

EL hilo conductor de este libro es la investigación sobre aquellas formas bajo las cuales los componentes jurídicos de la cultura occidental se han afirmado, impuesto, transformado y, finalmente, diferenciado desde la Edad Media hasta nuestros días. Orientada por la dimensión europea y transnacional de las ideas e instituciones jurídicas, y muy sensible al fermento mediterráneo de la cultura europea, esta investigación recrea la vieja visión social de un Derecho creativo, común, pluralista, casi sin Estado.

Al mismo tiempo, la presente obra reconstruye la apasionante aventura jurídica del individualismo, del voluntarismo y del racionalismo al abrirse paso en los tiempos modernos: esta aventura ha solido terminar provocando —tantas veces y en tantos lugares, y con resultados disímiles y muchas veces trágicos— la pugna entre la Política y el Derecho, entre la «voluntad» soberana y las «razones» de los juristas. Y, en un movimiento insólito en manuales de este género, el autor termina por arrastrar a los juristas hasta las aguas de la posmodernidad.

António Manuel Hespanha es uno de los mayores especialistas europeos en historia política y jurídica de la Edad Moderna. Investigador del Instituto de Ciencias Sociales de Lisboa, fue Comisario General de los Descubrimientos Portugueses. Actualmente enseña en la Facultad de Derecho de las Universidades Nova de Lisboa y Autónoma «Luis de Camões».

António Manuel Hespanha

CULTURA JURÍDICA EUROPEA

*António Manuel Hespanha*



## CULTURA JURÍDICA EUROPEA

SÍNTESIS DE UN MILENIO

Edición al cuidado de  
ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ

Biblioteca "Luis González"



*tecnos*

342.4  
HES-c

*tecnos*

1209249

*tecnos*

3N 84-309-3898-2



88430 938988

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

CULTURA JURÍDICA  
EUROPEA

SÍNTESIS DE UN MILENIO

Edición al cuidado de  
ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ

Traducción de  
ISABEL SOLER y CONCEPCIÓN VALERA

  
tecnos

BIBLIOTECA LUIS GONZALEZ  
EL COLEGIO DE MICHOACÁN

342-46

HES - C

111717

Diseño de cubierta:  
J.M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios para quienes reprodujeran, plagiaran, distribuyeran o comunicaran públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© ANTONIO MANUEL HESPAÑA, 1998  
© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2002  
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid  
ISBN: 84-309-3898-2  
Depósito Legal: M-45.239-2002

*Printed in Spain. Impreso en España por Lavel*

«Creo que el verdadero trabajo político, en una sociedad como la nuestra, es el de criticar el funcionamiento de instituciones que parecen neutrales e independientes: criticarlas de modo que la violencia política que siempre se ejerce, oscuramente, por medio de ellas sea desenmascarada y pueda ser combatida.»

Michel FOUCAULT, *La naturaleza humana:  
Justicia contra poder (debate con Noam Chomsky)*

## ÍNDICE

PREFACIO .....	Pág. 13
NOTA A LA SEGUNDAS EDICIONES PORTUGUESA E ITALIANA .....	14
<b>CAPÍTULO 1. LA HISTORIA DEL DERECHO EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS .....</b>	<b>15</b>
1.1. LA HISTORIA DEL DERECHO COMO DISCURSO LEGITIMADOR .....	16
1.2. LA HISTORIA CRÍTICA DEL DERECHO .....	21
1.2.1. <i>Antiestatalismo y autoorganización</i> .....	22
1.2.2. <i>El derecho como un producto social</i> .....	24
1.2.3. <i>Contra la teleología</i> .....	25
<b>CAPÍTULO 2. LA HISTORIA INSTITUCIONAL COMO DISCURSO HISTÓRICO .....</b>	<b>27</b>
<b>CAPÍTULO 3. LÍNEAS DE FUERZA DE UNA NUEVA HISTORIA POLÍTICA E INSTITUCIONAL .....</b>	<b>30</b>
3.1. EL OBJETO DE LA HISTORIA POLÍTICO-INSTITUCIONAL. LA PRECOMPRESIÓN DE LO «POLÍTICO» .....	30
3.1.1. <i>La crisis política del estatalismo</i> .....	30
3.1.2. <i>La precomprensión posmoderna del poder</i> .....	32
3.1.3. <i>Contra una historia político-institucional actualizadora</i> .....	33
3.1.4. <i>El descubrimiento del pluralismo político</i> .....	38
3.2. UNA LECTURA DENSA DE LAS FUENTES .....	42
3.2.1. <i>Respetar la lógica de las fuentes</i> .....	43
3.2.2. <i>La literatura ético-jurídica: vía para una antropología política de la época precontemporánea</i> .....	46
3.2.3. <i>«Cálculos pragmáticos» conflictivos y apropiaciones sociales de los discursos</i> .....	51
3.2.4. <i>Texto y contexto. Modelos políticos y «condicionalismos» prácticos. La sociología histórica de las formas políticas</i> .....	53
3.2.5. <i>Interpretación densa de los discursos, historia de los dogmas e historia de las ideas</i> .....	55
3.3. UNA NOTA SOBRE «RELATIVISMO METODOLÓGICO» Y «RELATIVISMO MORAL» .....	55
<b>CAPÍTULO 4. EL IMAGINARIO DE LA SOCIEDAD Y DEL PODER .....</b>	<b>58</b>
4.1. IMAGINARIOS POLÍTICOS .....	58
4.2. UNA CONCEPCIÓN CORPORATIVA DE LA SOCIEDAD .....	59
4.2.1. <i>Orden y creación</i> .....	59
4.2.2. <i>Orden oculto, orden aparente</i> .....	61
4.2.3. <i>Orden y voluntad</i> .....	62
4.2.4. <i>Orden y desigualdad</i> .....	64
4.2.5. <i>Orden y «estados»</i> .....	66
4.2.6. <i>Orden y pluralismo político</i> .....	68
4.3. LA DISOLUCIÓN DEL CORPORATIVISMO Y EL ADVENIMIENTO DEL PARADIGMA INDIVIDUALISTA .....	70

CAPÍTULO 5. LA FORMACIÓN DEL «DERECHO COMÚN» .....	73
5.1. FACTORES DE UNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS EUROPEOS .....	74
5.1.1. <i>La tradición romanista</i> .....	74
5.1.2. <i>El derecho canónico</i> .....	91
5.1.3. <i>Derecho recibido y derecho tradicional</i> .....	94
5.2. RESULTADO: UN ORDEN JURÍDICO PLURALISTA .....	96
5.2.1. <i>Una constelación de órdenes normativos</i> .....	97
5.2.2. <i>Derecho canónico y derecho civil</i> .....	100
5.2.3. <i>Derecho común y derechos de los reinos</i> .....	100
5.2.4. <i>Derechos de los reinos y derechos de los cuerpos inferiores</i> .....	101
5.2.5. <i>Derecho común y privilegios</i> .....	103
5.2.6. <i>Derecho anterior y derecho posterior</i> .....	103
5.2.7. <i>Normas de conflicto de «geometría variable»</i> .....	104
5.3. UN ORDEN JURÍDICO FLEXIBLE .....	105
5.3.1. <i>Flexibilidad por medio de la gracia</i> .....	105
5.3.2. <i>Flexibilidad por medio de la equidad</i> .....	107
5.4. LA UNIFICACIÓN POR LA «CIENTIFIZACIÓN». LAS ESCUELAS DE LA TRADICIÓN JURÍDICA MEDIEVAL .....	109
5.4.1. <i>Escuela de los Glosadores</i> .....	109
5.4.2. <i>Escuela de los Comentaristas</i> .....	110
5.5. EL MODELO DISCURSIVO DEL DERECHO COMÚN EUROPEO .....	117
5.5.1. <i>Génesis del modelo de discurso jurídico medieval</i> .....	117
5.5.2. <i>La estructura discursiva</i> .....	123
CAPÍTULO 6. LA CRISIS DEL SIGLO XVI Y SUS CONSECUENCIAS METODOLÓGICAS .....	134
6.1. LA IRRUPCIÓN DE UNA NUEVA REALIDAD NORMATIVA .....	134
6.2. EL DESARROLLO INTERNO DEL SISTEMA DEL SABER JURÍDICO .....	137
6.3. LAS ESCUELAS JURÍDICAS TARDOMEDIEVALES Y MODERNAS .....	139
6.3.1. <i>Escuela culta, humanista o mos gallicus iura docendi</i> .....	140
6.3.2. <i>Escuela del usus modernus Pandectarum</i> .....	142
CAPÍTULO 7. LAS ESCUELAS JURÍDICAS DE LOS SIGLOS XVII Y XVIII: IUSNATURALISMO, IUSRACIONALISMO, INDIVIDUALISMO Y CONTRACTUALISMO .....	145
7.1. LOS IUSNATURALISMOS .....	145
7.1.1. <i>El iusnaturalismo de la escolástica tomista</i> .....	145
7.1.2. <i>El iusnaturalismo racionalista (iusracionalismo)</i> .....	148
7.1.3. <i>El iusracionalismo moderno</i> .....	150
7.2. ALGUNAS ESCUELAS DE DERECHO NATURAL .....	151
7.2.1. <i>Los iusnaturalismos individualistas</i> .....	154
7.2.2. <i>La tradición del iusnaturalismo objetivista</i> .....	165
7.2.3. <i>La idea de codificación</i> .....	168
7.3. LA PRÁCTICA JURÍDICA .....	170
7.4. EL DERECHO RACIONALISTA Y SUS REPERCUSIONES .....	171
CAPÍTULO 8. EL DERECHO EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA .....	173
8.1. EL CONTEXTO POLÍTICO .....	173
8.2. ENTRE VOLUNTAD Y RAZÓN .....	175
8.2.1. <i>Democracia representativa y legalismo</i> .....	175
8.2.2. <i>«Razón jurídica» versus «razón popular»</i> .....	179
8.2.3. <i>Positivismo y cientificismo</i> .....	194
8.3. LAS ESCUELAS CLÁSICAS DEL SIGLO XIX .....	196
8.3.1. <i>La Escuela de la Exégesis. El origen del legalismo</i> .....	196

8.3.2. <i>La Escuela Histórica Alemana. La vertiente organicista y tradicionalista</i> ...	199
8.3.3. <i>La Escuela Histórica Alemana. La corriente formalista o conceptualista. La jurisprudencia de conceptos (Begriffsjurisprudenz) o Pandectística (Pandektenwissenschaft)</i> .....	202
8.4. LAS ESCUELAS ANTICONCEPTUALISTAS Y ANTIFORMALISTAS. NATURALISMO, VITALISMO Y ORGANICISMO .....	209
8.4.1. <i>La jurisprudencia teleológica</i> .....	210
8.4.2. <i>La Escuela de Derecho Libre</i> .....	211
8.4.3. <i>La jurisprudencia de intereses</i> .....	213
8.4.4. <i>El positivismo sociológico y el institucionalismo</i> .....	214
8.4.5. <i>La reacción antinaturalista. Valores y realidades</i> .....	224
8.4.6. <i>El apogeo del formalismo. La teoría pura del derecho</i> .....	227
8.5. LAS ESCUELAS CRÍTICAS .....	228
8.5.1. <i>El sociologismo marxista clásico en el ámbito del derecho</i> .....	228
8.5.2. <i>El marxismo occidental de los años sesenta</i> .....	231
8.5.3. <i>La «crítica del derecho»</i> .....	233
8.5.4. <i>El «uso alternativo del derecho»</i> .....	234
8.6. LAS ESCUELAS ANTILEGALISTAS .....	240
8.6.1. <i>Significados generales del antilegalismo contemporáneo</i> .....	241
8.6.2. <i>En busca de una «justicia material»</i> .....	241
8.6.3. <i>Los iusnaturalismos cristianos</i> .....	245
8.6.4. <i>El posmodernismo jurídico</i> .....	248
9. BIBLIOGRAFÍA .....	264

También en Portugal, como en el resto de los reinos de España, se destacaba que las disposiciones del derecho romano se revitalizaban «solamente [...] por la buena razón en que se fundaban» (*Ord. fil.*, III, 64).

Este derecho regnicola —como entonces se llamaba— se manifestaba, claro está, a través de leyes; pero se manifestaba cada vez más en la decisiones de los grandes tribunales (en sus «estilos», o costumbres de juzgar, y en su «*praxis*», o forma de aplicar el derecho a los casos concretos). El jurista «ciudadano de Europa», que hace ecuaciones con las cuestiones abstractas y los datos del derecho común europeo, es sustituido por el juez de los tribunales de la corte, el cual criba en la jurisprudencia del reino (praxística) la doctrina del derecho común (*opinio communis doctorum*).

Así, por toda Europa las decisiones de los grandes tribunales pasan a tener, a partir de la segunda mitad del siglo XVI, una enorme audiencia doctrinal, y proliferan las colecciones y los comentarios. Esto es así por diversas razones. Por un lado, los tribunales están ahora constituidos exclusivamente por letrados. Por otro lado, porque los tribunales, como los tribunales de corte y asimilados, están revestidos de dignidad real. Finalmente, porque la regla del precedente proporciona mayor certeza que el funcionamiento del criterio de la *opinio communis*. La práctica forense se vuelve, así, la *intellectrix legum* (la intérprete de las leyes) y los criterios de decisión contenidos en las abundantes antologías de decisiones jurisprudenciales (*decisiones, practica*) pasan a constituir el «derecho usado» [*ius quasi moribus constitutum*] (el derecho como que instituido por la costumbre), como decía el jurista Antonio da Gama].

## CAPÍTULO 7

### LAS ESCUELAS JURÍDICAS DE LOS SIGLOS XVII Y XVIII: IUSNATURALISMO, IUSRACIONALISMO, INDIVIDUALISMO Y CONTRACTUALISMO

#### 7.1. LOS IUSNATURALISMOS

##### 7.1.1. EL IUSNATURALISMO DE LA ESCOLÁSTICA TOMISTA

Con anterioridad hemos hablado de *derecho natural* y de *naturaleza de las cosas*. Son ideas que, nacidas entre los griegos, habían perdurado durante toda la Edad Media con fortuna y sentidos diferentes, y se habían reinstalado en la Época Moderna.

Nos encontramos con el derecho natural, por ejemplo, cuando nos referimos a Santo Tomás de Aquino. Siguiendo a Aristóteles, Santo Tomás aceptaba la existencia de un orden natural de las cosas, tanto físicas (*entia physica*) como humanas (*entia moralia*), orden ya constatado por los clásicos y que era confirmado por la creencia cristiana en un Dios inteligente y bueno, creador y *ordenador* del mundo. Por lo menos, la teoría escolástica de las «causas segundas» se movía en esta dirección<sup>1</sup>. Dios asignó a cada especie (como «causa primera») una ley natural («causa segunda») —el fuego sube por naturaleza, los cuerpos pesados caen, etc.—, salvo caso de milagro (es decir, salvo intervención *extraordinaria* de Dios). Estas naturalezas de las diversas especies se armonizan en función del Bien Supremo, de tal modo que el mundo está lleno de orden y los movimientos de los seres o de las especies de seres están sujetos a una regulación cósmica.

Y lo mismo se puede decir del hombre. También la especie humana tiene una cierta naturaleza, o sea, está integrada en cierto modo en el orden y en el destino cósmicos. La idea de derecho natural parte precisamente de aquí. (A partir de una investigación de los fines del hombre y de su contribución en el plano de la creación, se elaboran las reglas que deben presidir la práctica humana, de modo que ésta resulte adecuada a los designios de Dios en relación a la vida en sociedad y en relación al lugar que el hombre debe ocupar en el conjunto de los seres

<sup>1</sup> No era ésta la única interpretación cristiana de las relaciones entre Dios y el mundo; San Agustín lo había pensado de otro modo, dejando más espacio al arbitrio de Dios que al orden del mundo; y sus discípulos franciscanos de la Baja Edad Media retomarán sus puntos de vista, sustituyendo la teoría «de las causas segundas» por la teoría del *impetus*.

creados. Tales reglas, unas formuladas en las Escrituras (*derecho divino*), otras en éstas ausentes pero manifestadas por el propio orden del mundo y alcanzables por el intelecto, constituyen el *derecho natural*.

Sucede simplemente<sup>2</sup> que Santo Tomás combinaba su confianza en la capacidad del hombre para conocer el orden del mundo con el sentimiento de que este conocimiento no podía ser obtenido a través de procesos estrictamente racionales (cf., 5.3). Por un lado, el descubrimiento del orden natural de las cosas no podía provenir de un acceso directo a las ideas divinas, pues esta vía estaba vedada al hombre, por razón del pecado. Por otro, tampoco servía la especulación meramente abstracta. Había entonces que proceder observando, como primer paso, los hechos, o sea, los limitados e imperfectos resultados de nuestra experiencia. A continuación esta observación tenía que ser orientada y complementada por la elaboración intelectual. Pero el intelecto no se forja tan sólo con facultades racionales (propias del raciocinio) sino también con facultades morales (virtudes). Muy especialmente el razonamiento sobre el orden de las cosas dependía de la virtud de la bondad, o sea, de la capacidad moral para percibir el sentido global del orden y, de aquí, para distinguir lo justo de lo injusto. De aquí que la razón tuviera que tener un calificativo moral para ser eficaz: tenía que ser una «buena razón» (*recta ratio*).

De otra parte, la movilidad esencial de las cosas humanas, provocada por la existencia de libertad en el hombre, aparejaba la imposibilidad de encontrar principios invariables de justicia. Y de ahí que fuese imposible establecer una *ciencia* del derecho natural que desembocase en la formulación de un *código de reglas permanentes*. Lo máximo que se podía afirmar en este terreno era la existencia de un principio, formal y vago, por el cual «se debe hacer el bien y evitar el mal». Si por el contrario optáramos por una reglamentación concreta, todo terminaría deviniendo mutable y sujeto a un continuo examen de ponderación. Santo Tomás sustituye entonces la pretensión de una ciencia de lo natural por la propuesta de un *arte* susceptible, en cada momento y para cada caso, de encontrar lo justo (*ius suum cuique tribuere*). También en esto venía a coincidir con las enseñanzas de Aristóteles<sup>3</sup>.

#### 7.1.1.1. La Escuela Ibérica de Derecho Natural

La Escuela Ibérica de Derecho Natural constituye un desarrollo peninsular de la escolástica tomista, provocado por la llegada de la Contrarreforma<sup>4</sup>. A pesar

<sup>2</sup> De aquí al final del epígrafe, trad. de ASG.

<sup>3</sup> Sobre el «derecho natural» de Santo Tomás, v., por todos, y dentro de esta interpretación de su pensamiento, VILLEY, 1961 y 1968, 124-131.

<sup>4</sup> La Escuela Ibérica del Derecho Natural se desarrolló sobre todo en torno a las universidades hispánicas de la Contrarreforma, especialmente Salamanca, Valladolid, Coimbra y Évora. Sus representantes son, casi todos, religiosos jesuitas o dominicos. Los principales nombres son: De Soto

de guardar una fidelidad fundamental (por lo menos en las afirmaciones) a Santo Tomás<sup>5</sup>, esta escuela integra una buena parte de la contribución cultural y filosófica del *humanismo* (entonces en su auge) y no es extraña a muchos temas de la filosofía franciscana. Así, un análisis más profundo de su obra está lejos de asegurar la alegada fidelidad fundamental a Santo Tomás; en muchos puntos hay un nítido revisionismo de las posiciones tomistas. Esto es lo que sucede con la doctrina del derecho natural.

La contribución específica de la escolástica española se cifra en lo siguiente:

i) *Secularización del derecho*.—Llevando a las últimas consecuencias la teoría de las «causas segundas», la naturaleza se concibe de un modo tan autorregulado que se admite que tal regulación se daría incluso si Dios no existiese (*etiam daremus Deum esse*). Del mismo modo que Dios nada puede contra el hecho de que dos y dos sean cuatro, nada tampoco podría mudar las verdades de la ciencia. Este aspecto no está, sin embargo, presente por igual y con la misma intensidad en todos los representantes de la escuela, ya que en algunos prevalece una orientación más «voluntarista»<sup>6</sup>, en la estela de Scotto y Ockham (por ejemplo, en Suárez).

ii) *Alojamiento del derecho en la razón individual*.—Retomando las formas del iusnaturalismo estoico (vehiculado por el humanismo), estos juristas peninsulares defienden la idea de que las leyes naturales son lo suficientemente explícitas como para ser conocidas por la razón humana. La razón individual (en la medida en que es «recta») es promovida a fuente de derecho, a «código primero», donde están inscritos los principios jurídicos eternos.

iii) *Logicización del derecho*.—La creencia en la razón y en los mecanismos lógicos, honrados por el nominalismo, hará que se juzgue posible encontrar el derecho por vía deductiva; Suárez, de hecho, sienta las bases del deductivismo que irá a reinar en la metodología del derecho al afirmar, por primera vez en los tiempos modernos, que es posible deducir, a partir de los principios racionales del derecho, reglas jurídicas precisas, con contenido, eternas e inmutables<sup>7</sup>. Con lo que se puede ver bastante bien que se alejó mucho de Santo Tomás, y que se aproximó mucho a los sistemas jurídicos logicizantes del siglo XVIII.

(1494-1560), especialista en cuestiones coloniales; Alfonso de Castro (1495-1558), penalista; Francisco de Vitoria (1486-1546), dominico, uno de los más ilustres representantes de la escuela, autor del comentario *De iustitia*; Luis de Molina (1535-1600), el más fiel a la tradición del tomismo y autor de una filosofía moral —que será el blanco de los ataques de Pascal—, durante muchos años profesor en Portugal (Évora); y, finalmente, el más famoso, Francisco Suárez (1548-1617), profesor en Alcalá, Madrid, Roma, Salamanca y Coimbra, donde publica su obra más famosa, un tratado sobre la ley, en el que aborda los problemas fundamentales de la teoría del derecho, el *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* (1612), y procede a una reinterpretación, si bien moderada, de las posiciones de Santo Tomás sobre el tema. V. MELIA, 1977; COSTELLO, 1974; VILLEY, 1968.

<sup>5</sup> Por lo que recibe el nombre de Segunda Escolástica.

<sup>6</sup> Es decir, realzando el poder constitutivo de la voluntad «arbitraria» de Dios.

<sup>7</sup> «... la ley natural o divina es muy general y abarca solamente determinados principios morales por sí mismos evidentes y, como mucho, se extiende a aquello que se deduce con nexo necesario y evidente de tales principios» (*De Legibus*, I, III, 18).

La Escuela Ibérica de Derecho Natural tuvo enorme importancia en el devenir del pensamiento jurídico europeo. El racionalismo, el contractualismo y otros ingredientes del derecho moderno encuentran ahí sus principios. De ellos se deriva su enorme influencia en zonas tan distantes, geográfica y espiritualmente, como las áreas culturales del norte de Europa, especialmente Holanda y el norte de Alemania<sup>8</sup>, donde se van a desarrollar las orientaciones siguientes.

#### 7.1.2. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA (IUSRACIONALISMO)

Pero los juristas europeos, que habían comenzado a leer el *Corpus iuris*, y los filósofos, que desde hacía mucho convivían con los textos de los estoicos y de Cicerón, se encontraban con otra tradición del derecho natural, la de raíz estoica. La cual, para responder mejor a las aspiraciones de los juristas, ansiosos de certeza, y por estar muy explícita en textos fundamentales del *Corpus iuris* justiniano, triunfó sobre la tradición aristotélico-tomista en los albores de los tiempos modernos.

Para los estoicos, el *derecho natural* era otra cosa, porque también «su» *naturaleza* era diferente de la de Aristóteles. Este último hacía de la naturaleza no sólo el germen (presente en nosotros desde el momento del nacimiento) a partir del cual se desarrollan las cosas y los seres vivos; sino también el *fin* hacia el cual éstos tienden naturalmente, aquello que son *en potencia*. En el caso de los hombres, su naturaleza es la asociación con otros. Los hombres son «naturalmente políticos», pues tienden a constituir ciudades, grupos, comunidades, como los que existen efectivamente. Sólo a partir de la observación de éstos se podría averiguar alguna cosa sobre el derecho natural.

Por el contrario, para los estoicos, la naturaleza es el espíritu creador y ordenador (*pneuma, logos*) que da movimiento al mundo y que lo transforma en un mundo ordenado (*cosmos*). En todos los seres y, sobre todo, en los seres vivos, hay una parcela de *logos*, que constituye su principio de vida («razón seminal», *logos spermatikos*). En estado puro, el *logos* (*ratio*, «razón») se encuentra en los dioses y también en el alma de los hombres, de tal modo que la razón constituye la «naturaleza» específica del hombre.

Por tanto, cuando los estoicos afirman que la naturaleza es la fuente del derecho (*initium iuris, fons iuris, ex natura ortum est iuris*, Cicerón<sup>9</sup>), lo que quieren decir es una de estas dos cosas. O que el derecho debe seguir lo dado en la naturaleza, doblarse al destino, a las instituciones existentes, a las «inclinaciones» que la naturaleza colocó en nosotros. O, una vez que hay una chispa de *logos* (razón) en el alma de los hombres, que el derecho debe basarse en los dictados de la razón.

La primera proposición es relativamente estéril en consecuencias normativas: Puede conducir a una aceptación pasiva de las instituciones y del derecho dados

<sup>8</sup> A pesar de las diferencias religiosas, los juristas peninsulares van a influir en los alemanes y holandeses, sobre todo en Grocio y Althusio.

<sup>9</sup> *De inventione*, II, 22, 65; *De Legibus*, I, 5; I, 6; I, 13.

(quietismo jurídico), favoreciendo, en este sentido, una actitud positivista. La segunda se encuentra presente en toda la obra de Cicerón. Fue él, efectivamente, quien difundió la moral y la doctrina jurídica estoicas en el ambiente cultural romano y, más tarde —cuando la cultura europea ansió un regreso a los modelos clásicos— quien la inició en la doctrina moral y jurídica de la *Stoa*<sup>10</sup>.

Esta doctrina —que se puede encontrar resumida en el texto citado en la nota anterior— puede sintetizarse en las siguientes ideas.

i) Existe una ley natural, eterna, inmutable, promulgada por el Ordenador del mundo.

ii) Tal ley está presente en todos, pudiendo ser encontrada por todos, siempre que sigan las evidencias de la buena razón (*recta ratio*), o sea, de la razón del hombre que respeta sus inclinaciones naturales [*homo honestus, qui honeste vivit* (que vive honestamente)].

iii) Este derecho está constituido por *normas precisas*, por leyes generales, ciertas y claras, de tal modo que no es necesario un especialista en derecho para interpretarlas. La declaración del derecho no es, por tanto, una tarea ardua, precedida de una cuidadosa observación y ponderación de cada caso concreto, sino una simple extracción de las reglas de vida que la buena razón sugiere a cada uno [*eadem ratio cum est in hominis mente confirmata et confecta est lex* (la ley es la propia razón, tal como reside y opera en la mente del hombre), Cicerón, *De Legibus*, I, IV]. Y tampoco es una tarea limitada en sus resultados, pues ni la ley natural está sujeta a la contingencia de los tiempos y los lugares, ni la razón humana (que es su propia sede) tiene dificultades en conocerla.

Por otro lado, para Cicerón no hay una verdadera oposición entre el derecho natural y el derecho positivo. Por el contrario, el derecho natural tendería a concretarse en las normas positivas; por tanto, éstas son vistas como su consumación definitiva y respetable («Las costumbres y las instituciones son, por sí mismas, obligatorias. Bajo el pretexto de que un Sócrates o un Aristipo habían violado una u otra vez las costumbres de la ciudad, no se debería cometer el error de pensar que podríamos actuar del mismo modo...», *De officiis*, I, 41, 148)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Es suyo un texto, muy leído en muchas épocas de la cultura europea, en que se define el derecho natural (o mejor, empleando la terminología ciceroniana, a la cual nos debemos ir habituando, la «ley» natural): «Existe una *ley verdadera*, que es la *recta razón*, que concuerda con la naturaleza, *presente en todos*, inmutable y eterna; que nos reclama imperiosamente el cumplimiento de nuestros deberes y que nos prohíbe el fraude y nos aleja de él; cuyos preceptos y prohibiciones el hombre bueno (*honestus*) acatará siempre, en cuanto que los perversos les serán sordos. Cualquier corrección de esta ley será sacrilega, no siendo permitido revocar alguna de sus partes; no podemos ser dispensados de ella ni por el Senado ni por el pueblo; *no es necesario encontrar un Sextus Aelius para interpretarla*; esta ley no es una en Atenas y otra en Roma; sino que es la única y misma ley, inmutable, eterna y que alcanza en todos los tiempos a todas las naciones. *Un Dios único, señor y emperador de todas las cosas*, por sí solo, la imaginó, la meditó y la promulgó [...]».

<sup>11</sup> Tampoco para Aristóteles y Santo Tomás había una completa oposición entre el derecho natural y el derecho positivo; pero *su conjugación era de otro tipo*. El derecho positivo, lejos de representar la culminación de la realización del derecho natural, constituía simplemente un intento,

A partir de estos ingredientes de origen estoico<sup>12</sup> se va a constituir la doctrina moderna del derecho natural. Evidencia, generalidad, racionalidad, carácter subjetivo, tendencia a lo positivo, tales son los rasgos distintivos del derecho natural moderno, las cuales encontramos *in ovo* en la filosofía moral de los estoicos.

### 7.1.3. EL IUSRACIONALISMO MODERNO

Pero, más allá de estas voces que venían del pasado, el siglo XVII encontró en el ambiente filosófico de su tiempo elementos que contribuyeron a formar su concepción de un derecho natural estable como la propia razón. Nos referimos al idealismo cartesiano, aunque tal concepción filosófica tenga puntos de unión muy profundos con una escuela filosófica anterior, de la Baja Edad Media, el nominalismo de Scotto y Guillermo de Ockham<sup>13</sup>.

Descartes (1596-1650) fue un espíritu profundamente atraído por la idea de un saber cierto. Y él mismo confiesa, refiriéndose a los tiempos de estudiante: «Je me plaisais surtout aux mathématiques, à cause de la certitude et de l'évidence de leurs raisons [...] leurs fondements étant si fermes et si solides». [«Yo me volcaba con placer sobre todo en las matemáticas, a causa de la certeza y la evidencia de sus razones [...] siendo sus fundamentos tan firmes y sólidos» (Descartes, *Discours de la Méthode. Pour bien conduire sa raison, et chercher la vérité dans les sciences. Première Partie*, 1637)]. Justamente él no encontraba esta firmeza y solidez en las disciplinas filosóficas, políticas, jurídicas, éticas, etc., tradicionales. En ellas todo era fluctuación, incertidumbre, contradicciones y disputas. Toda la primera y la segunda parte del *Discurso del método* expresan su estado de ánimo sobre este punto. De aquí le viene la idea, apoyado en su «luz natural» y en el «gran libro del mundo», de establecer para estas disciplinas un método que les proporcionase bases tan sólidas como las de las matemáticas.

La primera regla de este método es la regla de la *evidencia racional*: no admitir como verdadero nada que no sea evidente para el espíritu. Las otras tres de las cuatro reglas cartesianas son complementarias respecto a ésta y tienen como objetivo hacer evidente lo que a primera vista no lo es<sup>14</sup>. Es decir, para Descartes (como para los estoicos) la clave de la comprensión estaba en el acto

una tentativa posiblemente frustrada, pero cuyos resultados debían ser tenidos en cuenta por cualquier investigación posterior, tal y como una experiencia ya llevada a cabo es considerada por las subsiguientes; por otro lado, el derecho positivo era un elemento a tener en cuenta a la hora de encontrar una solución justa, pues creaba expectativas.

<sup>12</sup> Sobre la doctrina moral y jurídica de los estoicos, v. VILLEY, 1968, 428-480.

<sup>13</sup> Sobre el *nominalismo* de los dos franciscanos, su influencia en la filosofía moderna y su contribución al pensamiento jurídico, v. VILLEY, 1968, 147-263.

<sup>14</sup> La segunda es la regla del análisis (dividir cada dificultad en tantos elementos como sean necesarios para resolverla); la tercera, la regla de la síntesis (comenzar por los elementos más aptos para ser conocidos y avanzar sucesivamente hacia el conocimiento de los más complejos); la última, la de las revisiones generales (asegurarse de no omitir nada en el curso de la investigación).

de preguntarse a sí mismo, en un imaginar altivo y aislado, poco atento a las realidades exteriores.

A pesar de que Descartes no se haya ocupado del derecho, su método influyó, sin duda, en los juristas que buscaban seguridad<sup>15</sup>.

También éstos habían creído en las ideas claras y distintas, en la evidencia racional de los primeros principios del derecho, en la posibilidad de su extensión a través de la deducción; en definitiva, en el poder de la *razón individual* para descubrir las reglas de lo justo, de una justicia que huyese de la contingencia, para radicarse en un orden racional (casi matemático) de la naturaleza (*mathesis universalis*), del que la razón participaba. Y es con este derecho natural racionalista como se va a avanzar en el sentido de dotar de certeza al derecho positivo.

### 7.2. ALGUNAS ESCUELAS IUSNATURALISTAS<sup>16</sup>

La idea de derecho natural, en este nuevo sentido, va a imponerse decisivamente en la cultura jurídica europea del siglo XVII. De alguna forma, el nuevo derecho natural, fundado en la razón, se corresponde con el del antiguo derecho natural, fundado en la teología. El pensamiento social y jurídico se hace laico. A lo que no es ajeno el hecho de que, por primera vez, se ha quebrado la unidad religiosa de Europa (con la Reforma) y de que se ha entrado en contacto con pueblos totalmente ajenos a la tradición religiosa europea. De hecho, ambos datos reclamaban la configuración de un derecho que pudiese valer independientemente de la identidad de creencias. Con esta secularización, el fundamento del derecho pasará a residir en valores laicos, tan comunes a todos los hombres como las evidencias racionales.

Trasvasada primero a nuevos moldes (con la Escuela Ibérica del Derecho Natural a principios de la Edad Moderna), la idea del derecho natural domina la obra de todos los juristas y tiene grandes consecuencias prácticas.

Se trata, como ya se ha dicho, de un nuevo iusnaturalismo.

Para empezar, se ha emancipado de fundamentaciones religiosas, a pesar de que sus fundadores fueran en su mayor parte deístas o incluso cristianos. Sea como fuere, ellos prescindían, por un lado, de la omnipotencia de la voluntad de Dios, limitándola por Su razón, es decir, concibiendo un Dios sujeto a principios lógico-racionales que le serían «anteriores». Y esto tiene más que ver con una actitud racionalista que con una actitud religiosa<sup>17</sup>. Por otro lado, los fun-

<sup>15</sup> Sobre la novedad de esta «jurisprudencia racional» —opuesta a concepciones más «realistas»— (el derecho vinculado a las cosas establecidas) del derecho natural, una buena síntesis es la de KELLEY, en BURNS, 1977, 78-86.

<sup>16</sup> Trad. del epígrafe por ASG.

<sup>17</sup> Muy característica en este sentido es la posición de G. W. Leibniz (v. *infra*): «En cualquier ser inteligente los actos de la voluntad son siempre, por naturaleza, posteriores a los actos de su entendimiento... esto no quiere decir que hay algo antes de Dios, sino simplemente que los actos del entendimiento divino son anteriores a los actos de la voluntad divina», 7 n. 31 (Carta a Bierling).

damentos de los que partían a la hora de encontrar un orden inmanente en la naturaleza no consistían en ninguna vocación, destino o finalidad sobrenaturales del hombre sino que resultaban de sus características puramente temporales, como los instintos y la capacidad racional.

Al prescindir de los datos de la fe, estos iusnaturalismos apenas pueden contar con la observación y con la razón como vías de acceso al orden de la naturaleza. La observación —histórica y actual— de las sociedades humanas es ampliamente empleada por estos autores, y así sus obras están repletas de ejemplos extraídos de la historia o de la observación de la actualidad, los cuales les servían para apuntalar tanto los rasgos permanentes de la naturaleza humana y social como sus variantes «locales». Pero junto a la observación funcionaba también la razón, la cual:

- i) identifica axiomas sobre la naturaleza del hombre. De todo tipo: el hombre es guiado por el instinto de conservación (Locke), el hombre tiene un derecho natural a la autodefensa y al castigo de las ofensas que le son hechas (Locke), la justicia es aquello que al mismo tiempo se conforma como justicia y como bondad (Leibniz), la voluntad general es más que la suma de las voluntades particulares (Rousseau), etc., y
- ii) define los procedimientos intelectuales habilitados para deducir de estos axiomas otras normas. Estos procedimientos eran por lo general los propios de la forma de razonar de la física y de la matemática.

La justicia, escribe Leibniz, exponiendo el tipo de razonamiento a utilizar por parte de la ciencia del derecho natural, «es un término fijo, con un determinado sentido [...]; este término o palabra justicia debe tener alguna definición o alguna noción inteligible, siendo el caso que de cualquier definición se pueden extraer ciertas consecuencias, si usamos las reglas incontestables de la lógica. Y esto es precisamente lo que se hace al construir las ciencias necesarias y demostrativas, las cuales no dependen de unos hechos cualesquiera sino sencillamente de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento y, también, la ciencia del derecho. Las cuales no se fundan en la experiencia de los hechos, pues antes al contrario sirven para reflexionar sobre los hechos y para controlarlos antes de darlos por ciertos. Lo que también acontecería con el derecho, si no hubiera ley en el mundo»<sup>18</sup>. Es por esto muy frecuente encontrar en estos autores imágenes o modelos de argumentación importados de la matemática o de la física. Rousseau, por ejemplo,

Duttens, 1768, V, 386); y, así, «Dios puede crear materia, un hombre o un círculo, o dejarlo en nada (en no existencia), pero no puede producirlos sin darles sus propiedades esenciales. Él tiene que hacer un hombre como animal racional y tiene que dar a un círculo una forma redonda», n. 33 (*Teodicea*, II, 138).

<sup>18</sup> *Meditación sobre el concepto común de justicia*, en G. MOLLAT, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens Ungedrucktes Schriften*, Leipzig, 1885. «[...] La justicia sigue ciertas reglas de igualdad y de proporcionalidad que están tan fundadas en la naturaleza inmutable de las cosas como los principios de la aritmética y la geometría!». *Opinión sobre los principios de Pufendorf* (1706), en LOUIS DUTTENS, *God. Guil. Leibnitii, Opera omnia*, 1768, IV. V. *in fine*.

construyó extensos pasos del *Contrato social* sobre modelos de razonamiento inspirados por la matemática. Así, por ejemplo, configuró las relaciones entre Estado, soberano y gobierno con la forma de una figura matemática<sup>19</sup>. Y, aunque diga que en materias políticas no se puede utilizar el razonamiento aritmético (*Contrato social*, III, 1), muchas de sus conclusiones sobre las mejores formas de gobierno se basan en cálculos hechos sobre la base de esta proporción. Samuel Pufendorf es igual de rotundo cuando afirma el parentesco entre el derecho y las ciencias formales. Conceptos como el de «fuerza» surgen de imágenes extraídas de la dinámica y aparecen muchas veces cuando se trata de explicar las relaciones entre voluntad individual y voluntad general<sup>20</sup>.

El modelo general de naturaleza del que parten es un modelo mecanicista, inspirado en la física de su tiempo. Y es así como la sustitución de una estructura mental teológica por otra dominada por el nuevo pensamiento científico se patentiza en la sustitución de un modelo finalista por un modelo mecanicista. O sea, en este mundo que prescinde de la dimensión sobrenatural y que se concentra en las explicaciones a nivel puramente temporal (físico), a la naturaleza del hombre ya no se accede por la vía de su finalidad última (Dios, la salvación, la vida en común) sino por la de las causas de sus acciones (la voluntad, los instintos). El derecho de la naturaleza deja de ser aquel que era requerido para preparar la ciudad divina; ahora resulta de la manifestación de tendencias ciegas naturales del hombre o de la necesidad de garantizarlas.

Al prescindir de la idea de finalidad, de ordenación del hombre hacia algo que lo trasciende (sea Dios o la sociedad), este nuevo pensamiento social se detiene en el individuo, limitándose a sus referencias. Éste es, como veremos, el punto de apoyo de todas las construcciones del derecho de la naturaleza, aunque varíe según el autor la definición de sus características más relevantes desde el punto de vista de este fin (así, unos destacarán el impulso de conservación individual, otros el deseo de felicidad, otros el instinto de propiedad, otros la búsqueda de la utilidad). Algunos —alzando un puente con las concepciones anteriores— seguirán hablando del deseo de sociabilidad o, lo que es casi lo mismo, de la dependencia de la sociedad para garantizar la conservación individual. Enseguida volveremos sobre esto.

Perdida —o atenuada<sup>21</sup>— la referencia a un orden social natural, se abre paso una idea nueva (aunque dotada de antiguas raíces): la de que los vínculos y la

<sup>19</sup> «Es en el gobierno donde se encuentran las fuerzas intermedias, cuyas relaciones componen la relación de todo al todo, del soberano al Estado. Puede representarse esta última relación por dos extremos (a, c) de una proporción continua ( $a/b = b/c$ ), cuya media proporcional es el gobierno (b). El gobierno recibe del soberano las órdenes que da el pueblo; y, para que el Estado esté bien equilibrado, es preciso que haya igualdad entre el producto o potencia ( $= b^2$ ) del gobierno tomado en sí mismo y el producto o potencia de los ciudadanos, que son soberanos de un lado y súbditos de otro ( $a \times c$ )» (*Contrato social*, III, 1). Leibniz es todavía más osado en la utilización de modelos matemáticos.

<sup>20</sup> Por ejemplo, en LOCKE (*Two treatises of government*, 1690, II, 7, 96) y en ROUSSEAU (*Du contrat social*, 1762, I, 6).

<sup>21</sup> No todos los autores identifican el estado de naturaleza con el caos social, negando la posibilidad de existencia de un orden social natural. Locke, por ejemplo, concibe la posibilidad de una sociedad natural, aunque deficientemente asegurada.

- disciplina sociales son hechos artificiales, propios de la creación de un orden *político* por acuerdo de voluntades. La voluntad pasa a ser así la única fuente de disciplina política y civil. Lo único que sucede es que a este voluntarismo radical lo dulcificará la idea —diversamente formulada— de que esta voluntad ha de ser conducida por la razón.

A continuación se seleccionan algunas de las principales orientaciones ius-naturalistas, apuntándose los tópicos fundamentales de cada una de ellas.

### 7.2.1. LOS IUSNATURALISMOS INDIVIDUALISTAS

Bajo esta designación se pretende englobar a todos aquellos pensadores que, aunque presentan entre sí remarcables diferencias, iniciaron la construcción de los sistemas naturalistas de los *derechos innatos del individuo*.

Esta idea de que el individuo —el hombre, tomado aisladamente, considerado como si estuviese desvinculado de los grupos en que está inscrito, no caracterizado por las funciones que desempeña en ellos— está en la base del derecho, se remonta al *nominalismo* de Scotto e Ockham<sup>22</sup>, corriente que, como hemos visto, aportó muchas de las ideas básicas del pensamiento jurídico moderno. Pero el impulso decisivo le vino dado por el cartesianismo y, también, por el empirismo que, cada uno a su modo, definieron la naturaleza del hombre y de ella hicieron derivar derechos individuales, inalterables y necesarios.

La definición del hombre realizada por el *cartesianismo* era la de *ser racional*: ser que buscaba la verdad a través de la razón, que, intelectualmente, sólo se doblegaba ante la evidencia racional. A tal ente no podían dejar de reconocérsele dos derechos derivados de su naturaleza: el de usar libremente la razón (en el campo teórico) y el de desarrollar racionalmente (en el campo práctico o de la acción) su personalidad (es decir, el de pautar su acción mediante los principios que le eran dictados por la razón).

El *empirismo* ya partía de una observación del hombre concreto: el hombre, más que un ser racional, era un *ser dominado por los instintos* (el de conservación, el de perpetuación, etc.). Era a estos instintos a los que el derecho debía garantizar el libre curso, pudiendo decirse que su satisfacción constituía un derecho natural<sup>23</sup>.

Como acabamos de ver, el derecho natural no deriva ahora de la naturaleza cósmica o de la(s) naturaleza(s) de la(s) sociedad(es) (como sucedía con el de-

<sup>22</sup> Frente a la filosofía clásica, que daba existencia *real* al hombre «situado» en ciertas *estructuras sociales* (como «padre», como «ciudadano», como «hijo»), y, por tanto, consideraba como reales o naturales los derechos y deberes que se derivan de tal situación, la filosofía social nominalista considera los individuos aislados, sin otros derechos o deberes sino aquellos reclamados por su *naturaleza individual* o por su *voluntad* (y aparece aquí la tendencia «voluntarista» del nominalismo, que está en la base del positivismo moderno). Sobre esto, v. la síntesis de VILLEY, 1968, 199 ss.

<sup>23</sup> Idea de raíz estoica que aflora, varias veces, en el *Digesto* [las inclinaciones naturales del hombre como animal (D. 1, 1, 3); la legítima defensa (D. 43, 16, 1, 27), etc.].

recho natural aristotélico-tomista) sino de la naturaleza del hombre individual y de la observación de aquellos impulsos que lo llevaban a la acción. Y, por lo visto hasta ahora, la «sociabilidad» (característica esencial de la especie humana en Aristóteles, para quien el hombre era «un animal político») no constituía uno de esos impulsos<sup>24</sup>. Por el contrario: mediante su necesidad «natural» de operar racional o instintivamente, la sociedad aparecía incluso como un obstáculo, puesto que en ella no era posible dar rienda suelta a estos impulsos sin oponerse a los designios de acción de los otros. Es por este motivo por lo que la mayor parte de los pensadores del derecho racional defienden que la institución de la sociedad organizada (en Estado) representa el límite de los derechos naturales, o incluso su hipoteca a otros valores.

De hecho, llevado por la consideración de los intereses de la vida en común, para la cual se sentían inclinados (Grocio), o por el miedo a un estado de naturaleza en que la satisfacción de los impulsos naturales generaba continuas luchas (Hobbes), los hombres celebran entre sí un pacto por el cual limitaban su libertad natural, entregando en la mano de los gobernantes el poder de dictar reglas de convivencia obligatorias. Es el «contrato social», cuyos gérmenes ya se encuentran en Suárez, pero cuya teoría es ahora ampliamente desarrollada.

La teoría del «contrato social» no sólo dio lugar a las teorías democráticas que tuvieron su epílogo en la Revolución francesa. Fue igualmente adecuado para fundamentar el «despotismo ilustrado», típico de las monarquías y principados europeos del siglo XVIII. De hecho, todo dependía del contenido del contrato, pues los iusnaturalistas acababan, como se ve, por depositar la facultad de concebir la constitución política en manos de los miembros de la colectividad.

Para unos<sup>25</sup>, para los más pesimistas en cuanto a la naturaleza humana, como Thomas Hobbes (1588-1679), los peligros del «estado de naturaleza» hacían a los hombres tomar la decisión de depositar todos sus derechos en manos del príncipe, a fin de que éste cuidase, con plenos poderes, del bien común y de la felicidad individual. La única limitación del príncipe derivaría de la necesidad de gobernar racionalmente, o sea, de forma adecuada a los objetivos fijados en el origen de la institución de la sociedad política («asegurar la paz y la defensa común», *Leviathan*, 1651, cap. 17). Por oposición a esto, el gobierno tiránico y despótico sería el «del Turco», imagen muy corriente en esta literatura para designar una forma tiránica de gobierno. Aquí, el soberano podía legislar y gobernar sin límites; sus razones y sus actos no podían ser enjuiciados por sus súbditos y no esta-

<sup>24</sup> De todos Grocio es el más ligado a las autoridades tradicionales: sigue reconociendo que el «*appetitus societatis*» es uno de los impulsos naturales del hombre. Éste operaría impulsado por la razón y por el instinto gregario. Y entonces el derecho natural no sólo sería un reconocimiento de los derechos naturales individuales, sino también del orden que preside la sociedad humana (*vinculum humanae societatis*), v. SOLARI, 1959, 13 ss. También Samuel Pufendorf (1632-1694), un pensador hoy menos conocido, pero de enorme influencia en la época, sobre todo entre los juristas, reconoce una dimensión social de la naturaleza del hombre, provocada por la incapacidad humana de vivir sin el auxilio de sus congéneres; de donde se deduce que la conservación individual deriva también de la conservación de la comunidad (BURNS 1997, 509-533).

<sup>25</sup> Desde aquí al final del epígrafe, trad. de ASG.

ba sujeto a ninguna «razón de derecho» (*iurisprudencia, ratio iuris*) fabricada por los juristas; era, en fin, el único intérprete autorizado de las leyes (cap. 18, 26). En este caso hasta el mismo derecho natural se esfuma como institución de la sociedad política, precisamente porque, al haber instituido al soberano como único legislador, no hay lugar para ningún derecho que no provenga de éste. Las leyes naturales y las costumbres valen, pero siempre y cuando no sean contestadas por las leyes positivas; o sea que aunque no provengan de la voluntad positiva del soberano, al menos puede decirse que provienen de su paciencia (cap. 26).

Otra versión del contrato social es la de John Locke (1632-1704). Para este autor la constitución del estado político no cancela los derechos que los individuos disfrutaban en el estado de naturaleza. En última instancia el estado político sirve, simplemente, para garantizar una mejor administración de los derechos naturales, sustituyendo la autodefensa y la venganza privada por la tutela de una autoridad pública. Por esto mismo el soberano, que no era fuente ni del derecho de naturaleza ni de los derechos individuales derivados de ésta, estaba obligado a respetar el derecho natural y los derechos políticos de los ciudadanos: «siendo tan sólo el legislativo un poder fiduciario para actuar siguiendo ciertos fines, continúa residiendo en el pueblo un poder supremo para remover o alterar el legislativo cuando el legislativo actúe contrariamente a la confianza que se le ha dado [...]. Y así la comunidad retiene permanentemente el poder supremo de liberarse de los atentados y designios de cualquiera, incluidos sus legisladores, cuando ellos sean tan dañinos que traten de formar o llevar a cabo designios contra las libertades y propiedades de los súbditos» (*Two treatises of government*, 1690, II, 13, p. 192).

Así, desde el punto de vista de las formas políticas, vamos a ver desdoblarse el iusnaturalismo en dos grandes orientaciones: la demoliberal, inaugurada por John Locke y desarrollada por los iusracionalistas franceses, y la absolutista, con origen en Thomas Hobbes y con un representante tan sobresaliente como Samuel Pufendorf<sup>26</sup>.

Más allá de su significado en la historia de las ideas políticas, el derecho natural individualista nos interesa como un movimiento específicamente jurídico. Y, desde este punto de vista, presenta ciertos elementos bastante significativos para la futura evolución del pensamiento jurídico. Recorramos los principales.

### 7.2.1.1. La teoría de los derechos subjetivos

Actualmente estamos tan habituados, por lo menos en la teoría del derecho privado, a oír hablar de *derechos subjetivos*, a equiparar el derecho (en su acep-

<sup>26</sup> Pufendorf (1632-1694) es más jurista que filósofo y por eso desempeñó un papel extraordinario en la divulgación de las nuevas corrientes de pensamiento político entre los juristas. Su obra (*Elementa iurisprudentiae universalis*, 1660; *De iure naturae et gentium*, 1672; *De officio hominis et civis secundum legem naturalem*, 1673) fue objeto de continuas ediciones durante el siglo XVIII y sirvió de base al despotismo ilustrado europeo, desde Prusia a Austria, pasando por la Península Ibérica. Cf. DENZER, 1972; SOLARI, 1959, 62 ss.; BURNS, 1977, 509-533.

ción subjetiva) con un *poder de voluntad garantizado a cierto sujeto*, que nos cuesta creer que tal noción haya tenido un debut. Se trata de una de las figuras que nos parecen indispensables en la dogmática jurídica. Pero la noción de derecho subjetivo no siempre formó parte del arsenal teórico de los juristas. Se fue construyendo poco a poco, hasta alcanzar su fase de perfección con los iusracionalistas.

Los derechos subjetivos son, en la concepción iusracionalista, los atribuidos por la naturaleza a cada hombre y son los que permiten dar rienda suelta a sus impulsos instintivos o racionales. Están, por tanto, ligados a la personalidad, a su defensa, a su mantenimiento, a su desarrollo.

Los iusracionalistas pensaban que estos derechos (también denominados «naturales», o «innatos», o, en una terminología más moderna, «de la personalidad») no podían desarrollarse plenamente en el estado de naturaleza, pues el libre desenvolvimiento de los derechos de uno chocaría contra idéntico desenvolvimiento de los derechos del otro. Por eso el «estado de naturaleza», correspondiente a la libre asociación de los hombres, era un estado de guerra (Hobbes) o, cuanto menos, de insuficiente garantía de las facultades individuales (Locke). Una vez constituida la sociedad civil a través del contrato social, la suerte de tales derechos quedaría bastante comprometida, aunque la opinión de los autores variase en relación a este punto. Sin embargo, los sujetos recibirían garantías públicas en relación con aquellos derechos que hubieran sido confirmados.

De hecho, el objetivo del contrato social es la reducción de los derechos innatos a fin de hacer posible la convivencia. En ciertos autores, partidarios del absolutismo —por ejemplo, Hobbes—, tal reducción va a tener un amplitud enorme<sup>27</sup>. Aunque en otros —en los representantes de la orientación liberal<sup>28</sup>— los derechos subjetivos continúan valiendo incluso frente el Estado.

<sup>27</sup> Para Hobbes, los ciudadanos sólo conservarían el derecho de libre conciencia y el de legítima defensa (v. VILLEY, 1968, cit., 665); por su parte, Pufendorf, otro representante de las tendencias absolutistas, defiende que los derechos naturales no son «perfectos», sólo se vuelven efectivos después de ser positivados por el Estado. En Rousseau los derechos del estado de naturaleza —que se corresponden con los deseos instintivos (la *voluntad particular*)— se extinguen una vez concluido el contrato social, en virtud del cual, sencillamente, se atribuyen a los ciudadanos derechos racionales, compatibles con la voluntad general (con la ley) (cf. ROUSSEAU, *Le contrat social*, I, 8). Esto en la práctica hace que el poder soberano, que se expresa por medio de la ley, no tenga límites, salvo el de no poder imponer a los ciudadanos mandatos inútiles desde el punto de vista de la comunidad (racionalidad) y el de no poder actuar sino de modo general (generalidad) (*ibidem*, II, 4).

<sup>28</sup> Es el punto de vista de Locke, el teórico inglés del liberalismo. El optimismo social y filosófico de Locke le hace pensar que, dado que el hombre tiene tendencia a la felicidad y a la utilidad, es posible instaurar un orden social dirigido a los instintos hedonistas de los hombres. Tal será el «estado de naturaleza» que, lejos de ser una hipótesis, es un ideal actualmente factible, y que, en Locke, correspondía a la idealización de la sociedad burguesa de la Inglaterra de su tiempo. Siendo así, los derechos subjetivos se mantenían en la sociedad civil y deberían ser respetados en su organización, y si no los individuos podían poner fin al Estado tirano que así se alejaba de los fines para los que había sido constituido («[...] the supreme power to reverse or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them», LOCKE, *On Civil Government*, XIII).

Esta teoría de los derechos naturales (o subjetivos), que comienza por tener aplicaciones importantes en los dominios del derecho público, era, en su naturaleza íntima, una teoría de derecho privado, pues se refería originariamente al modo de ser de las relaciones entre los individuos.

Y fue, de hecho, en los dominios del derecho privado donde tuvo consecuencias más duraderas, proporcionando la base para la construcción doctrinal efectuada por la «pandectística» alemana del siglo XIX (cf. 8.3.3).

Todo el derecho privado se considerará como una forma de combinar y armonizar el poder que cada uno tiene para desarrollar su personalidad.

Recordemos, de hecho, que la premisa básica del iusnaturalismo individualista era la existencia de un derecho innato de cada hombre al desarrollo de su personalidad (racional o instintiva, no interesa ahora). El contrato social tenía como objetivo garantizar ese derecho en la vida social, creando una entidad (el Estado) que asegurase a cada uno la satisfacción de sus derechos siempre que no perjudicase los derechos de los otros. Así, si por el contrato social se creaba el derecho objetivo, no se creaban derechos subjetivos: éstos existían antes del propio orden jurídico objetivo, eran su fundamento y su razón de ser. El origen de su legitimidad está en el carácter naturalmente justo del *poder de voluntad* (*Willemacht*), a través del cual el hombre desdobra su personalidad.

Mientras, teniendo en cuenta su propia garantía, el Estado y el derecho pueden limitar en parte los derechos de cada uno, en la medida en que eso sea exigido para salvaguardar los derechos de los otros. El derecho objetivo aparece, entonces, como un semáforo, dando luz verde o roja a los «poderes de la voluntad» (que se mueven por sí mismos) conforme a las necesidades del tráfico jurídico.

Por tanto, en la base de todo el derecho civil se encuentran los derechos subjetivos, definidos como «poderes de voluntad garantizados por el derecho»<sup>29</sup>. De tal naturaleza son el derecho del acreedor a exigir la prestación del deudor y a ejecutar su patrimonio en caso de incumplimiento; el derecho del propietario a usar y abusar de su propiedad con total exclusión de terceros; el derecho a exigir del otro cónyuge, tanto abstenerse de hacer (por ejemplo, el derecho a la fidelidad conyugal), como hacer (por ejemplo, el llamado «débito conyugal» o sustento económico); el derecho de los hijos a «alimentos», etc. Todos estos (y otros) derechos subjetivos corresponderían a la expresión de una *voluntad*. No habría, incluso, efectos de derecho sino los provocados por la manifestación de una voluntad.

Fue esta concepción *individualista y voluntarista*<sup>30</sup> (que también tiene repercusiones en la teoría de las fuentes de derecho) la que sustituye a la construc-

<sup>29</sup> «Un poder perteneciente a la persona, un dominio donde reina su voluntad, y donde ella reina con nuestra conformidad» (SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 1849).

<sup>30</sup> La influencia de las doctrinas ética y jurídica de Kant sobre la «teoría de la voluntad» (*Willentheorie*) fue muy importante y contribuyó a su definitivo establecimiento en la dogmática civilista. Kant realizó, de hecho, la autonomía de la voluntad y su papel creador de valores universales, al mismo tiempo que hizo de la voluntad (o de la libertad) el apoyo de la personalidad moral. El derecho consistía en la forma de relación entre los arbitrios de las personas, de la relación entre

ción aristotélico-tomista del derecho privado y que luego, ya en nuestro siglo, sufre el embate de las concepciones institucionalistas<sup>31</sup>; y fue también la que sirve de base a los códigos civiles del siglo pasado<sup>32</sup> y la que inspira en buena parte a nuestros manuales de derecho privado<sup>33</sup>.

#### 7.2.1.2. *Voluntarismo*

Cuando nos referimos al voluntarismo, queremos significar la doctrina según la cual el derecho tiene su fuente no en un orden objetivo (de la naturaleza, de la sociedad) sino en los derechos naturales e irrenunciables del hombre. No en una lógica jurídica objetiva, sino en el poder de la voluntad.

Ya antes hablamos de «voluntarismo», a propósito de la filosofía del derecho de San Agustín, justamente en estos términos. Vimos cómo, para el agustinianismo, la voluntad era ante todo voluntad divina, aunque, mediatamente, la propia voluntad humana (de los gobernantes) llegase a ser investida de igual dignidad. También entonces se dijo que las posiciones de San Agustín no habían quedado sin continuación en la historia del pensamiento jurídico europeo, apuntándose como supervivientes las teorías franciscanas que, *grosso modo*, identificamos con el nominalismo.

dos arbitrios que, al exteriorizarse, se encuentran; la acción justa (o jurídica) sería, entonces, la que, según una ley universal, coexistiese con el libre arbitrio de cada uno. V, sobre los fundamentos de la «razón práctica» y, más concretamente, sobre sus ideales ético-jurídicos, SOLARI, 1959, 202 ss.

<sup>31</sup> El institucionalismo (cf. *infra*) se desarrolla ya a inicios del siglo XX; se trata de un *transpersonalismo*, es decir, de una doctrina que aloja al derecho, no en las personas consideradas individualmente, sino en realidades globalizadoras (los grupos humanos o ciertas ideas normativas propias y necesarias). Son estas realidades («instituciones»: por ejemplo, la familia, la propiedad, el Estado) las que, disponiendo de una normativa propia, atribuyen a cada uno el «suum» (lo suyo). El derecho de cada uno es, por tanto, *derivado* y no *propio* o *subjetivo*. La herencia tomista está aquí bien clara; y su ligazón con la corriente antidemocrática y totalitaria de su tiempo (a la que aportaron cobertura teórica) no lo está menos. Principales representantes: Gierke (1841-1921), Hauriou (1856-1929) y Santi Romano (1875-1947).

<sup>32</sup> El *Código Civil* portugués de 1867 es un ejemplo estupendo. En el artículo 1.º se puede leer: «Sólo un hombre es susceptible de derechos y obligaciones...»; y en el artículo 2.º se define «derecho» como la «facultad moral de practicar o dejar de practicar ciertos hechos».

<sup>33</sup> La «teoría de los derechos subjetivos» o «teoría de la voluntad» ha sido sometida a una crítica cerrada por parte de la «jurisprudencia de los intereses» (R. v. Jhering, 1818-1892), del institucionalismo y de las concepciones socialistas en el ámbito de la filosofía social y del derecho. Las críticas que ha recibido son de tres tipos: teóricas, pragmáticas y éticas. Las primeras se centran en la falsedad de la correspondencia entre el derecho y la voluntad (habría, en realidad, derechos a los que no correspondería ninguna voluntad válida, por ejemplo, la de los menores o la de los interdictos) o en la inviabilidad de explicar a través de ella las relaciones constituidas en ciertos sectores del derecho (por ejemplo, el derecho de familia o el derecho penal). Las segundas se basan en la alegación de que la visión subjetiva del derecho impide la adecuada comprensión de las verdaderas realidades jurídicas, aislando las relaciones de derecho privado de la realidad social. Las terceras insisten en que el derecho subjetivo es la expresión de un individualismo exagerado para el cual el hombre sólo tiene derecho y no deberes. Por eso, su supervivencia en muchos sectores de la dogmática del derecho privado está hoy muy en el aire. Sobre esto, v. la síntesis de COING, 1964.

Son, de hecho, Duns Scotto y Guillermo de Ockham los que retomaron la tradición voluntarista, obscurecida durante algunos siglos por el predominio de los puntos de vista jurídicos de Santo Tomás.

De hecho, la restauración de la tradición agustiniana está ligada al colapso de las teorías de Aristóteles y de Santo Tomás. Si, para éstos, el fundamento del derecho consistía en un orden de lo justo inherente a la comunidad humana, ahora, deshecha la idea del orden natural, el derecho no puede basarse sino en la voluntad de los hombres o de Dios. Y es así como Scotto funda la ley positiva en la convención de los miembros de la colectividad [*«ex communi consensu et electione»* (por consenso común y elección), *Opus Oxon*, IV, 15, 2, concl. 5]. Y Ockham gira por completo la propia noción de «derecho natural», equiparándolo, en un sentido, a derecho establecido (*puesto*) por Dios en las Escrituras [*«in Scripturis...continentur»* (está contenida en las Escrituras), *Dialogus*]; y, en otro sentido, equiparándolo a las consecuencias que derivan racionalmente de una convención (es decir, de un acuerdo de voluntad) entre los hombres, o de una regla jurídica positiva [*«illud quod ex iure gentium vel aliquo pacto humano evidenti ratione colligitur, nisi de consensu illorum quod interest, statuator contrario»* (aquello que se colige por la evidencia racional del derecho de las gentes o de algún pacto humano, a menos que se estipule lo contrario por el consenso de aquellos a quienes interesa)]. La voluntad no está ni siquiera prisionera de la lógica, pues la consecuencia racional incluso podría quedar desactivada por un acuerdo de los intereses (v. última parte del texto citado).

Tomado en su conjunto<sup>34</sup>, el iusracionalismo moderno es, a estos efectos, un tanto paradójico. En principio la aproximación del derecho a saberes tales como la matemática o la lógica supondría la promoción de un sentido objetivo y no arbitrario de justicia, en la línea del carácter no voluntario de las proposiciones de las ciencias formales, pues en la determinación de éstas la voluntad carece de imperio. Y, como veremos, hay pensadores que apuntan, más o menos radicalmente, en este sentido. El racionalismo de estas corrientes es, entonces, un racionalismo metodológico, o sea, un método racional de escrutar la naturaleza de la sociedad y del hombre y de establecer, de aquí, el tipo de orden que preside las cosas humanas.

Ahora bien, concluido este análisis racional, muchos de los autores pasan a considerar la libertad y autodeterminación (o sea, el poder de voluntad) como los rasgos más sobresalientes del hombre, elevando el contrato a la condición de fundamento de la sociedad. O sea, que un método racionalista de averiguación desemboca en un modelo voluntarista de orden social, en un *voluntarismo axiológico*.

Dedicaremos a este último aspecto los párrafos siguientes.

Con el iusracionalismo de la Época Moderna, el voluntarismo se refuerza.

De hecho, ya en el «estado de la naturaleza», los derechos de cada uno se fundaban en el derecho esencial del hombre a la manifestación de su personalidad

<sup>34</sup> Hasta el final del epígrafe, trad. de ASG.

a través de «acciones libres», siendo la libertad el poder de «querer sin limitaciones». De ahí que los derechos naturales anduviesen íntimamente relacionados con la manifestación de esta voluntad, hasta ahora simplemente atenta al bienestar particular. Para algunos autores más radicalmente individualistas, no había riesgos de contradicción entre la voluntad y la razón, pues, por un lado, los hombres podían conocer sin esfuerzo la ley de la naturaleza y, por otro, eran capaces de dominar sus instintos y de querer aquello que estuviera conforme con la razón<sup>35</sup>. Para otros, más pesimistas en cuanto a la voluntad natural del hombre, no existía razón alguna superior a la voluntad. Ésta, la voluntad, se desencadenaba «mecanicísticamente», por estímulos externos, siendo la razón apenas capaz de orientar la acción hacia los fines apetecidos. O sea, la razón no era fin, sino más bien medio, por lo que toda la voluntad era racional<sup>36</sup>.

Pero, si pasamos a considerar el *estado político*, su anclaje en la voluntad es aun más claro, pues el establecimiento del propio orden jurídico objetivo se hace a través de un acto *voluntario* de los hombres (el «contrato social»), cuyo contenido es aquel que ellos le *quieren* dar para la salvaguarda de la vida en común.

Y, establecido el gobierno civil, el poder de crear el derecho a través de actos de voluntad soberana no tiene límites. Por lo menos no admiten límites la mayor parte de los autores, bien porque se sitúan en el bando absolutista, bien porque pertenezcan al de los liberales.

Toda la diferencia entre unos y otros descansa en el modo en que conciben esta voluntad que da origen al derecho, así como sus relaciones con la razón (cf. 8.2).

Los liberales (sobre todo Locke) tratan de combinar voluntad y razón, sobre la base del carácter racional de la voluntad individual en el estado de naturaleza (a la cual ya nos referimos). Esto es así porque, por un lado, el advenimiento del estado político no cancelaría esa ley de la naturaleza que iluminaba la voluntad en el estado de naturaleza; por esto continúa siendo un parámetro para el enjuiciamiento de las leyes políticas. Por otro lado, la voluntad que está en el origen de las leyes políticas es esa misma voluntad de los individuos, de la cual el Estado no es sino un representante.

En realidad, Locke no se evade de una concepción tradicional del pacto político, concibiéndolo a modo y manera de un pacto privado (*quod omnis tangit, ab omnibus approbari debet*, lo que a todos afecta, por todos debe ser aprobado). La voluntad de aquí resultante era el producto de la suma de las voluntades individuales, y no una voluntad nueva. De ahí que aquella sabiduría moral de los individuos se conserve con el Estado, el cual podía conocer las reglas racionales de la vida en común y legislar de acuerdo con ellas<sup>37</sup>. Claro que siempre

<sup>35</sup> Vid. LOCKE, *Two treatises*, II, 2 y 4.

<sup>36</sup> Hobbes, en el capítulo decimocuarto del *Leviatán*, indica que el derecho natural es la libertad que cada hombre posee para usar su propio poder con el fin ante todo de preservar su naturaleza o su vida; y añade que en consecuencia el hombre puede hacer todo aquello que su propio juicio y razón le indiquen como medios más adecuados para alcanzar ese fin.

<sup>37</sup> El poder de la mayoría de imponer su voluntad sobre la minoría era explicado con un razonamiento mecanicista, importado de la dinámica, según el cual la voluntad del mayor número tie-

se puede decir que esta misma permanencia de la ley natural, en la medida que orienta la voluntad política, implica de por sí una limitación del voluntarismo del cual resultan, además, consecuencias concretas sobre todo desde el punto de vista del derecho de resistencia o rebelión<sup>38</sup>.

Los no liberales (absolutistas, jacobinos), por el contrario, subordinan totalmente la razón a la voluntad, en el sentido de que no reconocen casi límites a la voluntad del soberano. Para ellos, la voluntad soberana (legislativa, general) es distinta a la suma de las voluntades de las partes. En verdad el pacto social estaría dando origen a una entidad nueva, el cuerpo político, el cual detenta el poder de gobernar con mandatos sobre la comunidad. Propia de una persona diferente (persona moral, ente moral, en la terminología de Pufendorf), esta voluntad legislativa presenta caracteres distintos a los de las voluntades particulares: siempre desea el bien general y, de aquí, siempre es racional. Aunque fue Pufendorf el primero que construyó una teoría acabada de la personalidad pública<sup>39</sup>, la construcción del carácter absoluto y soberano de la voluntad legislativa fue llevada a cabo, de forma ejemplar, por Hobbes y por Rousseau.

Para ambos la voluntad legislativa era soberana y absoluta. Primero, en el sentido de que se impone absolutamente a todos los súbditos, los cuales, si se aferran a la hipótesis de que en origen no firmaron el pacto social, entonces, consecuentemente, pueden expatriarse. Ésta es la opinión de Hobbes, el cual no reconoce a los súbditos ningún derecho en relación al soberano. Rousseau, por su lado, define el poder del cuerpo político sobre los súbditos como absoluto: al igual que la naturaleza, que da a todo hombre un poder absoluto sobre sus miembros, «el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos; y es este mismo poder el que, dirigido por la voluntad general, recibe el nombre de soberanía [...]» (*Del contrato social*, II, 4).

En segundo lugar, la voluntad legislativa era absoluta en el sentido de que no conocía límites materiales, o sea, no estaba subordinada a ningún precepto exterior a sí misma. Para comprender bien el alcance de esta afirmación, es preciso sin embargo aclarar que esta voluntad general contiene en sí misma su propio objetivo, es decir, que está íntimamente dirigida a la consecución del interés general, por lo que era, por definición, siempre justa y racional.

ne más fuerza que la voluntad de la minoría, arrastrando entonces a éste cuando se forma la voluntad del cuerpo (v. LOCKE, *Two treatises of government*, II, 7). Cf., partiendo todavía de ciertas características tradicionales (la voluntad colectiva como suma de las voluntades individuales, el soberano como representante de los ciudadanos), HOBBS, *Leviatán*, cap. 17).

<sup>38</sup> Que el pueblo continúa teniendo un poder supremo para remover o alterar el legislativo, para el caso de que los gobernantes actúen contra las libertades y propiedades de los súbditos, se explica en *Two treatises of government*, II, 13.

<sup>39</sup> Cf. BURNS, 1997, 511 ss. Según Pufendorf, la causa remota de estas persona y voluntad públicas es Dios, siendo el pacto social (la voluntad humana) tan sólo una condición (o causa próxima) de su instauración. De ahí que el gobierno político y sus leyes tengan un carácter semisagrado, no pudiendo ser éstas desobedecidas. Ya Suárez había encontrado una formulación próxima a ésta cuando hablaba del origen divino mediato del poder político (*a Deo, per populum*).

En relación con esto, Hobbes había sustentado ya la tesis del primado de la voluntad legislativa sobre la costumbre, sobre el poder judicial, sobre la propia razón jurídica (*Leviatán*, cap. 26). La única restricción del poder soberano —de cuyo cumplimiento, por otro lado, sólo el propio poder soberano podía dar garantías— era la de que estaba racionalmente vinculado a gobernar de acuerdo con la finalidad para la que el poder civil había sido instituido<sup>40</sup>.

El tema de la coherencia forzosa entre la voluntad del cuerpo político y la razón fue desarrollado por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) en el ámbito de su teoría de la voluntad general. Es así como explica ese acto casi místico de creación, por el contrato social, de una nueva persona, el soberano, y una nueva entidad, la voluntad general (que se manifiesta en la ley y que por definición actúa siempre conforme a razón): «Este paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo, en su conducta, la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad que antes les faltaba. Sólo entonces el hombre, obedeciendo a la voz del deber en lugar de seguir el impulso físico, su inclinación o su apetito [...], se ve obligado a actuar siguiendo otros principios y consultando a su razón antes de responder a sus inclinaciones [...]» (*Del contrato social*, I, 8). Por esta razón, la voluntad general, siendo diferente a la suma de voluntades, que son corrompibles, no puede dejar de ser justa y racional: «Síguese de aquí que la voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública; pero no se sigue de aquí que las deliberaciones del pueblo posean siempre una rectitud semejante [...]». Muchas veces hay una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: ésta tan sólo respeta el interés común; la otra se refiere siempre a un interés privado, no siendo sino una suma de intereses particulares; pero, si retiramos de estas mismas voluntades los más y los menos que se destruyen entre sí, queda entonces la suma de las diferencias como voluntad general (II, 3). La decisión política se hará transparente y la justicia será evidente<sup>41</sup>.

Rousseau proclama de este modo la soberanía de la voluntad general, que poco tiene que ver con la voluntad psicológica de cada uno (a la que llama voluntad particular), por ser ante todo una voluntad racional, dirigida a la consecución del bien común y presentando por esto un fuerte componente racional. Rousseau representa, de hecho, el triunfo de la tendencia democrática

<sup>40</sup> A pesar de todo hay —como señala Cattaneo, 1966— una gran diferencia entre el despotismo de Hobbes y el de tipo oriental; dicha diferencia estriba en que el Estado de Hobbes constituye un *despotismo legal*, en el que la voluntad del príncipe se expresa a través de normas generales que salvaguardan a los súbditos, si no del absolutismo, por los menos de la arbitrariedad. Así, el principio «*nullum crimen sine lege*» y «*nulla poena sine lege*» están claramente establecidos en él («*no law, made a fierer fact done, can make it a crime*», *Leviathan*, cap. 27). La concepción política de Hobbes viene a poner, así, las bases teóricas del despotismo ilustrado: por un lado, con la afirmación de un fuerte poder central del cual emanan las leyes; y, por otro, por la instauración del principio de legalidad y de seguridad jurídicas (cf. CATTANEO, 1966, 19 ss.).

<sup>41</sup> «Entonces todos los mandatos del Estado son vigorosos y simples, sus máximas claras y luminosas; no hay intereses de por medio, ni tampoco contradictorios; el bien común se muestra entonces por todos lados con tanta evidencia que basta un buen sentido para percibirlo» (*Del contrato social*, IV, 1).

jacobina<sup>42</sup>, para la cual la protección de las voluntades particulares —que tienen su origen en un móvil de satisfacción de intereses meramente individuales— se debilita bajo el dogma absoluto de la ley como «volonté générale». Se entrará así en una fase de «despotismo democrático»<sup>43</sup>.

«Et qu'est ce qu'une loi? C'est une déclaration publique et solennelle de la volonté générale sur un objet d'intérêt común» (Y, ¿qué es una ley? Es una declaración pública y solemne de la voluntad general sobre un asunto de interés común), explica Rousseau (*Lettres écrites de la Montagne*, I, VI). Es en este punto donde se consuma la orientación democrática que triunfa en el continente con la Revolución francesa. La ley (el derecho, del cual la ley debe ser única fuente) es una voluntad, pero una voluntad general, en el sentido de que: i) deriva de todos, ii) se refiere a problemas de todos, iii) establece la igualdad y la libertad de todos, y iv) persigue el interés de todos.

Esta concepción de la ley como norma absoluta establecida soberanamente por el Estado-legislador va a ser decisiva hasta nuestros días.

#### 7.2.3.1. Cientificación

Por último, realcemos aún uno de los hilos conductores del pensamiento del derecho racional: el de que el derecho constituye una disciplina sometida a reglas de valor *necesario y objetivo*. En la cual hay, por tanto, *verdad y falsedad* (y no tan sólo *opiniones o voliciones*).

Esta idea de que el derecho es una disciplina rigurosa, científica, no tiene sus raíces ni en el pensamiento de la generalidad de los juristas romanos clásicos [que desconfiaban, por sistema, de las formulaciones genéricas «*non ex regula ius summatur*» (el derecho no proviene de la norma), D. 50, 17, 1; o «*in iure civili omnis definitio periculosa est*» (en derecho toda definición es peligrosa), D. 50, 17, 202] ni en la doctrina jurídica aristotélico-tomista. Ahí imperaba, por el contrario, la idea de que el derecho es un *arte*, orientado por reglas, tan sólo *probables*, de encontrar lo justo y lo injusto. Certezas no las había, de ahí esa constante confrontación de *opiniones* a que ya nos hemos referido.

<sup>42</sup> La oposición entre liberales y demócratas acostumbra a hacerse en estos términos: los primeros concebían las garantías individuales como una esfera de acción de los individuos libre de intervención estatal, como límite, por tanto, a la acción del Estado; mientras que los segundos (entre los que destaca la fracción jacobina) entendían esas garantías como un derecho de participar en la gestión del Estado, convertido así éste en un gobierno del pueblo (democracia). Dentro de esta última perspectiva los límites puestos por los individuos a la acción estatal pierden todo su significado, pues el Estado y su acción son el producto de la voluntad de los propios ciudadanos; limitar el Estado sería, entonces, *venire contra factum proprium*. De este modo las democracias jacobinas liquidan la oposición entre individuo y Estado, dando vía libre a la idea de «disciplina democrática». Sobre esto, v. DUVERGER, 1966.

<sup>43</sup> Tanto Hobbes como Rousseau tienen una idéntica concepción de la ley como voluntad del soberano. La diferencia está en el modo de concebir al soberano. Hobbes lo identifica como hombre: el rey; Rousseau con el pueblo, con la comunidad en su totalidad.

La fuente filosófica de este «cientifismo», de esta aproximación del derecho a las ciencias de la naturaleza, está en esa tendencia (ya aludida) de los estoicos para someter el mundo humano a las leyes cósmicas<sup>44</sup>. La naturaleza específica del mundo humano —mundo de la contingencia, de la libertad, donde las acciones debían ser medidas por la regla flexible de plomo de los legendarios canteros de la isla griega de Lesbos— era desconocida; por el contrario, el mundo era todo él de la misma naturaleza (monismo naturalista) y todos los seres obedecían al mismo movimiento.

Los juristas, que, por otras razones<sup>45</sup>, desde hace mucho tenían en proyecto la reducción del derecho a pocos principios, necesarios e inmutables, encuentran, por tanto, en las concepciones estoicas sobre un orden geométrico-matemático del cosmos, *Stoa*, un buen apoyo teórico para considerar estos principios verdaderos *axiomas* de la ciencia del derecho, a partir de los cuales se pudiesen extraer, por los métodos de la demostración lógica propios de las ciencias naturales (entonces en su aurora), las restantes reglas de la convivencia humana. Y, a falta de axiomas naturales, serían las propias normas jurídicas positivas las que los sustituirían<sup>46</sup>.

Está claro que este proceso de cientificación del derecho hizo aparecer de repente el escepticismo de algunos<sup>47</sup>, pero, con la llegada del optimismo cartesiano, quedó básicamente asentado en el pensamiento jurídico (como en las restantes disciplinas filosóficas y morales).

¿No estaba, de hecho, en los proyectos de Descartes la instauración de la certeza, de una certeza de tipo matemático, en todas aquellas ramas del saber en que, hasta entonces, predominaban la opinión y la duda?

#### 7.2.2. LA TRADICIÓN DEL IUSNATURALISMO OBJETIVISTA

Entre el voluntarismo, por un lado, y la tendencia al «cientificismo» o a la fundamentación racional del derecho, por otro, existe una oposición intrínseca, la misma que existe entre la voluntad y la razón, entre subjetividad y objetividad. Esta oposición consiste en que, o el derecho es el producto libre de

<sup>44</sup> Cf. ULPIANUS, D. 1, 1, 3-4, «*Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam ius istud non humani generis proprium sed omnia animalium, quae in terra, quae in mari nascitur; avium quoque commune est... videmus etenim cetera quoque animalia feras etiam istius iuris peritia conseri... ius gentium... a naturali rrecedere facile intelligere licet...*» (El derecho natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales; en realidad este derecho no es propio del género humano, sino de todos los animales que viven en la tierra y en el mar, y también de las aves... y vemos también que otros animales, incluso los fieros, tienen conocimiento de este derecho [...]. El derecho de gentes [...] es lícito entender que procede del derecho natural).

<sup>45</sup> Nos referimos a la necesidad de seguridad y de certeza en la práctica jurídica, en relación a la cual la axiomatización del derecho era una respuesta altamente adecuada.

<sup>46</sup> Vimos que ya Ockham clasificaba como naturales las reglas extraídas racionalmente (*evidenti ratione*) de las normas jurídicas positivas.

<sup>47</sup> Por ejemplo de Montaigne, de Bacon y de Pascal, cuyas observaciones sarcásticas o angustias sobre la contingencia del derecho son la respuesta a las pretensiones de axiomatización.

la voluntad y su definición nada tiene que ver con un orden natural, científico o racional de las cosas (pues, repitiendo a Pascal, «el corazón tiene razones que la razón desconoce»), o existen principios jurídicos científica, natural o racionalmente válidos, y entonces no se apela a la legitimidad de la voluntad para destronarlos.

Todo el pensamiento del derecho racional fue consciente de este dilema, del cual se derivó hacia una fluctuación de soluciones en relación a una serie de problemas recurrentes, como, por ejemplo, el de las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo, el de la interpretación e integración de las leyes, el de la revalorización del derecho romano, etc.

Como ya vimos, para algunas corrientes el problema no se plantea, puesto que partían de la ficción de la «racionalidad de la voluntad»: el derecho constituye, es cierto, el producto de un acto libre y voluntario de los sujetos, o de un acto y libre del poder; pero sólo aquella voluntad *recta, racional, ilustrada*, detenta la virtud de crear el verdadero derecho. Y esa voluntad racional tanto podía ser aquella que «actuase de tal modo que su acción pudiese ser considerada norma universal» (Kant), como aquella que actuase según «un plano científico de obtención del máximo placer o utilidad personales» (David Hume), como aquella que se formase teniendo a la vista el interés general (Rousseau). Entonces, la antinomia entre voluntad y razón desaparecía, pues la primera surgía subordinada a la segunda, cooperando en la realización de un orden racional y natural.

Todavía hubo quien desvió el fundamento del derecho natural aún más hacia el lado de la razón, pero de una *razón objetiva*, radicada no en los individuos, sino en el orden cósmico o en el de la convivencia humana. En definitiva, se trata de retomar un tema de la filosofía ecléctica clásica.

Es esto lo que sucede a finales del siglo XVIII, con autores como Montesquieu, Leibniz y J. Bentham.

El primero (Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède, 1689-1755) revaloriza el concepto de «naturaleza de las cosas», invocando como fundamento del derecho objetivo, no la naturaleza del hombre o la voluntad de Dios o del príncipe, sino la «necesidad natural», es decir, las consecuencias normativas de las relaciones naturales y necesarias que se establecen entre los hombres unidos en una asociación política<sup>48</sup>. El objetivo de su obra más famosa (*L'Esprit des lois*) es precisamente la investigación de los factores objetivos (morales, físicos, geográficos, históricos y sociales) que determinan el modo de ser del derecho.

Aunque tal concepción, en lo que tiene de histórico-sociológico y de relativista, no pudiese favorecer mucho la construcción de principios fijos para guiar la legislación y la doctrina, lo cierto es que, desistiendo de radicar el derecho en la voluntad o en la inteligencia individuales, marca una señal de reacción contra el subjetivismo de las doctrinas anteriores.

Encontramos la misma tendencia a la objetivación del derecho natural en G. W. Leibniz (1646-1716)<sup>49</sup>, el cual, aunque partiendo de presupuestos filosó-

<sup>48</sup> Sobre esta original (para la época) concepción del derecho natural, v. BARATTA, 1959, 191, y CATTANEO, 1966, 28 ss.

<sup>49</sup> Cf. RILEY, 1988; BURNS, 1977.

ficos muy diferentes, concibe un derecho natural emanado de la eterna razón divina, que se impondría tanto al propio arbitrio de Dios como a cualquier intención normativa, a cualquier imposición positiva del Estado.

«Ni la norma de conducta en sí misma, ni la esencia de lo justo —escribe Leibniz en su obra *Opinión sobre los principios de Pufendorf* (1706)<sup>50</sup>— dependen de la decisión libre de Dios, sino antes de verdades eternas, objetos del intelecto divino, que constituyen, por así decirlo, la propia esencia de la divinidad [...] La justicia no sería, de hecho, un atributo esencial de Dios si Él estableciera la justicia y la ley con su voluntad libre. Y en verdad la justicia sigue ciertas reglas de igualdad y de proporcionalidad que no están menos fundadas en la naturaleza inmutable de las cosas de lo que lo están los principios de la aritmética o de la geometría» (cit. por Riley, 1988, 71).

A este derecho natural (que constituiría el régimen jurídico de la *optima res publica*), averiguable exclusivamente por medio de la reflexión, se contrapondría el derecho positivo (*ius voluntarium*), emanado del soberano en virtud de los poderes tradicionales o constitucionales de que éste está revestido [*ius receptum moribus vel a superiore constitutum* (el derecho recibido consuetudinariamente o instituido por el superior)]<sup>51</sup>.

E incluso aparece en Leibniz la afirmación —difícil de encontrar en los iusnaturalistas contractualistas, que tendían a aceptar como justas todas las consecuencias normativas del contrato social— de que las leyes positivas pueden ser injustas<sup>52</sup>. Ésta es la señal de que el derecho se libera del imperio de la voluntad y de que, más allá del deseo de los individuos o de sus representantes, hay normas objetivamente válidas, por lo que el principio *stat pro ratione voluntas* (la voluntad hace las veces de la razón) «*c'est proprement la devise d'un tyran*», es propiamente la divisa de un tirano (Leibniz, *Méditation sur la Notion Commune de Justice*, 1693).

Esta idea de que era posible construir, por operaciones de cálculo, una ciencia del derecho o del poder está presente en otros autores. Rousseau construye su teoría política sobre la base de una ciencia cierta —y largamente matemática— del poder. Al discutir de las formas de gobierno, ese ideal de certeza y

<sup>50</sup> Publ. en Duttens, IV.

<sup>51</sup> «La justicia es un término fijo, con un determinado sentido [...], este término o palabra justicia debe tener cierta definición o cierta noción inteligible, siendo que de cualquier definición se pueden extraer ciertas consecuencias, usando las reglas incontestables de la lógica. Y esto es precisamente lo que se hace al construir las ciencias necesarias y demostrativas —las cuales no dependen de cualesquiera hechos— sino tan sólo de la razón, tal como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento y, también, la ciencia del derecho. Las cuales no se fundan en la experiencia de los hechos, antes bien sirven para razonar sobre los hechos y para controlarlos antes de que se den. Lo que también acontecería con el derecho, si no hubiera ley en el mundo. El error de los que hacen a la justicia dependiente del poder deriva, en una parte, de la confusión del derecho con la ley. El derecho no puede ser injusto, sería una contradicción; pero la ley sí puede. Pues es el poder el que crea y conserva la ley» [en *Meditación sobre el concepto común de justicia* (c. 1702-1703), publ. en MOLLAT, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens Ungedruckten Schriften*, Leipzig, 1885, cit. por RILEY, 1988, 49-50].

<sup>52</sup> En *De Tribus juris naturae et gentium gradibus* (cit. por SOLARI, 1959, 65 ss.).

de verdad le impele a concebir una ciencia rigurosa de las formas políticas, las cuales, en virtud de este rigor, estarían inmunizadas contra el arbitrio de los ciudadanos (*Del contrato social*, III, 1). Por eso sería posible, por ejemplo, establecer una relación objetiva entre la dimensión del Estado y la libertad, del tipo:

Estado = gobierno  
Gobierno = soberano

Aquí, por ejemplo, el número de habitantes (Estado) varía en razón inversa de la libertad individual que, a su vez, es el inverso de la fuerza de gobierno. También las relaciones de poder entre Estado, soberano y gobierno pueden ser objeto de este mismo tipo de cálculo, pues existiría una proporción entre el príncipe y el gobierno semejante a la que existe entre el Estado y el soberano, de la cual se podrían extraer reglas como las siguientes: i) príncipe (poder sobre los magistrados) y soberano (poder sobre los súbditos) varían en sentido inverso (III, 2); ii) cuanto más magistrados, más frágil es el gobierno (*ibid.*), y iii) de una y otra proporción resulta que «la relación de los magistrados con el gobierno es inversa a la de los súbditos en relación con el soberano» (*ibid.*).

Pero quien llevó mucho más lejos la idea de objetivación del derecho natural fue Jeremy Bentham (1748-1832). Partiendo de la máxima utilitarista de que el derecho justo es el que organiza la sociedad con el fin de obtener el máximo bienestar para el mayor número («*the greatest happiness of the greatest number is the measure of right and wrong*»), concibió el derecho como el producto de un cálculo riguroso (que él denomina *felicitic calculus*). La legislación se vuelve entonces una ciencia tan próxima, en su naturaleza, a las ciencias físicas, que él no vacila en comparar el principio de utilidad general como fundamento de la ciencia del derecho con el principio de Arquímedes como fundamento de la hidrostática<sup>53</sup>.

Justamente uno de los motivos de interés que este tipo de iusnaturalismo viene a tener en la historia del derecho moderno es el papel desempeñado por él en el desarrollo de las tendencias codificadoras.

### 7.2.3. LA IDEA DE CODIFICACIÓN

La idea de *codificación* del derecho fue tratada de llevar a la práctica en diversas ocasiones en la historia del derecho europeo. Normalmente, este intento

<sup>53</sup> Cf. SOLARI, 1959, 298. La fundamentación del derecho justo en la utilidad se remonta al epicureísmo de la Antigüedad (cf. VILLEY, 1968, 495 ss.). Pero en la Edad Moderna es patente la influencia de esta idea en las obras de Hobbes y Locke y, en general, en la teoría jurídico-política del despotismo ilustrado que, rechazando ser un «gobierno del pueblo», afirmaba ser un «gobierno para el pueblo». El trazo distintivo del epicureísmo (o utilitarismo) de Bentham es el hecho de que persiga la utilidad, no la de dos individuos aislados, sino la utilidad general, pudiendo suceder que la consecución de esta utilidad general implique alguna limitación del bienestar de los individuos *uti singuli*. Los predecesores más próximos a esta corrección hecha por Bentham del utilitarismo son Beccaria [que, en la introducción a *Dei delitti e delle pene* (1764) habla de la «*massima felicità divisa nel maggior numero*»] y Priestley [*An Essay on the First Principles of Government* (1771)].

está relacionado con la necesidad de fijar el derecho vigente, aunque también sea utilizado para renovar globalmente, de acuerdo con aquello que se entiende que son las nuevas necesidades de la época.

Pero los códigos modernos, que comienzan a entrar en vigor por toda Europa a fines del siglo XVIII, presentan rasgos de marcada especificidad en relación a las codificaciones anteriores<sup>54</sup>.

Primero, desde un punto de vista formal, porque se presentan como códigos sistemáticos, dominados por un orden intrínseco, lo que les confiere, a nuestros ojos, un aspecto «ordenado» que contrasta con el plan arbitrario de los códigos anteriores. Después, en cuanto al sentido de sus disposiciones, porque tienden a presentarse como conjuntos de disposiciones liberados de las contingencias del tiempo y, por eso, tendencialmente eternos.

Cualquiera de estas características proviene de los presupuestos filosóficos de los que habían partido sus autores y que eran, de forma general, los de la existencia de un orden jurídico anterior a la legislación civil, a la luz de la cual ésta debía ser científicamente reformada. Los códigos serán así un monumento no del derecho «voluntario», sujeto a las contingencias y a los cambios de la voluntad humana, sino del derecho «natural», inmutable, universal, capaz de instaurar una época de «paz perpetua» en la convivencia humana.

Estas ideas constituían la esencia del pensamiento de los autores que acabamos de estudiar, que consideraban urgente la reforma científica de la legislación civil a través de la promulgación de códigos fundados en el derecho «natural» (cualquiera que fuese la idea que tuvieran de esto).

En el movimiento de la codificación moderna tiene un papel destacado la obra teórica de Jeremy Bentham. La codificación aparece como una consecuencia lógica de la idea de un código unificado y universal («*an all comprehensive code of law for any nation professing liberal opinions*»), fundado en una ciencia de la legislación orientada por el «cálculo de la felicidad» (v. 7.2.2).

El Código debía ser *completo*, es decir, debía formar un sistema normativo cerrado, *lógicamente concatenado*, justificable según el principio científico de la utilidad. Aunque Bentham no desconociese los elementos contingentes y variables de la legislación, entendía que tales elementos no destruían la verdad intrínseca de los principios científicos de la legislación y, por tanto, la posibilidad de un código universal. Estas ideas de una legislación universal llegaron a tener una enorme repercusión por toda Europa, tanto más cuanto que se articulaban con la idea de una ciudadanía universal y de derechos cívicos universales (*Weltbürgerrechte*, derechos del ciudadano del mundo), desarrollada en ese tiempo por Kant en su proyecto de una organización jurídica y política mundial («paz perpetua»).

Uno de los primeros proyectos modernos de código fue el de Leibniz (*Corpus iuris reconcinatum*, 1672). Pero los ejemplos históricos más famosos

<sup>54</sup> Sobre la codificación: TARELLO, 1976; más actual y reflexivo (en el sentido de que relaciona la codificación con la absolutización de la ley), CLAVERO, 1991 y CARONI.

(y llevados a la práctica) fueron los del Código de Prusia (*Allgemeines Landrecht f. den preussischen Staaten*, A.L.R., 1794); de Austria (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, A.B.G.B., 1811); y de Francia, el famoso *Code civil* de 1804.

### 7.3. LA PRÁCTICA JURÍDICA

Pero no sólo los factores ideológicos y filosóficos contribuyeron a moldear las concepciones jurídicas modernas. También la práctica jurídica de la época anterior generó, por reacción, una serie de ideas que prosperaron en el período que estamos tratando.

Ya tenemos una idea del estado de la vida jurídica en los siglos XVI y XVII en los países del sur de Europa, donde se continuaron utilizando de un modo generalizado los métodos de los Comentaristas.

Entonces la vida forense presentaba una gran desorganización e inseguridad. Primero, por el exceso de disensiones doctrinales favorecidas por la proliferación de opiniones<sup>55</sup>; después, por la complejidad y morosidad de los trámites procesales. Por fin, por la complicada organización de los tribunales —inherente a la pluralidad jurisdiccional del Antiguo Régimen<sup>56</sup>—, que daba lugar a interminables conflictos de competencia.

De ahí que la actividad de los tribunales fuese vista, en todos estos países, con inmensa desconfianza.

Aprovechando las enseñanzas de Francis Bacon (1561-1626), según el cual «*judges ought to remember that their office is jus dicere and not jus dare, to interpret the law, and not make or give de law*» (*On Judicature*, en *Essays*<sup>57</sup>), los más ilustres juristas de la segunda mitad del siglo XVIII proponen una profunda reforma judicial que ponga término al «despotismo de los tribunales» (Condorcet, 1743-1794), depositando exclusivamente en manos del legislador la tarea de interpretar la ley oscura.

Es en los países latinos de la Europa Occidental donde más se percibe la crítica al estado de la práctica judicial, ello da origen a proyectos de reforma judicial y procesal incluso antes de la Revolución.

Por el vigor de su testimonio hay que destacar el italiano Luigi Antonio Muratori (1672-1750), y su obra *Dei Difetti della Giurisprudenza* (1742). Al exponer los «defectos de la jurisprudencia», Muratori reserva el primer lugar al arbitrio de los jueces que, liberados a sus propias fuerzas gracias a una legislación muy defectuosa y a una doctrina indisciplinada y «preciosista», lo resolvían todo a su antojo (*Dei Difetti...*, IV). El remedio sería, según el italiano, recurrir a los

<sup>55</sup> A pesar del acatamiento, por casi toda Europa, de la «regla del precedente», siempre era posible encontrar un praxista que diera la vuelta a la solución propuesta. Cf. ROCHA, 1852, 243.

<sup>56</sup> Sobre esta, v. HESPANHA, 1992c.

<sup>57</sup> Incluso en Portugal llega a tener eco esta idea de Bacon: «La mejor ley», decía Bacon de Velamio, «es la que menos cosas deja al arbitrio del Juez: el mejor Juez es el que menos cosas deja a su propio arbitrio» (v. PENIZ, 1816). En el mismo sentido, *Estatutos Pombalinos*, Tít. 6, cap. 6, §§ 13-14.

principios fijos del derecho natural, a la reforma de la legislación a través de la edición de códigos y a la centralización de la producción del derecho en las manos del príncipe.

En Francia, donde el problema también se planteó agudamente —habiéndose denunciado por Montesquieu—, la restricción del poder de los jueces fue llevada a cabo en el período revolucionario. Se tomaron varias medidas en ese sentido: introducción del jurado en los juicios penales [medida de reacción contra la «*artificial reason*» (Coke) de los juristas]; obligatoriedad de motivar la sentencia (ley de 16/24, de agosto de 1790); creación del Tribunal de Casación para verificar la «legalidad» de las decisiones judiciales (ley de 27 de noviembre/1 de diciembre de 1790); institución del sistema del *référé législatif*, por el cual los tribunales estaban obligados a reenviar a la Asamblea Legislativa las cuestiones jurídicas de interpretación dudosa (ley citada y Constituciones de 1791 y del año III). Todas estas medidas tendrán sus equivalentes en el resto de Europa.

### 7.4. EL DERECHO RACIONALISTA Y SUS REPERCUSIONES

Al concluir estos capítulos dedicados al derecho racionalista, procede hacer algunas consideraciones sobre el alcance de sus temas principales en la historia del pensamiento jurídico e, incluso, en la de la sociedad europea.

Con el racionalismo, abrimos una nueva fase en la historia del derecho europeo. Y aun con todo, no se deben menospreciar algunos elementos de continuidad. Si pensamos que una de las características más destacables de la fase anterior —la del *derecho común*— es la de la constitución de un derecho de tendencia universalista, no es difícil terminar considerando al derecho racional como una última fase (quizás prolongada, incluso, en tiempos de la «pandectística») de ese período anterior<sup>58</sup>.

De hecho, con el iusracionalismo se realza el carácter universal del derecho. Las normas jurídicas, al estar vinculadas a una «naturaleza humana» eterna e inmutable, no dependen ni de climas ni de latitudes. Los «códigos» presentan tendencias universales, por lo que tanto pueden estar hechos por un jurista nacional como por uno extranjero y pueden ser aplicados, libremente, como derecho supletorio o incluso principal de otros países. Así se explica la tendencia a exportar los grandes códigos (principalmente, el *Code civil* de 1804; y más tarde los códigos civiles alemán, italiano y suizo) a áreas culturales totalmente extrañas a la europea, como la japonesa (con el reformismo Meiji, a finales del siglo XIX), la china (con el movimiento occidentalizante del 4 de mayo de 1919) o la turca (con la revolución de Kamal Atatürk).

Este cosmopolitismo del derecho y de la propia legislación únicamente se atenuará con la aparición nacionalista del Romanticismo. Fascinados por los ele-

<sup>58</sup> Es lo que hace COING, 1967.

mentos tradicionales del derecho nacional, los juristas reaccionarán entonces contra la importación de sistemas iusracionalistas. Ocurrirá sobre todo en Alemania, donde C. F. v. Savigny atacará violentamente el proyecto de código iusnaturalista de A. E. Thibaut (1772-1840) (quien por otro lado no dejaba de buscar un compromiso entre cosmopolitismo y nacionalismo) con el argumento de que la codificación «fijaba» un derecho que por encima de todo debía ser vida y de que los códigos universalistas del racionalismo eran puras abstracciones, inaceptables por el «espíritu del pueblo».

Pese a esto último, lo cierto es que de las concepciones ilustradas se ha conservado mucho. Hoy ciertos principios que en aquel momento fueron establecidos y que hoy siguen ocupando un lugar central en la actual teoría del derecho: por ejemplo, la afirmación de los derechos individuales y el principio de legalidad, principalmente en lo que respecta al derecho penal.

## CAPÍTULO 8

### EL DERECHO EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

La metodología jurídica de los siglos XIX y XX conoció diversas escuelas. En parte, respondían a problemas y necesidades del propio saber y de la práctica del derecho; pero en gran medida reflejaban también las grandes temáticas sociopolíticas, filosóficas y metodológicas de la época. En los capítulos siguientes se describirán, sintéticamente, algunas de ellas.

#### 8.1. EL CONTEXTO POLÍTICO<sup>1</sup>

Tras el período «programático y experimental» —descrito en el epígrafe correspondiente al iusracionalismo (v. 7.1.3)— el orden político estatal llega a su fase de institucionalización. En el plano jurídico, esta fase se caracteriza por el movimiento legalista y, sobre todo, por la tendencia codificadora. Los nuevos códigos, por un lado, procedían a un nuevo diseño de las instituciones, acorde con un orden burgués liberal; y, por el otro, implantaban una tecnología normativa basada en la generalidad y en la sistematicidad, muy adecuada, pues, para una aplicación más cotidiana del derecho y también más controlable por parte del nuevo centro de poder: el Estado. El estatismo (esto es, la identificación del orden social con el orden estatal), la certeza del derecho y la previsibilidad van a trabajar codo a codo para activar y estabilizar los nuevos arreglos sociales, políticos y jurídicos.

Los cien años que transcurren entre 1750 y 1850 corresponden al período de implantación de un nuevo orden político y jurídico al que se suele denominar liberalismo. En el ámbito del derecho, se confeccionan entonces sus presupuestos estratégicos: instauración, por medios legislativos, de un nuevo paradigma de organización política (el Estado liberal representativo) y de organización social («liberalismo propietario», esto es, identificación de la propiedad como condición de la libertad y, de aquí, de la ciudadanía activa), cuyos detalles institucionales irá desarrollando la propia ley<sup>2</sup>.

Por lo que se refiere a los grandes principios, el nuevo derecho asegura la libertad, la propiedad y la igualdad ante la ley. Pero todos estos principios tienen consecuencias constitucionales concretas que las leyes civiles y políticas tendrán que reglamentar.

<sup>1</sup> Desde aquí a 8.3, trad. de ASG.

<sup>2</sup> Sobre el orden jurídico liberal, v., en general, ARBLASTEN, 1984; ARNAUD, 1973, COSTA, 1974, 1986, y CLAVERO, 1991.

La garantía de la libertad personal<sup>3</sup> incide directa y indirectamente en diversas esferas del derecho. El derecho constitucional cimentaba, por supuesto, los derechos políticos y civiles. Pero implicaba también la garantía de la libertad de trabajo y de industria<sup>4</sup>, con lo que la iniciativa privada se sacudía todas las limitaciones antes impuestas por el corporativismo medieval y el mercantilismo. En derechos reales constituía la base de la construcción jurídica de la propiedad como derecho ilimitado y inviolable. En derecho de obligaciones, promovía el voluntarismo y ponía fin a las limitaciones éticas y comunitarias al poder de disposición de la voluntad sobre los contenidos contractuales (*Willenstheorie*, cf. 8.3.3.1), permitiendo la usura, la falta de proporcionalidad entre prestaciones contractuales<sup>5</sup> y la libre fijación de precios y salarios.

La garantía de la propiedad —la cual, y como se acaba de ver, no es sino extensión de la garantía de la libertad— era entendida como «el derecho sagrado y inviolable [...] de disponer libremente de todos sus bienes, según las leyes»<sup>6</sup>. Su constitucionalización se correspondía con aquello que C. B. Macpherson denominó el «individualismo posesivo»: la propiedad considerada como un derecho natural y absoluto, libremente utilizable (libertad de industria) y libremente disponible, no limitable por derechos señoriales (derecho foral), del común (derechos de pastoreo, de rotación de cultivos, etc.), troncales (formas de propiedad familiar vinculada).

La garantía de igualdad<sup>7</sup>, a su vez, ponía fin a ciertas situaciones discriminatorias en materia política (como la exigencia de nobleza y de «limpieza de sangre» para acceder a cargos públicos), debiendo garantizar en principio la participación de todos en la política (mediante el sufragio universal); concretaba también el principio general de igualdad ante la ley, especialmente en el ámbito procesal (abolición de los fueros privilegiados) y, por encima de todo, penal, instaurando el principio de igualdad y proporcionalidad de las penas, independientemente del *status* propio del delincuente.

Como se va a poder ver aquí y a lo largo de toda esta exposición, sucedió que todos estos principios sufrieron diversas limitaciones, resultando incluso a veces totalmente desnaturalizados en el momento de su concreción constitucional y legislativa. Sobre todo el principio de igualdad.

No me estoy refiriendo tan sólo a la cuestión de la falta de correspondencia entre libertades formales (o sea, las garantizadas por la ley) y libertades materiales (o sea, las luego realizables en el plano de las relaciones sociales concretamente dadas)<sup>8</sup>. Se trata de mucho más que esto: se trata de la instauración por vía legal de estatutos discriminatorios que restringieron drásticamente los derechos políticos y civiles de las mujeres, de los no-propietarios, de los nativos en

<sup>3</sup> Cf. *Carta constitucional*, art. 145, § 5.

<sup>4</sup> Cf. *Carta constitucional*, art. 145, §§ 23 y 24.

<sup>5</sup> Antes prohibidas pues concurría la *laesio enormis*.

<sup>6</sup> *Constitución de 1822*, art. 6.º, *Carta constitucional*, art. 145, § 21.

<sup>7</sup> *Constitución de 1822*, art. 9.º, *Carta constitucional*, art. 145, §§ 12 y 15.

<sup>8</sup> Cuestión esta que será central en la crítica marxista y posmarxista del derecho liberal (cf. *infra*, 8.5.1).

las colonias, de los miembros de órdenes religiosas, por no hablar de otro tipo de interdicciones sociales y culturales muy marcadas (los locos, los pródigos, los tahúres, los menores, los quebrados). Por detrás de estas limitaciones —que, en términos políticos, reducían drásticamente el porcentaje de «ciudadanos activos»<sup>9</sup>— operaban algunas ideas-fuerza del siguiente tenor: que las mujeres<sup>10</sup>, los campesinos (los «rústicos») y los indígenas de las colonias servían menos para la vida civil y la política, y que la calidad de propietario hacía emanar seriedad y compromiso políticos. Al final, como se puede ver, resultaba que el modelo social y político subyacente era todavía muy dependiente de los modelos tradicionales propios de una sociedad patriarcal en la que al hombre (y, de aquí, por extensión, al hombre blanco, «civilizado») le competía un poder de dirección sobre la «casa», entendida como conjunto de familiares y de dependientes (también animales y cosas)<sup>11</sup>.

Tan importante como el asentamiento de estos principios es su estabilización legislativa (en códigos) y doctrinal. Esto es, de una forma u otra estos principios se incrustan en complejos normativos orgánicos que escapan a una caprichosa voluptuosidad legislativa de los gobiernos, garantizando, de esta manera, la solidez y continuidad de las transformaciones político-sociales. «¡Propiedad! ¡Propiedad! Centro de la unión social, cuántas veces no oscila incierta y casi reducida a un mero nombre por el vano vicio de leyes multiplicadas y oscuras», se clama en Portugal, en el *Manifiesto* del Gobierno Supremo del Reino, de 31 de octubre de 1820. Mientras que a finales de siglo, Júlio Vilhena tiende ya un vínculo muy estrecho entre certeza del derecho y libertad política: «la libertad civil, hermana gemela de la libertad política, no encontraba ni en la redacción oscura de la ley ni en la variedad de interpretaciones garantías para su ejercicio»<sup>12</sup>.

Justamente a esta tensión entre el principio democrático de primacía de la voluntad constituyente y la aspiración a la estabilidad social y jurídica (alrededor de principios estables e indisponibles de ordenación social) dedicaremos el próximo epígrafe.

## 8.2. ENTRE VOLUNTAD Y RAZÓN

### 8.2.1. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y LEGALISMO

El principio democrático de que el poder tiene su origen en el pueblo y que debe ser por él ejercido es una consecuencia muy clara de la idea de contrato

<sup>9</sup> Algunos cálculos señalan que el porcentaje de ciudadanos activos sobre el total de «nacionales» no superaba el diez por ciento. Y por supuesto este porcentaje era todavía menor en zonas coloniales o poscoloniales (por ejemplo, en los países latinoamericanos: v. CLAVERO, 1993).

<sup>10</sup> Cf., sobre la imagen de la mujer en el derecho tradicional europeo, de la cual hay muchos residuos en el período liberal, HESPANHA, 1994c.

<sup>11</sup> Sobre el modelo tradicional de la «casa grande» (*ganze Haus*), cf. BRUNNER, 1968b; para la época contemporánea, en una situación colonial pero susceptible de aplicación a la sociedad rural europea, v. FREYRE, 1993.

<sup>12</sup> Júlio VILHENA, *Problemas del derecho moderno*, Coimbra, 1873, cit. por SCHOLZ, 1976, 745.

social, tal y como la describimos antes (cf. 7.2.1). De forma más o menos pura, esta idea va a estar detrás de las revoluciones políticas que tuvieron lugar en América del Norte (1776) y en Francia (1789), primero, y después en la generalidad de países europeos<sup>13</sup>.

El principio democrático va a establecer que la única legitimidad política es la legitimidad proveniente de la voluntad popular, manifestada por sus representantes, elegidos mediante votación, en sus órganos representativos (por excelencia, los parlamentos).

La hegemonía política absoluta del parlamento —con la consiguiente concentración por su parte de toda la capacidad de crear derecho— derivaba del principio de soberanía popular. Pero, al margen ya de esta justificación teórica, esta hegemonía tenía además la ventaja «práctica» de ser la única forma de evitar la «degeneración de la democracia». Por un lado, impedía la tendencia, común a todas las élites políticas (mismamente a las democráticamente elegidas), a la apropiación paulatina del poder político que les había sido delegado, hecho al que fueron por ejemplo sensibles, durante los últimos dos siglos, pensadores políticos tan dispares como Rousseau<sup>14</sup>, Trotski<sup>15</sup> o Mao Zedong<sup>16</sup>. Por otro lado, constituía la forma más segura de garantizar que el interés perseguido (la felicidad buscada) equivaliera al «interés general» o a la «felicidad para el mayor número», por utilizar dos formulaciones —una de Rousseau, otra de Bentham— utilizadas para justificar la supremacía absoluta del parlamento («jacobinismo»)<sup>17</sup>.

Delante de la legitimidad democrática debían doblegarse todas las antiguas formas de legitimidad, desde la legitimidad del derecho divino hasta la legitimidad emanada de la tradición.

En el ámbito de las fuentes de derecho, este principio elevaba la ley parlamentaria —expresión de la «voluntad general»— a dignidad de fuente primera, si no única, del derecho. Ella era el producto de: i) la voluntad popular y, por añadidura, de una ii) voluntad general, de todo el pueblo, liberada de despotismos y de sectarismos, y que, por tanto, iii) expresaba el interés general, y iv) hacía explícitas las ambiciones más generalizadas de felicidad. Más tarde —pero ya en otro contexto político, al cual nos referiremos— otros dirán, a su favor,

<sup>13</sup> Todo lo que viene lo trata de modo conciso y ejemplar, FIORAVANTI, 1999. Para los puntos de vista «fuertes», v. de nuevo CLAVERO, 1991. Para una exposición de conjunto, RENAULT, 1999.

<sup>14</sup> De un modo pesimista, Rousseau diagnosticaba un principio de corrupción inherente a todas las sociedades políticas: la voluntad general, que instituía la libertad civil y liquidaba el despotismo, estaba en riesgo permanente de degenerar de nuevo en «voluntad particular» [o sea, «facciosa» (término central en el vocabulario democrático del s. XIX), despótica]. Por ello se hacía necesaria la existencia de un permanente control de la representación nacional por parte del ejecutivo (cf. FIORAVANTI, 1999, 82 ss.).

<sup>15</sup> Con su idea de «revolución en la revolución» (o «revolución permanente»), cuestionando a las élites revolucionarias establecidas.

<sup>16</sup> Al lanzar la «revolución cultural» (primavera de 1966) contra el aparato del propio Partido Comunista.

<sup>17</sup> Sobre la insistencia de Bentham en el principio del control democrático como forma de garantizar la búsqueda de la felicidad general, v. *Code constitutionnel*, 1830 (cf. ROSEN, 1983).

que la ley es la fórmula que racionaliza intereses privados divergentes, que condensa el interés público, que expresa normas socialmente consensuadas. Pero éstos son ya planteamientos ulteriores del legalismo, muchos de ellos formulados como reacción frente a esta justificación democrático-jacobina del absolutismo de la ley (Paolo Grossi).

La costumbre (antes legitimada por la tradición) ahora debe ceder ante la ley. Pero como de alguna forma la costumbre manifestaba —como hace mucho tiempo se decía— un «consentimiento tácito del pueblo» y por esto podía ser considerada como un «plebiscito de todos los días» no se procedió a abrogarlas de modo liminar y automático, sino que tan sólo se prohibió taxativamente que pudieran valer contra la ley parlamentaria, es decir, contra la forma expresa y reglamentada con la cual el pueblo manifestaba su voluntad. Por lo demás, en la constitución de la costumbre coadyuvaba una Nación concebida transhistóricamente, hecha de pasado y de presente, de muertos y de vivos. Mientras que ahora la Nación tendía a ser identificada con el pueblo actualmente existente, capaz de votar y elegir. Como veremos, otros dirán que, justamente, ésta es una idea muy reductora de Nación, cuyos valores y cuyo espíritu no son patrimonio de la generación presente (cf. 8.3.2); mas esto constituye ya un punto de vista crítico sobre el democraticismo jacobino.

También la jurisprudencia (legitimada por la competencia técnica de los jueces) debía ceder. Y es que, de acuerdo con el principio democrático, la legitimidad de los jueces era tan sólo indirecta, pues derivaba únicamente de su condición de poder contemplado en la Constitución.

Además de padecer este vicio de origen, la jurisprudencia era susceptible de ser criticada políticamente. Pues en realidad, por lo menos en Europa, la Revolución también había sido hecha contra la tiranía de los jueces, los cuales, aferrándose al carácter casuista y flexible del derecho tradicional (cf. 5.6, 7.3), habían transformado el derecho en un saber hermético, de resultados imprevisibles y no controlables por parte de los ciudadanos. Y, así, los movimientos reformistas de la segunda mitad del siglo XVIII (v. g., Luigi Muratori, el Marqués de Beccaria y Gaetano Filangieri, en Italia; o Luís António Verney, Pascoal de Melo y Lardizabal, en la Península Ibérica), se dirigieron ante todo contra el «gobierno arbitrario», y este término incluía tanto la autocracia de los soberanos como la arbitrariedad de los tribunales. En el sur de Europa (Italia, Francia y Península Ibérica), este último componente era fortísimo, por lo que había suscitado un movimiento de crítica a la inseguridad y hermetismo del derecho doctrinal y jurisprudencial, reclamándose leyes claras y reformas judiciales que constriñeran a los jueces al cumplimiento estricto de la ley. De ahí que el legalismo y la desconfianza en el derecho jurisprudencial —que ya venía de atrás y que había caracterizado la política del derecho del Estado absoluto— acabaron transformándose en componentes esenciales de las propuestas revolucionarias<sup>18</sup>. Pues, puestos a hablar de los peligros del «espíritu de facción», nada más legítimo que hacer-

<sup>18</sup> Referencia bibliográfica básica: LATORRE, 1978, 153-154; WIEACKER, 1993, 524-527; sobre el reformismo judicial, R. AJELLO, 1976, *maxime*, 275-360.

lo en relación a los juristas y a los jueces (como ya se hacía en relación a los funcionarios y a las élites políticas<sup>19</sup>).

Principio democrático y sensibilidad anti-«letrada» explican que —en el contexto europeo (aunque no en el americano)<sup>20</sup>— las decisiones de los juristas y los veredictos de los jueces puedan ser objeto de sospecha y deban siempre limitarse a la aplicación estricta de la ley. A partir de ahora los jueces no son más que la «larga mano de la ley» y la «boca que pronuncia las palabras del legislador».

Sucede que, de acuerdo con el principio de separación de poderes formulado por Montesquieu y generalmente (aunque con variaciones) adoptado por los nuevos Estados constitucionales, los poderes tenían que respetarse mutuamente, no pudiendo entrar en conflicto sus competencias entre sí. Por eso la producción de derecho, entendida como manifestación de la «voluntad general», debía ser ejercitada con carácter exclusivo por el poder legislativo, sin interferencia de los otros, especialmente sin intromisiones del poder judicial. Hay que cruzar el Atlántico o, en Europa, llegar casi hasta nuestros días para encontrar concepciones del Estado y del Derecho que atribuyen a los jueces un papel activo en la creación del derecho o, incluso, en el control de la legitimidad de las leyes. A este modelo de una constitución generada (o, mejor, revelada, declarada, puesta en práctica) por los jueces se le denominó «Estado judicial» (*Richterstaat*); pero queda claro que este modelo no se adscribe a la constelación de ideas democrático-jacobinas sino a otra para la cual el derecho es anterior a las asambleas representativas, las cuales no pueden derogarlo<sup>21</sup>.

También la doctrina deja de tener legitimidad para hacer construcciones autónomas, fundadas en la «naturaleza de las cosas», o en los principios de la razón, como hacían las escuelas medievales. Estas construcciones eran propiamente derecho porque se aceptaba que una de las fuentes de legitimidad del mismo era la autoridad técnica o doctrinal de los especialistas, capaces de revelar un derecho que residía en las propias cosas o en los principios abstractos de la razón. Ahora, en el contexto del nuevo Estado democrático, la única función legítima de la doctrina es —muy al contrario— la de describir la ley, la de interpretarla [de acuerdo con la voluntad del legislador histórico (*interpretación subjetiva*), a ser posible] y la de integrar sus lagunas, proponiendo aquella norma que el legislador histórico hubiera formulado en caso de haberlo previsto. En algunos supuestos extremos, la interpretación doctrinal llegó a ser prohibida, imponiéndose el recurso a la interpretación auténtica, o sea, a la interpretación llevada a cabo por el propio órgano legislativo (*référé législatif*).

<sup>19</sup> Esta reacción contra los «letrados» explica la simpatía de que gozaron, en uno y otro lado del Atlántico, las figuras de los jueces elegidos y de los jurados; a pesar de todo, en Europa, el legalismo estatalista limita progresiva y severamente estas formas más «populares» de justicia (cf. CLAVERO, 1991, 81 ss.).

<sup>20</sup> Cf. CLAVERO, 1991, *loc. cit.*; CLAVERO, 1997.

<sup>21</sup> Sobre la oposición entre los modelos de constitución «estatalista» o «constitución de derechos», CLAVERO, 1991.

Desde esta perspectiva, todo el derecho se reduce a ley, y pierden reconocimiento todas las fuentes de derecho, así como cualquier principio supra-legislativo ante el cual tuviera eventualmente la ley que doblar la cerviz. Como se verá en breve, este filón legalista-democrático, que es síntoma jurídico del voluntarismo en el plano de la filosofía política, tiene que convivir, durante estos dos siglos, con un filón de composición opuesta —en tanto que síntoma de varias formas de antivoluntarismo en el plano de la filosofía política—, que subraya los límites marcados a la ley por los «derechos originarios», o por el «gobierno sabio», o por la «sensibilidad común», o por la «naturaleza de las cosas», o por la fuerza de los valores o de las ideas, o por la «vida cotidiana».

En este contexto legalista, la idea de «código» es ambivalente. Por un lado, el «código», como conjunto compacto, simple, armónico y sistemático de preceptos normativos, favorece el conocimiento de la ley por los ciudadanos y, por esto, potencia el control por parte de éstos del derecho, introduciéndose así, aquí, una problemática antijudicialista claramente jacobina. Mas, por otro lado, el «código» constituye un «monumento jurídico» que aspira a la permanencia, a la encarnación de la estabilidad de la razón jurídica, a la «corporización» de consensos profundos. Y, en este sentido, no pretende sino resistir al ritmo frenético de las decisiones parlamentarias. Los grandes códigos del siglo XIX —el *Code Napoléon*, de 1804, y el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, B.G.B.), de 1900—, en efecto, han resistido (por lo menos formalmente) el paso del tiempo y los cambios de régimen. Pero al querer dotarse de este carácter no efímero, lo que la actividad codificadora está, a su vez, pretendiendo es colocarse en un plano superior al de la legislación ordinaria, la cual va a ser siempre muy bien valorada por parte de los representantes del pueblo<sup>22</sup>.

Y así algunos dirán más tarde que el código es, por esto, un producto del trabajo de racionalización de las pasiones y de los actos propios del arbitrario voluntarismo de los legisladores; un producto elaborado gracias al sentido público del Estado o a la ecuanimidad tranquila y sosegada de los juristas; un producto que se traduce en un patrimonio de soluciones jurídicas basadas en valores estables y consensuales (en un *idem sentire*)<sup>23</sup>. Pero esta forma de ver las cosas, de nuevo, ya no se adscribe al filón del pensamiento político propio del democratismo jacobino.

### 8.2.2. «RAZÓN JURÍDICA» VERSUS «RAZÓN POPULAR»

Si hay algo que caracteriza el pensamiento jurídico de los últimos dos siglos es su multiforme reacción contra la dominación que sobre el proceso de creación del derecho ejerce la voluntad popular, inmediata y continuamente expresada en las asambleas constituidas por los representantes directos del pueblo.

<sup>22</sup> Sobre la problemática de la relación entre codificación, derechos individuales, Estado y soberanía popular, v., muy agudamente, CLAVERO, 1991, *maxime*, 81 ss.

<sup>23</sup> Cf., remitiéndose a una obra clásica de Carl Schmitt, AMARAL, 1996.

Si consideramos la historia del derecho como la historia de un discurso que expresa el poder social de un grupo de especialistas —tal y como hace P. Bourdieu<sup>24</sup>— este hecho no puede resultar extraño. En el fondo, lo que pasa es que los juristas tratan de salvaguardar un monopolio de decir el derecho que siempre han detentado y que la fase más radical de la Revolución francesa (la que en términos constitucionales se traduce en el proyecto de Constitución de 1791) trató de expropiar.

Aunque sin duda la explicación ha de ser más compleja, pues no cabe duda de que en este intento de «des-democratización» (*hoc sensu*) del derecho participaron también políticos e intelectuales. Podría decirse entonces que aquí concurre una tendencia de más largo recorrido ocupada en mantener en manos de una élite cultural (*grosso modo*, los intelectuales, los políticos) aquel poder constituyente que la filosofía política, desde el siglo XVII, venía confiriendo al pueblo. Estaríamos así en presencia de una de esas paradojas típicas del pensamiento político democrático europeo. Por un lado, la filosofía política deja a expensas de la voluntad de los miembros de la sociedad el poder de establecer las reglas de la convivencia social. Pero, por otro lado, esa misma filosofía impone tales requisitos para revalidar políticamente esta misma voluntad —que la voluntad sea «racional» y no «arbitraria», pues sólo así sigue siendo «voluntad» y no «pasión»— que al final resulta que sólo unos pocos están en condiciones de expresarla legítimamente<sup>25</sup>.

Fue sin duda Benjamin Constant (1767-1830) quien primero y más claramente expresó esta angustia liberal por la democracia, cuando aseveró que la «libertad de los modernos» no es, como la de los «antiguos», libertad de participar (directamente) en la construcción del orden jurídico sino que más bien se traduce en la conservación de un margen de libertad personal frente a cualquier orden jurídico, sea del tenor que sea: «Antes de nada uno se pregunta, Señores míos —aclara en 1819 Constant a los socios del *Athénée Royal*— qué es lo que entiende hoy un inglés, un francés o un americano por el término “libertad”. Para cualquiera de ellos es el derecho de no estar sometido sino a las leyes, de no poder ser hecho preso ni detenido, ni condenado a muerte, ni maltratado de la forma que sea por obra y gracia de la voluntad arbitraria de uno o más individuos. Es, para cualquiera de ellos, el derecho de dar su opinión, el de escoger su industria y ejercerla; de disponer de su propiedad o de abusar de ella, etc. Y es, para cualquiera de ellos, el derecho de reunirse con otros individuos, sea para discutir de sus intereses, sea para profesar el culto que los asociados prefieran, sea, sencillamente, para pasar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y fantasías. Finalmente, es el derecho, para cualquiera de ellos, de ejercer influencia sobre la administración del Gobierno, sea por lo que respecta al nombramiento de todos o parte de sus funcionarios, sea a través de representaciones y peticiones a las cuales la autoridad debe por lo general prestar atención. Ahora comparemos esta li-

<sup>24</sup> Cf., *maxime*, BOURDIEU, 1986.

<sup>25</sup> Este proceso de expropiación del poder constituyente por parte de un pequeño grupo de intelectuales fue magistralmente descrito por Z. Bauman (BAUMAN, 1987).

bertad con la de los antiguos. Ésta consistía en ejercer colectiva y directamente varias de las atribuciones de la soberanía: deliberando, en la plaza pública, sobre la paz y la guerra; estrechando alianzas con gobiernos extranjeros; votando leyes; haciendo juramentos; fiscalizando la actividad de los magistrados y convocándolos para que comparezcan ante la asamblea del pueblo; acusándolos, condenándolos, absolviéndolos. Por otro lado, todo esto que los antiguos denominaban libertad, toda esta libertad colectiva resulta que al final terminaba siendo compatible con la completa sujeción del individuo a la autoridad colectiva. No encontramos en su mundo ninguno de los gozos que acabamos de enumerar como formando parte de la libertad de los modernos» (B. Constant, *The liberty of the ancients compared with that of the moderns*, 1819<sup>26</sup>).

Pero además, para Constant, la libertad de los antiguos constituiría un fardo insoportable para los modernos, pues el hombre moderno, dado al comercio y a la industria, tan ocupado por otra parte en los quehaceres de su vida privada, no tiene ni tiempo ni disponibilidad para dedicarse devotamente a las cosas públicas, pues una intensidad semejante le impediría poder satisfacer sus anhelos particulares. De ahí las ventajas de un sistema de representación política dispuesto a delegar con carácter casi definitivo en unos pocos las tareas de las cuales la gran multitud no quisiera por más tiempo ocuparse. Éste era el *sistema representativo*, en el que unos pocos políticos profesionales, escogidos por el pueblo, descargaban al común de los ciudadanos del peso de ocuparse del interés colectivo. Si no fuera porque entre los representantes puede darse la tendencia a desviarse de su objeto de perseguir el interés público y porque resulta a la postre peligroso el desinterés general por el gobierno de la república<sup>27</sup>, la delegación de poderes hubiera podido ser definitiva.

En este discurso Constant presenta el sistema representativo sobre todo como una forma de exonerar a la masa de ciudadanos del ejercicio de un mandato que la complejidad cada vez más creciente de las sociedades terminaba por hacer incómodo; o sea, no lo presenta como el necesario resultado de una incapacidad del ciudadano medio para decidir sobre el interés general. Pero tanto él en otras obras como otros autores no eran tan optimistas por lo que se refiere a las dotes legislativas y de gobierno de las masas populares. De ahí que diversas corrientes del pensamiento político contemporáneo se hayan dedicado a explicar que el pueblo no podía crear libremente derecho (a través del voto de sus representantes elegidos), y hayan imaginado sistemas para prevenir justamente que esta situación nunca pueda darse.

#### 8.2.2.1. Tradición

Una de esas corrientes lleva en su seno el siguiente postulado: que la constitución y el derecho son legados de la tradición, lo que significa que tan sólo

<sup>26</sup> En FONTANA, 1988, 311.

<sup>27</sup> Cf. *ibid.*, 326.

pueden ser modificados o actualizados al ritmo de la evolución «natural» de las sociedades. Se trata, realmente, de reeditar el pensamiento social, político y jurídico más tradicional de Europa (cf. 4.2), ese que también fue esgrimido por las corrientes más conservadoras del reformismo ilustrado y postilustrado para luchar contra el pensamiento liberal<sup>28</sup>. En el plano de la filosofía política, el más característico defensor de este punto de vista es el irlandés Edmund Burke (1729-1797) (*Reflections on the Revolution in France*, 1790), para el cual la Revolución, fundada a su juicio en la falsa idea de que la constitución (y, por extensión, el derecho) puede ser el producto de un contrato, destruye la constitución histórica de Francia, subvirtiendo todo el verdadero orden social y político («aquella antigua constitución<sup>29</sup> que representa nuestra única garantía, la certeza de nuestras leyes y de nuestras libertades»<sup>30</sup>). Esta idea de Burke acerca de la ilegitimidad de una alteración decisionista, momentánea, revolucionaria, de la constitución se basaba, de hecho, en otra idea sobre la soberanía: la de que ésta no era propiedad de una generación, por ser el destilado de una tradición de muchas generaciones. El principio de que «la soberanía reside en la Nación» entonces sólo es verdadero si se entiende la Nación como una realidad trans-histórica, hecha de pasado, presente y futuro. La generación actual no es sino una concretización efímera, que debe estar por tanto desprovista de poderes constituyentes.

En el continente, el romanticismo alemán generaba ideas semejantes. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) tiene una idea similar sobre el origen del derecho. Éste no provendría de pactos constitucionales o de la voluntad del legislador sino del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*), expresado en sus instituciones y manifestaciones culturales e históricas, y captable por medio de una auscultación de las tradiciones jurídicas, a cargo de las élites cultas (muy destacadamente, los profesores universitarios) (v. 8.3.2). Como más adelante se dirá, estos puntos de vista van a estimular la predilección por el derecho tradicional, en detrimento del derecho legislativo. Pero no por esto van a optar por el derecho popular (*Volksrecht*), tal y como lo experimentaban vivencias jurídicas espontáneas. No, antes acuden al derecho materializado en la tradición del derecho letrado, judicial o profesoral (*Professorenrecht*), retomando así, en Alemania, la antigua tradición pandectística (cf. 6.3.2), que los juristas de la Escuela Histórica Alemana ahora insertan en otro contexto, el de la cosmovisión social y política del siglo XIX.

Esta idea de que las instituciones, los hechos y los acuerdos concretos de la vida social constituyen la verdadera constitución y el verdadero derecho, fun-

<sup>28</sup> Cf., HESPANHA, 2001.

<sup>29</sup> Burke se está refiriendo a la tradicional constitución inglesa, para la cual él, un tanto paradójicamente, propugna una reforma de orientación parlamentarista; cf., sobre esta constitución y la historia de su evolución [de un modelo de gobierno «equilibrado», expresado en la conjunción del principio monárquico (rey), aristocrático (Cámara de los Lores) y democrático (Cámara de los Comunes) a un modelo parlamentarista, con la extinción del poder autónomo del rey y la instauración del principio de responsabilidad exclusivamente parlamentaria del gobierno, v. FIORAVANTI, 97-98, 1999, 100].

<sup>30</sup> LANGFORD, 1989, vol. 8. Sobre Burke, FIORAVANTI, 1999, 118.

damentalmente indisponible a golpes de voluntad del legislador, no es un monopolio de la Escuela Histórica Alemana. Vamos a encontrarla con facetas distintas durante todo el siglo XIX e incluso en el siglo XX, pues va a dar fundamento a un largo rosario de doctrinas críticas con las ideas del contrato social y de la soberanía popular. Para estas corrientes —que incluyen, en el siglo XIX, diversas escuelas sociológicas y «realistas» (cf. 8.4.4), más el marxismo (cf. 8.5.1 y 8.5.2), y, en el siglo XX, conceptos como el de «naturaleza de las cosas» (*Natur der Sache*, cf. 8.6.2) y de derecho de lo cotidiano (cf. 8.6.4.1)— estas nociones no podían dejar de ser consideradas «ficciones jurídicas» (J. Bentham), divagaciones metafísicas (A. Comte y L. Duguit) o mixtificaciones ideológicas (K. Marx). El derecho había que buscarlo más bien antes, en la vida (derecho vivido, *lebendiges Recht*, E. Ehrlich; *law in action*, J. Austin: *everyday life law*, A. Sarat), en las agrupaciones sociales surgidas espontáneamente de la división del trabajo y de la solidaridad social («instituciones»).

#### 8.2.2.2. Derechos individuales

Para otras corrientes, las fuerzas que creaban el derecho —y que, por tanto, se oponían a su libre modelación por parte de la voluntad soberana del pueblo—, no eran las cosas, sino los valores y las ideas.

Valores eran, desde luego, los derechos naturales de los individuos, anteriores a la ley positiva y cuya tutela y conservación constituían la verdadera razón del establecimiento de la sociedad civil (o política) y, por tanto, del Estado y de la ley (cf. 7.2.1).

En el origen de esta tradición estaba, como ya se ha visto, el constitucionalismo inglés<sup>31</sup>, con su ideal de un gobierno limitado por los derechos (aunque desiguales) de los cuerpos del reino y equilibrado por mecanismos de compensación de poderes. El buen gobierno consistiría, entonces, sobre todo, en el establecimiento:

- i) de una regla explícita y estable (una *standing rule*) sobre el modo de dirimir conflictos de derechos;
- ii) de una instancia de resolución de estos conflictos acorde con tal regla, y
- iii) de órganos capaces de imponer las decisiones adoptadas.

Para que el sistema no se pervierta, animando a los gobernantes a rebasar sus estrictos límites de guardianes de los derechos, se definen tres funciones que tenían que estar separadas y que competían a poderes distintos. Son éstas, básicamente, ideas ya contenidas *in ovo* en el republicanismo inglés (James Harrington, 1611-1677; *The Commonwealth of Oceana*, 1656), pero ahora formuladas de forma acabada por John Locke (1632-1704, *Two treatises on civil government*, 1790); en el continente se encuentran buena parte de estas ideas en el baúl de Montesquieu (1689-1755; *L'Esprit des lois*, 1748).

<sup>31</sup> Sobre el constitucionalismo inglés, CLAVERO, 1997; FIORAVANTI, 1999.

Lo que aquí importa realmente destacar es el hecho de que para estos autores la verdadera constitución (y, por tanto, el núcleo más fundamental del derecho) residía en la espontánea combinatoria de los derechos individuales. Esta verdadera constitución es, pues, anterior e independiente de cualquier poder constituido, incluso aunque éste fuese una asamblea representativa. Cualquier intromisión de los poderes constituidos en el libre juego de los derechos individuales, la cual rebasara los límites que hacen que sea clara y estable la regla de su compatibilización, sería, por tanto, abusiva y despótica, aunque proviniera de un órgano representativo<sup>32</sup>.

Abusiva fue, en opinión de los colonos ingleses en América del Norte, la intromisión (fundamentalmente de carácter fiscal) del Parlamento inglés: no sólo porque este órgano carecía de representatividad en relación a los colonos, sino sobre todo porque violaba ese libre juego de los derechos individuales, tan evidente en una sociedad «de frontera» como era la sociedad colonial. De ahí que la idea liberal de un Estado reducido al mínimo necesario para garantizar derechos preexistentes se hiciera mucho más evidente y popular en el constitucionalismo norteamericano, limitando notoriamente otra idea central de la revolución americana, que era la idea de la soberanía del pueblo (o sea, el principio democrático<sup>33</sup>).

La compatibilización de estas dos ideas se logra gracias al principio «republicano» del *gobierno limitado*. Limitado, desde luego, por la institución de una serie de poderes y contrapoderes en la cima del Estado (bicameralismo, veto presidencial, control judicial de la constitucionalidad de las leyes). Pero limitado también por el principio federal, el cual, aunque dotando a la Unión de órganos políticos centrales fuertes (destacando la figura del presidente, dotado de poderes efectivos), garantiza una dilatada esfera de autonomía a los gobiernos estatales. Este modelo liberal —teorizado, sobre todo, por Alexander Hamilton (1755-1804) y James Madison (1751-1836)<sup>34</sup>— introduce en el mundo jurídico-político una idea nueva, la del *control constitucional de las leyes* por parte del poder judicial. Y, con esto, habilita una vía jurídica concreta y eficaz para limitar, en el plano jurídico (y no tan sólo en el plano político), la actividad legislativa (de las asambleas representativas). Es verdad que con esto se vuelve a conceder a los juristas la última palabra sobre el derecho constituido. Pero, en el caso americano, la magistratura es una magistratura electiva y/o actúa dentro de los límites de una constitución establecida democráticamente (la Constitución de 1787, algunas veces reformada). La verdad es que precisamente es esta legitimación democrática, tanto de la Constitución como de la magistratura<sup>35</sup>, la gran nove-

<sup>32</sup> Sobre el liberalismo clásico, CLAVERO, 1991; 1997; muy buena síntesis, FIORAVANTI, 87 ss.

<sup>33</sup> Sobre el constitucionalismo norteamericano, v. CLAVERO, 1997.

<sup>34</sup> Publican en común *The Federalist*, 1788.

<sup>35</sup> Las concepciones sociales de Adam Smith (1723-1790) —al insistir en los mecanismos naturales de la convivencia, especialmente en el campo de la economía (la famosa «mano invisible») —reconstruían de una forma nueva viejas ideas sobre la autorregulación de la sociedad y sobre los peligros de un excesivo intervencionismo gubernamental. Al contrario de los teóricos ilustrados del Estado de Policía (*Polizeistaat*), los cuales preconizaban una detallada regulación de

dad del constitucionalismo americano en relación al control judicial de la actividad política, que también formaba parte de la tradición inglesa.

El liberalismo jurídico norteamericano no dejó de influenciar al pensamiento jurídico y a la política del derecho de la Europa continental; pero matícese que tan sólo por lo que respecta al carácter limitado del gobierno [nada en relación con la idea de un derecho casi autónomamente jurisprudencial (*judge made law*)].

La idea del carácter limitado del gobierno sonaba familiar a oídos de los europeos. Por un lado, evocaba el modelo tradicional de gobierno, únicamente dispuesto a «hacer justicia», o sea, a dirimir conflictos entre particulares (cf. 4.2). En un contexto más próximo de la teoría liberal (pero todavía muy dependiente de concepciones más antiguas), Montesquieu retomará el tema, insistiendo en el equilibrio que debía existir entre, por un lado, el Estado y los «cuerpos intermedios» y, por otro, entre los poderes constitutivos del Estado entre sí («teoría de la separación e independencia de los poderes»).

Pero sobre todo fue la experiencia vivida en la primera fase de la Revolución francesa, con su acción de concentrar todos los poderes en una Asamblea Nacional que, además, se concebía como soberana y absoluta («gobierno asambleario»), la que espabiló en muchos las ganas y la necesidad de evitar este nuevo despotismo, volviendo a insistir tanto en la prevalencia de los derechos originarios sobre la voluntad de los representantes elegidos por el pueblo (gobierno «liberal») como en la necesidad de dividir y equilibrar los poderes de Estado (gobierno «moderado»).

La segunda cuestión —destacan aquí los nombres de Benjamin Constant (1767-1830)<sup>36</sup> y de Alexis de Tocqueville (1805-1859)<sup>37</sup>— la verdad es que interesa más a la teoría política.

La primera, sin embargo, es muy relevante para la teoría del derecho, pues afecta al problema del origen del derecho (combinatoria de derechos individuales originarios o voluntad del pueblo expresada en la ley del Estado), así como

la sociedad por parte del Estado, las corrientes fisiocráticas y liberales propugnan un modelo diferente de gobernabilidad, según el cual el Estado deja en paz a los mecanismos naturales de regulación, contando con la eficacia del control social de ellos derivado. V. Thomas PAINE (1737-1809; *Rights of man*, I-II, 1791-1792).

<sup>36</sup> Constant fue el inspirador de la Carta constitucional francesa de 1814, otorgada por Luis XVIII, tras el desfundamiento del proceso revolucionario (*Principes de politique [...]*, 1815; otra bibliografía en FONTANA, 1988, 329 ss.). Como creía peligrosa la tendencia hacia la hegemonía del parlamento, Constant trae a colación al «poder moderador», con derecho de veto de las leyes, de disolución del parlamento y de designación del ejecutivo. El poder moderador fue introducido en algunas constituciones europeas de «segunda generación», como la *Carta Constitucional* portuguesa de 1826.

<sup>37</sup> Para Tocqueville, la moderación del gobierno no era tanto resultante del equilibrio de poderes como de la estructuración de la sociedad civil en cuerpos y organismos autónomos, los cuales constituyen «nuevas aristocracias» (intelectuales, empresariales, propietarias) que, a la manera del Antiguo Régimen, pero con una matriz ahora meritocrática, se configuran como contrapoderes, evitando la invasión de la sociedad civil por parte del poder burocrático del Estado (*L'Ancien Régime et la Révolution*).

a la jerarquía relativa entre dos de las más importantes fuentes de derecho en la época contemporánea: la constitución y la ley (tema que abordaremos en otro epígrafe, cf. 8.2.2.6).

En la Europa continental posrevolucionaria, la oposición de los derechos originarios a la omnipotencia parlamentaria fue un tema relativamente común. Tal vez quien más y mejor ha desarrollado este asunto fue Tocqueville. Muy influenciado por la experiencia norteamericana, Tocqueville advierte de los peligros que podrían derivarse de la tendencia, que él ya veía muy enraizada en Europa, a desplegar una burocracia estatal de carácter tentacular, la cual invadiría y condicionaría las esferas de libertad de los individuos (*L'Ancien Régime et la révolution*, 1856). Esta línea argumentativa alcanza el clímax en su violenta diatriba contra lo que considera que es el socialismo embrionario de la Constitución francesa de 1848, o sea, contra la pretensión de consagrar el derecho al trabajo y a los socorros públicos (*Discours sur le droit au travail*, 1848). La barrera contra una tal consumación de la política por parte del Estado (y la despolitización de la sociedad civil de aquí resultante) no la podía alzar el propio Estado<sup>38</sup>, sino la misma sociedad civil. ¿Cuál? Sin duda, no las masas de ciudadanos, esa mayoría amorfa y despolitizada, sino una «nueva aristocracia civil», constituida por asociaciones de intereses o por líderes naturales, a los que un empresariado libre podría dotar de voz, oponiéndose así a las tendencias totalitarias del Estado.

Esta desconfianza frente al Estado, que es propia del liberalismo de cualquier matiz (desde el originario norteamericano hasta el neoliberalismo de nuestros días), termina al final por creer que la sociedad es, ella misma, el origen y la mejor garantía de todos los derechos, y que no se necesita de ninguna mediación estatal, ni para declararlos ni para garantizarlos<sup>39</sup>, ni tampoco para generar las condiciones necesarias para su ejercicio y disfrute (los llamados «derechos sociales» o «libertad mediante el Estado», de la que habla Augusto Barbera<sup>40</sup>). El derecho más auténtico es, así, el que nace de la natural afirmación de los derechos de cada uno y de las transacciones que espontáneamente florecen entre esos derechos en el libre curso de la actividad social. Porque al final se cree que la sociedad es esencialmente justa, incluso cuando unos tienen más poder que otros.

Una sociedad de este tenor —así, naturalmente regida— presupone, también naturalmente, individuos *naturales*, o sea, individuos que toman decisiones y actúan racionalmente, calculando sus conductas según reglas racionales (*rational choice model*). El modelo de base de la antropología liberal es, claramente, el del hombre de negocios; su modelo de acción, a su vez, es el del mundo del co-

<sup>38</sup> V. g., de un control judicial del legislativo, pues las mismas mayorías que conforman el legislativo controlan, por medio de la censura de la opinión pública, todos los órganos del Estado, incluso los tribunales (cf. RENAULT, 1999, 143).

<sup>39</sup> También contra la propia sociedad, mediante aquello que la teoría constitucional alemana llama la *Drittwirkung* de la garantía de derechos, o sea, su eficacia general, incluso en relación a las fuerzas opresoras de la sociedad civil; hasta ahora, por eso, este concepto ha tenido una aplicación escasa y frecuentemente unilateral, en defensa de los intereses establecidos y contra movimientos civiles contestatarios (no en vano la *Drittwirkung* se transformó en *dirty Wirkung*...).

<sup>40</sup> BARBERA, 1997, 33.

mercio, habitado por profesionales formados en un cierto modelo de cálculo de vida. Por extensión, el modelo también funcionaba adecuadamente en un mundo de propietarios, de personas habituadas a calcular racionalmente los riesgos y beneficios de sus actos e iniciativas. Con otras palabras, un modelo basado en *gentlemen's agreements*, pues el modelo liberal es naturalmente adecuado al trato social y político de la *gentry*. Todavía hoy la extensión de este modelo de conducta racional a otros dominios de la vida y a otros estratos sociales (no elitistas) presupone todo un trabajo de racionalización de las conductas humanas, del cual se van a ocupar la educación, la filantropía, la decencia, las buenas costumbres, la urbanidad (por no hablar de la misión civilizadora de la colonización). De ahí que el liberalismo en la gobernación del Estado tuviera que ser complementado con un gobierno moral de la sociedad muy riguroso.

En caso de insensibilidad de la sociedad civil a la asunción y adopción de modelos racionales de conducta [«debilidad» o «anemia» (anomia) de la sociedad civil], anestesia esta tal vez provocada por un control estatal previo excesivo, tal vez por el cultivo de valores «no económicos» en ciertas áreas del trato social<sup>41</sup>, el Estado estaría obligado a estimular a la sociedad, en el sentido de hacerla adoptar patrones racionales de conducta —el más evidente de los cuales sería el patrón del cálculo económico empresarial—, incluso para aquellas esferas de la vida que nada tienen en principio que ver con el campo tradicional de la economía: la educación, la salud, la previsión social. Es este aspecto «constructivista», en el que es el Estado el que emprende un esfuerzo de construcción (o reconstrucción) de la sociedad civil, el que caracteriza al neoliberalismo, propuesto, al final de la II Guerra Mundial, en Alemania, por los *Ordoliberalen*, y, en América, por la «Escuela de Chicago»<sup>42</sup>.

### 8.2.2.3. Elitismo social

El primer liberalismo no esconde, de hecho, los presupuestos antropológicos de los que parte cuando modela los equilibrios sociales: la sociedad no es un lugar de igualdad, ni tampoco tiene que llegar a serlo. Hay diferencias, de inteligencia, de virtud, de iniciativa, de riqueza; ni todos tienen lo mismo para dar y ni todos tienen lo mismo que perder. O sea, la sociedad política no debería corregir, sino más bien ratificar las desigualdades de la sociedad civil.

Por eso, y como Stuart Mill dirá más tarde, «no es útil, sino más bien perjudicial que la constitución de un país conceda a la ignorancia el mismo poder político y social que al conocimiento» (*On representative government*, 1861<sup>43</sup>). Mill extrae de aquí un régimen electoral digno de mención: las élites dispondrían de un «voto múltiple» o «plural», lo que les permitiría compensar la abrumadora mayoría de ciudadanos «sin cualidades».

<sup>41</sup> Valores que pueden ser tan diversos como la solidaridad, el nepotismo, el conservadurismo social, la justicia social, el igualitarismo, el elitismo o la discriminación (negativa o positiva).

<sup>42</sup> Sobre los cuales, BARRY, 1996.

<sup>43</sup> Cit. por BARBERA, 1997, 144.

Esta —desconcertante hoy— propuesta de Stuart Mill, era sin embargo bastante moderada si se tienen en cuenta otras de la época en las que, pura y simplemente, esos «ciudadanos sin cualidades» quedaban eliminados de la sociedad política.

Así sucedía con todos los que propugnaban la restricción de los derechos de participación política, dejándola en manos de varones propietarios, ricos, educados y, aunque esto último no se dijera explícitamente, también blancos. Ésta va a ser la solución adoptada por la mayoría de las constituciones europeas del siglo XIX.

Si los requisitos de ser hombre y de ser europeo tienen que ver con inferioridades naturales de inteligencia y de cultura políticas, el ser propietario y rico tiene sobre todo que ver con cuestiones de libertad y de responsabilidad cívicas. En realidad, la propiedad era vista como una condición de libertad: el propietario no depende de nadie (pues dependientes son los criados, los arrendatarios, los obreros) y dispone de medios económicos que le permiten adquirir libertad de espíritu (con la instrucción y la información, el cultivo de las disciplinas intelectuales y la reflexión sobre los asuntos públicos)<sup>44</sup>. Pero la propiedad y la riqueza (sobre todo la riqueza inmobiliaria) eran además factores de responsabilidad. De hecho, y si lo vemos desde una óptica utilitarista, quien más tiene más arriesga, por lo que pondera mejor sus decisiones políticas. Si adoptamos ahora una perspectiva de pura justicia conmutativa, quien produce más riqueza (y quien paga más impuestos: el «síndrome del contribuyente») debe también tener más derechos de participación política<sup>45</sup>. Estos puntos de vista —que fueron teorizados, con diversos tonos y matices, por Sieyès, Bentham y Constant, pero sobre todo por Kant<sup>46</sup>— darán origen a los sistemas constitucionales de democracia restringida (basados en la exclusión del voto a mujeres, criados<sup>47</sup>, funcionarios ínfimos del Estado, miembros de órdenes religiosas<sup>48</sup>, nativos coloniales) y a la instauración de un sistema censitario, en el que la participación política resultaba dependiente de ciertos niveles de fortuna (cf., con regímenes diferentes, Constitución francesa de 1795, Constitución española de 1812, Carta constitucional francesa de 1814, Carta constitucional portuguesa de 1826).

#### 8.2.2.4. *Estatalismo y «derecho igual»*

Una forma especial de elitismo social era la exigencia de una especial preparación intelectual para discutir de asuntos públicos y, de aquí, para crear dere-

<sup>44</sup> Sobre la función política de la propiedad en el modelo liberal, extensamente, CLAVERO, 1991.

<sup>45</sup> Nótese que este principio de equivalencia entre el «compromiso social» y los «derechos políticos» puede ser una lectura, no liberal, sino socialista («el pueblo es el que más trabaja, el pueblo es el que más manda»), fundando, con la misma (i)legitimidad, una «dictadura del proletariado».

<sup>46</sup> Cf., en síntesis, BARBERA, 1997, 131 ss.; textos fundamentales, I. KANT, *Sobre el dicho popular...*, 1793, II.3. ed. cons., p. 295, cf. también *Metafísica dos costumbres (Kritik der praktischen Vernunft: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)*, 1797-8, ed. cons. Kant, 1996, parágr. 46.

<sup>47</sup> Cf. PETIT, 1990.

<sup>48</sup> Por la misma razón de falta de libertad.

cho válido (legítimo). Esto se explica desde el momento en que se cree que el derecho es algo más que una voluntad, y también algo más que una combinatoria establecida (espontánea, natural) de derechos individuales originarios. O sea, desde que se admite que el derecho es ante todo, una idea (una idea de justicia) y, por tanto, una entidad intelectual con una lógica propia (como la de la matemática, la filosofía o las ciencias en general), la cual exige un pensamiento adecuado.

Esta forma especializada de pensar las normas sociales se traducía luego, en el primer liberalismo, en una forma de pensar «en general», es decir, de forma abstracta e igual, las situaciones sociales (sobre todo las situaciones con conflictos de derechos). En una palabra, se trataba de pensar la sociedad de un modo «legalista». Es a esta capacidad «generalizante», «igualizante», a la que justamente apelan Rousseau, Kant, Tocqueville o Constant cuando caracterizan a una sociedad libre como aquella regulada por una ley general e igual. Así se entiende la confianza y esperanza que ellos depositan en el papel racionalizador de los juristas (en su «espíritu legalístico», verdadero atributo del cuerpo de los juristas, al cual Tocqueville expresamente se refiere como condición de «forma» y de «orden» de la sociedad civil (*De la démocratie en Amérique*, 1835)<sup>49</sup>).

El derecho, en tanto que lenguaje regulado y especializado, adquiere así la dignidad de instrumento indispensable para hablar de libertad, de libertad concebida como el imperio de la igualdad. O mejor todavía, el derecho igual (a ley) se convierte en el lenguaje que los detentadores de la soberanía tienen que utilizar para poder ejercerla legítimamente. El Estado liberal se transforma así en un Estado de derecho (*Rechtsstaat*). Y, con esto, la «razón» de los juristas vuelve a recuperar su hegemonía frente a la «voluntad» de los detentadores de la soberanía.

#### 8.2.2.5. *El «método jurídico»*

Un paso adelante cabe dar por esta vía de justificación de la supremacía del saber jurídico sobre la voluntad política. Moviéndonos sobre el plano de la creación del derecho, este paso consiste en desenganchar por completo a la justicia de la idea de voluntad y de contrato. O sea, se va a defender que la legitimidad del derecho deriva del método jurídico (de su forma de abordar las cuestiones, de su modo racional de resolverlas). Al margen de cualquier relación de las normas jurídicas con el contrato social y la voluntad constituyente, la solución jurídica de los conflictos de derechos sería justa por haber seguido una regla *correcta* de armonización de derechos individuales contradictorios (y no, por tanto, por haber acatado la regla *querida* por el poder constituyente del pueblo). Y es que, para constituir la justicia, no basta con *querer*, es preciso querer *correctamente*. En este par *voluntad/corrección*, la corrección (o rigor metodológico y conceptual de un saber especializado) tiene la última palabra.

<sup>49</sup> Cf. FIORAVANTI, 1999, 127.

Kant, en un opúsculo de título algo irónico [*Über die Gemeinspruch «Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis»* («Sobre el dicho popular: “Esto puede ser cierto en teoría, pero no sirve de nada en la práctica”»), 1793] ya defiende esta idea de que una buena teoría vale más que la praxis, y de que sólo el pueblo rudo e ingenuo puede pensar que las teorías correctas pueden luego no funcionar en la práctica. En este mismo texto se aplica esta cuestión expresamente al derecho: la constitución política no es tanto el resultado de la voluntad popular como de una reflexión teórica que trata de encontrar la más correcta combinación posible del principio de libertad (según el cual cada uno puede procurarse la máxima felicidad siempre y cuando sea compatible con la máxima felicidad de los otros) con el principio de igualdad (según el cual todos deben estar sometidos a la ley por igual). Si esta combinación correcta se hallara, y fuese sistemáticamente aplicada, entonces la constitución y la forma de gobierno serían justas, independientemente del tipo de régimen vigente (monarquía, aristocracia o democracia). Razonando así está claro que la legitimidad del derecho se libera sustancial y claramente de la hipótesis contractualista.

Otro gran filósofo alemán, C. W. F. Hegel (1770-1831), en una obra sobre la constitución alemana (*Die Verfassung Deutschlands*, 1799-1802) avanza aún más por este camino que conduce a una razón jurídica dotada de legitimidad constituyente propia.

Reflexionando sobre la situación política alemana, Hegel considera que el gran déficit de su patria consiste en la falta de «sentido de Estado». Es decir, según él no existe una idea integradora que discipline los derechos históricos de los diversos Estados alemanes, de tal modo que se supere la constitución pluralista y atomista del imperio alemán (yendo hacia un Estado unificado). Este diagnóstico sobre la política alemana desvela el hilo conductor del pensamiento de Hegel sobre la constitución y el derecho. Una y otro no podían ser el producto de contratos entre particulares, tendentes a una mejor garantía de sus intereses privados. Al contrario: ambos tienen que ser los portadores de la idea global de Estado, en tanto que personificación de toda la Nación, y los defensores de los intereses públicos correspondientes. El *Estado*, con su burocracia, su administración, su estructura tributaria, su ejército, ha de dotar de un cuerpo a esa Nación transindividual. La *constitución*, por su parte, ha de ser el conjunto de principios políticos que expresen las condiciones mismas de existencia de esa Nación, debiendo por esta razón estar por encima de los intereses individuales pero, en situaciones límite, por debajo del interés del Estado. El *derecho*, en fin, ha de ser la concretización, en diversos ámbitos sociales, de los *derechos* del Estado-Nación y de los sacrificios y condicionamientos que cabe exigir a los *intereses* de los particulares.

A nivel de régimen político, en esta concepción total del Estado es de destacar la importancia que cobran los órganos que encarnan la idea de unidad del Estado (el monarca, *monarkisches Prinzip*) o que persiguen el interés público (burocracia, ejército, administración). Mientras que los órganos representativos (de los intereses de los particulares) tan sólo presentan un valor pedagógico,

en la medida en que vendrían a promover en el seno del pueblo el sentido nacional, forzando a sus representantes a estimar sus intereses desde la perspectiva de los intereses generales.

En el plano del derecho, Hegel rompe definitivamente con la legitimación contractualista del derecho, estableciendo la idea de que la ley ha de valer, no por ser el producto de la voluntad general, sino por traducir la «voluntad» de Estado, en tanto que portador de la totalidad del interés público.

Desde esta perspectiva, el derecho tendería a transformarse en un asunto de monarcas y burócratas, ocupados de la salvaguarda y promoción del interés público. Mas, como el Estado, además de una organización de poder, es también una idea, un principio de racionalización del interés colectivo, una norma *correcta* de actuar en función de este interés, el derecho debe ser ante todo concebido como un *método racional* de construir normas sociales que institucionalicen la persecución de ese interés público, desenvuelvan en detalle el derecho del Estado (*soberanía*) y orienten a la sociedad hacia su fin racional, el interés público. Con otras palabras, el derecho es por encima de todo la emanación de una teoría: la «teoría del Estado» (*Staatslehre*).

De nuevo, los juristas se ponen al mando del derecho, por encima de asambleas representativas y de élites burocráticas. Incluso están por encima del monarca, pues éste, como en las monarquías medievales, está limitado por una regla de conducta. Ahora bien, aquí hay que decir que a la hora de desarrollar esta idea de supremacía del Estado siempre puede aparecer alguien, como realmente apareció, que piense que el monarca (el «jefe», *Führer*), en tanto que supremo portador del interés colectivo, tiene que constituir la última instancia declarativa del derecho: el supremo guardián de la constitución (*Hüter der Verfassung*, Carl Schmitt).

#### 8.2.2.6. «Positivismismo conceptual» y «Estado constitucional»

Una generación más tarde, las ideas de Hegel sobre el carácter originario del poder del Estado se vulgarizan en los círculos jurídicos alemanes, propiciando una completa reinterpretación del derecho público (Gerber, Laband, Jellinek, v. 8.3.3). Éste, el derecho público, deja de presentarse como un entramado que desarrolla el contrato social para pasar a ser visto como emanación de la soberanía del Estado y del correspondiente derecho del Estado a regular la vida social en función del interés público, imponiendo deberes y creando derechos. Del mismo modo, la constitución no es ya más la emanación de cualquier soberanía popular constituyente, sino tan sólo el estatuto jurídico del Estado, nada más que un marco que contiene la enumeración de sus órganos supremos, la constitución de los mismos, sus relaciones mutuas y los derechos y garantías que el Estado concede. Pero, por otro lado, ahora que todos los detentadores de poder (incluso el mismo monarca) resultan ser órganos estatales, limitados y guiados en su acción por el interés público, el Estado carece de constitución entendida como formalización de las atribuciones de sus diversos órganos en la persecución de

dicho interés. En este sentido, si no hay constitución sin Estado, tampoco puede haber Estado sin constitución<sup>50</sup>.

La voluntad ordenadora del Estado se expresa en la ley (en manos de los que detentan el poder legislativo), portadora de los principios más estables y permanentes de organización política de la sociedad y estableciendo, por eso, los límites de actuación del Estado y de los particulares (derechos subjetivos públicos o privados). Por debajo de la ley y a ella subordinada, está la administración, la cual actúa también dentro de los límites de la ley (*principio de legalidad*) y expresa su vocación normativa mediante una infinidad de reglamentos y medidas administrativas concretas.

En este contexto, la ley cobra una centralidad política nueva. Por encima de ella ya no aparecen ni los poderes constituyentes del pueblo ni los derechos individuales originarios. La propia voluntad del Estado tiene que manifestarse de acuerdo con la ley. El círculo legalista se cierra. Su único límite es puramente formal: el respeto al reparto de competencias establecido en la constitución (*constitucionalidad formal*).

Precisamente porque se autonomiza de la política, la ley se reviste de la naturaleza de instrumento de estabilización del derecho. En ella se depositan las fórmulas normativas más decantadas, más estables, más perfiladas por la elaboración doctrinal.

La doctrina, por su parte, puede ahora devenir estrictamente «jurídica» («pura»), o sea, capaz de basar sus construcciones tan sólo en datos legislativos, aunque por otro lado no deja de ser verdad que, como sucede con todas las ciencias, resulte indispensable un momento constructivo, de elaboración de conceptos basados en los hechos empíricos (en este caso, en los datos legislativos). La doctrina es ahora una ciencia positiva. «Positiva», porque se basa en los datos objetivos de la ley del Estado (y no en abstracciones metafísicas como el «contrato social» o los «derechos individuales originarios»); «ciencia», en fin, porque generaliza estos datos en la forma de conceptos («jurisprudencia de conceptos», *Begriffsjurisprudenz*)<sup>51</sup>.

Los conceptos producidos por esta doctrina devoradora de la ley constituyen formas que, por su generalidad y abstracción, deben representar aquello que en la cultura jurídica de una nación resulta ser lo más permanente. De ahí que sus resultados puedan y deban ser transcritos en códigos, es decir, en monumentos tendencialmente permanentes de esa cultura. Es lo que acontece, en 1900, con el Código Civil alemán (*B.G.B.*), del cual se ha dicho que es la transcripción en artículos de una obra doctrinal que ahora se ha convertido en clásica (las *Pandekten* de Windscheid).

Este mundo sereno y tranquilo entra en crisis con la inflación legislativa (*Gesetzflut*) provocada por la necesidad de dar respuesta legislativa a las enormes transformaciones sociales y políticas sufridas a comienzos del siglo XX, y más tarde con la repolitización de la vida jurídica, cuando el final de la II Guerra

<sup>50</sup> Cf. FIORAVANTI, 1999, 139.

<sup>51</sup> Cf. *infra*, 8.3.3.

Mundial revitaliza el principio democrático. La ley, que constituía la clave del monumental arco del sistema dogmático del derecho, deja de expresar los consensos jurídico-políticos permanentes y se reduce apenas a dar cauce a la oportunidad momentánea de la administración, a arreglos políticos transitorios o incluso a compromisos posibles entre opciones políticas imposibles («compromiso dilatorio»)<sup>52</sup>.

La búsqueda de la seguridad, de la estabilidad, de la adhesión del derecho a consensos permanentes ya no podía ser resultado de la ley. Ni tan siquiera resultado del código<sup>53</sup>. Tenía que efectuarse a un nivel superior: el de la constitución, ahora<sup>54</sup> ya no considerada como el simple marco normativo del Estado (*Konstitution*), sino por encima de todo como el noble recipiente de valores consensuales (*idem sentire*), los cuales están ubicados por encima de las propias formalizaciones constitucionales concretas (constitución «material» vs. constitución «formal»). Estos valores representan ahora conquistas definitivas de la vida política (*acquis constitutionnel*): son valores inderogables para el Estado y desde luego oponibles a la ley ordinaria (o incluso a la norma constitucional).

Todo esto es propio del advenimiento del «Estado constitucional» (*Verfassungsstaat*), el cual se caracteriza por la supremacía de la constitución y de los valores en ella consagrados (no «constituidos»): están por encima de la actividad del Estado, incluso por encima de la propia actividad legislativa.

Este *Verfassungsstaat* se va a caracterizar sobre todo por la instauración de un sistema institucional de control judicial de la constitucionalidad de las leyes<sup>55</sup>.

Independientemente de todo lo que se pueda pensar sobre la posibilidad de existencia de valores socialmente consensuales (sobre todo en sociedades cada vez más pluralistas, cf. 8.6.4.4), lo cierto es que este énfasis en lo «permanente», en lo «consensual», en lo material «justamente», al tiempo que limita al legislador, en realidad vuelve a conceder a los juristas el papel de oráculos de la justicia. Pues cuando se proclaman valores consensuales, empapados de verda-

<sup>52</sup> AMARAL, 1996.

<sup>53</sup> Noción que también se banalizará (códigos fiscales, código automovilístico, código de la propiedad horizontal, etc.).

<sup>54</sup> Especialmente a partir de la Constitución alemana de Weimar (1919).

<sup>55</sup> El control constitucional de las leyes presupone la distinción entre «poder constituyente» y «poder legislativo», distinción para la que fue decisiva la evolución de pensamiento político de Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836). Sieyès mantuvo posiciones oscilantes: en una primera fase de su obra política [*Q'est-ce que le Tiers État (¿Que es el tercer estado?*), 1789], fue un defensor de la plena soberanía de la asamblea, la cual conservaría, con carácter permanente, un poder constituyente, pudiendo elaborar, modificar y sustituir libremente la constitución. En este sentido, el poder constituyente no se distinguía del poder legislativo ordinario. En una segunda fase —que corresponde a la Constitución francesa del año III (1795), esa misma reacción contra el radicalismo jacobino anterior y de que Sieyès fue inspirador—, introduce la idea de que el poder constituyente no permanece siempre en las manos del parlamento, so pena de destruir la mínima estabilidad política (*Opinions de Sieyès sur les attributions et l'organisation du Jury Constitutionnel*, 3.10.1795). Con esto, Sieyès distingue de forma clara entre poder constituyente del poder legislativo ordinario, subordinando el segundo al primero, y proponiendo (sin éxito) la introducción de un embrión de tribunal constitucional, con el fin de reforzar la observancia de la constitución por las leyes. Sobre la historia reciente del control de constitucionalidad, AMARAL, 1998 y FIORAVANTI, 1999.

dera vida social, no se está remitiendo el asunto —como hacen algunas orientaciones contemporáneas de la teoría del derecho— a la sensibilidad popular (o «cotidiana») o a las realidades que la vida da por dadas (*taken for granted*). No, en quien se está pensando es en el jurista, con su sensibilidad técnicamente educada, con su saber prudencial capaz de hacer aflorar los consensos, para darles luego la forma adecuada o, por lo menos, para alcanzar compromisos que sean sustanciales y no meramente dilatorios<sup>56</sup>.

Sucede que esta tarea de control de la constitucionalidad resulta a la postre demasiado diseminada cuando son susceptibles de ejercerla todos los tribunales comunes, pues se corre el riesgo de no poder garantizar de modo suficiente la depuración jurisprudencial de las soluciones que han de adoptarse. A la vista de esto se va a llegar a la convicción de que la mejor solución consiste en entregar dicho control a una élite de juristas, con asiento en un tribunal especializado, el Tribunal Constitucional.

Todo lo dicho puede ser objeto de otras lecturas, pero no consideramos inconsistente esta lectura que acabamos de hacer de la evolución reciente de los paradigmas del derecho como lucha en torno a la legitimidad de decir el derecho, lucha que sobre todo opone a «políticos» (representantes populares) y a «juristas»<sup>57</sup>.

### 8.2.3. POSITIVISMO Y CIENTIFICISMO

Quedan por reseñar algunos de los condicionantes del discurso jurídico decimonónico, procedentes, esta vez, no del plano de las ideas políticas sino del plano de las ideas dominantes sobre el saber.

La evolución de las ciencias naturales, a partir de finales del siglo XVIII, y su elevación a modelo epistemológico llevaron a la convicción de que todo el saber válido debía basarse en la observación de las cosas, de la realidad empírica («establecida», «positiva»). La observación y la experiencia debían sustituir a la autoridad y a la especulación filosófica como fuentes del saber. Este espíritu dominó el saber jurídico a partir de las primeras décadas del siglo XIX. Si pretendía llegar a ser digno de ser considerado como ciencia, debía partir de cosas positivas y no de argumentos de autoridad (teológica o académica, como en el período del derecho común) o de especulaciones abstractas (como en el período del iusracionalismo).

En el campo del derecho, este movimiento se integraba armónicamente en la campaña contra la incertidumbre y la confusión del derecho tradicional, disper-

<sup>56</sup> Cf. AMARAL, 1996.

<sup>57</sup> Un caso muy interesante es el de la reacción del cuerpo de los juristas a una constitución —como la portuguesa de 1976— que es producto de lógicas eminentemente políticas. En tanto que, del lado de las fuerzas políticas motoras del proceso revolucionario, fue siempre muy visible la desconfianza hacia los tecnicismos del derecho. De parte de los juristas, la reacción fue la de una casi generalizada condena de la constitución, no tanto en términos políticos como en términos técnicos: demasiado prolija, falta de rigor conceptual, políticamente confusa, etc. Cf. HESPANHA, 1976.

so, casuístico, dependiente de la teología y de la moral. E iba también contra la proliferación de sistemas puramente especulativos de derecho natural que fueron surgiendo a lo largo del siglo XVIII. Es decir, se dirigía tanto contra el vínculo entre el derecho y la religión o la moral como contra su identificación con especulaciones de tipo filosófico como las que eran corrientes en las escuelas de derecho racional. Contra una y otra se proclamaba la necesidad de un saber dirigido hacia las «cosas positivas».

No obstante, diversas escuelas entendieron de diferente manera lo que eran «cosas positivas».

Para unas, solamente la ley era positiva, y el saber jurídico únicamente debía incidir sobre ella para explicarla y para integrarla (*positivismo legalista*).

Para otras, era positivo el derecho plasmado en la vida, en las instituciones o en un espíritu del pueblo que se objetivaba en las formas, cotidianas y perceptibles, de vivir el derecho (*positivismo histórico*). También era positivo su estudio de acuerdo con las reglas de las nuevas ciencias de la sociedad, surgidas en la segunda mitad del siglo XIX (*positivismo sociológico, naturalismo*).

Finalmente, positivos eran los conceptos jurídicos generales y abstractos, rigurosamente contruidos y concatenados, válidos independientemente de la variabilidad de la legislación positiva, que obedecía al nuevo modelo de ciencia como discurso de categorías teóricas, establecido por el kantismo (*positivismo conceptual*). El saber jurídico escaparía, así, tanto del imperio de la ley positiva, mutable y arbitraria, como del subjetivismo doctrinal del derecho teológico o del derecho racional. Así, ganaba una firmeza y una universalidad que eran características de otras ciencias. Al mismo tiempo, se instituía como un saber acumulativo, es decir, un saber que iba acumulando certezas y progresando —como otras ciencias— hacia formas más perfectas y completas de conocimiento. La ciencia jurídica compartía con las restantes la creencia optimista en el *universalismo* y en el *progresismo* de sus resultados.

Todas estas formas de positivismo tienen en común el rechazo de cualquier forma de subjetivismo o de moralismo. El saber jurídico (ahora la *ciencia* jurídica) debe cultivar métodos objetivos y verificables, del género de los cultivados por las ciencias «duras», y debe excluir todas las consideraciones valorativas (políticas, morales). Estos juicios de valor en materia jurídica tendrían su lugar; pero éste no era el de la ciencia jurídica, sino el de la filosofía del derecho o el de la política del derecho<sup>58</sup>.

Por otro lado, el cientificismo genera la creencia de que los resultados del saber son universales y progresivamente más perfectos. En el dominio del derecho, esta creencia se enfatizó más por los positivismo sociológico y conceptual, ya que el positivismo legalista estaba, desde este punto de vista, demasiado limitado por el carácter «local» (en el espacio y en el tiempo) de la ley nacional. En contrapartida, sus otras dos corrientes formulaban proposiciones que eran válidas en general y que anulaban progresivamente la validez de las proposiciones.

<sup>58</sup> Referencia bibliográfica básica: LATORRE, 1978, 151-157; WIEACKER, 1993, 493 («positivismo científico»). V. *infra*, 225.

Esta creencia optimista en la validez de los resultados de la ciencia jurídica —que coincidió con la época áurea de la expansión colonial europea— tuvo consecuencias importantes en la difusión mundial del derecho europeo. Convencidos de la validez universal de su ciencia jurídica y, al mismo tiempo, de su carácter progresista (históricamente más avanzado), los europeos impusieron sus modelos jurídicos a los pueblos no europeos. Los derechos locales fueron combatidos sin piedad en nombre de la civilización y de la modernización, y ocurrió lo mismo con la organización política y jurídica. Incluso culturas jurídicas y políticas milenarias y tan desarrolladas como la china o la japonesa fueron obligadas a aceptar la cultura científica y política de Occidente en nombre del progreso («*Mr. Science and Mr. Democracy*») era el lema de los movimientos reformistas chinos de los años veinte del siglo pasado).

### 8.3. LAS ESCUELAS CLÁSICAS DEL SIGLO XIX

#### 8.3.1. LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS. EL ORIGEN DEL LEGALISMO

Desde mediados del siglo XVIII la ley estatal tendía a monopolizar la atención de los juristas. Este monopolio estaba sustentado por la idea del derecho racional, es decir, por la creencia en la existencia de un derecho suprapositivo cuyo punto de partida era la razón.

Ya a finales del siglo XVIII, algunos Estados europeos incorporaron a sus amplias reformas legislativas los principales resultados de las doctrinas del derecho racional. Esto ocurre con el movimiento de codificación iniciado en aquel momento. En Prusia aparece, en 1794, el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (ALR, Compilación del derecho territorial general de los Estados de Prusia). En Austria, en 1811, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB, Código civil general). La Toscana y Baviera también conocieron codificaciones de menor relieve.

En Portugal se prepara, a partir de 1778, una reforma global de las *Ordenações*. Es la llamada *Junta do Novo Código* y está integrada, entre otros, por dos grandes juristas de la época, Pascoal de Melo Freire y António Ribeiro dos Santos. Esta *Junta*, enredada en polémicas políticas que se hicieron muy agudas al estallar la Revolución francesa, no lleva a cabo su misión a pesar de haber generado mucho material. Con la llegada del liberalismo, en 1820, las Cortes lanzan un concurso para la elaboración de los principales códigos, aunque sin resultados<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Sobre el proyecto de *Novo Código*, v. SILVA, 1991, 370 ss.; o más específicos, MARQUES, 1987; VIEIRA, 1992. En cualquier caso, se promulga un poco más tarde (1823) un *Código penal militar*. Los otros códigos irán apareciendo a lo largo del siglo XIX: *Código administrativo*, 1836, 1842, etc.; *Código comercial*, 1833; *Código penal*, 1837 y 1852; y, por fin, el *Código civil* de 1867 o *Código de Seabra*, elaborado por António Luis de Seabra, Vizconde de Seabra, después de diecisiete

Pero sobre todo fue en Francia donde la codificación, producto de la Revolución (aunque no en su fase inicial), cambió de manera más radical la faz del derecho al hacer tabla rasa del anterior y al promover, en consecuencia, la identificación del derecho con los nuevos códigos. De hecho, ya la Asamblea Nacional Constituyente de 1790 había concebido el proyecto de un código que sintetizase, de una forma accesible para todos, el nuevo derecho revolucionario. Pero sólo en 1804, ya durante el Consulado y bajo la influencia directa de Napoleón I, el *Código civil* conoció su versión definitiva y su promulgación. Siguió el *Código de procedimiento civil* (1806), el *Código comercial* (1807), el *Código penal* (1810), etc.<sup>60</sup>

Los códigos napoleónicos significaban, por un lado, la consumación de un movimiento doctrinal que, a partir de la doctrina tradicional francesa, se fue enriqueciendo con las contribuciones del derecho racional del siglo XVIII<sup>61</sup>. En este sentido, aparecían como una especie de positivación de la razón. Por otro lado, habían sido resultado de un proceso legislativo conducido por los órganos representativos de la nación francesa. Constituían, así, la concretización legislativa de la *volonté générale*.

Tanto una cosa como la otra contribuían a darles un aire definitivo a estos momentos legislativos científicamente fundamentados y democráticamente legitimados. Ante ellos no valía cualquier otra fuente del derecho. No por lo que respecta al derecho doctrinal, racional, suprapositivo, ya que éste había sido incorporado a los códigos, al menos en la medida en que esto había sido aceptado por la voluntad popular. Tampoco en lo relativo al derecho tradicional, porque la Revolución había roto con el pasado y había instituido un orden político y jurídico nuevo. Tampoco respecto al derecho jurisprudencial, porque no competía a los jueces el poder de establecer el derecho (poder legislativo) sino solamente el de aplicarlo (poder judicial). La ley —concretamente esta ley compendiada y sistematizada en códigos— adquiría, así, el monopolio de la manifestación del derecho. A esto se le llamó *legalismo* o *positivismo legal* (*Gesetzpositivismus*).

Ante esto, la doctrina tan sólo desempeñaba un papel secundario: el de proceder a una interpretación sumisa de la ley —al ceñirse lo más posible a la voluntad del legislador histórico— la cual se reconstruía recurriendo a los trabajos preparatorios, las exposiciones de motivos, etc. Respecto a la integración de las lagunas, la prudencia debía ser mayor, ya que el jurista debía intentar fabricar para cada caso concreto la solución que hubiera podido ser la del legislador histórico en caso de que éste lo hubiera podido prever.

Esta supremacía estricta de la ley sobre la doctrina y la jurisprudencia ya había sido propuesta por Montesquieu, para quien los jueces debían ser «la boca

años de preparación. Sobre la codificación en Portugal, GILISSEN, 1988, 461 (nota del traductor); ANDRADE, 1946. El *Código de Seabra* se mantuvo en vigor hasta 1966, fecha en la que fue sustituido por un nuevo código que se preparaba desde los años cuarenta. Sobre éste, v. MENDOÇA, 1982, 29 ss.

<sup>60</sup> Sobre todos estos códigos, v. GILISSEN, 1988, 451. Sobre su difusión mundial, v. *ibid.*, 456 ss.  
<sup>61</sup> Cf. ARNAUD, 1969.