

LA CREACIÓN DEL DERECHO

En la historia de la filosofía del derecho, Suárez es el autor —entre otros escritos sobre temas jurídicos— de uno de los tratados más sugestivos de la Escolástica tardía. Representa la respuesta católica en el ámbito de la teoría a la nueva política europea de constitución de los estados nacionales. Si su filiación tomista ha querido ser subrayada, más interesaría constatar la forma en que utiliza Suárez el bagaje escolástico para plantear las cuestiones jurídicas de su época. *De Legibus* ofrece algunos de esos planteamientos, que se manifiestan mejor en ocasión del conflicto concreto a que responde la elaboración de *Defensio Fidei*. En este sentido, la calificación de “teólogo extraviado en política” lo caracteriza paradigmáticamente; si Lutero y Calvino —entre otros— no pueden ser leídos sino como “teólogos extraviados” es porque la legitimación teológica operante respecto de las condiciones del feudalismo continúa esgrimiéndose fracturada, exigiendo nuevas síntesis y otros rumbos. La pretensión hegemónica de la teología se ve cuestionada “desde dentro”, lo que explica parcialmente aquel “extravío”.

Paul Janet ha llegado a afirmar que en *De Legibus* se hallan todas las opiniones de todos los doctores, recopiladas, resumidas, comparadas y refundidas en conjunto, de tal forma que quien lo haya leído conoce a fondo toda la moral, todo el derecho natural y hasta la política de la Edad Media.¹ Suárez explora la gnoseología y la metafísica, pero su

¹ Janet, Paul: *Historia de la ciencia política*, Madrid, 1910, t. II, p. 153. “El tratado *De Legibus* es indiscutiblemente una de las obras más meritorias de Suárez por la ciencia que contiene, la multitud de cuestiones que estudia y la agudeza de las soluciones que propone, de tal modo que su lectura da una extensa vista de conjunto de la moral, del derecho natural y positivo, canónico y civil y aun de la política de la Edad Media.”; Lanseros, Mateo: *La autoridad civil en Francisco Suárez*, Madrid, 1949, p. 13. “La misión de Suárez fue recoger todo lo que la gran época de la alta escolástica, siguiendo a Tomás de Aquino, había pensado y elaborado”; Rommen, Heinrich: *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Madrid, 1951, p. 28. “Partiendo de la interpretación teológica de la ley, va incorporando Suárez los distintos elementos del derecho, hasta llegar a su tesis definitiva sobre el ordenamiento jurídico del Estado. Porque Suárez está íntimamente condicionado por la conciencia jurídica del barroco español... En su esfuerzo por integrar progresivamente las distintas conquistas científicas que le llegaban de otras universidades españolas, su obra sobre las leyes refleja la gran síntesis orgánica de la doctrina española de la paz. Este dinamismo, a la vez que la estructura ideológica del sistema, han hecho del tratado suariano sobre las leyes una obra clave en la evolución del pensamiento europeo.”; Pereña, Luciano: “Estudio Preliminar”, en: *De Legibus. I. De Natura Legis*, Madrid, 1971, pp. xvii y xviii.

En Coimbra, durante 1612, es publicado el *Tractatus de legibus ac Deo Legislatore* in

verdadera estatura nos la da su meditación sobre la ley. “Mientras que hoy se estudian las *Disputaciones de metafísica* como simple documento histórico de la filosofía escolástica, el *De Legibus* es fuente de inspiración para la filosofía del derecho, para la doctrina del Estado, para la primacía de la democracia, para el derecho internacional.”² Recaséns ha advertido que “al escribir *De Legibus*, Suárez no intentó realizar propiamente una obra de filosofía del derecho, ni tampoco componer una enciclopedia jurídica. La intención y el contenido de la obra son mucho más amplios. No parte del concepto de derecho, sino de la noción de ley arrancando de un punto de vista teológico”.³ El examen del índice del tratado puede dar una idea de esta amplitud: “De la naturaleza de la ley en general. Sus causas y efectos” (libro I); “La ley natural y el derecho de gentes” (libro II); “De la ley humana positiva” (libro III); “De la ley positiva canónica” (libro IV); “Variedad de las

decem libros distributus, auctore P. D. Francisco Suárez granatensi e Societate Iesu, Sacrae Theologiae, in celebri conimbricensi Academia Primario Professore. Luciano Pereña en su “Estudio Preliminar” a *De Legibus* ha determinado que a mediados de 1610 Suárez terminó el tratado. El monarca español concedió en 1612 al impresor de la Universidad de Coimbra la exclusiva para que “ningún impresor, ni librero, ni otra persona de cualquier dignidad... pudiera imprimir, ni vender en estos reinos y señoríos, ni traer de fuera el libro titulado *De Legibus*”; Torrubiano Ripoll publicó en 1918 la primera traducción castellana del tratado completo. Esta y la versión crítica bilingüe de Luciano Pereña, de 1971 (aún incompleta), fueron las utilizadas para el presente trabajo.

² Giacon, Carlo: “La Segunda Escolástica. Siglos XVI y XVII”, en: Fabro, Cornelio: *Historia de la filosofía*, Madrid, 1965, t. 1, p. 548.

³ Recaséns Siches, Luis: *La filosofía jurídica de Francisco Suárez*, México, 1947, p. 119. “Suárez hace notar en el prólogo de su obra *De Legibus* que ésta ha sido escrita también para los juristas”; Rommen, Heinrich: *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Madrid, 1951, p. 22. En efecto, escribe: “A nadie debe sorprender que un teólogo se dedique a escribir de leyes. El alto rango que la teología posee y que le viene de Aquel que constituye su más elevado objeto, disipa cualquier motivo de sorpresa... Uno de los muchos aspectos que el teólogo ha de examinar en Dios, es el de que constituye el fin último al que tienden las criaturas racionales. De ahí se sigue que la sagrada doctrina contemple ese fin último y muestre el camino para conseguirlo... Toda vez que este camino de salvación radica en las acciones libres y en la rectitud de las costumbres, rectitud moral que depende en gran medida de la ley como regla de la conducta humana; de ahí que el estudio de las leyes afecte a gran parte de la teología y que, al ocuparse ésta de las leyes no haga otra cosa que contemplar a Dios mismo como legislador. La teología estudia el propio derecho natural como base del orden sobrenatural y a través de él alcanza plena firmeza; considera las leyes civiles sólo en orden a juzgar su moralidad y rectitud a la luz de normas de más alto rango o bien, para fijar, según los principios de la fe, las obligaciones de conciencia que de ellas dimanar”; Suárez, Francisco: *De Legibus*. Madrid, 1971, t. 1. Prólogo. Cabral de Moncada advierte como rasgos característicos de Suárez la índole teológica de su sistema jurídico y el teocentrismo jurídico en que se inspiran sus conceptos de ley eterna y ley natural. Cfr., Elorduy, Eleuterio: “Orientaciones en la interpretación de las doctrinas jurídicas de Suárez”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1952, vol. XLVI, p. 88. Compárese el prólogo a *De Legibus* con la introducción lapidaria de Vitoria a su *Relección De la Potestad Civil*: “El oficio de teólogo es tan basto que ningún argumento, ninguna disputa, ninguna materia parecen ajenos a su profesión.” Vitoria, Francisco: *Relecciones teológicas*, Madrid, 1960, p. 150.

leyes humanas” (libro V); “Interpretación, mutación y cese de las leyes humanas” (libro VI); “La ley no escrita” (libro VII); “La ley humana favorable o privilegio” (libro VIII); “Ley divina positiva antigua” (libro IX); “De la nueva ley divina” (libro X).

En Suárez —escribe Sánchez de la Torre—⁴ se muestra a plena luz un dato que venía incubándose desde los albores renacentistas: el derecho positivo es entendido como mediador entre las exigencias racionales e históricas, mediante su concreción en un determinado ámbito social. Suárez quita peso a la tesis que se ufanaba en una valoración exclusivamente intelectualista de las realidades sociales, mediante la consideración sociológica de que el poder reside en el pueblo directamente, y que toda norma social-jurídica tenía que referirse de algún modo, en todos sus elementos, al dato de que el pueblo era en cada caso un pueblo concreto. Así, la racionalidad de los elementos generales de convivencia se extiende a los elementos autoritarios y a la conveniencia de la autoridad social. Más allá del problema dialéctico planteado hasta entonces entre la voluntad social y el orden objetivo, aparece el criterio clave de las exigencias concretas de la prosperidad social, manifestada racionalmente como verdad social natural contenida en las instituciones. Este criterio explica la doctrina de Suárez en los problemas de la comunidad internacional y, sobre todo, en la valoración que Suárez hace del derecho positivo. Determina el valor del derecho positivo por la prevalencia de la ley para aunar lo más posible las fuerzas positivas dentro de la forma de la voluntad racional; y por la concepción de la interpretación, no como pūra hermenéutica, sino como creación de normas, con una exacta proporción entre *voluntas* y *ratio* del legislador, salvando lo más posible la apertura del derecho a las exigencias históricas.

Desde luego, los fines del legislador no están todos incluidos en la *ratio legis*. Esta observación servía para desvalorizar las leyes ingratas positivas, pero ahora tiene una dimensión no sólo más restringida, sino perfectamente explicable. Suárez la explica al decir que los motivos que tiene el legislador para querer una ley pueden ser varios. El legislador puede querer una ley por razones de estricta moralidad o por circunstancias exteriores que la reclamen imperiosamente o por lograr una finalidad social. Sin duda que la *ratio* es una finalidad de alcance universal, pero el legislador tiene también en cuenta el fin histórico que determina que una ley, racional desde luego, sea promulgada precisamente en tal situación de lugar y tiempo. Y estos datos concretos sólo pueden ser determinados por la intención y por la voluntad del legisla-

⁴ Sánchez de la Torre, Ángel: *Los comienzos del subjetivismo jurídico en la cultura europea*, Madrid, 1958, p. 32.

dor, aunque no por eso dejan de ser en sí mismos razonables. De este modo —según Sánchez de la Torre— el papel del derecho positivo se reviste de racionalidad hasta en sus últimos motivos voluntaristas.

Esta valoración del derecho positivo, imbuido de racionalidad llevaba a la conclusión de que lo que valía no era la imperación del príncipe, sino la racionalidad que inundaba de claridad a la norma imperada. Sin embargo, Suárez parece insistir —como lo veremos adelante— en la importancia del momento voluntario. Sociológicamente el soberano tuvo entonces que apoyarse en la pretensión de estar fundado en el valor del derecho natural. Pero no ya en el derecho natural como razón sino como voluntad, es decir, como voluntad divina.

El problema ha sido señalado, entre otros, por Kelsen,⁵ quien advirtió que “según puede mostrar un análisis crítico de los métodos del Derecho Natural, no es en modo alguno indiferente el que se deduzca el ordenamiento natural (de la vida humana) de la Sabiduría de Dios, es decir, de la Razón Divina, o sólo de la Voluntad de Dios. La fundamentación en la Voluntad Divina, que se encuentra colocada por encima de la legalidad de la Divina Razón, y que puede ser elevada como omnipotencia, a la arbitrariedad divina”, corresponde por completo a la posición que deduce el derecho natural, más subjetivamente, de la naturaleza del hombre, respecto de la cual la personalidad de Dios, que se manifiesta precisamente en voluntad, significa un aumento antropomórfico hasta lo infinito.

El contraste entre una teoría del derecho natural, que en lo esencial se basa en la razón manifestada en leyes y otra basada en la omnipotencia de Dios, ajena a toda legalidad, representa ya claramente en una esfera superior el contraste relativo entre derecho natural y derecho positivo.

Por su parte, Enrique Rommen consideró otra consecuencia en esta misma dirección, pues “con la tesis de la superioridad de la voluntad sobre la inteligencia, se llega a admitir, eliminando la noción de Dios, como única fuente del derecho la voluntad concreta del legislador temporal”.⁶ Tal fue la conclusión a la que llegó Hobbes en su sistema.

Paul Janet ha visto la cuestión de un modo más general. Considera que:

⁵ Kelsen, Hans: *La idea del derecho natural*, Buenos Aires, 1946, pp. 17 y ss.

⁶ Rommen, Enrique: *Derecho natural. Historia-doctrina*, Trad., Héctor González Uribe, México, 1950, pp. 142 y ss. En *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, Rommen escribe: “...la dislocación voluntas superior intellectui enajena la esencia interna de la ley ética natural. Su principio, la luz de la razón natural es sofocado y la voluntad de Dios (en el sentido de capricho) convertida en principio supremo de la moralidad. Si no hay nada esencialmente bueno o malo cognoscible para el entendimiento humano, la moralidad tiene que convertirse en algo externo”.

Hubo en la Edad Media dos grandes corrientes de opinión relativas al principio de la moral. Según la una, la moral reposa en la naturaleza misma de las cosas; según la otra, reposa en la autoridad de Dios. Unos colocaban la esencia de la ley en la inteligencia, a la cual corresponde percibir y reconocer la naturaleza de las cosas; los otros la colocaban en la voluntad divina... Una y otra opinión podían conducir a conclusiones “peligrosas”: la primera, a establecer que la moral es independiente de Dios y que aunque no existiese, la distinción entre lo justo y lo injusto existiría; la segunda, a sentar que la moral es arbitraria en sí, que nada es por sí mismo bueno ni malo y que sólo la orden de un superior establece la distinción entre bien y mal.⁷

La noción voluntarista del derecho, escribe D’Entreves, no siempre quedaba circunscrita a la esfera jurídica propiamente dicha. La teoría nominalista de la ética era amenaza mucho más insidiosa a la doctrina del derecho natural. Nominalismo no sólo significó una crisis del método escalístico en torno a los “universales”. Significó también un cambio radical en la actitud teórica ante el problema moral. La reivindicación de la primacía de la voluntad sobre la inteligencia condujo a la negación de que los valores éticos pudieran tener cualquier otro fundamento distinto de la voluntad de Dios que los impone. La idea de Dios como poder ilimitado y arbitrario llevaba implícita la reducción de todas las leyes morales a las inescrutables manifestaciones de la divina omnipotencia. La base del sistema natural de la ética se vio desechada. El derecho natural cesa de ser el puente entre Dios y el hombre. No ofrece ningún testimonio de la existencia de un orden eterno e inmutable; ya no constituye la medida de la dignidad del hombre y de su capacidad para participar en aquel orden, un modelo del bien y del mal que se ofrecía a todas las criaturas racionales.

En el protestantismo, hizo fortuna la noción voluntarista: la noción de la ley moral como expresión de la voluntad divina se transmitió de los nominalistas a los reformadores protestantes, a Wiclef primero y más tarde a Lutero y Calvino. Esta tendencia voluntarista explica —al decir de D’Entreves— el hecho de que entre los autores de las controversias doctrinales y entre los escritores políticos protestantes se manifieste un desvío ante el derecho natural en favor de la ley divina de la Biblia, de una parte, y de otra, a favor del derecho positivo del Estado, concebido éste como fundado en la voluntad de Dios.

El tratamiento suareciano de la ley subrayando el momento voluntario continúa la posibilidad que se anuncia en la obra de Duns Scoto, res-

⁷ Janet, Paul: *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 155.

pecto de la cual Tamayo y Salmorán escribe: “*La doctrine voluntariste de Duns Scoto fait une large place à la volonté juridique-institutionnelle de l’home, seul fondement de la contractualité et du droit positif conventionnel. La doctrine scotiste annonce la possibilité d’une explication autonome des produits de la volonté.*”⁸

El voluntarismo de Escoto consiste radicalmente en que la voluntad es un principio de actividad, específicamente distinto del principio de actividad natural; y la nota específica de esta distinción es que la voluntad obra siempre libremente, sin que nada extrínseco a la misma pueda determinar un acto; mientras que la nota específica del principio natural es que obra necesariamente, por necesidad natural, es decir, de manera determinada.

Para Tomás de Aquino, cuya clave sistemática es la teoría aristotélica potencia-acto que se apoya en la realidad del movimiento y en el principio *quid movetur ab alio movetur*, la nobleza del entendimiento con respecto a la voluntad es evidente. En efecto, el agente es más noble que el paciente, el acto más que la potencia, el motor antes que el móvil. Para Escoto, estos principios podrán ser valederos dentro de una filosofía natural o física, es decir, dentro del dominio de los principios activos naturales que obran necesariamente, pero no en el terreno de la actividad espontánea. No es que la actividad espontánea no necesite de un objeto, pero no es el objeto el que determina la actividad de la potencia o especifica la facultad. El entendimiento presentará el objeto, sea cual fuere, a la voluntad, pero la voluntad, respecto del entendimiento y de su objeto, no es paciente, ni potencia, ni móvil. La voluntad sólo puede moverse por sí misma, porque es un principio de actividad libre. El entendimiento no puede ni directa ni indirectamente mover la voluntad o producir su acto por muy apetecible que sea el objeto que le presente; en cambio, la voluntad, si bien es verdad que no puede determinar directamente un acto del entendimiento, puede hacerlo indirectamente ordenando al entendimiento el pensar otra cosa.⁹

De Legibus aparece así como otro intento sistemático de explicar el papel de la voluntad en la creación del derecho y, con *Defensio Fidei*, el alegato en pro del *consensus* político de la “eficaz voluntad del pueblo”.

⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando: *L’Etat, Sujet des Transformations Juridiques. (Thèse pour le doctorat)*, Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, s. d., p. 72.

⁹ Cfr., Oromi, Miguel: “Introducción General”, en Escoto, Juan Duns: *Comentario de las “Sentencias”* (de Pedro Lombardo), Madrid, 1960, pp. 82-98.