

CAPÍTULO TERCERO  
ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL IUSNATURALISMO  
RACIONALISTA

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

CAPÍTULO TERCERO  
ANTECEDENTES JURÍDICOS DEL IUSNATURALISMO  
RACIONALISTA

I. HUMANISMO JURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

140 *Ibidem*, p. 302.

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

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

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

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

141 *Ibidem*, p. 303.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

145 *Ibidem*, p. 174.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

148 *Ibidem*, p. 138.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

149 *Ibidem*, pp. 322 y 323.

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

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

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

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

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

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

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

151 Fassò, *op. cit.*, p. 59.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

154 *Ibidem*, p. 85.

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

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

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

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

155 Fassò, *op. cit.*, p. 60.

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

## 2. Los teólogos juristas de la Compañía de Jesús

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

158 *Ibidem*, pp. 178 y 179.

159 *Ibidem*, p. 180.

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

### 3. *Los juristas: Fernando Vázquez de Menchaca*

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

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

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

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

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

160 Fassò, *op. cit.*, p. 60.

161 *Ibidem*, p. 63.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

164 *Ibidem*, p. 324.