

## EXCURSUS I

### EL “IUS NATURALE” COMO DOCTRINA POLÍTICA

“Per oltre duemila anni l’idea del diritto naturale ha avuto una parte preminente nel pensiero e nella storia dell’occidente”.<sup>1</sup>

En la *Introducción* señalé que dos eran, a mi juicio, las más importantes influencias jurídicas que penetran y configuran el pensamiento político: la jurisprudencia medieval y la doctrina moderna del derecho natural. Hasta ahora me he referido, casi exclusivamente, a la jurisprudencia medieval. Por ello creo necesario explicar, aunque sea muy brevemente, porqué la doctrina del derecho natural influye decisivamente en la conformación de la ideología política de Occidente.

Debo advertir que no intento relatar aquí la historia de la doctrina o doctrinas del derecho natural. Tampoco voy a discutir los fundamentos ni tesis que sostiene. Mi propósito es simplemente señalar en qué grado la doctrina moderna del derecho natural influye en el pensamiento político.

El concepto ‘derecho natural’ es creación de los antiguos griegos.<sup>2</sup> Pero fue la filosofía jurídica estoica la que formuló la doctrina que habría de incrustarse en la jurisprudencia romana, y con ella (a través de ella), en el pensamiento político. Del *stoa griego* la jurisprudencia romana habría de derivar: 1) el primado de racionalidad (la *ratio* informa todo el derecho); 2) el dogma de la igual-

<sup>1</sup> D’Entrèves, Alessandro Paserin, *La doctrina del diritto naturale* (la edición de 1962 —Edizioni di Comunità— suprimió el subtítulo ‘*Sagio d’interpretazione storico-critica*’. Esta edición italiana ha sido ampliada, la primera —1954— fue la traducción de la edición original en inglés: *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Londres, Hutchinson University Library, 1951; la que, después de varias reimprésiones, fue objeto de una nueva edición en 1970), p. 21. Sobre los diferentes aspectos de la doctrina del derecho natural, véase: Luijpen, W.A., *Phenomenology of Natural Law*, Pittsburgh, Pa., Duquesne University Press, 1967 (Duquesne Studies. Philosophical Series, 22).

<sup>2</sup> Cfr., Platón, *De Legibus*, IV, 715; 712e-713a; *Id.*, *Policitus*, 293; *Id.*, *De Rep.*, IV, 422e; Aristóteles, *Reth.*, 1373b 4; *Id.*, *Ethic*, 1134b, 18-21; Barker E., *The Political Thought of Plato and Aristotle*, Nueva York, Russell and Russell, 1959.

dad (jurídica); *omnes homines equeales sunt* y, como corolario de estos principios; 3) la idea del *ius natura humani generis*, fundamento del *ius gentium* y base de las doctrinas de la decisión judicial del *ius honorarium*.

Correspondió a Cicerón dar una formulación prácticamente definitiva a la doctrina estoica del derecho natural. Tal formulación produciría profundos cambios en la concepción del derecho y, especialmente, en su aplicación por la magistratura romana.

El concepto romano de *ius naturale* pasó de los juristas a la doctrina de la Iglesia. En su seno el concepto de *ius naturale* (romano) fue “corrompido” y asociado con el de *lex aeterna* y con el de *lex divina*. Los autores hicieron grandes esfuerzos por conciliar el *ius naturale* con los principios teológicos. Sin embargo, su éxito estuvo lejos de ser completo.

Para entender el *funcionamiento* de la doctrina del *ius naturale* aun en la misma Edad Media, tenemos que dejar la doctrina de la Iglesia y regresar con los juristas del derecho romano. El “derecho natural” (especialmente en el foro y en el gobierno de la *civitas*), sin la sustancia y el contenido del derecho romano (no sólo el concepto *ius naturale*, sino la suma de sus principios) sería algo oscuro e inaprehensible. Cuando la profesión jurídica, tanto en el foro como en la magistratura, se pregunta: “¿Qué es lo que efectivamente incluye o contiene el derecho natural? La respuesta, durante la Edad Media hasta la aparición de la escuela moderna del derecho natural después del 1,500, es: ‘la *totalidad* del derecho que, *como un todo* es razonable en grado sumo y universalmente difundido, por tanto, natural’”.<sup>3</sup>

En este momento tenemos que volver al gran *renacimiento* de la jurisprudencia,<sup>4</sup> el cual se produce a finales del siglo XI, principalmente en Bolonia.

Desde entonces el *Corpus iuris* se convirtió en el principal objeto de estudio de los juristas (primeramente en Italia y en el sur de Francia y, después, en todas las universidades de Europa). Para los juristas medievales el *Corpus iuris* era no únicamente un derecho

<sup>3</sup> Barker, E., “Introduction”, *cit.*, p. xxxix.

<sup>4</sup> Cfr., Savigny, Friederich Carl von, *Histoire du droit romain au Moyen-Age*, *cit.*, t. II-III; Vinogradoff, Paul, *Roman Law in Medieval Europe*, *cit.*, cap. II; y demás bibliografía general citada *supra* notas 1, 15, 16, 17 del cap. III y 16 del cap. IV. En cuanto a trabajos especializados véanse: Colleman, P., “Andrea Alciati and his predecessors” en MacDonell, J. y Manson E. (Eds.), *Great Jurist of the World*, *cit.*, vol. I, p. 58-82; Jolowicz, H.F., “Revivals of Roman Law”, *cit.*, Berman, H.J., “The Origins of Western Legal Science”, *cit.*, pp. 894-943.

histórico; era una *lex animata* de autoridad indiscutible: *el derecho*. El *Corpus iuris* constituía una fuente inagotable de soluciones que inspiraban la creación y aplicación del derecho (en muchas ocasiones era *el derecho aplicable*).

Los juristas se habían dedicado a “reconstruir” los textos de Justiniano para crear un *corpus* jurídico de autoridad indisputable y adaptar sus principios para aplicarlos al derecho positivo. El resultado inmediato fue que, al adecuar (reformular) el “derecho romano” a las necesidades prácticas (del foro y del gobierno de la *civitas*), los juristas aseguraron su transformación en un *corpus* europeo de principios jurídicos con la pretensión de ser universales y “naturales”. De esta forma, el derecho romano se transforma en la “materialización” del derecho natural.

El “derecho romano” era el derecho de una nueva civilización internacional, relativamente universal. Su veneración en la Edad Media como *derecho natural* no es completamente injustificada.<sup>5</sup>

Al “reforzar la vigencia del derecho romano”, el conjunto de dogmas y principios de la jurisprudencia romana (que en la Edad Media empezaba a considerarse, más que romana, común a toda la humanidad,<sup>6</sup> *i.e.*, como “derecho natural”) requería de un mínimo de instituciones jurídicas positivas de ciertas características. Así, las instituciones jurídicas, contenido del derecho romano, empezaron a esparcirse por toda Europa (*e.g.*, los interdictos, etcétera). En otros casos las instituciones locales fueron “remodeladas” al recibir la jurisprudencia romana. Muchas cambiaron sus características y obtuvieron una nueva “naturaleza”, por ejemplo, la costumbre.<sup>7</sup>

Era tanta la autoridad del “derecho romano” que ahí donde las instituciones locales habían evolucionado lo suficiente, se utilizó la jurisprudencia romana para sistematizar su derecho (como en el caso de Inglaterra).<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Zulueta, Félix de, “The Science of Law”, *cit.*, p. 181.

<sup>6</sup> *Cfr.*, McIlwain, C.H., *Constitutionalism Ancient and Modern*, *cit.*, pp. 73-75; Véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, *cit.*, pp. 159-162.

<sup>7</sup> Sobre la costumbre véase: Ullman, Walter, “Bartolus on Customary Law”, *cit.*, pp. 265-283.

<sup>8</sup> *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, R., *Introducción al estudio de la constitución*, *cit.*, pp. 159-162. Maitland, F.W., “Introduction”, en *Select Passages from the Works of Bracton and Azo*, Londres, Selden Society, 1895. Sobre este particular Sir Henry Sumner Maine señala: “que un autor inglés del tiempo de Henry III hubiera podido entregar a sus compatriotas, como compendio de derecho inglés puro, un tratado cuya forma, en su totalidad, así como un tercio de su contenido fueron tomados del *Corpus iuris*; y que se hubiera aventurado en su empresa en un país donde el estudio

Además de contener la fuerza de formular coherentemente el ideal ético de la humanidad (tomado de los estoicos), patente en las expresiones *ius gentium* y *ius naturale*, el derecho romano era un método de razonar sobre el derecho. Era el paradigma de la ciencia jurídica que “recuperaba” el viejo modelo de ciencia jurídica de Q. Mucio Scaevola,<sup>9</sup> y lo transformaba en la primera disciplina académica de Europa.

La influencia del derecho romano no se limita a las instituciones que tomamos de él, de por sí enormemente importante, sino a su *jurisprudencia*. Por ella —señala Rudolf von Ihering— nuestro pensamiento jurídico, nuestro método, nuestra forma de intuición, de toda nuestra educación jurídica ha llegado a ser romana”.<sup>10</sup> Este paradigma de ciencia jurídica habría de subsistir aun cuando el contenido o la formulación del “ideal ético” del derecho natural cambiara (como de hecho ocurrió) o aparecieran nuevas ideologías normativas.

Ciertamente, la jurisprudencia romana de la Edad Media era un método para razonar (interpretar y aplicar) el derecho. Pero, por eso mismo, requería de la existencia de ciertas instituciones positivas para actuar. Es muy importante resaltar que ciertas instituciones jurídicas positivas son condición necesaria para la “aplicación” del derecho natural, *e.g.*, la existencia de tribunales. En efecto, la doctrina jurídica presupone, está hecha, para la aplicación judicial del derecho. En el caso del constitucionalismo tenemos, por un lado, un conjunto de dogmas y principios jurídicos y, por otro, el requerimiento de ciertas instituciones jurídicas para las cuales dichos dogmas y principios se aplican. Estas instituciones, como el caso de los tribunales, pueden ser características distintivas del derecho.

Como el primado fundamental del *ius naturale* era la racionalidad y el dogma de la naturaleza “racional” del hombre, el *Corpus iuris* se convirtió en la verdadera expresión de la razón humana: *la ratio scripta*.<sup>11</sup> La perfección que los juristas clásicos lograron

sistemático del derecho romano estaba formalmente proscrito, estará siempre entre los más insolubles enigmas de la historia de la jurisprudencia” (*Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, Londres, John Murray, 1906.) (Edición con introducción y notas de Pollock, F., de 1927.) Sin embargo, nuestra sorpresa se aminora cuando entendemos el estado de opinión que en esta época se tenía sobre la autoridad de los textos de derecho romano y de sus expositores medievales.

<sup>9</sup> Cfr., Véase mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pp. 123-137.

<sup>10</sup> *L'esprit du droit romain*, cit., p. 14.

<sup>11</sup> “Las más de las veces la frase perentoria: *ita scriptum est* parece haber sido suficiente para silenciar toda objeción” (Maine Henry Sumner, *Ancient Law. Its*

mediante largo estudio y que los juristas medievales asimilaron a través del manejo, dominio y “adaptación” del *Corpus iuris*, fue un triunfo de la razón.

La jurisprudencia romana, en tanto “derecho natural”, jugó un papel muy importante en la integración nacional. Un Estado nacional necesitaba un sustrato jurídico común. Los juristas enfrentaban el problema de que el derecho que tenían que aplicar se encontraba en sorprendente contraste con el derecho que “cultivaban”. El *ius naturale* ofrecía la fórmula general que parecía abrazar y resumir cantidad de normas jurídicas aisladas, que eran aplicadas como usos en varias localidades. El más claro ejemplo es el caso de Francia. El “derecho natural”, puede decirse, devino el derecho común de Francia, no obstante la profunda división entre *pays de droit écrit* y *pays de droit coutumier*.

La autoridad del “derecho natural” se incrementaba a medida en que se afirmaba una doble tendencia: el progresivo rechazo de la autoridad política del papado, por un movimiento de “nacionalización”, por un lado; y la difusión, aceptación o “recepción” del derecho romano o, mejor, de la jurisprudencia romana (y de la filosofía del derecho y del Estado en ella contenida), por el otro.

Además de otras cuestiones que no podemos analizar aquí (minorías religiosas, iglesias nacionales, centralización del poder, etcétera), el nuevo sistema de Estados nacionales planteaba varios problemas: el de sus principios fundamentales, el de la fuente y naturaleza del derecho por el cual deben ser ajustadas sus relaciones, etcétera. Por lo que toca a su régimen interno el problema más relevante era: ¿cuáles son los principios sobre los que basa el Estados su poder y cuál es su relación con sus miembros (*i.e.*, con su pueblo)?

Tales problemas requerían de vigorosas concepciones. Una “nueva” escuela de derecho “natural” apareció, la cual habría de proveer tales concepciones. La gran época de la escuela del derecho natural va del 1500 al 1800.<sup>12</sup>

El derecho natural en cuestión es una doctrina secular, laica. No obstante su orientación: *ratio pura*, la escuela del derecho natural continuó en deuda con el *Corpus iuris*. Cuando buscó las normas jurídicas “naturales” del derecho internacional, éstas fueron deri-

*Connection with the Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas, cit., p. 86.*

<sup>12</sup> Uno de los clásicos sobre el particular sigue siendo el trabajo de Otto von Gierke: *Natural Law and the Theory of Society*, varias veces citado.

vadas del “derecho romano”. Cuando decidió construir un orden jurídico “natural” de derecho (constitucional) para el Estado, como para los grupos o las corporaciones, usó igualmente las herramientas proporcionadas por la jurisprudencia romana.

No podría ser de otra manera, quien quisiera hacer ciencia jurídica, tenía que hacer uso de la ciencia jurídica disponible: la jurisprudencia romana. Nada mejor para apreciar la relación entre la escuela del derecho natural y la jurisprudencia romana, que transcribir un párrafo del profesor Ernst Barker:

Hemos hablado de la escuela del derecho natural como si ésta trabajara una nueva veta del pensamiento. De manera más justa y exacta podríamos decir que tomó la moneda acuñada por los juristas romanos, en la forma que alcanzó después de siglos de circulación y revaluación entre canonistas y civilistas, y decidió fundir el metal y troquelarla con nuevo cuño.

Este proceso de racionalización y, si cabe la expresión, “naturalización” de las viejas concepciones jurídicas es un proceso paralelo a una fase... del derecho romano... Los teóricos y profesores del nuevo derecho natural (el cual abrió nuevas cátedras en muchas universidades) trataban, una vez más, de llevar a la exégesis del derecho un espíritu de ‘interpretación humana’ tal y como los viejos juristas romanos, pensando en términos de *ius naturale*, lo habían hecho tiempo atrás.<sup>13</sup>

En cuanto al tema que nos ocupa, cabe señalar que la escuela del derecho natural, en la forma que quiera adoptar: (principios generales de derecho, fundamentos del derecho internacional, etcétera) en su concepción general, continúa siendo una filosofía del derecho, una teoría jurídica del Estado.

La tesis de los “derechos” naturales del hombre, por ejemplo, es inconcebible sin los fundamentos de la escuela del derecho natural. Ciertamente, la *Ilustración* afirmaría la idea de los derechos “naturales” del hombre. Pero, esta idea sería impensable, insisto, sin el antecedente de la escuela del derecho natural. Los “derechos” de la *persona moralis* de la escuela del derecho natural se habrían de convenir en los “derechos del hombre y del ciudadano”.

Resultaría ocioso exponer aquí la relevancia de este movimiento en el constitucionalismo y su influencia en la Revolución de Inde-

<sup>13</sup> “Introduction”, *cit.*, La digresión entre corchetes es nuestra.

pendencia de Estados Unidos y en la Revolución Francesa.<sup>14</sup> Pero cuando las constituciones (escritas) aparecieron y fueron objeto de exégesis por parte de los juristas, esta tarea se tuvo que hacer (y se tiene que seguir haciendo, si se quiere hacer ciencia jurídica) siguiendo los cánones de la argumentación e interpretación jurídicas.<sup>15</sup> los cuales son, como he expuesto, el núcleo de la jurisprudencia romana.<sup>16</sup> Sobre este particular A. V. Dice y señala: que la aparición de la constitución escrita permitió a los juristas que:

su tarea como *comentaristas* de la constitución fuera de forma exactamente similar a la de comentar en cualquier otra rama de la jurisprudencia dogmática... el jurista... tiene que *determinar el sentido* de los artículos de la constitución de la misma forma en la que trata de desentrañar el sentido de cualquier otra legislación... Su tarea, ...es explicar un determinado documento jurídico con los *cánones recibidos de la interpretación jurídica*.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Cfr., Mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, cit., pp. 64 y ss., y 169 y ss.

<sup>15</sup> Cfr., Véase mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, cit., pp. 151-163; así como mi trabajo: "Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica", cit.

<sup>16</sup> Con respecto a la constitución como objeto de la jurisprudencia dogmática, véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, cit., pp. . . .

<sup>17</sup> *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*; 10a. ed., Londres, MacMillan and Co., Ltd., 1979, p. 5. (Las cursivas son nuestras). En el mismo lugar Dicey agrega: "Su tarea... es del tipo al que los juristas están acostumbrados y pudo ser llevada a cabo mediante el uso de los *métodos jurídicos ordinarios*" (Nuevamente las cursivas son nuestras). Tales métodos no son sino los constitutivos de la jurisprudencia romana.