

EXCURSUS I
IUS NATURALE COMO DOCTRINA POLÍTICA
EL DERECHO ROMANO *RATIO SCRIPTA*

No intento relatar aquí la historia de la doctrina o doctrinas del derecho natural. Tampoco voy a discutir sus fundamentos ni tesis que sostiene. Mi propósito es simplemente señalar en qué grado la doctrina del *ius naturale* impacta las ideas políticas.

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 (*i.e.* “derecho romano”). Por ello creo necesario explicar, aunque sea brevemente, por qué la doctrina del derecho natural influye decisivamente en la conformación de la ideología política de Occidente. No olvidemos que “por más de dos mil años la idea del derecho natural ha tenido una parte preminente en el pensamiento y en la historia de Occidente”.¹

¹ D'Entrèves, Alessandro Passerin, *La dottrina del diritto naturale* (la edición de 1962 —Edizioni di Comunità— suprimió el subtítulo ‘*Saggio 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 impresiones, 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).

El concepto ‘derecho natural’ es creación de los antiguos griegos.² 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 igualdad (jurídica); *omnes homines equales sunt* y, como corolario de estos principios; (3) la idea del *ius natura humani generis*, fundamento del *ius gentium* y base de las doctrinas 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 frecuencia, 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 el contenido del derecho romano (no sólo el concepto *ius naturale*, sino la suma de sus principios) sería aún más oscuro e inaprehensible. Cuando la profesión jurídica, se pregunta: “¿Qué es lo que contiene el derecho natural? La respuesta, durante la Edad Media hasta la aparición de la escuela moderna del derecho natural es: ‘la *totalidad* del derecho que, como un todo, es razonable en grado sumo y universalmente difundido, por tanto, natural’.”³

² Cfr., Platón, *De Legibus*, IV, 715; 712e-713a; *id.*, *Policitus*, 293; *id.*, *De Rep.*, IV, 422e; Aristóteles, *Reth*; 1373 b4; *id.*, *Ethic*, 1134b, 18-21; Barker, E., *The Political Thought of Plato and Aristotle*, Nueva York, Russell and Russell, 1959.

³ Barker, E., “Introduction”, *cit.*, p. XXXIX.

En este momento tenemos que volver al gran renacimiento de la jurisprudencia,⁴ a finales del siglo XI. Cuando 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* no era sólo un *Corpus* de doctrina; era una *lex animata* de autoridad indiscutible.

Los juristas al “reconstruir” los textos de Justiniano y adecuar el “derecho romano” a las necesidades prácticas (del foro y del gobierno de la *civitas*), aseguraron su transformación en un *corpus* europeo de principios jurídicos con la pretensión de ser universales, *ergo*: “naturales”. De esta forma, el “derecho romano” se transforma en la “materialización” del derecho natural.

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

Al “reforzar la vigencia del derecho romano”, el conjunto de dogmas y principios de la jurisprudencia romana (que en la Edad Media, en tanto que “romana”, era común a la humanidad,⁶ 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. 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.⁷

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

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

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

⁷ Sobre la costumbre véase: Ullmann, Walter, “Bartolus on Customary Law”, *cit.*, pp. 265-283.

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).⁸

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 en derecho. La ciencia jurídica “recuperaba” el viejo modelo de ciencia jurídica de Q. Mucius Scævola,⁹ 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 suyo enormemente importantes, 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”.¹⁰ 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 *i.e.* para ser positivizado, *e.g.*, la existencia de tribunales. En efecto, la doctrina jurídica presupone, así está concebida, para la aplicación judicial del derecho.

⁸ *Vid.*, 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 sistemático del derecho romano estaba formalmente proscrito, estará siempre entre los enigmas más insolubles 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. *Vid.*, mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, *cit.*, pp. 159-162.

⁹ *Cfr.*, Véase mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, *cit.*, pp. 253-268.

¹⁰ *L'esprit du droit romain*, *cit.*, p. 14.

Como el primado fundamental del *ius naturale* es la racionalidad, el *Corpus iuris*, modelo de racionalidad, se convirtió en la expresión de la razón humana: la *ratio scripta*.¹¹ La perfección que los juristas clásicos lograron mediante largo estudio y que los juristas medievales asimilaron a través del manejo, dominio y “adaptación” del *Corpus iuris*, fue considerado un “triumfo de la razón”.

La jurisprudencia romana, la *ratio scripta*, jugó un papel 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 fracturado, 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. La *ratio scripta*, 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 de la *ratio scripta* se incrementaba a medida en que se afirmaba una doble tendencia: (1) el progresivo rechazo de la autoridad política del papado, por un movimiento de “nacionalización”; y (2) 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).

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 en los que el Estado basa su poder y cuál es su relación con sus miembros (*i.e.*, con el pueblo)?

Tales problemas requerían de vigorosas concepciones. Una “nueva” escuela de derecho “natural” apareció, la cual habría de pro-

¹¹ “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 Connection with the Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, *cit.*, p. 86).

veer sus fundamentos. La gran época de la escuela del derecho natural va del 1500 al 1800.¹² 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 derivadas 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: Nada mejor para apreciar la relación entre la escuela del derecho natural y la jurisprudencia romana, que transcribir un párrafo del profesor Ernest 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.¹³

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 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. Fue así que los “derechos”

¹² 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.

¹³ “Introduction”, *cit.*, La digresión entre corchetes es mía.

de la *persona moralis* de la escuela del derecho natural se habrían de convertir 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 Independencia de Estados Unidos y en la Revolución Francesa.¹⁴ 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,¹⁵ los cuales son, como he expuesto, el núcleo de la jurisprudencia romana.¹⁶ Sobre este particular A. V. Dicey 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*.¹⁷

¹⁴ *Vid.*, mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, *cit.*, pp. 64 y ss., y 169 y ss.

¹⁵ *Cfr.*, *Vid.*, mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, *cit.*, pp. 315-337; así como mi trabajo: “Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica”, *cit.*

¹⁶ Con respecto a la constitución como objeto de la jurisprudencia dogmática, *Vid.*, mi libro: *Introducción al estudio de la constitución*, *cit.* pp. 211-220.

¹⁷ *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*; 10a. ed., Londres, MacMillan and Co., Ltd., 1979, p. 5. (Las cursivas son mías). 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 mías). Tales métodos no son sino los que introdujo la jurisprudencia romana.