El Estado que emergió de la Revolución francesa fue en gran medida producto directo de las aspiraciones de la burguesía, que exigía la garantía del ejercicio de sus libertades y la supresión de los privilegios aristocráticos.

Como fenómeno de sustitución del pensamiento autoritario, uno de los primeros objetivos del iusnaturalismo, la formulación de leyes basadas exclusivamente en la razón, se convirtió en un elemento básico de las exigencias revolucionarias. Las leyes existentes y sus instituciones debían abrogarse y otras nuevas, creadas por los principios de la razón, debían sus-

tituirlas. Se llegó a la idea de que se podría construir un sistema jurídico cerrado valadero para todos los pueblos y todas las épocas. El tiempo demostrará lo lejos que el racionalismo estaba de crear este paraíso, y cómo sus ideas darían paso al positivismo jurídico, que, cuando se le ha permitido fundarse sobre tesis naturalistas, ha sido artífice de los capítulos más terribles de la reciente historia de la civilización occidental.

La caída del antiguo régimen mediante la abolición de todos los privilegios feudales por la vía legislativa constitucional abrió paso al Estado liberal, fundamentado esencialmente en el principio de que la soberanía reside inalienablemente en la nación, que decide sus destinos libremente a través de la delegación del gobierno en una asamblea legislativa. Con ello nace el Estado de derecho, entendido como aquel en el que el Estado “no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más que en virtud de un precepto legal” (Tomás y Valiente).

La codificación (pública y privada) fue realizada bajo tres principios fundamentales: libertad, propiedad y seguridad. Las declaraciones de derechos se convierten en una forma de particularizar los tres principios básicos, detallando los principales derechos humanos. Con el tiempo se convierten en la parte inicial de las Constituciones, como la parte dogmática, en México se les denomina “garantías individuales”.

A los tres principios se añade un cuarto, que no logró articularse adecuadamente beneficiando a todos los ciudadanos. Se trata de la igualdad.

Por ahí, precisamente por la no realización de la igualdad ni en el plano económico-material, ni siquiera en el jurídico-político, hizo quiebra el Estado liberal y la sociedad burguesa montada sobre el modo de producción capitalista. La igualdad material y jurídica será en adelante la gran meta perseguida por el pensamiento socialista y por los partidos socialistas, en especial a partir de Marx (1818-1883) (Tomás y Valiente).

Otro dogma consagrado por el liberalismo radical fue el de la división de poderes, que combatía la concentración del poder propia del Antiguo Régimen. El poder supremo lo constituye el Legislativo.

La separación de poderes respecto al Poder Judicial incidió fundamentalmente en la limitación que la legislación impuso a su autonomía y capacidad de crear derecho. La división de poderes dio al traste con la actividad jurisprudencial, que en adelante sólo podría aplicar estrictamente las leyes, quedando prohibida toda interpretación que no se ciñese al

espíritu de la legislación. La desconfianza al Poder Judicial se justifica en la época por la quiebra del *ius commune*, que se ha convertido en un derecho arbitrario y disperso que solapa y favorece a la aristocracia.

Se consagra el principio de la limitación de los poderes de los jueces, mediante la formulación de las tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico, que significa que no es admisible ninguna interpretación ajena al texto de la ley, debiendo, en caso de laguna, recurrir a la intención del legislador como única posibilidad hermenéutica. Se sacrifica todo en aras de la certeza y la seguridad que proporciona la abstracción y generalidad de las leyes.

Con la separación de poderes y el dogma de la soberanía se llegó a la reducción del derecho exclusivamente a la ley. Se agotaron la costumbre y la jurisprudencia como fuentes del derecho. En adelante la función del juez debería limitarse exclusivamente a la aplicación de las leyes sin ninguna posibilidad de interpretarlas fuera del propio contexto legislativo. Se consagra el principio de la plenitud hermética del derecho.

La exclusión de la jurisprudencia significó para Europa la pérdida del elemento más creativo y significativo de su cultura jurídica. Éste es uno de los aspectos criticables de la codificación, y su recuperación constituye un reto para el futuro jurídico occidental, como una fuente cuya creatividad permite la adaptación de los problemas sociales e históricos y la continua revisión de las instituciones jurídicas. Aspirar a combinar una alta jurisprudencia con la ley puede ser una de las mejores formas de perfeccionamiento jurídico.

Todo se replantea críticamente después de la crisis del siglo XVI, crítica sana, pero también mordaz, que en su vertiginoso afán de replantearlo todo terminó construyendo una cultura, en muchas ocasiones igual de rígida y autoritaria que aquella que pretendió sustituir; incapaz, también, de reconocer lo valioso del pasado e incorporarlo a su sistema, lo destruyó, para crear un nuevo dios que a la larga tampoco logró la tan ansiada felicidad de los hombres, que alguna vez prometió.

El racionalismo condujo a Occidente a una nueva crisis: la de su fracaso. El hombre no es sólo razón. Ésta es más un instrumento, entre otros, y no la primera forma y la única de enfrentarnos y explicar el mundo. La sensibilidad, la intuición y la fe son otras herramientas y otras formas de comprensión del mundo, del universo y del hombre. La espiritualidad occidental quedó afectada y herida con el racionalismo. Parte de la crisis actual, de todo el siglo XX, tiene que ver con esta pérdida. A este primer

grave error racionalista se suma otro: el de pretender borrar el pasado, cuando el ser del hombre, como decía Ortega y Gasset, es sobre todo que-hacer histórico.

El afán totalizador y la visión antihistoricista son los dos grandes pecados del racionalismo. En materia jurídica sus grandes errores fueron la reducción del derecho a la ley y el haber proclamado como universales una serie de ideas y principios que respondían a necesidades muy concretas de la época y que, por tanto, carecen de dicha universalidad. Los excesos a que dio paso el absolutismo legislativo estatal, la incorporación de ideologías naturalistas o de intereses particulares a la producción del derecho, el positivismo extremo y las terribles desigualdades amparadas por la ley, abrieron paso a la crisis del siglo XX. Transcribimos ahora una conclusión de Villoro, con la que estamos de acuerdo:

Para acercarse a la verdad, o dicho de otro modo, para llegar a pensar algo que esté conforme a la realidad, el ser humano no se sirve únicamente de su razón, sino que emplea todas sus facultades y no en forma aislada sino integradas en la unidad de su personalidad. El pensamiento es el resultado final no sólo de procesos lógicos sino de la experiencia total y vital del sujeto pensante. Puesto que se da una unidad radical en la integridad del ser humano, existe una estrecha relación entre todas las facultades y operaciones del hombre. Conocimiento sensorial y conocimiento racional (o pensamiento), proceso discursivo y proceso intuitivo (ambos racionales), conciencia y subconciencia, vida activa y vida teórica, afectos y pensamientos, se entrelazan por influencias recíprocas, aunque sin llegar a confundirse, y forman la unidad integral del ser humano. Y esta unidad no debe ser concebida aislada del mundo, sino inmersa en las relaciones humanas y profundamente influenciada por los datos y hechos sociales de las estructuras muy concretas que le circundan. Sólo se puede entender al hombre como ser-en-el-mundo, o si se prefiere, como conciencia y pensamiento libre, presente e inmersa activamente en lo existente. Es éste el ser que se acerca a la verdad, y no un *cogito* puro, autónomo y aislado de la realidad. “Yo soy yo y mi mundo”, repetía con razón Ortega y Gasset.

El gran mérito de la codificación fue la certeza y seguridad jurídica que se lograron con la legislación. Así como haber exigido el respeto a lo que consideró los derechos fundamentales del hombre, línea sobre la cual se levanta, hasta nuestros días, la esperanza de lograr verdaderamente un trato justo a todos los hombres. La ética del nuevo siglo, segura-

mente, en sus aspectos jurídicos, transitará sobre esta valiosísima aportación racionalista.

La codificación significó la preservación de la cultura romanista y canónica, al adoptar dentro de su sistema, el contenido del derecho sabio medieval, lo que en forma definitiva acrisoló la tradición romano-canónica del derecho occidental.

Los aspectos relacionados con la desigualdad provocada por constituir el Estado liberal un Estado que favorecía preferentemente a la burguesía han sido los grandes motores de cambios sociales desde Marx hasta nuestros días. Partiendo de una perspectiva histórica, siempre tendremos a la crítica como aliada. En un país como el nuestro hace falta una profunda revisión histórica de nuestro pasado, para entender las profundas desigualdades que nos aquejan y encontrar los cauces de un Estado más equilibrado y más justo. Si en un país como México, la educación se sigue tecnificando, dejando de lado las materias que nos llevan a la profundidad de los hechos y de las ideas, poco podremos esperar de nuestro futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicolás, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- , *Historia de la filosofía*, 3a. ed., Barcelona, Montaner y Simon, ts. I y II, 1978.
- BALDERAS VEGA, Gonzalo, *La Reforma y la Contrarreforma*, México, Universidad Iberoamericana, Departamento de Ciencias Religiosas, 1996.
- BARUDIO, Günter, “La época del absolutismo y la Ilustración”, *Historia Universal Siglo XXI*, 5a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, vol. 25, 1989.
- BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- , *Thomas Hobbes*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996.
- CARPINTERO, Francisco, *Historia del derecho natural*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- , “Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del Derecho Natural”, *Persona y Derecho*, Madrid, núm. 13, 1985.
- COBBAN, Alfred, “El siglo XVIII. Europa en la época de la Ilustración”, *Historia de las civilizaciones*, México, Alianza Editorial, vol. 9, 1989.
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.
- COPLESTON, Frederick, *Historia de la filosofía*, 5a. ed., México, Ariel, vol. IV, 1983.
- DAWSON, Christopher, *Historia de la cultura cristiana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- DESCARTES, Renato, *Discurso del método*, 9a. ed., México, Porrúa, 1984.
- , *Meditaciones metafísicas*, 9a. ed., México, Porrúa, 1984.

- , *Reglas para la dirección del espíritu*, 9a. ed., México, Porrúa, 1984.
- DUBY, Georges, *Los tres órdenes o lo imaginario del feudalismo*, Madrid, Taurus, 1992.
- ECHEGARAY, J. Ignacio, *Compendio de historia general del derecho*, México, Porrúa, 1994.
- FASSÒ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, 3a. ed., Madrid, Pirámide, ts. I, II y III, 1982.
- FEBVRE, Lucien, *Martín Lutero: un destino*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Del mito y de la razón*, Madrid, Revista de Occidente, 1968.
- GAOS, José, *Historia de nuestra idea del mundo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, Madrid, Ediciones Rialp, t. XII, 1989.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- HAZARD, Paul, *La crisis de la conciencia europea*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- , *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- HESSEN, Juan, *Teoría del conocimiento*, 21a. ed., México, Espasa-Calpe Mexicana, 1988.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica 1998.
- KOSCHAKER, Paul, *Europa y el derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.
- LIPARI, Nicolo, *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Real Colegio de España, 1980.
- LEFEBVRE, Georges, *La Revolución francesa y el imperio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 2a. ed., México, Gernika, 1996.
- MAIER, Franz Georg, “Las transformaciones del mundo mediterráneo”, *Historia Universal Siglo XXI*, 13a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, vol. IX, 1989.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, 3a. ed., México, Gernika, 1997.

- MERRYMAN, J. Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1980.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, México, Gernika, 1995.
- PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987.
- PIJOAN, José, *Historia universal*, México, Salvat, ts. IX y X, 1980.
- PRICE, Roger, *Historia de Francia*, Madrid, Cambridge University Press, 1998.
- PUECH, Henry-Charles (ed.), “Las religiones constituidas en Occidente y sus contracorrientes”, *Historia de las Religiones*, México, Siglo XXI Editores, vol. I, t. VII, 1984.
- ROMANO, RUGGIERO y TENENTI, Alberto, “Los fundamentos del mundo moderno”, *Historia Universal Siglo XXI*, 20a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, vol. 12, 1989.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, México, Ediciones Gernika, 1997.
- R. SANTIDRIÁN, Pedro, *Diccionario básico de las religiones*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 1993.
- SOBOUL, Albert, *La Revolución francesa*, Barcelona, Editorial Crítica, 1987.
- STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph, *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1992.
- TREVOR ROPER, Hugh, “La época de la expansión”, *Historia de las civilizaciones*, México, Alianza Editorial, vol. 8, 1989.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, 10a. ed., Madrid, Alianza Editorial, ts. I y II, 1991.
- VAN DÜLMEN, Richard, “Los inicios de la Europa moderna”, *Historia Universal Siglo XXI*, 20a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, vol. 24, 1989.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, 2a. ed., México, UNAM, 1983.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1984.

- WEBER, Eugen, *The Western Tradition*, serie de televisión a cargo de la Universidad de California, Los Angeles (UCLA).
- WECKMANN, Luis, *La herencia medieval de México*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- WESENBERG, Gerhard y WESENER, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, Valladolid, Lex Nova, 1998.
- WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.