

DERECHO HISTÓRICO DE LOS PUEBLOS HISPÁNICOS

Fuentes e instituciones públicas

COLECCIÓN CIENCIAS JURÍDICAS

1

DIRECCIÓN – COORDINACIÓN EDITOR-IN-CHIEF

Raúl Cesar Cancio Fernández. Letrado del Tribunal Supremo. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. España.

Manuel Lázaro Pulido. Departamento de Filosofía, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Investigador del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ ACADÉMICO ASESOR – ACADEMIC ADVISORY BOARD

Jesús Avezuela. Letrado del Consejo de Estado. Director general de la Fundación Pablo VI, España.

Andrés Botero Bernal. Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Presidente de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Asofides) y del Instituto Colombiano de Historia del Derecho. Bucaramanga, Colombia.

Sonia Calaza López. Departamento de Derecho Procesal. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

Luis René Guerrero Galván. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Director de la Revista Mexicana de Historia del Derecho.

Ibon Hualde López. Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Privado, Internacional y de la Empresa, Universidad de Navarra, España.

Ricardo David Rabinovich-Berkman. Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y director del Programa de Cursos Intensivos para el Doctorado. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Rafael Ramis Barceló. Área de Historia del Derecho y de las Instituciones. Departamento de Derecho Público, Universitat de les Illes Balears.

Francisco Rubio Damián. Coronel del Ejército. Director del Castillo de San Pedro (Ciudadela de Jaca). Ha sido director de la Escuela Militar de Montaña y Operaciones Especiales agregado militar de la embajada española Caracas y jefe del Centro de inteligencia y seguridad del Ejército.

Mercedes Ruiz Garijo. Área de Derecho Financiero y Tributario. Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política. Universidad Rey Juan Carlos. Vocal del Tribunal Económico Administrativo Municipal de Madrid, España.

Juan Carlos Utrera García. Departamento de Filosofía Jurídica. Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

Jorge Van de Wyngard Moyano. Área de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Público. Vicerrector de Vinculación con el Medio e Investigación, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Jesús Lalinde Abadía Sixto Sánchez-Lauro

**DERECHO
HISTÓRICO DE LOS
PUEBLOS HISPÁNICOS**

Fuentes e instituciones públicas



Editorial Sindéresis

2020

1ª edición, 2020

© Jesús Lalinde Abadía Sixto Sánchez-Lauro

© 2020, editorial Sindéresis

Venancio Martín, 45 – 28038 Madrid, España

Rua Diogo Botelho, 1327 – 4169-004 Porto, Portugal

info@editorialsinderesis.com

www.editorialsinderesis.com

ISBN: 978-84-18206-10-8

Depósito Legal: M-4833-2020

Produce: Óscar Alba Ramos

Impreso en España / Printed in Spain

Reservado todos los derechos. De acuerdo con lo dispuesto en el código Penal, podrán ser castigados con penas de multa y privación de libertad quienes, sin la preceptiva autorización, reproduzcan o plagien, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

Advertencia preliminar

Los apartados EL DERECHO, LA SOCIEDAD, EL PODER Y LA ACTUACIÓN DEL PODER son en buena parte una reimpresión de la tercera edición del manual *Derecho Histórico Español*, del profesor **Jesús Lalinde Abadía**.

Las LECTURAS TEMÁTICAS COMPLEMENTARIAS, que siguen a cada uno de los apartados, han sido redactadas por el profesor **Sixto Sánchez-Lauro**.

Las LECTURAS TEMÁTICAS desarrollan monográficamente determinados elementos o componentes relevantes de la regulación jurídica histórica, expuesta básicamente en los apartados precedentes.

De forma horizontal sistemática, este libro busca un acercamiento histórico al estudio y exposición de la creación del Derecho y de la constitución de las instituciones públicas de los pueblos hispánicos.

La composición de esta publicación está orientada preferentemente hacia los alumnos de las asignaturas iushistóricas, presentes en los planes de estudio de los grados en Derecho y en Gestión y Administración Pública.

A nuestros alumnos

ÍNDICE DE MATERIAS

Introducción	.13
------------------------	-----

EL DERECHO

CAPÍTULO I. - Las ideas jurídicas	.17
---	-----

I. El confesionalismo, 17 — II. El iusnaturalismo medieval y castellano, 19 — III. El iusnaturalismo racionalista, 21 — IV. El positivismo, 22 — V. Las corrientes antipositivistas, 25

CAPÍTULO II. - El ordenamiento jurídico	.27
---	-----

I. El Derecho civil y los otros Derechos, 27 — II. El Derecho público y privado, 30 — III. El Derecho clásico y vulgar, 31 — IV. El Derecho común y los Derechos municipales, 33 — V. El Derecho real y el del reino, 35

CAPÍTULO III. - La ley	.39
----------------------------------	-----

I. Concepto, 39 — II. La ley como revelación divina, 40 — III. La ley como voluntad nacional, 41 — IV. La ley como decisión personal, 43 — V. La ley como pacto histórico, 48

CAPÍTULO IV. - La costumbre	.51
---------------------------------------	-----

I. Los usos, 51 — II. El privilegio, 54 — III. La conducta, 56 — IV. El fuero y costumbre local, 57 — V. El fuero nobiliario y comarcal, 61

CAPÍTULO V. - La jurisprudencia63

I. La sentencia judicial, 63 — II. El dictamen, 65 — III. La doctrina de los Doctores, 66 — IV. La literatura jurídica, 70 — V. La literatura práctica, 73

CAPÍTULO VI. - La recopilación.75

I. La recopilación privada, 75 — II. La recopilación oficial, 76 — III. Las revisiones y ediciones, 80 — IV. La recopilación canónica, 84 — V. los elementos auxiliares, 84

CAPÍTULO VII. - La codificación87

I. Concepto y manifestaciones, 87 — II. Leyes y ordenamientos, 88— III. Los códigos, 91 — IV. Apéndices y compilaciones, 95 — V. Las constituciones políticas, 96

CAPÍTULO VIII. - La recepción99

I. La recepción política, 99 — II. La recepción técnica, 102 — III. La penetración, 105 — IV. La repudiación, 106 — V. Las influencias, 107

CAPÍTULO IX. - Vigencia de la ley. 109

I. La personalidad de las leyes, 109 — II. La territorialidad de las leyes, 112 — III. Ámbito local y territorial de vigencia, 115 — IV. La temporalidad de la ley, 116

CAPÍTULO X. - Los sistemas jurídicos 119

I. La inspiración, 119 — II. El Derecho supletorio, 120 — III. La ley de citas, 122 — IV. El orden de prelación, 123 — V. La interpretación, 125

CAPÍTULO XI. - Los períodos históricos 127

I. El período migratorio, 127 — II. El período de la dispersión normativa, 129 — III. El período de la integración normativa, 130 — IV. El período de la recopilación, 132 — V. El período constitucional y codificador, 133

A.- LECTURAS TEMÁTICAS COMPLEMENTARIAS 135

1. Domingo de Soto, 137 — 2. Codex Revisus, 141 —
3. Costums Generals de Catalunya, 142 — 4. Casos de Catalunya, 144 — 5. Carta de Logu, 146 — 6. Etimologías, 147 — 7. Derecho Común, 151 — 8. Pedro Núñez de Avendaño, 156 - 9. Recopilaciones (Compilaciones), 158 — 10. Breviario de Alarico, 169 — 11. Costums de la Mar, 172 — 12. Llibre del Consolat de Mar, 173 — 13. Constitucions i altres Drets de Catalunya, 175 — 14. Nueva Recopilación, 177 — 15. Novísima Recopilación, 180 — 16. Códigos - Codificación, 182 — 17. Pedro Gómez de la Serna y Tully, 185 — 18. José María Manresa Navarro, 190 — 19. Narcís Feliu de la Peña i Farell, 195 — 20. Capítular, 198

LA SOCIEDAD

CAPÍTULO XII. - Los factores de discriminación social. 203

- I. Concepto y clases, 203 — II. Factores físicos, 204 —
- III. Factores políticos, 207 — IV. Factores económicos, 210 — V. Factores físico-políticos, 213

CAPÍTULO XIII. - Las estructuras sociales 215

- I. Concepto y tipos, 215 — II. La sociedad hispánica a través de las invasiones, 216 — III. Las sociedades cristianas en los períodos de dispersión e integración normativa, 218 — IV. La sociedad española en el período de la recopilación, 220 — V. La sociedad española en el período constitucional, 222

B.- LECTURAS TEMÁTICAS COMPLEMENTARIAS 225

1. Barón, 227 — 2. Diego de Simancas, 228 — 3. Antonio López de Vega, 231 — 4. III Duque de Alba, 233

EL PODER

CAPÍTULO XIV. - Formas políticas. 237

I. Concepto y clases, 237 — II. Formas políticas unitarias, 238 — III. Formas políticas coordinadas, 241 — IV. Formas políticas subordinadas, 243 — V. Formas políticas expansionistas, 246

CAPÍTULO XV. - Fórmulas de gobierno 249

I. Concepto y clases, 249 — II. Fórmulas teocráticas, 250 — III. Fórmulas autoritarias, 250 — IV. Fórmulas estamentales, 255 — V. Fórmulas liberales, 258

CAPÍTULO XVI. - Los órganos supremos 261

I. Concepto y clases, 261 — II. Órganos domésticos y cortesanos, 262 — III. Órganos políticos, 264 — IV. Órganos administrativos o de gobierno, 267 — V. Órganos judiciales, 269

CAPÍTULO XVII. - Los órganos intermedios principales 273

I. Concepto y clases, 273 — II. Órganos políticos o de gobierno, 274 — III. Órganos judiciales, 277 — IV. Órganos técnicos, 279 — V. Órganos señoriales, 281

CAPÍTULO XVIII. - Los órganos intermedios subordinados . . . 285

I. Concepto y clases, 285 — II. Órganos administrativos o de gobierno, 286 — III. Órganos judiciales, 287 — IV. Órganos administrativo-judiciales, 288 — V. Órganos ejecutivos, 291

CAPÍTULO XIX. - Los órganos inferiores 293

I. Concepto y clases, 293 — II. Órganos políticos, 294 — III. Órganos administrativos, 297 — IV. Órganos judiciales, 299 — V. Órganos auxiliares, 300

CAPÍTULO XX. - Estructuras políticas 303

I. Concepto y evolución, 303 — II. Los reinos y condados cristianos, 304 — III. La Monarquía Universal, 307 — IV. La Monarquía Absoluta, 308 — V. El Estado Liberal, 309

C.- LECTURAS TEMÁTICAS COMPLEMENTARIAS. 311

1. Cortes de Thomar de 1581, 313 — 2. Tratado de Tarascón de 1291, 314 — 3. Tratado de Monteagudo de 1291, 315 — 4. Tratado de Anagni de 1295, 316 — 5. Tratado de Caltabellotta de 1302, 317 — 6. Pedro Ruiz de la Mota, 318 — 7. Pere de Sagarriga i de Pau, 319 — 8. Cortes Generales de la Corona de Aragón, 322 — 9. Cortes de Monzón de 1585, 326 — 10. Cortes de Barcelona de 1599, 331 — 11. Juan Pardo de Tavera, 335 — 12. Gonzalo Pérez, 337 — 13. Juan de Idiáquez, 339 — 14. Intendente, 340 — 15. Superintendente, 344 — 16. Corregidor, 346 — 17. Corregimientos en Cataluña, 349 — 18. Casa de Austria, 350 — 19. García de Loaysa y Mendoza, 355 — 20. Nicolás Perrenot Granvela, 357

LA ACTUACIÓN DEL PODER

CAPÍTULO XXI. - Los medios de gestión 361

I. Concepto y clases, 361 — II. Los medios personales, 362 — III. Los bienes, 365 — IV. Los tributos, 367 — V. Los recursos económicos extraordinarios, 370

CAPÍTULO XXII. - Las funciones 373

I. Concepto y clases, 373 — II. La función normativa, 374 — III. La función graciosa, 375 — IV. La función administrativa, 376 — V. La función judicial, 381

CAPÍTULO XXIII. - Las relaciones 385

I. Concepto y clases, 385 — II. La relación con poderes superiores, 385 — III. La relación con poderes inferiores, 386 — IV. La relación con poderes equivalentes, 389 — V. La relación con poderes heterogéneos, 390

CAPÍTULO XXIV. - La responsabilidad 393

I. Concepto y clases, 393 — II. La responsabilidad política, 394 — III. La responsabilidad administrativa, 396 — IV. La responsabilidad penal, 398 — V. La responsabilidad civil, 398

CAPÍTULO XXV. - La administración y su evolución 401

I. La administración de los pueblos primitivos y de los períodos de ocupación, 401 — II. La administración de los reinos hispánicos, 403 — III. La administración española de la Monarquía Universal, 404 — IV. La administración española de la Monarquía Absoluta, 405 — V. La administración española del período constitucional, 406

D.- LECTURAS TEMÁTICAS COMPLEMENTARIAS 409

1. Pedro Díaz de Tenorio, 411 — 2. Adriano de Utrecht, 414 — 3. Tratado de Madrid de 1526, 415 — 4. Tratado de Cateau-Cambrésis de 1559, 416 — 5. Paz de Westfalia de 1648, 417 — 6. Tratado de los Pirineos de 1659, 419

INTRODUCCIÓN

La mayor dificultad para el autor y el lector de una obra que versa sobre el “Derecho” es que éste no es perceptible por los sentidos, sino que es fruto de una elaboración mental y, por lo tanto, su noción cambia mucho en cada persona. Algo parecido sucede con los restantes términos que se han de emplear para estudiar el Derecho, es decir, los términos “jurídicos”.

Relación
jurídica

Para escapar como se pueda a esta dificultad no hay más remedio que utilizar en principio los términos con arreglo a su sentido vulgar, salvo algunas precisiones que se hacen a continuación. El sentido común, que es la base fundamental del Derecho, es el único que puede orillar todas las dificultades.

Se aspira a conseguir el mismo resultado afirmando que “se tiene derecho a...” que consignando que “el Derecho me ampara en...”. En la primera frase, “derecho” es sinónimo de pretensión, en tanto que en la segunda lo es de una “regulación”. Los autores llaman a la pretensión “derecho subjetivo” y a la regulación, “Derecho objetivo”. En este libro se distinguirán las dos acepciones escribiendo “derecho” con minúscula en el primer caso, y el “Derecho”, con mayúscula, en el segundo.

Derecho
objetivo
y derecho
subjetivo

El término actual “Derecho” procede del latín eclesiástico (directum), en el sentido de “dirección”, “camino” o “vía”, pasando a las lenguas románicas o romances, en las que el acto contradictorio de aquél recibe el nombre de “tuerto”, “entuerto” o “torcido” (de tortum).

Sin embargo, el concepto más parecido al de “Derecho” en Roma era conocido con un término no traducible al castellano, y que es el de ius. Al imponerse el término “Derecho”, el de ius quedó relegado al lenguaje técnico, y fue lo que dio lugar a los derivados. Por ello, se habla de “jurista”, “jurisperito”, o “jurisconsulto” en relación con el experto en Derecho, o de “jurisprudencia” en relación a la correspondiente ciencia y con la doctrina de los jueces y juristas.

Derecho
y ius

En consecuencia, siempre que se habla de “jurídico” quiere expresarse algo que se valora o se califica en función de la regulación que se denomina “Derecho” o de la pretensión que se considera “derecho”: “Relación jurídica” es entonces una actuación entre seres humanos que no se considera desde el punto de vista de la sociedad, la moral, la política, etc., sino

Relación
e institución
jurídica

desde el punto de vista del Derecho. Por su parte, “institución jurídica” es la regulación del conjunto que incide sobre un problema humano y al que da solución desde el punto de vista jurídico, como el matrimonio, el contrato, etc.

Fuente
del Derecho
y norma

Otro término de frecuente aplicación es el de “fuente del Derecho”, con lo que se expresa cualquiera de las formas en que se manifiesta, como la ley, la costumbre o la jurisprudencia. A su vez, todas estas manifestaciones son designadas genéricamente como “normas”, lo que es sinónimo de “reglas”.

Historicidad
del Derecho

El Derecho no es sino un instrumento que parte de la sociedad emplea para el gobierno de ésta. Por ello, el estudio profundo de su desenvolvimiento histórico no puede realizarse sino dentro de la Historia general. Sin embargo, al igual que el lenguaje, la ciencia, el arte, etc., ofrece unos caracteres específicos que permiten hasta ciertos límites el estudio autónomo de su desenvolvimiento.

Pero no es en este sentido en el que cabe hablar de “historicidad del Derecho”, sino, sobre todo, en el que la regularización de cada momento es, con mayor o menor fuerza, un producto histórico, que sólo puede ser entendido e interpretado a la luz de su evolución anterior.

Idea y
realidad

El Derecho es en cada momento histórico una “realidad” que experimentan los hombres en su propia carne y, al mismo tiempo, una “idea” que viene expresada en el lenguaje de las normas, y también en los escritos y declaraciones de los distintos componentes de la sociedad, en especial políticos y juristas. “Idea” y “realidad” no concuerdan nunca, y el divorcio más o menos profundo entre una y otra es de la mayor importancia para el juicio valorativo que la Historia debe practicar.

EL DERECHO

CAPÍTULO I

LAS IDEAS JURÍDICAS

I

EL CONFESIONALISMO

En el estadio primitivo de los pueblos no existe el Derecho y la vida de la sociedad se rige por la fuerza física. El Derecho nace cuando determinados grupos de la sociedad, para limitar la primera, recurren a la fe que los hombres depositan en sus visiones o interpretaciones de la divinidad. Por ello, el Derecho se confunde entonces con la religión y la ideología que sostiene esta postura puede calificarse de “confesionalismo”. *Concepto*

El confesionalismo utiliza como medios de actuación la atribución de un carisma al creador de las reglas, o legislador, el hallazgo del reflejo de la voluntad divina en un libro y la asunción de la actividad jurídica por la casta sacerdotal. *Medios*

El primer medio se encuentra entre los tartesios, turdetanos o túrdulos, que debieron de ocupar la zona gaditano-onubense, los cuales atribuyen sus primitivas leyes a Habis, nieto del rey Gargoris a través de una hija que le alumbró como consecuencia de amores incestuosos, y que expuesto por el abuelo a la voracidad de los animales de la selva, perras y cerdas le ofrecen sus ubres, hasta que arrojado al mar en una barquilla es criado por una cierva. El mito tartesio guarda relación en sus elementos con el mito de otros pueblos, como hebreos, persas y romanos. *Tartesios*

El segundo medio se encuentra entre los judíos y los mulsumanes. El ordenamiento de los primeros aparece constituido por el Pentateuco, conocido como la “Ley” (*Torá*) o la “Ley escrita” (*Miqrá*), a la que acompañará su “interpretación” (*Mishná*). El conjunto de la *Mishná* con su “comentario” (*Guemará*), constituye el *Talmud*, base del Derecho hebreo. *Judíos*

Musulmanes

Entre los musulmanes, la voluntad de Dios es la única fuente auténtica del Derecho, y su problema es únicamente el de la forma o formas de revelación, que se resuelve a favor en primer lugar de un libro existente en el paraíso, transmitido a Mahoma, el Profeta o elegido de Dios por un ángel, al principio no identificado, pero que, finalmente, el propio Profeta identifica como Gabriel. El libro se transmite por Mahoma a través de una “recitación” o “lectura” (*Corán*).

Roma y su evolución

El tercer medio es característico de la Roma primitiva. Aunque se ha distinguido entre actos no lesivos para los dioses, integrantes de la religión (*fas*) y actos no lesivos para los hombres, integrantes del “Derecho” (*ius*), se ha considerado que los actos contrarios a uno y otro (*nefas*, *iniuria*) desagradaban a los dioses, por lo que la tarea de interpretar la voluntad de éstos respecto a unos y otros se ha reservado a los sacerdotes (*pontífices*), y la jurisprudencia se ha definido como el “conocimiento de las cosas divinas y humanas”.

El confesionalismo se mantiene entre judíos y musulmanes, lo que explica su estancamiento, en tanto que los romanos se desligan de él, sobre la base de admitir que una parte del *ius* es divino por afectar las relaciones entre los dioses y los hombres, pero que el resto es “humano” y tiene carácter laico. El paso más decisivo lo dan algunos pontífices en el siglo III a. C. al divulgar los conocimientos sobre el *ius*.

Cristianismo

El cristianismo, por su base judaica es confesional y, además, opuesto al Derecho romano, pues éste es obra de los dominadores del Imperio, en tanto aquél nace de los oprimidos en uno de sus dominios. Mientras la nueva doctrina no sale de Judea no se produce ningún conflicto, pero cuando la predicación alcanza la metrópoli y conmueve los cimientos del Imperio da origen a la persecución de los cristianos.

Sin embargo, la incompatibilidad entre el sistema romano y el cristianismo se supera cuando éste pasa de los intuitivos, extranjeros y clases humildes a ser utilizado por mentalidades romanizadas y pertenecientes a clases acomodadas, entre los que destaca Pablo de Tarso, judío de origen, pero ciudadano romano y conocedor de las culturas griega y romana. El primer paso importante se produce cuando los nuevos cristianos reconocen la validez del ordenamiento romano relativo a los particulares, pese a que descansen en bases opuestas, como el reconocimiento de la esclavitud, e, incluso, hasta aceptan el ordenamiento imperial, siempre que éste aparezca desligado de toda consideración religiosa, fundamentándolo en el propio reconocimiento de Jesús a la existencia de dos esferas: la de Dios y la del César.

El proceso de superación concluye cuando los emperadores cesan en la persecución de la nueva religión, e, incluso, terminan por aceptarla, salvo eventuales retrocesos, a partir de Constantino, en las primeras décadas del siglo IV.

El cristianismo se desliga así del confesionalismo, a través de su alianza al Derecho romano, aunque nunca deje de revelar supervivencias a través de la discriminación religiosa, muy fuerte en períodos como el godo y el de los Austrias.

II

EL IUSNATURALISMO MEDIEVAL Y CASTELLANO

Superado el estadio primitivo, los romanos se dedican al desarrollo del “Derecho humano”, que está basado en la voluntad exclusiva de los hombres, agrupados en pueblos o ciudades. Sin embargo, al extender su dominio reconocen con el nombre de “Derecho natural” (*ius naturale*) la existencia de un ordenamiento que, inspirado en la recta razón (*recta ratio*) y conforme con la naturaleza, es superior al de los pueblos e independiente de la voluntad de éstos, los cuales son entonces un “Derecho positivo”, es decir, un Derecho “puesto” (*ius positum*). Bajo el influjo de algunas corrientes filosóficas griegas, como el estoicismo, admiten también que el Derecho no es un fin en sí, sino que es un medio para la consecución de la “justicia”, entendiendo como tal la atribución a cada uno de lo suyo, siendo entonces la “ciencia de lo justo y de lo injusto”.

Roma
clásica

Las referidas ideas no aparecen muy claras, pues el Derecho natural se confunde a veces con el ordenamiento observado por la mayoría de los pueblos o “Derecho de gentes” (*ius gentium*), y otras con el común a todos los seres vivos, es decir, a hombres y animales. Es el cristianismo el que, en coincidencia con el estoicismo, exalta el papel del Derecho natural, pero conectándolo con la Ley de Dios.

Cristianismo

Transmitida la idea del Derecho natural por los godos y decadente en la Alta Edad Media, renace con la escolástica, dirección filosófica que descansa en la obra de Aristóteles, cuyos trabajos principales son admitidos por la Iglesia tras una previa revisión.

Dentro de la escolástica, la concepción más acabada del Derecho se encuentra en santo Tomás de Aquino, en el siglo XIII. El universo en su conjunto aparece ordenado por una “ley eterna”, en la cual participa el

Escolástica

ser humano a través del “Derecho natural”, que se le muestra espontáneamente para cumplir el destino que le ha señalado Dios. El Derecho positivo lo determina el hombre, pero debiéndolo adaptar al Derecho natural, que no está dado solamente para los cristianos, sino para todos los hombres, aunque los primeros disfrutaban particularmente de la “ley divina” para llegar a Dios.

*Iusnaturalismo
castellano*

El “iusnaturalismo”, entendiendo por tal la concepción filosófica que sitúa como base de su pensamiento al “Derecho natural”, en cuanto participación del hombre en la ley eterna de Dios, es continuado en Castilla, principalmente, durante los siglos XVI y XVII.

Los representantes del iusnaturalismo castellano son teólogos de condición religiosa, predominando los dominicos, y, después, los jesuitas, franciscanos, agustinos y carmelitas descalzos. Ocupan cátedras en las universidades, intervienen en las discusiones públicas de la época, participan en las asambleas más importantes y su parecer es requerido para resolver los problemas políticos. Destacan, entre otros, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Alfonso de Castro, Fernando Vázquez de Menchaca, Domingo Báñez, Luis de Malina y Francisco Suárez.

El Derecho es considerado por la Escuela como una parte de la Filosofía moral, a través de la “Justicia”, virtud teologal que se descompone en una justicia “legal”, según la cual los intereses del individuo se subordinan a los de la comunidad; una justicia “distributiva”, por la que beneficios y perjuicios de la comunidad deben ser repartidos equitativamente entre sus miembros, y una justicia “conmutativa”, por la que las prestaciones de los particulares entre sí deben responder a un mismo principio de equidad. La “Justicia” tiene por objeto el “Derecho” (*ius*), que es un orden de la vida humana conforme a un conjunto de leyes naturales y positivas que atienden aquella Justicia. Estas leyes se imponen coactivamente o hay posibilidad de que se puedan imponer.

El Derecho natural y el Derecho positivo no coinciden en su extensión, pues el segundo aspira a regular un gran número de aspectos que son indiferentes para el primero. El Derecho natural es un conjunto de principios a los que el hombre debe adaptar su Derecho positivo. Como consecuencia, la misión de éste es también de carácter ético, con lo que la desobediencia a la ley y el pecado marchan emparejados.

El conocimiento del Derecho natural tiene lugar a través de la razón humana, pero ésta ocupa un pequeño lugar, al disolverse dentro de la gran construcción de la razón de Dios. Por ello, no exige un especial desarrollo, ni tampoco hábito, pues el entendimiento ya está inclinado a reconocer los principios del Derecho natural, con el discernimiento

de lo bueno y lo malo, por lo que aquél es tan exigible a los españoles como a los indios.

El iusnaturalismo medieval cumple la misión de vincular el Derecho romano, que ha renacido en la Edad Media, a la moral predicada por la Iglesia católica. El iusnaturalismo castellano trata de mantener esta situación en la Edad Moderna y sirve ideológicamente la política de los Austrias españoles.

III

EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

El iusnaturalismo con base en la moral católica experimenta una crisis con la postura de Lutero, que sitúa la salvación en la exclusiva voluntad de Dios y reduce la importancia de la actuación del hombre. La posición del fraile alemán no favorece el desarrollo de teorías sobre el Derecho, por lo que en el campo protestante se opera un cierto retorno al tomismo, como sucede en Melanchton.

Lutero

La decadencia del pensamiento español y la superación de la crisis protestante del iusnaturalismo permite el desplazamiento de éste a los países protestantes, como Holanda y Alemania, en los siglos XVII y XVIII.

*Holanda
y Alemania*

El iusnaturalismo europeo y, sobre todo, germano-holandés es una derivación del castellano, al que se encuentran muy ligadas sus primeras figuras, como Grocio. El alejamiento de las bases de partida no tiene lugar hasta que es perceptible la influencia del desarrollo de las matemáticas a través de Galileo y Descartes. A esta influencia responden Hobbes, en Inglaterra; Spinoza, en Holanda, y Christian Thomasio, Samuel Puffendorf y Christian Wolff, en Alemania.

El iusnaturalismo europeo se emancipa de la teología a través de la aconfesionalidad de sus grandes figuras y el Derecho natural deja de ser la participación del hombre en la razón divina para ser una creación humana. Ya no se trata de reconocer el Derecho natural, sino de crearlo, empresa a la que el hombre se siente empujado por los éxitos del método matemático. La figura de Dios no es negada, sino matematizada, en el sentido de admirar en él por encima de todo su condición de gran ordenador del universo, a través de la metáfora del “Gran Relojero”.

El Derecho natural se configura como algo que se puede determinar matemáticamente o *mos geometricus* y gana en extensión. No se trata de principios, sino de determinar a través de él todo el sistema. El Derecho se aleja de la Moral, pues ésta afecta a lo íntimo del individuo y le exige actúe conforme al principio positivo de que debe hacer para sí lo que quiere que hagan los demás consigo, en tanto que aquél se limita a las relaciones externas, bastando con que actúe conforme al principio negativo de que no haga a los demás lo que no quisiera que éstos le hicieran a él.

Enciclopedia
mo

El iusnaturalismo se desplaza dentro del siglo XVIII hacia Francia, donde desemboca en el “enciclopedismo” o “iluminismo”, que actúa en la política a través, fundamentalmente, de la teoría del “contrato social”, del ginebrino J. J. Rousseau, y en el campo penal a través de un movimiento de humanización, a través del italiano César de Beccaria.

El iusnaturalismo europeo ha tratado de superar la crisis religiosa del siglo XVI independizando el Derecho de la Moral y configurándolo como fruto de la Razón, entendiendo ésta a la manera cartesiana, lo que ha permitido el desarrollo de las nacionalidades.

España

No participando España de la crisis producida por la Reforma, ofrece gran resistencia a la penetración del iusnaturalismo europeo, que se produce tardíamente a finales del siglo XVIII, a través de las ideas de la Enciclopedia y se desarrolla en los siglos XIX y XX.

IV

EL POSITIVISMO

Kant

El iusnaturalismo racionalista llega triunfante a los albores del siglo XIX, en que produce sus mejores frutos, pero se encuentra minado por la postura crítica de Kant frente a la “razón pura”, que priva a ésta de su carácter mítico y la devuelve a los cauces de lo falible. El Derecho natural es representado por su valor formal, en cuanto proporciona un criterio para sistematizar u ordenar, pero no se le reconoce como la única y segura fuente del ordenamiento jurídico.

Historicismo

La vacilación del iusnaturalismo en el terreno ideológico, provocada por el criticismo kantiano, es aprovechada por las corrientes “historicistas” que, cansadas de la tiranía de la generalización y la abstracción,

buscan descanso en la individualización y concreción ofrecidas por la Historia. Ésta, a su vez, ha ganado aptitud para ser el anhelado refugio, porque, contagiada del método de las ciencias naturales, ha dejado de ser un género narrativo o estético, para intentar convertirse en una ciencia.

El impulso del movimiento historicista en el campo jurídico corre a cargo del alemán Federico Carlos de Savigny y el nuevo movimiento jurídico, conocido como “Escuela histórica del Derecho”, deja de concebir a éste como un producto de la razón individual, para configurarlo como creación espontánea del pueblo o de los pueblos, que reflejan en él su propio “espíritu popular” o “nacional” (*Volksgeist*).

*Escuela
histórica*

La Escuela histórica nace al servicio del nacionalismo alemán, al que se cree en peligro a principios del siglo XIX, frente a la expansión francesa. Por ello, una rama de la Escuela estudia el antiguo Derecho de los germanos, pero dada su condición primitiva la Escuela se ve precisada a orientarse nuevamente hacia el Derecho romano, al que trata de nacionalizar. Para justificar esta dirección entiende que el espíritu nacional no es exclusivamente el determinado por el pueblo en general, sino el aportado por sus técnicos o juristas.

A través del cambio de rumbo, la Escuela histórica del Derecho desemboca en la elaboración de un Derecho erudito y se transforma en la “pandectística”, llamada así porque aspira a ofrecer la totalidad del Derecho en forma sistemática, como en un nuevo tratado de lo que los romanos conocían como *Pandectas*. Esta aspiración es común con la sentida por el iusnaturalismo racionalista, de quien se separa en que no cree poder hacerlo con el simple auxilio de la razón humana, sino que necesita de la aportación decisiva de la ciencia.

Pandectística

Con el pandectismo se desemboca en el “positivismo”, que, excluyendo o negando el Derecho natural, confía encontrar en el Derecho “positivo” o en la propia ciencia jurídica la solución de todos los problemas jurídicos.

Positivismo

El positivismo jurídico, creación de profesores o teóricos del Derecho, descansa primitivamente en la exaltación de una función intelectual, como es el “concepto”, por lo que se habla de una “jurisprudencia de conceptos”, con arreglo a la cual el juez no trata tanto de intervenir entre seres humanos, como entre objetos de una relación jurídica, tratada científicamente.

*Jurisprudencia
de conceptos*

La anterior tendencia suscita la reacción de los que desean que el juez al intervenir considere a las personas como seres humanos concretos y tenga en cuenta los intereses humanos que están en juego, tenden-

*Jurisprudencia
de intereses*

cia a la que se denomina “jurisprudencia de intereses”, y cuyo origen se encuentra en el romanista alemán del siglo XIX Rodolfo Ihering.

*Escuela
analítica*

Aunque el positivismo nace al lado de sistemas que no son utilitaristas, despierta la atención de estas corrientes en Inglaterra, las cuales identifican lo bueno con lo útil o con lo que proporciona placer, cuya principal representación se encuentra dentro del siglo XIX en Jeremías Bentham. En contacto con la pandectística, el utilitarismo da lugar a la “jurisprudencia analítica”, muy ligada a la jurisprudencia conceptual.

*Positivismo
hispánico*

El positivismo ha estado presente como realidad no ideológica de la historia española. En Roma, abandonado el confesionalismo inicial, y dejando aparte las concesiones a un incipiente iusnaturalismo, ha imperado en muchas ocasiones, pues se ha considerado *ius* lo que ha otorgado el ordenamiento jurídico o lo que ha tutelado el magistrado, siempre por razones de oportunidad política y con independencia de cualquier otro elemento no jurídico. Algo parecido ha sucedido en la Edad Media española, sobre todo en su primera parte, cuando sin tratamiento filosófico hasta que aparece la escolástica, el Derecho ha descansado en la violencia ejercida por el individuo y su grupo familiar, con autorización del rey o del reino.

Sin embargo, como postura ideológica, el positivismo se detecta en pocas figuras, dentro de las que cabe destacar a Pedro Dorado Montero.

*España con-
temporánea*

En los siglos XIX y XX hay influencia notoria de Bentham, a través de Ramón Salas y Toribio Núñez; de Ihering y de la pandectística en general, pero en el aspecto técnico más que en el propiamente filosófico. La influencia más intensa es la del historicismo, pero también en este caso desprovista de positivismo, pues se concilia con el cristianismo y con el iusnaturalismo. La influencia historicista, como, sobre todo, en Cataluña, a través de Durán y Bas, recae en los territorios que desean en los siglos XIX y XX un resurgimiento de sus antiguos ordenamientos frente al que consideran que es una imposición de Castilla. La influencia se explica por el carácter nacionalista del primitivo historicismo alemán, el cual puede ser utilizado para apoyar los regionalismos hispánicos frente al poder central.

V

LAS CORRIENTES ANTIPOSITIVISTAS

El positivismo suscita diversas corrientes contrarias, que entre sí ofrecen a su vez grandes diferencias, pero que coinciden en considerar que la solución de todos los problemas jurídicos no puede encontrarse en los ordenamientos jurídicos positivos, habiendo de recurrirse a otros órdenes o fuerzas.

El panorama ideológico no positivista en los siglos XIX y XX es muy complejo, sin que España esté presente en gran parte de las corrientes. La más persistente por su tradicionalismo es la del iusnaturalismo escolástico, que se inicia en la primera mitad del siglo XIX con figuras poco brillantes, como las de Ortí y Lara y Rodríguez de Cepeda. *Escolasticismo*

La mayor importancia del iusnaturalismo clásico se produce en Europa, tras la actividad legisladora del papa León XIII, con el neotomismo y en él participan católicos y protestantes. El neoescolasticismo experimenta diversas renovaciones en España, imponiéndose tras la guerra civil de 1936-1939, observándose entonces sólo distintos matices por el aprovechamiento de las distintas corrientes del catolicismo, incluido el de corte existencialista. *Neotomismo*

El iusnaturalismo racionalista tiene poca repercusión, aunque está presente en figuras como Antonio Alcalá Galiana, e influye decisivamente en la realidad jurídica. *Racionalismo*

Destaca, sin embargo, en España, otra teoría que contribuye al renacimiento del Derecho natural, y que es la debida al filósofo alemán Krause, quien en la primera mitad del siglo XIX intenta una superación del panteísmo. Pese a lo oscuro de su formulación, alcanza notable expansión en España a través del movimiento de la Institución Libre de Enseñanza, a lo que contribuye su utilización del Derecho natural, así como que, en el terreno de lo jurídico, la oscuridad del filósofo alemán queda superada por la claridad de los discípulos, como Ahrens y Ti-berghien. Entre los krausistas puede citarse a Sanz del Río, Giner de los Ríos, Joaquín Costa, Gumersindo Azcárate y Adolfo Posada. *Krausismo*

El idealismo de Hegel encuentra seguidores en Fabié, Pi y Margall y Castelar, pero cede ante el triunfo del krausismo. El neokantismo o neocriticismo recurre al Derecho natural, pero como forma desprovista de contenido y que puede ser aplicado a cualquier ordenamiento posi- *Idealismo y neokantismo*

vo. Tiene algunos seguidores en España a través de Rodolfo Stammler, pero sin alcanzar tampoco gran importancia.

*Marxismo
y otros*

Otras teorías de transcendencia mundial, como el marxismo, la fenomenología y la filosofía de los valores, el estructuralismo, etc., no han encontrado todavía seguidores de importancia.