

SUPUESTOS TEOLÓGICO-POLÍTICOS DE LA IDEA DE ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. SENTIDO Y SUPUESTOS DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO COMO ORDENAMIENTO

El Derecho en cuanto fenómeno histórico-cultural constituye el resultado de un complejo proceso a través del cual —y bajo el impulso y las exigencias de una pluralidad de factores (entre ellos la justicia y la seguridad jurídica en cuanto fines del Derecho)— dicho Derecho se ha ido desarrollando y perfeccionando.

Desde nuestro específico punto de vista ese proceso de desarrollo y perfección del Derecho presenta una doble dimensión, material y formal.

Desde una perspectiva material el Derecho ha experimentado, en términos generales, un proceso de depuración y perfeccionamiento ético-material de sus contenidos en virtud del progresivo descubrimiento, reconocimiento y protección por parte del mismo Derecho de las exigencias de la justicia y de los derechos fundamentales de la persona humana. Como consecuencia de ello el Derecho se ha ido haciendo, progresivamente, más humanitario, justo y legítimo.

Desde el punto de vista formal, y bajo las exigencias, en especial, de la seguridad jurídica, el Derecho ha sufrido un proceso paralelo de perfección formal y técnica, de «corrección estructural» (Radbruch) que, por lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, se ha concretado en la articulación del Derecho como ordenamiento jurídico; esto es, en la configuración del Derecho como un sistema de normas, unitario y jerárquico, en el que la validez de cada una de las normas se explica y se justifica en virtud de su conexión, inmediata o mediata, con la norma suprema de dicho sistema.

Los factores que han inspirado, impulsado y conformado la articulación del Derecho como ordenamiento han sido múltiples y complejos. A ello han contribuido de modo especial y en diferentes momentos de la historia tres ideas capitales pertenecientes, respectivamente, a los ámbitos

de la Teología, la Política y el Derecho mismo. Dichas ideas o conceptos han sido:

1. La idea-creencia propia de la *religión judeo-cristiana* —uno de los pilares fundamentales de la cultura occidental, junto con la filosofía griega y el Derecho romano (Zubiri)— de la *existencia de un único Dios, creador y ordenador (legislador) del universo*, y la consiguiente configuración de la noción de «Reino de Dios» como modelo o arquetipo del orden político y jurídico (M. García Pelayo). (*Supuestos teológico-políticos*).

2. La *idea de soberanía* como categoría central de la moderna Filosofía política y su configuración como elemento esencial, constitutivo, del Estado (construcciones de Bodino y Hobbes). (*Supuestos filosófico-políticos*).

3. La *idea de seguridad jurídica* como fin del Derecho según los planteamientos de la Filosofía del Derecho, en especial de la Filosofía jurídica positivista. (*Supuestos filosófico-jurídicos*).

Las líneas que siguen se van a centrar exclusivamente en la consideración de los «supuestos teológico-políticos» que están en la base y explican el proceso de la articulación del Derecho como ordenamiento jurídico.

II. SUPUESTOS TEOLÓGICO-POLÍTICOS FUNDAMENTALES:

EL MONOTEÍSMO Y SU REFLEJO EN EL ORDEN SOCIAL, POLÍTICO Y JURÍDICO

Se ha indicado que las categorías y conceptos fundamentales de la teoría política y jurídica son, en gran parte, ideas teológicas secularizadas¹. Entre esos conceptos políticos y jurídicos se halla la noción de ordenamiento jurídico, la cual encuentra una clara raíz y fundamentación teológica en los principios fundamentales de la religión cristiana. Entre dichos principios deben destacarse al respecto los siguientes:

1. La creencia en un solo Dios, trascendente y distinto del mundo, creador y ordenador del universo, y juez supremo.

2. La distinción entre el orden espiritual (lo que corresponde a Dios) y el orden político temporal (lo que es del César) (Mt 22, 15 y ss.), aconte-

1 C. Schmitt, «Teología política», en *Estudios políticos*, trad. esp. de F. Javier Conde, Ed. Doncel, Madrid 1975, p. 65. Véanse las pp. 65 a 67 y 74 a 79; *Catolicismo y forma política*, estudio preliminar, trad. esp. y notas de C. Ruiz Miguel, Ed. Tecnos, Madrid 2000, pp. 26, 27, 37 y 38; M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político (Estudio sobre las formas políticas de la Alta Edad Media)*, en *Obras Completas*, t. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 741, 903 y 904; H. Ber-man, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. esp. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México 1996, pp. 177 y ss., 197 y ss., 207 y ss.

cimiento auténticamente revolucionario para su época que supuso la «desacralización» (secularización) del poder político².

3. La idea de que todo poder viene de Dios (Jn 19, 10-11) y, por tanto, la obligación moral del cristiano de obedecer al poder civil (Pe, Carta I, 2, 13 y ss.). Para el cristianismo todo gobernante es un delegado de Dios cuya tarea es crear un orden de vida temporal que permita la convivencia pacífica entre los hombres y la santificación y la salvación de sus almas.

4. Ese orden temporal —y en ello estriba en gran medida la legitimidad del gobernante— debe estar en armonía (ser coherente) con el orden de la creación impuesto por Dios pues «hay que obedecer a Dios antes que a los hombres» (Hch 5, 29-30).

El monoteísmo cristiano, la creencia en un único Dios, impulsó un movimiento centrípeto en la humanidad cuyo eje fue la exaltación de la idea de unidad frente a la de pluralidad. La unidad era el principio constitutivo del universo y, de modo análogo, lo era también de las diferentes partes que lo integraban³. El cristianismo inspiró e impulsó así un proceso de unificación de la humanidad, de mayor alcance y profundidad que el formulado y promovido por el estoicismo, y que se proyectó en los ámbitos espiritual, político y jurídico⁴. En correlación con la idea de un único Dios (*Deus*), surgieron las ideas y aspiraciones de un único pueblo (*Populus*), de un único pastor o gobernante (*Rex, Imperator*) y de un único orden moral y jurídico (*Lex*) que se plasmarían en la nueva realidad espiritual y política que constituyó la Cristiandad (*Christianitas* o *Respublica Christiana*), ensayo de realizar en la tierra la idea del Reino de Dios, configurada como arquetipo político⁵.

2 La respuesta de Cristo a la pregunta de si era lícito pagar el impuesto al César («dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios»), comenta R. Fernández-Carvajal, «introduce en la historia la escisión entre los dos reinos del poder y del espíritu, ignorada hasta entonces. Probablemente —añade Fernández-Carvajal— no haya habido, en su brevedad y sencillez, ningún acontecimiento político más trascendente que este». R. Fernández-Carvajal, *Curso fundamental de Ciencia Política*, Tema primero («Panorama general de las formas científicas y no científicas del pensamiento político»). Curso 199..., Murcia. Texto mecanografiado, p. 81.

3 O. von Guericke, *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, trad. esp. de P. García Escudero, Estudio preliminar de B. Pendás, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, pp. 72 y ss., 74 y ss.

4 *Ibid.*, pp. 75 a 77.

5 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 741 y ss., 777 y ss. Sobre la exaltación de la idea de unidad y la correlación entre monoteísmo y monarquía universal, véanse las observaciones de A. von Martin, *Sociología de la cultura medieval*, trad. esp. y notas de A. Truyol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1970, pp. 39 a 41, 65 y 66.

III. TEOLOGÍA Y UNIDAD DEL ORDEN POLÍTICO

1. *La cristiandad como nueva realidad espiritual y política*

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente (año 476) los reinos germánicos vinculados al mismo como aliados (*foederati*) o amigos (*amici*) se convirtieron *de iure* en reinos independientes⁶. Con ello se inició un período de la historia del mundo occidental confuso e inseguro en donde lo más firme y permanente fue el vínculo de la fe cristiana, la unidad religiosa consecuencia de la cristianización del Imperio y de los pueblos bárbaros. La Iglesia, en virtud de su prestigio y vigor espiritual así como de la superior preparación del clero en el orden cultural y administrativo, ocupó entonces una posición preeminente asociándose a la realeza en la administración y gobierno de los reinos. Como consecuencia de todo ello el hueco dejado por la desaparición del Imperio fue cubierto por una nueva realidad social, espiritual, cultural y política: la Cristiandad, denominada también *Respublica Christiana* o *Civitas Christiana*.

A pesar de la desaparición del Imperio y de la fragmentación política de Occidente la Cristiandad entrañaba la idea, el designio, de unidad y universalidad. La Cristiandad, explica Gierke, constituyó la culminación de una línea de pensamiento político que vio en la misma una comunidad instituida por el mismo Dios y comprensiva de toda la humanidad⁷. Se trataba de una nueva realidad religiosa, cultural y política cuya última finalidad y sentido era realizar en la tierra un orden de vida cuya plenitud sólo existía en los cielos: el Reino de Dios⁸. La Cristiandad constituía una realidad social de carácter comunitario articulada en dos órdenes, el espiritual (*Sacerdotium*) y el temporal (*Regna, Imperium*)⁹, y cuya estructura no era rígida, cerrada y excluyente como la de la antigua polis, sino elástica y flexible. Consistía en una unidad de orden llamada a extenderse y a abarcar a toda la humanidad y cuyos vínculos de unión fueron fun-

6 A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional público*, 3.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid 1970, p. 138; *Historia del Derecho internacional público*, trad. esp. del francés de P. García Picazo, Ed. Tecnos, Madrid 1998, p. 31. Véase también G. Stadtmüller, *Historia del Derecho internacional público*, Parte I (-Hasta el Congreso de Viena, 1815-). Trad. esp. de F. J. Jardón Santa Eulalia, revisión, notas y bibliografía adicional de A. Truyol y Serra, Ed. Aguilar, Madrid 1961, pp. 37, 38, 40 y 41.

7 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 69 y 70.

8 M. García Pelayo, *o. c.*, p. 798 y ss.

9 O. von Gierke, *o. c.*, p. 78 y ss.; G. Stadtmüller, *o. c.*, pp. 70 y ss., 74 y ss.; H. Berman, *o. c.*, p. 101.

damentalmente la fe (*Fides*) en el único Dios y la caridad (*Charitas Christiana*)¹⁰.

Desde el punto de vista espacial la Cristiandad no constituía una entidad con fronteras territoriales fijas sino variables. La Cristiandad era simplemente el espacio donde regía la *libertas* cristiana (*Civitas Dei*) en oposición dialéctica, de lucha incluso, al espacio donde imperaba el paganismo (*Civitas diaboli*), el cual se configuró para la Cristiandad como tierra de misión y de conquista¹¹.

La Cristiandad, en cuanto realidad política, no constituyó en ningún momento un superestado sino una familia de Estados, un cuerpo social (una comunidad orgánica) que acabó articulándose en una estructura jerarquizada y compleja (reinos, ciudades libres...) bajo la dirección bicéfala, más moral que efectiva, del Papa y del emperador¹².

2. *La organización y forma política de la Cristiandad*

En orden a su operatividad y eficiencia la Cristiandad o *Respublica Christiana* requería una adecuada vertebración y articulación política y jurídica que le permitiese actuar de modo coordinado y eficaz en el cumplimiento de sus fines. Ello exigía lógicamente un único gobierno (*Principatus*) y un único orden jurídico (*Lex*)¹³. Y esto planteaba un doble problema: De un lado, la fijación de la forma política de la Cristiandad; de otro lado, la determinación del órgano a quien correspondía la suprema dirección de la misma.

A) *El problema de la forma política de la Cristiandad: la restauración del Imperio*

La noción, de carácter jurídico-político, de Reino de Dios implicaba la idea de que Dios, creador y ordenador del mundo, era también su rey. Todo lo creado estaba sometido al gobierno de Dios y era regido por una sola ley establecida por Él, que dirigía tanto el mundo físico natural como el orden histórico-social en el que el hombre desenvolvía su existencia¹⁴.

10 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 18 y ss.; C. Schmitt, *Catolicismo y forma política*, cit., p. 40; A. von Martin, *o. c.*, pp. 41 y ss., 45 y ss., 48 y ss., 50 y ss. y 65; F. J. Conde, *Teoría y sistema de las formas políticas*, 4.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1953, pp. 132 y ss.

11 Así aparecería la idea de «Guerra Santa», de Cruzada, *vid.* M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 790 y ss., 861 y ss.

12 O. von Gierke, *o. c.*, p. 117 y ss.; A. Truyol y Serra, *Historia del Derecho internacional público*, cit., pp. 32 y 49.

13 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 76 y 77.

14 *Ibid.*, p. 72 y ss.; M. García Pelayo, *o. c.*, p. 745 y ss.

La idea de Dios como rey del universo operó como paradigma del orden político elevando la monarquía —reflejo del gobierno de Dios sobre el mundo— a al condición de la mejor forma política. Se entendió así que la monarquía era la institución más adecuada a la condición humana y que por ello era la forma política que debía adoptar todo reino o señorío, tanto temporal como espiritual¹⁵.

En la Cristiandad —sometida en el orden espiritual a la jurisdicción universal del Papa— no se había extinguido la idea de unidad política; pervivía la idea de Imperio¹⁶. Como ya se ha indicado, tras el hundimiento del Imperio Romano de Occidente, el Papa, en virtud de su autoridad moral, pudo obtener la asistencia y colaboración de los reyes bárbaros convertidos al cristianismo —en especial de los francos y los longobardos— y, de acuerdo con ellos, trató de establecer y garantizar un orden de convivencia en el Occidente europeo. Con todo la situación no era satisfactoria. De un lado, los reyes germanos se consideraban delegados del emperador y entendían que el trono imperial estaba vacante¹⁷. De otro lado, la misma Iglesia veía que la mejor fórmula política para articular y ordenar adecuadamente la Cristiandad era la constituida por la idea de Imperio o monarquía universal, noción de inspiración netamente cristiana¹⁸. De ahí que la misma Iglesia impulsase la restauración del Imperio.

El Papa, para mantener el orden y la paz en el Occidente europeo, había contado con la colaboración de los pueblos germánicos cristianizados y, de modo especial, con el reino franco. Los francos contribuyeron de forma decisiva a la defensa de la Cristiandad frente a la amenaza del Islam. De un lado, un ejército franco, bajo el mando de Carlos Martel, derrotó a los sarracenos en la batalla de Poitiers (año 732), deteniendo así el avance de la invasión árabe. De otro lado, el reino franco, mediante la donación del exarcado de Rávena a «San Pedro» y no a Bizancio, colaboró en la fundación del Estado Pontificio (año 756). Por ello nada tiene de extraño que, decidida la Iglesia por la fórmula política de la restauración imperial, el papa León III coronase al rey de los francos, Carlomagno, como emperador de los romanos (*Imperator romanorum*). Ello tuvo lugar el día de Navidad del año 800. Con este acto reaparecía en la escena política la institución imperial que años después adoptaría el nombre de Sacro

15 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 131 y ss., 134 y ss.

16 R. Mousnier, *La monarquía absoluta en Europa del siglo v a nuestro días*, trad. esp. de B. Moreno Carrillo, Taurus Ed., Madrid 1986, pp. 28 y ss., 31 y ss.; A. von Martin, *o. c.*, pp. 65 y 66.

17 R. Mousnier, *o. c.*, pp. 32 a 34; véase también G. Stadtmüller, *o. c.*, p. 72 y ss.

18 P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. de J. Santa Cruz Teijeiro, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, pp. 69 y 72.

Imperio Romano¹⁹. Koschaker ve en este acontecimiento el momento del nacimiento de Europa como entidad político-cultural diferenciada²⁰.

Malograda la primera restauración imperial (Imperio Carolingio) a causa de las divisiones y luchas internas entre los sucesores de Carlomagno (Tratado de Verdún del año 843), el Imperio fue restablecido en el año 962 por Otón I el Grande, rey de Germania. El nuevo Imperio, que más tarde pasaría a denominarse «Sacro Imperio Romano Germánico», permanecería dirigido por distintas dinastías alemanas hasta su abolición, en 1806, por Napoleón Bonaparte²¹.

El Imperio, políticamente débil (el Imperio nunca estuvo centralizado, careció de una capital fija —la corte imperial fue siempre una corte itinerante—, en ningún momento dispuso de ejército ni de recursos económicos propios²²), no supuso, nos dice Koschaker, la renovación del antiguo Imperio Romano sino la aparición de un nuevo *Imperium Christianum*, con elementos germánicos y romano-cristianos, que simbolizó el ideal cultural que entrañaba el mundo occidental, Europa²³, y cuyo último gran paladín fue Carlos V²⁴. Dicho Imperio, carente, como ya se ha indicado, de cohesión y solidez, constituyó un entramado que se sustentaba, de un lado, en la alianza entre el Papa y el emperador y, de otro lado, en la unión del emperador y los obispos alemanes. El poder del emperador fue, salvo en Alemania, Borgoña y la mayor parte de Italia, un poder más moral (*auctoritas*) que real y efectivo (*potestas*). Dicho poder no se ejerció directamente sobre el conjunto de los cristianos sino sobre los monarcas y ciudades libres que estaban subordinados al emperador en virtud del vínculo feudal. Más eficaz fue, por el contrario, el poder espiritual del Papa que se extendía a todos

19 En relación con la restauración imperial explica Berman: «El imperio no era un entidad geográfica, sino una autoridad militar y espiritual. No fue llamado Imperio romano hasta el año 1034, y no se le llamó Sacro Imperio Romano sino hasta 1254», o. c., p. 99. Véase también G. Paccioni, *Breve Historia del Imperio Romano narrada por un jurista*, trad. esp., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1944, p. 251 y ss.; P. Koschaker, o. c., pp. 39 y 40, 43 y ss.; A. Truyol y Serra, *Fundamentos del Derecho internacional público*, cit., pp. 138 y 139; *Historia del Derecho internacional público*, cit., p. 31; G. Stadtmüller, o. c., p. 73 y ss.

20 P. Koschaker, o. c., pp. 27 y ss.

21 G. Stadtmüller, o. c., pp. 73 y 74; A. Truyol y Serra, *Fundamentos del Derecho internacional público*, cit., pp. 138; *Historia del Derecho internacional público*, cit., p. 31 y ss.; R. Mousnier, o. c., p. 97 y ss.

22 G. Paccioni, o. c., p. 253 y ss.; R. Mousnier, o. c., p. 35 y ss.

23 P. Koschaker, o. c., pp. 18 y ss., 43 y ss., 54 y ss., 57 y ss., 61 y ss. y 72.

24 R. Menéndez Pidal, *La idea imperial de Carlos V*, 4.ª ed., Ed. Espasa-Calpe (col. Austral), Madrid 1955, pp. 11 y ss. y 35; O. von Habsburg, *Carlos V, un emperador para Europa*, trad. esp. de P. Burgos Checa, Ed. EDAF, Madrid 1992, en especial, pp. 261 y ss., 271 y ss.; M. Fernández Álvarez, *Carlos V, el César y el hombre*, 5.ª ed., Fundación Académica Europea de Yuste y Espasa, Madrid 2000, p. 184 y ss.

los bautizados, con independencia de la jurisdicción temporal a la que estuviesen sometidos ²⁵.

Con la restauración del Imperio la Iglesia persiguió una doble finalidad:

1. En el orden interno, dotar a la Cristiandad de una estructura política que permitiese facilitar y hacer posible la paz y la unidad entre los cristianos, garantizando el orden y la justicia.

2. En el orden externo, asegurar la defensa de la Cristiandad frente a las amenazas e incursiones de los infieles y acabar con las pretensiones de los emperadores de Oriente respecto a Occidente ²⁶.

B) *El problema del gobierno y de la dirección política de la Cristiandad*

La determinación de a quién correspondía en última instancia el gobierno y dirección de la Cristiandad constituía un problema cuya solución distaba de ser sencilla. La Cristiandad se había articulado en torno a la diarquía constituida por los poderes universales del Papa y del emperador. Aunque desde el punto de vista teórico la jurisdicción del Papa (orden espiritual) y la del emperador (orden temporal) podían parecer claramente definidas en virtud del principio evangélico que distinguió entre lo debido al César y lo debido a Dios, en el orden práctico la diferenciación fue difícil ²⁷. Entre ambos poderes surgieron pronto injerencias recíprocas y conflictos de jurisdicción a los que no fue ajena la pretensión tanto del emperador como del Papa de asumir de modo exclusivo el poder supremo (*plena potestas*) de dirección y gobierno y de la Cristiandad ²⁸.

La clave de la confusión y de los conflictos a la hora de definir y concretar las específicas jurisdicciones de los poderes espiritual y temporal la encontramos en el plano de las ideas filosóficas y teológicas; concretamente, como ha indicado F. Javier Conde, en el modo de entender la relación existente entre la actividad creadora de Dios (Dios crea el mundo *ex nihilo*) y el orden político, como parte de la realidad creada por Dios ²⁹. La

25 A. Truyol y Serra, *Fundamentos del Derecho internacional público*, cit., p. 138 y ss.; *Historia del Derecho internacional público*, cit., p. 32.

26 G. Pacchioni, o. c., p. 251 y ss.; P. Koschaker, o. c., pp. 39 y 40; R. Mousnier, o. c., pp. 31 y 37.

Respecto de las razones del Papado para desvincularse del Imperio de Oriente, *vid.* W. Ullmann, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, trad. esp. de G. Soriano, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1971, pp. 109 a 112.

27 W. Ullmann, o. c., pp. 94 a 100.

28 O. von Gierke, o. c., p. 67 y ss.; A. von Martin, o. c., pp. 42, 52 y ss., 56 y ss.

29 F. J. Conde, o. c., p. 134 y ss.

interpretación de esa relación fue plural y compleja y originó tres formas distintas de entenderla que dieron lugar, a su vez, a tres teorías políticas que (en diferentes momentos de la historia) jugaron un papel decisivo en el curso del desenvolvimiento de las ideas y de los acontecimientos políticos. Dichas teorías políticas, de modo sucesivo, concibieron y explicaron la realidad política de tres formas diferentes. El contenido de esas concepciones puede resumirse así:

1. La realidad política como «reflejo» de la realidad trascendente.
2. La realidad política como realidad sustantiva.
3. La realidad política como realidad sustantiva «de suyo» y, por ello, secularizada ³⁰.

Veamos separadamente la significación y alcance de cada una de estas teorías.

- a) La realidad política como «reflejo» de la realidad trascendente.
Significación del «agustinismo político»

1. Supuestos filosófico-teológicos de la absorción del orden temporal por el orden espiritual

A) Desde los supuestos del pensamiento de san Agustín —de su neoplatonismo y del providencialismo de su teología de la historia ³¹— no siempre rectamente entendido en toda su complejidad y plenitud, se pensó que la realidad empírica —y con ella la realidad política— no era más que una sombra o reflejo de una realidad superior y trascendente: *las ideas eternas de Dios*. De este modo se creyó que el orden político u orden temporal no era una realidad sustantiva con fines propios que cumplir sino una realidad simbólica, mero reflejo de la realidad trascendente divina: simple reflejo de la Ciudad de Dios o Reino de Dios hacia cuyo advenimiento y realización se encaminaba la historia de la humanidad bajo la guía providente de Dios ³². De este modo lo que en san Agustín era mera tendencia a referir el orden natural al sobrenatural, en el entendimiento de que la realidad natural sólo alcanzaba su perfección y firmeza en la medida en que se aproximaba o acusaba la presencia de la realidad sobrenatu-

³⁰ *Ibid.*, pp. 136 y ss., 142 y ss., 145 y ss.

³¹ Lucha entre la Ciudad de Dios (*Civitas Dei*) y la Ciudad terrena (*Civitas diaboli*), que culminará en la venida y realización del Reino de Dios. Vid. A. Truyol y Serra, *El Derecho y el Estado en san Agustín*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1944, pp. 171 y ss.

³² M. García Pelayo, o. c., p. 777.

ral³³, los epígonos de san Agustín, la corriente de pensamiento que se conoce con el nombre de *agustinismo político*, simplificando y deformando el pensamiento de san Agustín, postularon la disolución e integración del orden político temporal (comunidad política) en el orden sobrenatural de la Iglesia, configurándose la Iglesia como una corporación única y total que abarcaba en su seno el orden político y social³⁴.

Absorbido el orden político temporal por el orden sobrenatural la comunidad política terrena (*civitates, regna, Imperium*) perdió toda su autonomía y significación propias³⁵, convirtiéndose en un mero instrumento de la Iglesia para la realización del Reino de Dios³⁶. Con ello desaparecía toda distinción o separación —formulada por el mismo Cristo— entre el orden espiritual y el orden temporal³⁷. García Pelayo explica así la nueva situación: «Consecuencia de la absorción del orden natural por el sobrenatural fue la afirmación de que, desde Cristo, la única forma verdadera de comunidad humana es la Iglesia, es decir, la manifestación o figura terrenal del Reino de Dios, de manera que una comunidad política al margen de la Iglesia carece de derecho a la existencia (...) Y añade: no cabe hablar de una dominación del Estado por la Iglesia sino de una integración del orden político en la Iglesia única, compuesta por todos los cristianos, clérigos y laicos, no concebidos como sociedades o entidades diversas sino como órdenes distintos dentro de una misma y única sociedad. Bajo estos supuestos —añade García Pelayo—, se consolida la concepción ministerial del poder político iniciada por san Pablo y san Pedro, según la cual el poder es ejercido como *ministerium* de Dios, y que ahora se precisa en el sentido de que es un *officium* de la Iglesia y no un beneficio de su portador»³⁸.

Desde estos supuestos la Cristiandad se identifica así con la Iglesia, entendida en sentido amplio, la cual constituye una comunidad de pueblos cristianos, un *corpus* en donde se amalgaman lo religioso y lo político (*Imperium y regna*) y que posee dos *officia*, el espiritual servido por el

33 La perfección y firmeza del orden de la sociedad política por su referencia al orden sobrenatural significa que la paz y la justicia de dicha sociedad sólo serán auténticas y firmes en la medida en que esa sociedad trascendiendo a la inestabilidad, «a lo perecedero de las formas creadas por el ser perecedero que es el hombre, se integra en principios cristianos y en el modelo de la eterna ciudad celeste (...) sólo articuladas al orden cristiano, la paz y la justicia serán firmes, sólidas y ciertas». M. García Pelayo, *o. c.*, p. 770. *Vid.* pp. 771 y 777.

34 *Ibid.*, pp. 771 y 886.

35 F. J. Conde, *o. c.*, p. 139 y ss.

36 O. von Gierke, *o. c.*, p. 81 y ss.

37 F. J. Conde, *o. c.*, pp. 140 y 141; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 94 a 100; H. Berman, *o. c.*, p. 101.

38 *O. c.*, p. 771. Véase la p. 808 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 28, 37 y ss.

sacerdocio y el secular ejercido por la realeza³⁹. En cualquier caso el poder y la organización política están al servicio de Dios. Su tarea es realizar y garantizar por medios políticos la paz y la justicia contribuyendo a la venida y triunfo del Reino de Dios en la Tierra⁴⁰.

B) La absorción del orden político natural por el orden sobrenatural tuvo una doble consecuencia:

De un lado, ello supuso el abandono de la tesis formulada por el mismo Cristo de la separación de los órdenes temporal (lo que corresponde al César) y espiritual (lo que es propio de Dios). Dicha doctrina había sido subrayada por la patrística, y de modo especial por san Agustín —enemigo de la vinculación de la Iglesia a los intereses políticos y de la existencia de una monarquía universal o Imperio⁴¹— y reiterada en el siglo v por el papa Gelasio I, en su «Teoría de las dos espadas»⁴².

De otro lado, la disolución e integración del orden político en el orden espiritual de la Iglesia supuso la configuración de la Cristiandad como una entidad patológica constituida por dos cuerpos siameses: la Iglesia y el Imperio.

La condición patológica de la Cristiandad configurada por el agustinismo político se hizo patente, utilizando la terminología médica, tanto en el plano anatómico o morfológico como en el fisiológico o funcional.

En el orden morfológico la conformación patológica de la Cristiandad se puso de manifiesto sobre todo en la bicefalia: la Cristiandad, identificada con la Iglesia, era un cuerpo con dos cabezas, el Papa y el emperador. Ambos se configuran como dos *officia* de la Iglesia a los que corresponde la dirección de la Cristiandad. De un lado, el Papa es, según la tradición de la Iglesia, el heredero directo del *officium* de san Pedro⁴³. De otro lado, el poder político, en virtud de la integración del orden temporal en el espiritual, perdió toda su sustantividad convirtiéndose también en un *ministerium* u *officium* de la Iglesia: el emperador y los reyes no son sino vicarios de Cristo en la tarea de realizar el Reino de Dios en la tierra⁴⁴.

En el plano funcional la condición patológica de la Cristiandad se hizo patente:

39 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 871 y ss., 808 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, p. 110; H. Berman, *o. c.*, p. 101.

40 M. García Pelayo, *o. c.*, p. 772.

41 *Ibid.*, p. 768 y ss.

42 *Ibid.*, pp. 809 y 898; H. Berman, *o. c.*, p. 102.

43 W. Ullmann, *o. c.*, pp. 26, 39 y ss., 43 y ss., 50 y ss., 55, 56, 68, 69, 72 y ss., 76 y ss.

44 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 771 y ss y 904; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 26, 51 y ss., 66 y ss., 68, 70 y ss., 78 y ss.

1. En la confusión de las jurisdicciones propias de los poderes eclesiástico y civil en virtud de lo cual la Iglesia (Papa y obispos) intervinieron continuamente en el asuntos temporales⁴⁵ y el poder secular (emperador, reyes y señores) lo hicieron en el gobierno y administración de la Iglesia⁴⁶.

2. Esa constitución patológica de la Cristiandad se puso de manifiesto de forma más dramática y radical, posteriormente, en la lucha abierta que sostuvieron el Papa y el emperador por dilucidar a quien de los dos correspondía el supremo gobierno de la Iglesia, incluida la dirección y administración del sacerdocio⁴⁷.

2. Raíces de la constitución patológica de la Cristiandad

Las causas de esa patología eran antiguas. Se remontan a una praxis y a una teoría en las que cabe destacar como momentos fundamentales:

A) La progresiva cristianización del Imperio Romano (sobre todo a partir del Edicto de Milán del emperador Constantino, el año 313) hasta su conversión, con Teodosio el grande (año 380), en Imperio Romano Cristiano. El cristianismo pasó a ser la religión oficial del Imperio. Ello dio origen a que la Iglesia, en virtud de la superior preparación del clero, interviniese en el gobierno y en la administración imperial, al mismo tiempo que el poder imperial lo hacía en la ordenación de la Iglesia.

B) Tras la caída del Imperio Romano de Occidente la Iglesia, como ya se ha indicado, colmó el hueco dejado por el mismo concertándose con los reyes germánicos en la tarea de gobernar y administrar sus reinos con el fin de conseguir y garantizar la paz y la justicia entre los pueblos cristianos.

C) El viraje del pensamiento cristiano en la interpretación y valoración del fenómeno histórico del Imperio Romano. Se trató de una posición que evolucionó desde la crítica y condena de dicho Imperio, en el que se veía la encarnación del mal (guerras, persecuciones y otros actos de barbarie) y la idolatría (en especial el culto al emperador), hacia la apología y exaltación del mismo (Orígenes, Eusebio de Cesarea, san Ambrosio, Aurelio Prudencio

⁴⁵ El ámbito de validez material del Derecho canónico se extiende a muchas cuestiones que de suyo son civiles. Sobre este punto véase M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 845 y ss., 851 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 97 y ss., 102 y ss., 234 y ss., 237, 270 y ss., 274 y ss., 557 y ss.

⁴⁶ El emperador convoca concilios, sanciona sus acuerdos, interviene en la elección del Papa y, junto con los reyes, inviste obispos y participa en muchos otros asuntos internos de la Iglesia. W. Ullmann, *o. c.*, pp. 125, 129, 135, 143, 150 y 151; H. Berman, *o. c.*, pp. 97 y ss. y 100 a 104.

⁴⁷ M. García Pelavo. *o. c.* p. 871 y ss.

Clemente, Paulo Orosio...), viendo en el Imperio de Roma un *instrumentum Dei* para la providencial realización de sus designios. Desde la perspectiva cristiana de una concepción providencialista de la historia se vio en el Imperio Romano el medio del que se valió Dios para unificar el mundo, pacificarlo y hacer posible la más rápida y eficaz difusión y triunfo del cristianismo, uniendo a la humanidad en la fe en Cristo⁴⁸.

D) Momento culminante del proceso que estamos considerando fue el protagonismo de la Iglesia en la restauración del Imperio: la coronación de Carlomagno por el Papa como *Imperator Romanorum*. Según la teología política del momento el Imperio de Carlomagno se articuló de acuerdo con los arquetipos del Reino de Dios del Antiguo Testamento y de la Ciudad de Dios de san Agustín. En Carlomagno se vio al «nuevo David», cuya misión sería realizar en la tierra el Reino de Dios. Desde esta perspectiva el emperador fue considerado como «vicario de Cristo» cuya empresa histórica última era la salvación de todo el pueblo cristiano. El emperador fue considerado así no sólo rey (*rex*) sino también sacerdote (*sacerdos*), y en su condición de tal encontraba plena legitimación para intervenir en asuntos religiosos y en el gobierno de la Iglesia, nombrando obispos, convocando y presidiendo concilios cuyas conclusiones requerían para su validez la sanción imperial, etc.⁴⁹

E) En función de los supuestos indicados fue cristalizando un cuerpo de doctrina cuyos principios informaron en gran medida el pensamiento teológico-político de la Edad Media. Dicha doctrina puede sintetizarse, según García Pelayo, en los siguientes puntos:

1. La concepción de la Realeza divina como la única originaria y auténtica, a la que corresponde toda gloria e imperio.
2. La correlación o correspondencia entre Dios y el emperador, entre monoteísmo y monarquía universal.
3. La doctrina del reino temporal como copia del arquetipo celeste (Reino de Dios) y del rey como vicario e imagen de Dios, participante de sus virtudes.
4. La unidad entre la *pax romana* y la *pax christiana*, entre el pueblo romano y el pueblo cristiano⁵⁰.

48 P. Koschaker, *o. c.*, pp. 65 y ss., en especial la p. 69; M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 762 y ss.; A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, t. I («De los orígenes a la Baja Edad Media»), 10.ª ed., Alianza Editorial, Madrid 1991, en especial p. 257 y ss.

49 P. Koschaker, *o. c.*, pp. 58 y ss., y 69; M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 772 y ss., en especial las pp. 774, 777 y ss.

50 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 767 y 768; A. von Martin, *o. c.*, pp. 65 y 66.

3.º Resultados

Consecuencias lógicas de los supuestos anteriormente esbozados fueron:

A) El abandono y olvido de la tesis revolucionaria de Cristo de separar lo temporal (lo que es del César) de lo espiritual (lo que es de Dios), tornándose difusos, borrosos, los límites entre lo terrenal y lo sobrenatural, entre lo «profano» y lo «sacro»⁵¹, si bien todavía en el siglo V, el papa Gelasio I, en carta al emperador de Oriente Anastasio (año 494), recordaba que el poder que correspondía al Papa (*auctoritas sacrata*) era *espiritual* y su jurisdicción comprendía la administración de los sacros misterios, mientras que al *poder temporal* (*regalis potestas*) del emperador —hijo y no cabeza de la Iglesia— correspondía hacer las leyes, incluidas las leyes eclesiásticas (*teoría de las dos espadas*)⁵².

B) De un lado, la progresiva «mundanización» del poder de la Iglesia en virtud de su colaboración e implicación en los asuntos terrenales⁵³. De otro lado, la paulatina «sacralización» del poder político que culminó en la consideración de los cargos imperial y real como algo sagrado, equiparándose el *officium* del imperio al *ministerium* canónico⁵⁴.

En la base de esa sacralización del poder temporal, fundamentándola y haciéndola posible, estaban las siguientes ideas:

1. La tesis cristiana del origen divino de todo poder que llevó a la teoría de que sólo Dios era verdadero rey (*rex verus*), el cual ejercía su poder directamente (mediante juicios de Dios que se manifestaban de diversas formas), bien indirectamente a través de sus vicarios en la tierra (emperador y reyes), cuya misión consistía en realizar el Reino de Dios en el mundo⁵⁵.

2. La condición de vicarios de Dios en la tierra la adquirirían el emperador y los reyes mediante la ceremonia de la consagración del monarca en virtud de la cual su *officium* o cargo alcanza una significación teocrática⁵⁶. Dicha ceremonia de carácter sacramental consistía básicamente en la unción y coronación del príncipe (emperador, reyes) por parte de la Iglesia (Papa,

51 H. Berman, *o. c.*, p. 97 y ss.

52 P. Koschaker, *o. c.*, pp. 39 y 40; M. García Pelayo, *o. c.*, p. 809; H. Berman, *o. c.*, pp. 97 y ss. y 102; A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, t. I, cit., pp. 279 y 280.

53 M. García Pelayo, *o. c.*, p. 845 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 27 y ss.

54 F. J. Conde, *o. c.*, p. 141; M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 771 y ss. y 904.

55 M. García Pelayo, *o. c.*, en especial pp. 803 y ss., 807, 811, 815 y ss.

56 F. Kern, *Derechos del rey y derechos del pueblo*, trad. esp. y estudio preliminar de A. López Amo, Ed. Rialp, Madrid 1955, p. 68 y ss.

obispos). Mediante esta ceremonia se hacía presente el espíritu de Dios en los príncipes dotándolos de una condición «sacra»⁵⁷.

También tenían carácter sacro las insignias reales (corona, anillo, cetro, espada...) que jugaban un gran papel en la liturgia de la consagración real. Con frecuencia dichas insignias contenían, incrustada, alguna reliquia santa que aumentaba su significación de objetos sagrados a los que a veces se atribuían propiedades sobrenaturales⁵⁸.

3. El príncipe, en cuanto titular de un *officium* sacro instituido por Dios, de quien era imagen y vicario, dejaba de ser considerado laico y adquiría la condición de persona sacra, partícipe del ministerio sacerdotal (*rex et sacerdos*)⁵⁹.

4. El príncipe, en cuanto vicario de Dios (*instrumentum Dei*) para la realización del Reino de Dios en la tierra, tenía como misiones fundamentales la defensa de la Iglesia y de su fe (y consiguientemente la lucha contra la herejía), así como la realización y mantenimiento de la paz y la justicia⁶⁰.

El príncipe encontró en su condición sacra (*rex et sacerdos*) fundamento legítimo para intervenir activamente en el gobierno y administración de la Iglesia⁶¹. En otro orden de cosas, y en virtud de ese carácter sacro, a los reyes de determinadas dinastías —sobre todo en Francia e Inglaterra— se le reconocieron con frecuencia poderes taumatúrgicos. Esta creencia perduraba en Francia hasta la Revolución Francesa⁶².

C) La estructura patológica de la Cristiandad alcanzó su manifestación culminante a partir del momento en que el papa Gregorio VII puso en marcha, de forma unilateral, la reforma de la Iglesia (Reforma gregoriana)⁶³. A ello se opuso el emperador y la Cristiandad se escindió en dos bandos en abierta y encarnizada lucha: el partido del Papa (partido de la *libertas*) y el partido del emperador (partido de la *unitas*).

El fundamento de la lucha (*lucha de las investiduras*) era dilucidar y determinar a qué instancia (Papa o emperador) correspondía de modo exclu-

57 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 808, 811, 813, 816 y ss., 824 y ss.; F. Kern, *o. c.*, pp. 77 y ss., 85 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 124 y ss., 130 y ss., 150 y ss.

58 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 820 y ss., 840 y ss., 842 y ss.

59 F. Kern, *o. c.*, p. 110 y ss.; M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 811, 824 y ss., 830 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 122 y ss., 129 y ss.

60 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 815 y ss., 845 y ss., 847 y ss., 848 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 62 a 68, 70 y ss., 78 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 98 a 101; A. von Martin, *o. c.*, pp. 54 y 55.

61 F. Kern, *o. c.*, p. 101 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 125, 129, 135, 143, 150 y 151; H. Berman, *o. c.*, pp. 98, 100 y 101.

62 F. Kern, *o. c.*, p. 110 y ss.; M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 811, 824 y ss., 832 y ss., 836 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 98 y 102.

63 H. Berman, *o. c.*, p. 99 y ss.

sivo la dirección y gobierno de la Cristiandad y con ello velar y mantener el justo orden de la Iglesia. En esta cuestión estaba implicado el problema de aclarar y decidir a quién correspondía en último término la jefatura de la Iglesia y a qué autoridad estaba subordinado el sacerdocio⁶⁴.

El partido papal o de la *libertas* quiso acabar con la situación existente hasta ese momento en la que el emperador y los reyes, por las razones ya indicadas, intervenían habitualmente en los asuntos eclesiásticos. El emperador había dejado de ser brazo (*brachium*) de la Iglesia para convertirse en cabeza (*caput*) de la misma, nombrando y deponiendo papas, obispos y otras jerarquías eclesiásticas, y arrogándose, en definitiva, el supremo gobierno de la Iglesia⁶⁵.

Frente a este estado de cosas, el papa Gregorio VII quiso restaurar el antiguo orden de validez eterna revelado por las Escrituras, liberando al sacerdocio (*libertas*) de su dependencia de la realeza y restituyendo a cada *ordo* o estamento en el lugar que originariamente y por su específica naturaleza le correspondía dentro del orden de la Iglesia. Según ello al orden clerical (*clericalis ordo in Ecclesia*) le correspondía la función del gobierno de la Iglesia, estando subordinados los laicos a dicho orden, mientras que al poder laico (*laicalis potestas in Ecclesia*) le pertenecía la función ejecutiva, de carácter terrenal, con obediencia siempre al Papa, cabeza de la Iglesia⁶⁶.

Mediante la reforma el Papa llevó a cabo una rígida centralización del poder de la Iglesia (*Dictatus Papae* del año 1075), configurándola como una auténtica monarquía absoluta que serviría de modelo o arquetipo al futuro Estado soberano⁶⁷. El Papa, esgrimiendo argumentos de orden teológico, histórico y jurídico⁶⁸, y en virtud de la preeminencia del sacerdocio sobre el laicado, se arrogó el poder supremo (*plena potestas*) tanto en los asuntos espirituales como en los temporales. El Papa, que hasta entonces había llevado el título de «vicario de san Pedro», en el siglo XII asumió el de «Vicario de Cristo» —que con anterioridad venía utilizando el emperador— entendiéndolo que, en virtud de su condición de «Vicario de Cristo», le correspondían las «dos espadas» (el poder espiritual y el temporal)⁶⁹. De este modo el Papa, en otra versión del «agustinismo político» que defendía la «jurisdicción

64 O. von Gierke, *o. c.*, p. 67 y ss.; M. García Pelayo, *o. c.*, p. 871 y ss.; H. Berman, *o. c.*, p. 102 y ss.

65 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 874 a 876; H. Berman, *o. c.*, p. 97 y ss.

66 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 877 y ss., 879 a 882; H. Berman, *o. c.*, pp. 104 y ss., 118 y 121.

67 W. Ullmann, *o. c.*, p. 147 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 109 y ss., 124 y ss., 553 y ss.

68 O. von Gierke, *o. c.*, p. 80 y ss.

69 H. Berman, *o. c.*, pp. 102 y 103; A. von Martin, *o. c.*, pp. 39 y 52 a 55.

directa» de la Iglesia en lo temporal, y que alcanzaría su plenitud bajo el pontificado de Inocencio III, se erigió en cabeza de la Iglesia y del Imperio pensando que el emperador y los reyes no eran más que vicarios o delegados suyos y negando la condición «sacra» a la realeza. En virtud de ello el Imperio y los reinos pasaban a ser considerados como meros oficios (*officia*) eclesiásticos⁷⁰.

Frente a las pretensiones del Papa el partido imperial (partido de la *unitas*) defendió el *statu quo* existente según el cual al emperador le correspondía, por «ordenación divina» (tesis de Enrique IV y del obispo Benzo de Alba)⁷¹, la suprema dirección de la Cristiandad y de la Iglesia. En defensa de esta posición se adujeron argumentos de carácter teológico, político, jurídico e incluso histórico, afirmándose que con anterioridad a la tesis de la «plenitud potestatis» del Papa existió *de facto* una subordinación de la Iglesia al poder temporal que era quien tenía medios y recursos suficientes para la defensa de la fe y la realización y garantía de la paz y la justicia⁷². Se insistió en la idea de que el Imperio constituía una institución providencial (auténtico *instrumentum Dei*), cuya misión era, aglutinando lo espiritual y lo temporal, llevar a cabo, mediante el gobierno de la Cristiandad, la efectiva realización del Reino de Dios en la tierra⁷³. Se reiteró, así mismo, la condición «sacra» del emperador y de los reyes en virtud de la ceremonia (sacramento para algunos) de la unción y de las tareas propias de su *officium* (defensa de la Iglesia y de la fe y salvaguarda y realización de la paz y la justicia), pudiendo legítimamente, por ese carácter sagrado, intervenir en el gobierno de la Iglesia⁷⁴. La defensa más radical de estas tesis se encuentra en el *Anónimo de York*. En él se afirma que al rey —que representa mejor a Cristo que el Papa porque Cristo antes que sacerdote fue rey— corresponde la primacía en el gobierno de la Iglesia⁷⁵.

Aparte de todas estas consideraciones hay que advertir que ante la amenaza y pretensión del Papa de no reconocer carácter «sacro» al poder político éste —sin renunciar a la «sacralidad» que tradicionalmente se había vinculado a la ceremonia de la unción del príncipe por parte de la Iglesia— buscó otros criterios de legitimación autónoma fuera del orden eclesiástico⁷⁶.

70 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 81 y ss., 89 y ss., 91 y ss.; M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 882 y ss., 884 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 43 y ss., 50 y ss., 55 y ss., 68 y ss., 72 y ss., 76 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 102 y ss., 104 y ss.

71 M. García Pelayo, *o. c.*, p. 887 y ss.

72 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 99, 110 y ss.

73 *Ibid.*, pp. 99, 110 y ss.

74 M. García Pelayo, *o. c.*, p. 888.

75 *Ibid.*, pp. 888, ss., 891 y 894; H. Berman, *o. c.*, p. 290 y ss.

76 M. García Pelayo, *o. c.*, p. 885.

La lucha entre el Papa y el emperador concluyó con el concordato de Worm (año 1122) saliendo fortalecida la autoridad del Papa⁷⁷. Con todo la consecuencia no fue la consolidación del orden de la Cristiandad bajo la hegemonía del Papa sino un proceso de centrifugación que tuvo como resultado una más clara diferenciación entre dos tipos de sociedades: de un lado la Iglesia, como específica comunidad espiritual; de otro lado, el orden político temporal (*Imperium, regna...*), que se afanó en buscar las fuentes de su legitimidad fuera del orden teológico de la Iglesia⁷⁸.

Desde estos supuestos se accedió a una nueva concepción de la realidad política diferente de la preconizada por el agustinismo político. La realidad política fue entendida como entidad sustantiva.

b) La realidad política como realidad sustantiva.

(Distinción y coordinación entre Iglesia y orden político)

Según esta idea la comunidad política es parte integrante del mundo creado por Dios y, aunque permanece vinculada a Dios por la idea de providencia, posee una consistencia y una finalidad propias, que la hacen independiente de la comunidad espiritual de la Iglesia⁷⁹.

Esta posición suponía una vuelta a los principios originarios del cristianismo (distinción de los órdenes espiritual y temporal) en función de los cuales la Cristiandad debía ser entendida como una realidad dual. De un lado, la Cristiandad constituía una *comunidad espiritual* (Iglesia), unida por la fe, y cuya dirección correspondía al Papa. De otro lado, la Cristiandad era al mismo tiempo, y sin que ello implicase ningún género de confusión, *una realidad histórica y política*, heredera del Imperio Romano, cuyo gobierno correspondía al poder civil (emperador y reyes). Esa había sido la tesis reiterada en el siglo v por el papa Gelasio I, en la citada carta a Anastasio, emperador de Oriente. En ella decía: «Dos son, emperador Augusto, quienes principalmente rigen aquí el mundo: la sagrada autoridad de los Pontífices y la Potestad Real, ambas principales, ambas supremas y cada una en su misión no sometida a otra»⁸⁰.

La anterior teoría sería desarrollada fundamentalmente por Santo Tomás de Aquino y la escolástica posterior. Santo Tomás —desde los supuestos de

77 H. Berman, *o. c.*, p. 107 y ss.

78 M. García Pelayo, *o. c.*, p. 885. *Vid.* p. 895 y ss.

79 O. von Gierke, *o. c.*, p. 100 y ss.

80 Cit. por J. Maldonado, *Curso de Derecho canónico para juristas civiles*, Parte General. Madrid 1967, p. 291; *vid.* P. Koschaker, *o. c.*, pp. 45 y ss.; R. Mousnier, *o. c.*, pp. 36 y 37.

la recepción del pensamiento político de Aristóteles y desde la idea de una metafísica y una teoría del conocimiento que reconoce la autonomía y complementariedad entre razón y fe, entre filosofía y teología⁸¹— entendió que la *sociedad religiosa* personificada en la Iglesia y la *sociedad civil* (integrada por el *Imperium*, los *regna* y las *civitates*) no están en contradicción ni subordinados recíprocamente sino que ambas, en la medida en que encarnan y hacen posible dos órdenes de vida, dos dimensiones diferentes de la existencia humana, son entidades sustantivas e independientes entre sí que deben reconocerse mutuamente y coordinar sus actuaciones en orden a la mejor realización de sus fines⁸².

En relación con esta nueva posición es importante subrayar:

A) Que dicha postura implicaba el redescubrimiento de un punto esencial de la ortodoxia cristiana definido de forma nítida y tajante por el propio Cristo: se trata, de un lado, de la distinción y separación del *orden de la vida espiritual*, de la *comunidad espiritual* institucionalizada ahora en la Iglesia y cuya finalidad última es la salvación del hombre, y, de otro lado, de reconocer y afirmar la legitimidad y autonomía del *orden de la vida temporal*, de la comunidad política, cuyo fin es el bien común temporal de los ciudadanos⁸³.

B) La afirmación por santo Tomás, apoyada en gran medida en el pensamiento de Aristóteles, de la legitimidad y autonomía de la comunidad política como orden de vida natural fundada en la naturaleza social del hombre. Santo Tomás concibió la realidad política —que ya no es la realidad universal del Imperio sino la plural y particular de los reinos (*regna*)— como sociedad perfecta *in suo ordine*⁸⁴, en contraste con las reticencias de la Filosofía política patristica que veía la comunidad política como algo malo en su origen pero necesario para paliar las consecuencias del pecado original⁸⁵.

81 J. Pieper, *Filosofía medieval y mundo moderno*, trad. esp. de R. Cercós, Ed. Rialp, Madrid 1973, pp. 45, 73, 122 y ss., 172; M. García Morente, *La razón y la fe en santo Tomás de Aquino*, en *Obras Completas*, t. II (1937-1942), vol. 2, Ed. de J. M. Palacios y R. Rovira, Edición de Fundación Caja Madrid y Ed. Anthropos, Barcelona 1996, pp. 59 a 71.

82 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 100 y ss., 105 y ss.; E. Galán y Gutiérrez, *La Filosofía política de santo Tomás de Aquino*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1945, cap. V, pp. 59 y ss.; M. García Pelayo, *o. c.*, p. 895; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 94 a 100 y 112; F. J. Conde, *o. c.*, p. 142 y ss.

83 M. García Pelayo, *o. c.*, pp. 898 y 899; «La idea medieval del Derecho», en *Del mito y de la razón en la Historia del pensamiento político*, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1968, pp. 97 y 98.

84 *De Regimine Principum*, Lib. I, caps. I, VIII y XII; M. Grabmann, *Santo Tomás de Aquino*, trad. esp. de S. Minguijón Adrián, 2.ª ed., Ed. Labor, Barcelona 1945, cap. VII, pp. 135 y ss.; E. Gilson, *Santo Tomás de Aquino*, trad. esp. de N. González Ruiz, 3.ª ed., Ed. Aguilar (Col. Crisol), Ávila 1958, cap. VI, pp. 405 y ss.; E. Galán y Gutiérrez, *o. c.*, cap. III, pp. 23 y ss.; M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 111 y ss.

85 M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., pp. 901 y 902; R. Mousnier, *o. c.*, p. 20.

Santo Tomás y la Filosofía política escolástica subrayarían que la sustantividad y autonomía de la comunidad temporal no la liberaba del deber de actuar de acuerdo con la ley moral, ni de coordinar sus actuaciones con la Iglesia que goza, en virtud de su poder espiritual, de una «potestad indirecta» en aquellas cuestiones que por su naturaleza (matrimonio, educación, costumbres...) son competencia de ambos poderes (*res communae o mixtae*)⁸⁶.

En otro orden de cosas santo Tomás y la Filosofía política que desarrolló su pensamiento indicarían que la sociedad política, perfecta *in suo ordine*, estaba integrada por grupos sociales inferiores (familia, gremio, municipio...) por lo cual no constituía una unidad sustancial sino una unidad de orden (*unitas ordinis*) o unidad de actuación en función de un fin a través de la cual el individuo y los grupos sociales intermedios alcanzan su perfección. Santo Tomás completó su tesis reconociendo que el poder civil provenía directamente del pueblo e indirectamente de Dios⁸⁷.

C) Por último ha de indicarse que la fundamentación de la sustantividad y autonomía del orden político se asentó sobre supuestos diferentes en donde se combinaron argumentos de naturaleza teológico-política, filosófico-política, jurídica e histórica. Como muestras fundamentales de ello cabe destacar:

1. La búsqueda de una «sacralidad» autónoma para el orden político —independiente, por tanto, de todo sacramento e intervención de la Iglesia— de acuerdo con la teoría de que tanto el emperador como los reyes recibían su poder directamente de Dios y no por mediación de la Iglesia. De acuerdo con esta tesis el Imperio y los reinos eran instituciones divinas y el emperador y los reyes auténticos «vicarios de Cristo» cuya misión última consistía en realizar el Reino de Dios en la Tierra. En función de ello, y frente a la Iglesia que se autodenominó *sancta*, el Imperio, bajo Federico I (siglo XII), adoptó el título de *sacro* y, a partir de dicho monarca, el emperador, primero, y los reyes, después, asumieron el título de *majestad* reservado hasta entonces para designar a Dios⁸⁸.

2. La filosofía política de Aristóteles según la cual la comunidad política era exigencia y condición necesaria para la vida del hombre en cuanto animal social y político⁸⁹ y no, como había pensado la patrística, resultado de la corrupción de la naturaleza humana a causa del pecado.

86 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 100 y ss., 105 y ss.; E. Galán y Gutiérrez, *o. c.*, cap. V, pp. 70 y ss.

87 E. Galán y Gutiérrez, *o. c.*, cap. VIII, pp. 139 y ss.; M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 115 y ss.

88 M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., pp. 897 y ss. y 901.

89 Aristóteles, *Política*. Lib. I, cap. 2, 1253^a; M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., p. 902.

3. El Derecho romano sirvió también para fundamentar la sacralidad y legitimidad del poder real por su servicio a la justicia; por su función mediadora entre la justicia y el hombre, viéndose en el rey un sacerdote de la justicia⁹⁰. Esta idea alcanzó su máxima expresión doctrinal e institucional, durante la primera mitad del siglo XIII, en el Reino de Sicilia de Federico II de Suabia⁹¹.

4. La búsqueda por parte del poder político de otras fuentes de legitimidad fuera del orden de la Iglesia. Estas fuentes fueron la elección para el emperador y la herencia, la sucesión dinástica (mito de la sangre real) para la realeza⁹².

Resultado de todo ello fue la separación del orden político del orden espiritual de la Iglesia creándose las condiciones que facilitarían la formulación y desarrollo de una tercera doctrina —más radical en sus planteamientos y conclusiones— que entendió la realidad política como una realidad sustantiva «de suyo» y totalmente secularizada.

C) *La realidad política como realidad sustantiva «de suyo».*
(Hacia el proceso de secularización total del orden político
y el nacimiento del Estado laico)

Esta posición supone, en el plano teológico, la ruptura del vínculo existente entre Dios creador y la creación y, en el orden metafísico y gnoseológico, la separación radical, la discordancia incluso, entre razón y fe, entre filosofía y teología⁹³. En dicho planteamiento aparecen supuestas, en unos casos, e involucradas, en otros, nuevas ideas de orden teológico, filosófico, político y jurídico cuya significación puede resumirse en los siguientes términos:

A) El reconocimiento de la *potentia absoluta* de Dios lo cual supone que la voluntad creadora de Dios no está sometida a ningún criterio o medida objetiva de moralidad. La voluntad de Dios (*potentia Dei absoluta*) es en cada momento la única medida de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto (nominalismo y voluntarismo radical de G. de Ockahm)⁹⁴.

90 M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., p. 899 y ss.

91 M. García Pelayo, «Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno», en *Del mito y de la razón en la Historia del pensamiento político*, cit., en especial pp. 173 y ss., 175 y ss.

92 M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., p. 901; F. Kern, o. c., p. 46 y ss.

93 J. Pieper, o. c., pp. 172 y ss., 177 y ss., 180 y ss.; F. J. Conde, o. c., p. 145 y ss.; M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit. p. 903; A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, cit., pp. 409 a 411, 414 y 415.

94 M. Grabmann, *Filosofía medieval*, trad. esp. de S. Minguijón, Ed. Labor (reimpresión de la ed. de 1928), Barcelona 1949, pp. 146 y ss.; E. Gilson, *La Filosofía en la Edad Media* (Desde los orígenes

Dicha posición contrasta abiertamente con la mantenida por santo Tomás y la teología escolástica tradicional según la cual, supuesto un orden ético objetivo, la *potentia Dei* no puede ser nunca *potentia absoluta* sino *potentia ordinata* (Dios sólo puede hacer el bien, Dios no puede obrar mal porque ello estaría en contradicción con su propia esencia)⁹⁵.

B) La idea de que Dios, una vez que ha creado las cosas, ya no se ocupa de ellas. Tras su creación las cosas existen por sí sin necesidad de que Dios continúe operando sobre ellas. Esta negación de la providencia divina supone que lo creado se configura como una realidad sustantiva, totalmente desvinculada e independiente de Dios⁹⁶.

C) En el orden específicamente político la desvinculación entre Dios y la creación condujo a la completa secularización del poder y de la comunidad política. Ello significaba que la realidad política y social, aun teniendo su causa remota en Dios, encontraba su fundamento próximo, inmediato, en la voluntad del hombre desligada ya de Dios, su creador⁹⁷. De entrada ello supuso la desvinculación del orden político del orden de la fe cristiana y de su moralidad y la apertura de un proceso revolucionario que llevaría al Estado laico. El Estado —se piensa desde estos supuestos— existe por sí mismo, es *substantia*, y el ser o no ser cristiano es mero *accidente*⁹⁸.

Las raíces más próximas de estos planteamientos rigurosamente laicos y revolucionarios se encontraban ya en las constituciones de Melfi (año 1231) de Federico II, y, sobre todo, en el pensamiento de Marsilio de Padua⁹⁹. Su coherente desarrollo y formulación sería ya tarea de Maquiavelo y del pensamiento político de la Edad Moderna.

Las consecuencias lógicas de los anteriores supuestos pueden resumirse en los siguientes términos:

1. El poder político no proviene de Dios sino del hombre, del pueblo.
2. Dicho poder no está sometido a los límites de la ley moral, cuya existencia misma viene negada desde los supuestos propios del nominalismo y del voluntarismo.

nes patristicos hasta el fin del siglo xiv), trad. esp. de A. Palacios y S. Caballero, 2.ª ed. (cuarta reimpresión), Ed. Gredos, Madrid 1985, pp. 549 y ss., 591 y ss.; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1962, pp. 82 y ss.; A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, cit., pp. 381 y ss., 413 y ss.; F. J. Conde, o. c., p. 146.

95 A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, cit., pp. 382 y 383.

96 F. J. Conde, o. c., p. 146.

97 *Ibid.*, p. 147.

98 M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., pp. 902 a 905.

99 *Ibid.*, p. 903; *Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno*, cit. pp. 167 y ss.; A. von Martin, o. c., p. 93; A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, cit., pp. 359 y 360, 410 y ss.

3. La comunidad política (desvinculada de la idea de Dios y de la ley moral) se configura como una entidad completamente secularizada independiente del Papado y del Imperio que constituye un fin en sí misma (Marsilio de Padua, Maquiavelo). Dicha comunidad política —apropiándose las notas que el Derecho romano atribuyó al Imperio y asumiendo y secularizando los principios, categorías e imágenes propias de la Iglesia en cuanto trasunto del Reino de Dios— se articularía en la nueva estructura política que Maquiavelo denominó Estado¹⁰⁰. Por ello ha podido decir García Pelayo que «la formación del Estado moderno (fue) acompañada del saqueo ideológico de las dos instituciones a las que se enfrentó, es decir, el Imperio y la Iglesia»¹⁰¹.

4. Mediante la progresiva disolución de los órdenes tradicionales y el gradual debilitamiento de los poderes universales del Papado y del Imperio la idea de Cristiandad como realidad política sería paulatinamente desplazada y sustituida por un nuevo pluriverso político (sistema europeo de Estados soberanos) que va a dar su perfil característico al mundo moderno¹⁰².

IV. TEOLOGÍA Y UNIDAD DEL DERECHO

Fue idea muy difundida en la Edad Media que así como el universo constituía un único todo articulado y regido por una sola ley establecida por Dios, de modo análogo las diferentes partes que integraban ese todo, incluida la sociedad humana, debían articularse y regirse de un modo semejante a él¹⁰³. La creencia en un único Dios, creador y ordenador del Universo, postulaba, en correlato con ella —como ya hemos indicado— la necesidad de un solo pueblo, unido por la fe y la caridad (*Cristiandad*), la necesidad de un solo poder (*monarquía universal*) y, como complemento necesario y remate de todo ello, la necesidad de una única ley, de un Derecho único y universal, trasunto o reflejo del orden impuesto por Dios a la creación. Este es el sentido y el designio de la oración de Angobardo: «Quie-

100 A. Passerin D'Entrevès, *La noción del Estado*, trad. esp. de A. Fernández Galiano, Centro de Estudios Universitarios, Ed. Euramérica, Madrid 1970, pp. 47 y ss.

101 M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., pp. 904.

102 F. J. Conde, o. c., p. 147 y ss.; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho internacional público*, cit., p. 146 y ss.; *Historia del Derecho internacional público*, cit., p. 48 y ss.; G. Stadtmüller, o. c., p. 115 y ss. A. von Martin ha subrayado la virtualidad del nominalismo —que implica ya subjetivismo— en el proceso de disolución de la conciencia de «comunidad» orgánica, estamental (propia de la Edad Media) y su sustitución por la conciencia de «sociedad», entendida como suma de individuos, propia ya del mundo moderno. A. von Martin, o. c., pp. 121 a 126.

103 O. von Gierke, o. c., p. 72 y ss.

ra Dios Todopoderoso que bajo un solo piadoso rey todos los hombres fuesen gobernados por una sola ley, lo que aprovecharía grandemente a la concordia de la ciudad de Dios y a la equidad entre los pueblos»¹⁰⁴.

De acuerdo con estos supuestos, y directamente enraizada en la Teología, fue gestándose y desarrollándose la *doctrina escolástica del Derecho*, plena de ideas, principios y valores de validez universal.

1. *La doctrina escolástica del Derecho*

La teoría escolástica del Derecho aparece directamente enraizada y fundamentada en la creencia de un único Dios, creador y ordenador (legislador)¹⁰⁵ del universo. Dicha creencia conduce a la idea de la existencia de un orden ontológico (*orden del ser*) que la razón humana puede descubrir e interpretar y que constituye el fundamento de todo el orden ético. Se trata del orden ontológico impuesto por el Creador a través de la ley eterna (*lex aeterna*) y que, en la medida en que la razón humana puede llegar a su «inteligencia» (*intus legere*) —a su descubrimiento, lectura y comprensión— se configura como ley natural (*lex naturalis*)¹⁰⁶.

Una de las exposiciones más claras y brillantes de esta doctrina la encontramos ya en el pensamiento de san Agustín. San Agustín llevó a cabo una gran síntesis de la filosofía griega y del pensamiento cristiano reduciendo a unidad y sistema las ideas de la existencia de un orden cósmico universal regido por el *logos* divino (descubrimiento de la filosofía griega) y de un Dios creador y ordenador del universo (aportación de la fe judeocristiana)¹⁰⁷. Resultado de esa síntesis en el ámbito del pensamiento ético-jurídico fue la trilogía agustiniana de la ley integrada por la ley eterna (*lex aeterna*), la ley natural (*lex naturalis*) y la ley humana positiva (*lex humana*)¹⁰⁸. La doctrina de san Agustín fue desarrollada y perfeccionada por la escolástica posterior, especialmente por santo Tomás de Aquino en su *Tratado de la Ley*¹⁰⁹.

104 Cit. por J. Maldonado, o. c., p. 332.

105 Significativo al respecto es el título de la obra de F. Suárez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Coimbra, 1612.

106 H. Rommen, *Le Droit naturel (Histoire-Doctrine)*, trad. francesa e introducción de E. Mamy, Ed. Eglhoff, París 1945, pp. 196 y ss., 202 y ss.; *El Estado en el pensamiento católico (Un tratado de Filosofía política)*, trad. esp. de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1956, pp. 200 a 202, 210 y 221; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho natural*, F. Seix (ed.), Barcelona 1954, pp. 18 y ss., 27 y ss.; M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., pp. 66 y ss.

107 A. Truyol y Serra, *El Derecho y el Estado en san Agustín*, cit., cap. II, en especial, p. 57 y ss.

108 *Ibid.*, cap. III, p. 71 y ss.

109 *Summ. Theol.*, I-II, q. 90-108.

La escolástica nos ofrece una teoría ético-jurídica en la que el Derecho aparece articulado en un sistema unitario (existe unidad y continuidad lógica y ontológica entre ley natural y ley positiva)¹¹⁰ cuya razón o fundamento último de validez radica precisamente en esa continuidad; en la compatibilidad del contenido de las leyes positivas con la ley natural. La doctrina escolástica presenta así una concepción unitaria y sistemática del Derecho que, como el mismo Kelsen reconoce, se corresponde con la idea de *ordenamiento en sentido estático*, toda vez que en él «las normas —como explica Kelsen— son válidas en virtud de su dignidad intrínseca (contenido material). Las normas tienen tal cualidad (validez) en cuanto son derivables de una norma fundamental específica, de la misma manera en que lo particular es derivable de lo general»¹¹¹.

2. *El problema de la unidad del Derecho positivo.* *Hacia la doctrina del Derecho común (Ius commune)*

Según la doctrina escolástica el Derecho positivo —constituido a partir del Derecho natural— se despliega y desarrolla en dos órdenes diferentes constituidos por el Derecho de gentes (*Ius gentium*) y el Derecho civil (*Ius civile*). Se trata de dos ramas diferentes del mismo tronco, el Derecho natural, en el cual encuentran el fundamento y la razón última de su unidad.

Mientras que el *Ius gentium* era el Derecho común a todos los pueblos civilizados y tenía por objeto la regulación de las relaciones entre ellos¹¹², el *Ius civile* constituía el Derecho específico de cada pueblo o comunidad política. Por esta razón el *Ius civile* era un Derecho plural, vario y fragmentario. En la Edad Media este Derecho constituyó —frente al *Derecho canónico* (Derecho propio de la Iglesia)— el *Derecho secular*, integrado, a su vez, por una pluralidad de Derechos: Derecho feudal, Derecho señorial, Derecho urbano o municipal, Derecho real...¹¹³

El pluralismo jurídico de la Edad Media resultaba totalmente inadecuado para vertebrar y organizar sólidamente la Cristiandad, dotándola de unidad y eficacia operativa. Se sentía la necesidad de dotar a la *Respublica*

110 H. Rommen, *El Estado en el pensamiento católico*, cit., pp. 231 a 234.

111 H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1995, p. 131. En el mismo sentido véanse sus obras: *Teoría pura del Derecho, Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de M. Nilve, 30.ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires 1994, pp. 136; *Teoría pura del Derecho* (2.ª ed.), trad. esp. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982, p. 203.

112 Sobre este punto véase S. M. Ramírez, *El Derecho de gentes (Examen crítico de la Filosofía del Derecho de gentes desde Aristóteles hasta Francisco Suárez)*, Ediciones Studium, Madrid 1955.

113 H. Berman, *o. c.*, p. 287 y ss.

Christiana de un Derecho unitario que convirtiese lo que era ya una comunidad espiritual, cultural e incluso política, en una comunidad jurídica.

Como ya se ha visto la Cristiandad comprendía dos cuerpos —siameses durante un largo periodo de tiempo— de naturaleza diferente: De un lado, una comunidad espiritual, religiosa, constituida por la Iglesia; de otro lado, una comunidad política de estructura plural y compleja (Imperio, reinos, ciudades...). La conciencia de unidad de la Cristiandad —unidad espiritual, cultural, política— pudo plasmarse también en el plano jurídico en virtud de la recepción, el desarrollo y la conjunción del *Derecho romano* (en cuanto Derecho propio del Imperio) y del *Derecho canónico* como Derecho específico de la Iglesia. De ambos Derechos y de su praxis conjunta con el Derecho feudal y los diferentes Derechos de los reinos (*Iura propria*) resultaría un *Derecho común* (*Ius commune*) que estaría vigente en Europa Occidental desde los siglos xi y xii hasta comienzos del siglo xix.

Veamos la significación y el alcance de los Derechos que hicieron posible que la Cristiandad, el mundo occidental, se constituyese en una auténtica comunidad jurídica.

A) *El Derecho romano*

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente el Derecho romano —bajo la forma de Derecho romano vulgar¹¹⁴— continuó vigente, especialmente en los territorios italianos, en virtud del principio de personalidad de las leyes, coexistiendo con los Derechos de los pueblos bárbaros. La codificación justiniana se introduciría más tarde en Italia pero el Derecho romano que rigió en Occidente durante la Alta Edad Media fue el Derecho romano vulgar¹¹⁵. Después, a partir de la restauración del Imperio (año 800) el Derecho romano justiniano adquiriría la condición de verdadero Derecho del Imperio¹¹⁶.

Según los glosadores y comentaristas el Imperio —conforme al lema *unum imperium - unum ius*— reclamaba un Derecho unitario, que no podría ser otro que el Derecho romano justiniano, que se convertiría así en el Derecho propio y vigente del Imperio Occidental¹¹⁷. Según opinión

114 P. Grossi, *El orden jurídico medieval*, trad. esp. de F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, Prólogo de F. Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1996, p. 162.

115 W. Kunkel, *Historia del Derecho romano*, trad. esp. de J. Miquel, Ed. Ariel, Barcelona 1989, pp. 184 y ss., 188 y ss.

116 P. Koschaker, *o. c.*, pp. 118 y ss.; G. Pacchioni, *o. c.*, pp. 253; H. Berman, *o. c.*, p. 216 y ss.

117 P. Koschaker, *o. c.*, pp. 178; véanse las pp. 119, 179 y ss., 183 y ss.; M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 78 y ss.

comúnmente admitida en Europa el Derecho romano justiniano era el verdadero Derecho del Imperio (*Lex imperii*). En este sentido los estudiosos de la Escuela de Bolonia no vieron en el Derecho romano justiniano un Derecho histórico sino un Derecho vigente: El Derecho propio del Imperio. Otro tanto se pensaba en Alemania donde los emperadores alemanes se consideraban sucesores de los emperadores romanos, viendo también en el Derecho romano el Derecho del Imperio ¹¹⁸.

El interés que se suscita en Italia a partir del siglo XII por el estudio del Derecho romano justiniano, y su posterior recepción en otros países, fue un fenómeno que obedeció, de un lado, a razones de orden técnico y científico y, de otro lado, a causas de carácter político.

Desde el punto de vista específicamente jurídico el interés por el Derecho romano estuvo motivado por el alto grado de perfección técnica del mismo —en comparación con el Derecho feudal— para plantear y resolver de forma más razonable y satisfactoria los nuevos problemas jurídicos planteados por los cambios de todo género (demográficos, económicos, mercantiles, etc.) propios de la época, y en relación con los cuales resultaban insuficientes los Derechos locales ¹¹⁹. Con todo, debe advertirse que el *Corpus iuris* justiniano, dada su estructura y complejidad (no constituía un código en el sentido actual del término), no era muy apto para la praxis jurídica, correspondiendo al espíritu práctico de los comentaristas el mérito de haber sabido adaptar el Derecho romano, mediante una adecuada *interpretatio* ¹²⁰, para su eficaz aplicación a los nuevos problemas y necesidades de la vida social ¹²¹, facilitando e impulsando así la recepción del mismo en otros países ¹²².

A pesar de todo piensa Koschaker que la razón fundamental del auge experimentado por los estudios del Derecho romano no se debió tanto al mayor grado de su perfección técnica como a la circunstancia política de que dicho Derecho fuese considerado Derecho vigente (el Derecho propio del Imperio) y estuviese respaldado por la autoridad del emperador (que, a

118 O. von Gierke, *o. c.*, pp. 9 y 12; P. Koschaker, *o. c.*, pp. 77 y ss.; H. Berman, *o. c.*, p. 216 y ss.

119 R. Sohm, *Instituciones del Derecho privado romano (Historia y sistema)*, 17.ª ed., a cargo de L. Mitteis y L. Wenger, trad. esp. de W. Roces, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1928, pp. 129 y ss.; W. Kunkel, *o. c.*, pp. 191 y ss.; P. Grossi, *o. c.*, p. 163.

120 Sobre la idea de *interpretatio* en la obra de los comentaristas —mucho más compleja que lo que actualmente se entiende por interpretación— véase P. Grossi, *o. c.*, p. 168 y ss. Véase también H. Berman, *o. c.*, pp. 131 y ss., 146 y ss., 154 y ss., 162 y ss.

121 P. Koschaker, *o. c.*, pp. 110 y ss., 113 y ss., 137, 143 y ss., 163 y ss.; P. Grossi, *o. c.*, pp. 166 a 168.

122 O. von Gierke, *o. c.*, p. 12; W. Kunkel, *o. c.*, p. 192 y ss.

su vez, encontraba en el mismo el título de su legitimación) y por la autoridad del Papa (por motivos que variaron en el curso de los tiempos) ¹²³.

Desarrollando esa idea tenemos que, desde el punto de vista de los juristas, el Derecho justinianeo poseía la dimensión de la *validez* que ellos necesitaban encontrar en el Derecho como fundamento y cobertura de su actividad práctica. El Derecho justinianeo constituía para los juristas un sistema normativo que (con independencia de su respaldo por parte del emperador y del Papa) por su «sacralidad» y «venerabilidad» estaba investido de *auctoritas* ¹²⁴. Desde esta perspectiva el renacimiento de los estudios del Derecho romano se explica como el resultado del intento de la Ciencia jurídica medieval (glosadores y, en especial, comentaristas) de armonizar y unir el problema de la *validez* del Derecho (*auctoritas*) con el de su *eficacia* o efectividad; esto es, con su virtualidad para —a través de la *interpretatio*— adaptarse a la nueva realidad social, política y económica y poder así resolver, de forma justa y eficaz, los problemas jurídicos del momento ¹²⁵. La *interpretatio* fue, en definitiva, la gran tarea de la Ciencia jurídica en la que el intérprete (el jurista), sirviéndose del método escolástico de la dialéctica para armonizar las normas contradictorias (reconciliación de «oposiciones») ¹²⁶ y apoyándose en la equidad (*aequitas*), supo adaptar los textos jurídicos dotados de validez (*lex*) a una realidad nueva, diferente, haciéndolos efectivos ¹²⁷.

B) *El Derecho canónico*

a) El Derecho canónico constituye el ordenamiento jurídico propio de la Iglesia. Con el fin de llevar a cabo su misión salvadora la Iglesia, en cuanto comunidad de todos los cristianos, precisó constituirse en un *corpus*; esto es, en una realidad orgánica y unitaria aglutinada por tres elementos: la creencia en una misma fe, la esperanza en la salvación eterna y la unidad de dirección o gobierno ¹²⁸. Para asegurar esa unidad y garantizar el cumpli-

123 P. Koschaker, *o. c.*, pp. 122 y ss., 129, 131 y ss., 136, 178 y ss., 183, 185, 204, 207 y ss., 230 y ss., 240 y 307; W. Kunkel, *o. c.*, p. 195; J. H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. esp. de C. Sierra, Fondo de Cultura Económica, México 1979, p. 26.

124 El Derecho romano, explica Grossi, era para los juristas «un depósito sapiencial y normativo corroborado no sólo por el transcurso del tiempo (que en el medioevo adquiere siempre una gran fuerza incisiva), sino por la aceptación colectiva», *o. c.*, p. 164. Vid. pp. 163 y 164.

125 *Ibid.*, pp. 166 y ss., 168 y ss.

126 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 107; H. Berman, *o. c.*, pp. 141 y ss., 150 y ss., 154 y ss., 163 y ss., 167 y ss., 176 y ss., 555 y 556.

127 P. Grossi, *o. c.*, pp. 168 y ss., 173 y ss., 183 y ss.

128 *Ibid.*, pp. 123 y 125.

miento de su misión la Iglesia advirtió pronto la necesidad de generar su particular Derecho; de dotarse de un ordenamiento jurídico propio¹²⁹ que regulase su organización y funcionamiento y la situación jurídica, los derechos y las obligaciones, de sus miembros¹³⁰. Así surgió el Derecho canónico (*Ius canonicum*), influido desde el principio por el Derecho romano¹³¹ que, en parte, fue recibido por la propia Iglesia, según reza la fórmula, *Ecclesia vivit secundum Legem romanam* o, en términos más lacónicos, *Ecclesia vivit iure romano*¹³². Con el tiempo, a partir sobre todo de la reforma del papa Gregorio VII (Reforma gregoriana, años 1073-1085) el Derecho canónico, en virtud del alto grado de racionalización y sistematización alcanzado, se configuró, según afirma H. Berman, como el primer sistema jurídico moderno del mundo occidental, dando lugar, al mismo tiempo, a la aparición de nuevos sistemas jurídicos seculares¹³³.

Con gran agudeza y espíritu de modernidad la Iglesia vio en el Derecho canónico surgido de la Reforma gregoriana un Derecho vivo, arraigado en el pasado, pero que crecía y se desarrollaba hacia el futuro (anticipando así el pensamiento de Burke y Savigny) y que influiría decisivamente en la evolución del pensamiento jurídico occidental¹³⁴.

Rasgos fundamentales y distintivos del nuevo Derecho de la Iglesia fueron su instrumentalidad y su flexibilidad.

Respecto de la *instrumentalidad* del *Derecho canónico* cabe decir que la Iglesia, convencida de que el problema de la salvación de las almas era algo que se planteaba y resolvía aquí abajo, en el espacio y en el tiempo, vio siempre en el Derecho la norma adecuada para vivir rectamente (*norma recte vivendi*); el instrumento necesario e imprescindible para alcanzar su verdadero fin: la salvación eterna de las almas (*salus aeterna animarum*)¹³⁵.

En función de esa instrumentalidad, la *flexibilidad del Derecho canónico* (*aequitas canonica, moderatio, dispensatio...*) hizo del mismo un sistema dúctil que permitió, a través del proceso dialéctico propio del método

129 *Ibid.*, pp. 122 y 123.

130 *Ibid.*, pp. 124 y 125; J. H. Merryman, *o. c.*, pp. 29.

131 En el Derecho canónico se aglutinaron contenidos propios de la fe cristiana (principios y doctrinas teológicas formuladas en forma de disposiciones jurídicas) y contenidos específicos de los Derechos romano y germánico. Con todo la influencia más importante fue la del Derecho romano, más perfecto y desarrollado desde el punto de vista técnico. W. Ullmann, *o. c.*, pp. 71 y ss., y 97 a 100; J. Maldonado, *o. c.*, pp. 275 y ss., 284, 305 y ss., 310 y ss.

132 H. Berman, *o. c.*, pp. 212, 216 y ss.

133 *Ibid.*, pp. 96, 97, 126 y ss., 211 y ss., 214 y ss., 266 y ss., 287, 545 y 553.

134 W. Ullmann, *o. c.*, p. 71; H. Berman, *o. c.*, pp. 214 y ss. y 217.

135 P. Grossi, *o. c.*, p. 130; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 72, 97 y ss.

escolástico, adecuar las normas, en cada momento, a las específicas circunstancias de tiempo, lugar y persona, encontrando, en cada caso, la solución más justa y saludable para las almas ¹³⁶.

b) En cuanto instrumento para la organización y gobierno de la Iglesia la virtualidad del Derecho canónico se hizo patente en un doble plano:

1. De un lado, y a raíz de la Reforma gregoriana el Derecho canónico, tomando como modelo las categorías propias del Derecho romano, sirvió al Papa como instrumento para articular su propio sistema jurídico-político ¹³⁷. El Derecho canónico, en cuanto instrumento de poder y medio de control, hizo posible un proceso de concentración y fortalecimiento del poder del Papa que lo erigió en la autoridad suprema, absoluta, de la Iglesia (*Dictatus Papae* del año 1075). La Iglesia se configuró así como una monarquía absoluta, como una estructura piramidal de concentración de poder en su cúspide, en el Papa, y de delegación de poder en los órganos vicarios del Pontífice para contribuir al gobierno de la Iglesia y a hacer cumplir los preceptos emanados de la autoridad suprema. En virtud de ello la Iglesia, en su configuración y estructura jurídico-política, operaría como preforma y arquetipo del futuro Estado soberano ¹³⁸.

La significación del poder absoluto del Papa debe ser analizada y considerada desde una doble perspectiva: *ad intra*, dicho poder supuso la concentración en el Papa —junto a la suma potestad de gobierno y jurisdicción— del supremo poder legislativo de la Iglesia que ejercería mediante *Decretales*; *ad extra*, el poder absoluto del Papa significó la afirmación de su independencia respecto del emperador y la arrogación —por parte de aquél— de la potestad de instituir y deponer príncipes seculares, de intervenir en las relaciones entre los reinos, etc. ¹³⁹.

2. De otro lado, el Derecho canónico, sirviéndose de la mejor metodología del momento (el método dialéctico de la filosofía escolástica que ya había sido adoptado por los romanistas), logró articularse como un sistema jurídico de calidad técnica similar al *Ius civile* o Derecho romano, alcanzando también un prestigio análogo al mismo.

En cuanto Derecho de la Iglesia el Derecho canónico apareció dotado de una gran fuerza de expansión y penetración en la vida social con-

136 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 77 y ss.; P. Grossi, o. c., pp. 130 a 133, 209 a 214; H. Berman, o. c., pp. 266 y ss., 555 y ss.

137 W. Ullmann, o. c., pp. 39 y ss., 46, 47, 53, 54, 56, 108 y 109.

138 H. Berman, o. c., pp. 124 y ss., 553 y ss.; W. Ullmann, o. c., pp. 24, 71 a 77, 147 y ss.; A. von Martin, o. c., pp. 39 y 52 a 54, 55 y ss.

139 W. Ullmann, o. c., pp. 72 a 78, 80 y ss., 108 y 109; H. Berman, o. c., p. 104 y ss.; J. Maldonado, o. c., pp. 286 y ss., 319 y ss., 365 y ss.; P. Grossi, o. c., p. 206 y ss.

virtiéndose en un instrumento apto para la ordenación y el control de la misma ¹⁴⁰. Ello lo consiguió fundamentalmente el Derecho canónico al configurarse —de acuerdo con los principios de unidad y uniformidad— como un *ordenamiento unitario (lex generalis)*, superador del particularismo y de la variedad y casuística de las colecciones canónicas nacionales. La transformación del Derecho canónico en un ordenamiento unitario fue posible, como apunta Maldonado ¹⁴¹, al tomar aquél como base no los cánones de los concilios sino las decretales de los Papas. Ese *Derecho general y uniforme* (unitario) sirvió para perfeccionar y consolidar la unidad y el funcionamiento de la Iglesia, facilitando y haciendo más eficaz el ejercicio del poder en el gobierno de la misma.

Al conjunto de las recopilaciones del Derecho canónico se le denominaría, ya en el siglo XVI —a imitación del *Corpus Iuris Civilis*—, *Corpus Iuris Canonici* ¹⁴².

c) La autoridad de la Iglesia en el mundo jurídico y la eficacia de su Derecho fueron enormes. La Iglesia, como ya se ha indicado, ocupó el vacío dejado por el Imperio Romano de Occidente tras su desaparición, constituyéndose en eje y motor de la sociedad, de la Cristiandad, mediante «una singularísima y muy armónica fusión entre lo *sacro* y lo *profano*» (P. Grossi). Su influencia fue decisiva en el mundo social, político y jurídico ¹⁴³. La amplitud y profundidad de la autoridad y fuerza del Derecho canónico se hizo patente en los diferentes ámbitos de su validez espacial, personal y real o material.

Desde el punto de vista de su *validez espacial* el Derecho canónico se configuró como un Derecho auténticamente universal que, por encima de los particularismos territoriales de las diversas iglesias, extendió su eficacia por todo el mundo ¹⁴⁴. O. Spengler ha afirmado en este sentido que la Iglesia supo crear un auténtico *Corpus Iuris Universal* para el mundo occidental ¹⁴⁵.

Por lo que al ámbito de la *validez personal* del Derecho canónico se refiere debe tenerse en cuenta que en la Cristiandad medieval toda perso-

140 P. Grossi, *o. c.*, pp. 202 y 205.

141 *O. c.*, p. 277; *vid.* W. Ullmann, *o. c.*, pp. 71 a 73.

142 P. Grossi, *o. c.*, pp. 208 y ss.

143 *Ibid.*, pp. 121 y ss.

144 J. Maldonado, *o. c.*, p. 349.

145 Spengler ha subrayado que mientras la obra de Justiniano (el *Corpus Iuris Civilis*) nació ya muerta desde el punto de vista práctico, la Iglesia logró crear, mediante su Derecho canónico, un auténtico *Corpus Iuris Universal*. O. Spengler, *La decadencia de Occidente (Bosquejo de una morfología de la Historia Universal)*, vol. II, trad. esp. de M. García Morente, Ed. Planeta-Agostini, Barcelona 1993, pp. 92, 93, 96 y 97.

na, en cuanto miembro de la Iglesia, vivía sometida al Derecho canónico y a uno o varios Derechos seculares ¹⁴⁶.

En relación con el ámbito de *validez material* del Derecho canónico ha de considerarse que la Iglesia gozó de una amplia jurisdicción ocupándose, desde momentos tempranos, de la regulación legal y de la resolución judicial de materias que, originariamente, pertenecieron al Derecho secular, público y privado. Así, por ejemplo, en el plano procesal, la Iglesia tuvo frecuentes conflictos jurisdiccionales con el poder secular ¹⁴⁷ y la jurisdicción eclesiástica se ocupó no sólo de los delitos cometidos por clérigos sino también de ciertos delitos perpetrados por laicos ¹⁴⁸.

Desde la perspectiva de la legislación la Iglesia intervino en la ordenación de la vida secular de los cristianos regulando tanto asuntos públicos (cuestiones relativas a delitos, procedimientos, etc) como instituciones de la vida privada tales como el matrimonio, las sucesiones, la propiedad, los contratos, la reparación de daños, etc. ¹⁴⁹.

C) *El Derecho común*

a) El perfil jurídico del mundo medieval, en cuanto reflejo y expresión de la sociedad medieval misma, estuvo definido por el fenómeno del pluralismo jurídico ¹⁵⁰: vigencia conjunta de unos Derechos que fueron comunes a los diferentes pueblos que integraron la Cristiandad y que constituyeron objeto de enseñanza en las universidades (Derecho romano, Derecho canónico, Derecho feudal) o a ciertos estamentos, por ejemplo, el Derecho mercantil (*Ius mercatorum*), que regulaba las relaciones entre los comerciantes (y de los derechos específicos o particulares [*Iura propria*]) de los diversos reinos y territorios. Estos Derechos particulares estuvieron integrados, a su vez, por un conjunto de Derechos (Derecho señorial, Derecho municipal o urbano, Derecho real...) ¹⁵¹.

146 H. Berman, *o. c.*, pp. 234 y ss. y 237. Sobre las situaciones jurídicas del excomulgado y del hereje, véase W. Ullmann, *o. c.*, p. 77 y ss.

147 H. Berman, *o. c.*, pp. 237, 270 y ss., 274 y ss., 279 y ss.

148 Así ocurrió, entre otros, con los delitos de herejía, sacrilegio, magia, hechicería, usura, difamación, homosexualidad, adulterio. H. Berman, *o. c.*, p. 206.

149 W. Ullmann, *o. c.*, pp. 95 a 97; H. Berman, *o. c.*, pp. 235, 238 a 266, 553, 557 y ss.; J. Maldonado, *o. c.*, pp. 249 a 251, 257 y ss., 262 y ss., 266 y ss., 269 y ss y 349; P. Grossi, *o. c.*, pp. 127, 214 y ss., 216 y ss., 218 y ss.; G. Wesenberg - G. Wesener, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. esp. de J. J. de los Mozos Touya, Ed. Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 49 y ss.

150 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 79 y ss.; P. Grossi, *o. c.*, p. 221 y ss.

151 H. Berman, *o. c.*, pp. 287 y ss., 310 y ss., 332 y ss., 349 y ss., 374 y ss., 424 y ss.

Dicho pluralismo no supuso la ruptura del orden unitario propio de la Edad Media¹⁵². El pensamiento jurídico medieval —desde los supuestos de la unidad religiosa, cultural y social de la Cristiandad— no vio en esa pluralidad de Derechos sistemas jurídicos excluyentes sino Derechos que debían integrarse y complementarse recíprocamente constituyendo una unidad (*idea del Derecho como unidad, como ordenamiento*). En este sentido, y dentro de la dinámica del mundo jurídico medieval, cabe destacar los siguientes fenómenos jurídicos fundamentales:

1. La parcial recepción del Derecho romano por parte del Derecho canónico (puesta de manifiesto en la fórmula *Ecclesia vivit secundum Legem romanam*), con la posibilidad de su aplicación en las causas eclesiásticas, si bien sentando el principio de que el Derecho canónico podía suplir, modificar e incluso derogar al Derecho romano¹⁵³.

2. La recepción del Derecho romano en los Derechos particulares (*Iura propria*) de los diferentes pueblos. Aunque los *Iura propria* estaban muy arraigados en las costumbres populares en el Derecho romano se vieron dos cosas: De un lado, un Derecho ideal (verdadero *ratio scripta*) al que debía adaptarse todo Derecho positivo; de otro lado, un Derecho subsidiario que podía utilizarse para colmar las lagunas de los Derechos particulares. A partir de los siglos xi y xii estos Derechos dejaron sentir la influencia del Derecho romano y fueron modificándose de acuerdo con el mismo por decisión de los gobernantes y el peso de la opinión de los juristas doctos¹⁵⁴.

3. La recepción del Derecho canónico en el orden jurídico secular con auténtica eficacia civil, según hemos indicado ya, regulando materias seculares y siendo aplicado por tribunales civiles¹⁵⁵.

Para comprender bien esto debe partirse de los supuestos de que en el mundo medieval ambos Derechos, canónico y secular, fueron considerados como reflejo del Derecho natural y, en última instancia, del Derecho divino (reaparece aquí la idea de *unidad del Derecho*, en el *sentido del ordenamiento tipo estático*, según Kelsen). Además ha de tenerse en cuenta que en la concepción propia del pensamiento cristiano el Derecho secular no era más que un instrumento que debía cooperar en la misión de la Iglesia de reformar el mundo y contribuir a la realización del Reino de Dios. Desde estos planteamientos era lógica la recepción por parte del Derecho secular de ideas y técnicas propias del Derecho canónico que, a parte de su indis-

152 P. Grossi, o. c., p. 224.

153 H. Berman, o. c., pp. 212, 216 y ss.; J. Maldonado, o. c., p. 351.

154 W. Ullmann, o. c., p. 72; H. Berman, o. c., p. 559.

155 H. Berman, o. c., p. 237; J. Maldonado, o. c., p. 352 y ss.

cutible autoridad espiritual, se hallaba más desarrollado desde el punto de vista técnico y metodológico ¹⁵⁶.

Como consecuencia de los fenómenos jurídicos indicados se fue produciendo una amalgama de Derechos —resultado, insistimos, de un lado, de la recepción de unos Derechos por otros, y, de otro lado, de las relaciones de complemento o integración entre esa pluralidad de Derechos— que constituyó la base material para la elaboración de un nuevo Derecho: el Derecho común (*Ius commune*) producto, como vamos a ver, de la actividad científica y técnica de los juristas ¹⁵⁷.

b) Como ya se ha indicado el *estudio científico del Derecho* romano y canónico se llevó a cabo por civilistas y canonistas siguiendo el *método dialéctico* de la escolástica. Este método les permitió resolver las contradicciones y colmar las lagunas de los textos jurídicos sobre los que trabajaban, que eran considerados como un *corpus* integrado y completo ¹⁵⁸. En el plano de la *praxis jurídica*, al no estar establecido un claro orden jerárquico de las normas ¹⁵⁹ —ello se establecería por primera vez en el Derecho español en el ordenamiento de Alcalá (año 1348) ¹⁶⁰ — los juristas (educados científicamente en el estudio del Derecho romano y del Derecho canónico, así como en la creencia de su autoridad, racionalidad, equidad y perfección técnica), en la resolución de los casos planteados, acudían en busca de solución, en defecto del Derecho propio, al Derecho romano y, secundariamente, al Derecho canónico; pero, en otras ocasiones, acudieron a ambos Derechos (romano y canónico) con preferencia al Derecho propio ¹⁶¹. Resultado del método seguido por los juristas en el estudio de los Derechos romano, canónico y feudal, así como en su aplicación práctica en conexión dialéctica

156 H. Berman, *o. c.*, p. 287.

157 A. Pérez Martín, «El *Ius commune*, artificio de juristas», en *Història del pensament jurídic (Curs 1996-97 dedicat a la memòria del professor Francisco Tomas y Valiente)*, Ed. de T. Montagut, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 1999, pp. 69-93.

158 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 95 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 141 y ss., 150 y ss., 152 y ss., 154 y ss., 162 a 176, 187 y ss., 555 y ss.

159 P. Grossi, *o. c.*, pp. 230 y 231.

160 Dicho texto legal establecía en el Título XXVIII, Ley primera, un orden de prelación normativa (que se mantendría en vigor hasta la promulgación del Código civil) al disponer que «todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste Libro (Ordenamiento de Alcalá); et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas». Al final el Ordenamiento establece que en defecto de las anteriores normas los jueces recurran al rey: «... que Nos —dice el legislador— seamos requerido sobrello, porque fagamos interpretacion, ó declaracion, ó enmienda, do entenderemos que cumple, é fagamos Ley nueva la que entenderemos que cumple sobrello, porque la justicia, ò el derecho sea guardado».

161 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 89 y ss., 118 y ss.; J. H. Merryman, *o. c.*, pp. 30 y 31; F. Tomás y Valiente, *Historia del Derecho Español*, 4.^a ed. (5.^a reimpresión), Ed. Tecnos, Madrid 1992, p. 193.

con los *Iura propria* o Derechos particulares fue la aparición en Europa de un nuevo Derecho: el Derecho común (*Ius commune*).

1. El *Derecho común* fue un Derecho elaborado por los juristas desde sus específicos centros de trabajo —universidades y órganos burocráticos de gobierno y administración de las nuevas monarquías¹⁶²— a través de la interpretación (*interpretatio*) y comentario (*commentarium*) de los textos jurídicos. Este último implicaba la ordenación sistemática de los textos y la elaboración de conceptos generales. Los textos jurídicos objeto de interpretación y comentario fueron el *Corpus Iuris Civilis* (en especial el *Digesto* y el *Código*), el Derecho canónico (preferentemente el *Decreto* de Graciano y las *Decretales*) y el Derecho feudal (incluido en el *Corpus Iuris Civilis* a través de los *Libri feudorum*). Mediante la interpretación y el comentario de los mencionados textos jurídicos los juristas llegaron a obtener una síntesis de los distintos Derechos (romano, canónico y feudal), a la que se sumó la doctrina propia de los juristas, formándose así, como resultado de todo ello, el denominado Derecho común (*Ius Comune*). Éste constituyó un auténtico Derecho de juristas cuyo contenido estuvo integrado más que por la formulación de leyes y costumbres, por las conclusiones de la labor doctrinal de los juristas al interpretar y comentar los textos jurídicos del Derecho romano justinianeo, del Derecho canónico y del Derecho feudal¹⁶³.

2. El fin perseguido por los juristas con la elaboración del Derecho común fue la creación de un sistema jurídico completo que comprendiese todas las ramas del Derecho (privado y público) y que mediante la adaptación de los textos jurídicos —a través de su interpretación— a las nuevas circunstancias de cada momento, pudiese ofrecer soluciones justas y eficaces a los problemas que fuesen planteándose¹⁶⁴. Como explica Grossi, el Derecho común no fue, como a veces se piensa, la mera adaptación del antiguo Derecho romano al orden medieval, aunque dicho Derecho fuese su núcleo fundamental¹⁶⁵; no fue un Derecho romano modernizado sino una construcción de la Ciencia jurídica medieval que, partiendo de textos jurídicos dotados de validez dogmática (*auctoritas*) (Derechos romano,

162 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., pp. 102, 104 y ss., 110 y ss.; A. Pérez Martín, o. c., p. 79 y ss.; H. Berman, o. c., p. 425 y ss.

163 A. Pérez Martín, o. c., pp. 74 a 78; «El Derecho canónico particular y el Derecho común medieval», en *Sínodos diocesanos y legislación particular (Estudios históricos en honor al Dr. D. Francisco Cantelar Rodríguez)*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 1999, pp. 18; E. Gacto Fernández - J. A. Alejandro García - J. M. García Marín, *El Derecho histórico de los pueblos de España*, 8.ª ed., Madrid 1994, pp. 247 a 249 y 251.

164 A. Pérez Martín, «El *Ius commune*, artificio del jurista», en o. c., pp. 70, 71, 74 a 79, 81 y ss.; «El Derecho canónico particular y el Derecho común medieval», en o. c., p. 18; J. H. Merryman, o. c., pp. 27 y 30; P. Grossi, o. c., pp. 225 y —de modo especial— 229 y 230.

165 A. Pérez Martín, o. c., pp. 74 y 75.

canónico y feudal), supo construir sus principios, categorías y esquemas lógicos propios situando el fundamento último de su validez y legitimidad en la ley divina ¹⁶⁶. Con ello el Derecho común, que llegaría a ser el nuevo Derecho unitario, universal, de la Cristiandad se configuraba como un ordenamiento estático, según la terminología acuñada por Kelsen.

3. El Derecho común surgió en Bolonia en el siglo XII y desde allí se extendió a toda Italia y, luego, a la mayor parte de Europa. Las razones de su expansión fueron básicamente de orden político y técnico-jurídico.

Por razones políticas impulsaron la expansión del Derecho común el emperador, el Papa y los reyes. Dichas razones consistían en que el Derecho común servía mejor a sus pretensiones de fortalecer su poder y de promover un nuevo orden de convivencia, más justo, pacífico y seguro. En contraste con esta actitud la oposición a la difusión del Derecho común vino de la nobleza —que veía con ello amenazados sus privilegios— y de las clases populares, recelosas de todo cambio o innovación ¹⁶⁷.

Razones de orden técnico-jurídico impulsaron a la burguesía y a los juristas a contribuir a la expansión del Derecho común. Los cambios económicos, sociales y culturales operados a partir del siglo XII plantearon nuevos problemas ante los cuales los viejos Derechos no tenían soluciones adecuadas. Frente a las limitaciones e insuficiencias de dichos Derechos el Derecho común poseía como rasgos característicos su perfección técnica y el hondo sentido de justicia que inspiraba sus principios. Así, la burguesía encontró en el Derecho común el instrumento adecuado para la regulación más ágil y eficaz del tráfico mercantil y del desarrollo de la economía urbana. Por su parte, los juristas, en cuanto profesionales del Derecho (jueces, abogados, notarios...) introdujeron en la práctica jurídica el Derecho común para el mejor desempeño de sus funciones, superando las limitaciones y defectos de los Derechos particulares ¹⁶⁸.

4. Entre Derecho común y Derechos particulares (*iura propria*) se dieron complejas relaciones de ósmosis, complemento e integración que podemos resumir en los siguientes términos:

— De un lado, el Derecho común, en virtud de su racionalidad, de su «auctoritas», desplegó su virtualidad sobre los Derechos particulares: 1. inspirando y penetrando el proceso metodológico de interpretación y aplicación

166 P. Grossi, *o. c.*, pp. 221 y 225 a 227.

167 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 120 y ss.; E. Gacto Fernández y otros, *o. c.*, pp. 249, 251, 260 y 264.

168 M. García Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, cit., p. 94 y ss.; E. Gacto Fernández y otros, *o. c.*, pp. 252, 253, 264 y 265.

de las normas de dichos Derechos, dotándolo de un mayor grado de flexibilidad y de un más depurado sentido de justicia y equidad; 2. preparando e impulsando la reforma de dichos Derechos, en algunos de los cuales se produjo la recepción de instituciones propias del Derecho común (caso de las *Partidas* en Castilla y León); 3. operando como Derecho supletorio para integrar las lagunas existentes en los Derechos particulares¹⁶⁹.

— De otro lado, los Derechos particulares podían completar con sus especificaciones al Derecho común e incluso introducir modificaciones concretas en el mismo. Igualmente determinadas instituciones de los Derechos particulares fueron asumidas por el Derecho común y pasaron a formar parte de su contenido. Entre ellas cabe citar: Instituciones del Derecho de familia (comunidades de bienes), de Derecho sucesorio (pactos sucesorios), de Derecho de las cosas (servidumbres), el mayorazgo, etc.¹⁷⁰

En virtud de estas complejas relaciones entre el Derecho común y los Derechos particulares y del método de trabajo de los juristas (de la *interpretatio* y del *commentarium*) se repensaron y sistematizaron situaciones reales y contenidos de los Derechos particulares desde los esquemas propios del Derecho romano de manera que se llegaron a construcciones en las que las formas eran romanas pero los contenidos fueron completamente medievales. De este modo el Derecho romano justiniano se convirtió en un recipiente o molde vacío en donde los juristas —sirviéndose de las *regulae iuris* y de las *actiones utiles*, como instrumentos válidos de su trabajo— introdujeron nuevos problemas y nuevas soluciones¹⁷¹.

5. El Derecho común ha sido uno de los fenómenos culturales más importantes del mundo occidental. Importante por sus ámbitos de *validez espacial* (rigió en los países de Europa central y occidental y en sus colonias) y *temporal* (estuvo vigente desde el siglo XII hasta principios del siglo XIX). Importante también porque generó una *mentalidad* y una *cultura jurídica comunes* a todos los pueblos del espacio geográfico indicado, haciendo

169 P. Grossi, o. c., p. 232; véanse también las pp. 221, 222, 228 y 229; J. H. Merryman, o. c., pp. 30 y 31; E. Gacto Fernández y otros, o. c., p. 264; A. Pérez Martín, o. c., pp. 73, 74 y ss., 77, 78 y 83; *El Derecho canónico particular y el Derecho común medieval*, cit., pp. 18 y 19.

170 P. Grossi, o. c., p. 230 y ss.; J. H. Merryman, o. c., pp. 30 y 31; A. Pérez Martín, o. c., pp. 77 y 78; *El Derecho canónico particular y el Derecho común medieval*, o. c., p. 18.

171 P. Grossi, o. c., pp. 174 a 179, 233 y ss. Un ejemplo de lo que indicamos lo tenemos en el caso de los derechos reales regulados por el Derecho romano según la idea de la pertenencia (*dominium*). Aquí la tarea de los juristas consistió en trabajar sobre el esquema técnico del *dominium* repensando y sistematizando las nuevas situaciones reales que habían surgido en la vida social en términos de *dominium*, llegando así, por ejemplo, a la doctrina del dominio dividido (distinción entre dominio directo y dominio útil). De esta forma el *dominium* se convirtió en un molde o recipiente vacío en el que se podían introducir nuevos contenidos a costa de forzarlo y desnaturalizarlo. Vid. P. Grossi, o. c., pp. 177, 234 y ss. Véanse también las pp. 236 y ss., 238 y ss.

posible e intensa la comunicación y las relaciones entre ellos y, en especial, el cultivo y el desarrollo de la Ciencia jurídica¹⁷². El Derecho común, con la significación y alcance indicados, fue así, por su carácter unitario, un instrumento de entendimiento y unión entre los pueblos de Europa; un auténtico ordenamiento jurídico de la Cristiandad, que hizo de ésta, que ya era fundamentalmente una comunidad religiosa y cultural, una verdadera comunidad jurídica.

3. *Quiebra de la concepción escolástica del Derecho y proceso de disolución del Derecho común. (Hacia la configuración del Derecho como ordenamiento dinámico)*

El imponente edificio del sistema jurídico escolástico —tan semejante en todo a la fábrica de una catedral gótica— vio erosionados sus cimientos y amenazada su estabilidad y consistencia por una serie de factores, de diversa naturaleza y significación, que hicieron posible e impulsaron, en la terminología de Kelsen, el tránsito de una *concepción del Derecho como ordenamiento estático* (que era la propia del Iusnaturalismo escolástico) hacia una *concepción dinámica del mismo* (idea típica del positivismo jurídico). Según este modo de concebir el Derecho la unidad y la validez de las normas que integran el sistema no dependen ya del contenido de las mismas sino del sistema de fuentes formales (órganos y procedimientos) de su producción.

Entre los factores de diferente naturaleza que hicieron posible e impulsaron ese cambio cabe destacar: factores teológico-filosóficos, factores filosófico-políticos y factores filosófico-jurídicos. Estos factores desplegaron su actividad en diferentes momentos históricos y operaron, lógicamente, en planos diferentes como vamos a ver.

A) *Plano teológico-filosófico*

Los supuestos de carácter ontológico que constituían el fundamento de la concepción escolástica del Derecho fueron erosionados y destruidos por el *nominalismo* y el *voluntarismo*, en especial de Ockahm.

La posibilidad del Derecho natural encontraba su base en la primacía del intelecto sobre la voluntad y en la capacidad de la inteligencia para des-

172 A. Pérez Martín, o. c., pp. 69 a 71 y 74; *El Derecho canónico particular y el Derecho común medieval*, cit., p. 15 y ss.

cubrir en el *orden del ser* la norma suprema del obrar (*praecepta quia bona, prohibita quia mala*)¹⁷³. Frente a ello el nominalismo vino a afirmar:

1. Que el ser sólo existe y puede ser conocido en cuanto ser individual y concreto, negando la posibilidad de conocer *la esencia* de las cosas. La noción de esencia y otras análogas, propias de la metafísica, no son más que construcciones lingüísticas, meras palabras (*nomina*), con las que el hombre designa una multitud de cosas similares¹⁷⁴.

2. Que lo creado o actuado por Dios no tiene carácter «necesario» sino «contingente» (Dios podía haber obrado de otra forma), siendo absurdo que la razón trate de indagar las «razones» por las que Dios (que actúa siempre libre, espontáneamente) ha hecho algo. La razón humana sólo puede conocer y constatar lo puramente «fáctico» (que siempre es individual y concreto) sin que pueda inferir de ello ninguna razón o sentido¹⁷⁵.

Desde estos supuestos desaparece la idea de *orden ontológico del ser* como fundamento de la norma suprema del obrar (la noción de *ley natural* aparece ahora vacía de contenido) y la razón y criterio últimos de la conducta humana sólo pueden encontrarse en la voluntad absoluta de Dios (*potentia Dei absoluta*), lo cual conduce al más radical positivismo moral (*voluntarismo*). De este modo la idea de un Derecho natural fundado en el «orden del ser» es desplazada y sustituida por la idea de un Derecho divino positivo, fundado exclusivamente en la voluntad de Dios, y en el cual las normas no obligan en razón de su justicia o bondad intrínsecas sino sólo por el simple hecho de estar prescritas por Dios. Según este voluntarismo no hay cosas buenas o malas por naturaleza (*per se*) sino sólo «*bona quia praecepta, mala quia prohibita*»¹⁷⁶.

Desde estos supuestos Ockahm razona así: 1. «Dios puede hacer todo lo que, al ser hecho, no incluye contradicción». 2. «Dios puede virtualmente ser odiado por una voluntad creada (... y como Dios) puede hacer todo aquello que una vez hecho no incluye contradicción: luego, puesto que el ser realizado (...el acto de odiar a Dios) no incluye contradicción, porque la creatura puede hacerlo, se sigue que Dios puede ordenarlo». 3. «Así pues —concluye Ockahm— la voluntad obediente a tal precepto (odiar a Dios), establecido por Dios, merecería beatitud»¹⁷⁷.

173 E. Galán y Gutiérrez, *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la «perennis Philosophia»*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1955, pp. 77, 80 y 81.

174 H. Rommen, *Le Droit naturel*, cit., p. 99 y ss.

175 J. Pieper, o. c., pp. 170 y 180.

176 *Ibid.*, pp. 178 y 179; H. Rommen, *Le Droit naturel*, cit., p. 99; H. Welzel, o. c., pp. 70 a 73, 76 y ss. y 82 a 84; A. von Martin, o. c., pp. 121 a 126.

177 G. Ockam, *Tratado sobre los principios de la Teología*, trad. esp. de L. Farré, cedida por Aguilar, S. A., de Ed. Sarpe, Madrid 1985, pp. 29 y 31.

Cuando estos planteamientos sean trasladados al plano del Derecho positivo éste no encontrará más fundamento de su validez que la voluntad del legislador, la voluntad del Estado ¹⁷⁸.

B) *Plano filosófico-político*

En el orden político el voluntarismo surgió y se desarrolló de modo gradual, progresivo, pudiéndose distinguir dos momentos claramente diferenciados.

a) En un primer momento el voluntarismo emerge y se desarrolla, en plena Edad Media, desde supuestos que constituyen piezas clave del orden de la Cristiandad. Nos referimos a lo que W. Ullmann ha denominado «realidad o monarquía teocrática» ¹⁷⁹. Se trata de la aparición de la figura del «rey por la gracia de Dios» (*rex Dei gratia*), el cual no recibe su poder del pueblo (teoría ascendente del poder, según la tipología de Ullmann) sino de Dios (teoría descendente del poder) ¹⁸⁰, en virtud de las ceremonias de la unción y la coronación por parte de la Iglesia (unge y corona el Papa o un obispo) ¹⁸¹. Sólo a partir del momento de la consagración por la Iglesia alcanza el príncipe la condición de rey.

El rey, en virtud de la consagración eclesiástica, adquiere un *status* de mediador entre Dios (de quien recibe como don o gracia el reino) y el pueblo, que le está sometido y cuyo gobierno le viene encomendado por Dios ¹⁸². Mediante la consagración el rey alcanza una condición *sacra*, convirtiéndose en «vicario de Dios» en la tierra ¹⁸³. En cuanto tal, el rey participa de la *potentia Dei* y se le reconoce la potestad legislativa, configurándose la ley como un producto de la voluntad real ¹⁸⁴. Se trata no obstante de un voluntarismo moderado o limitado por la creencia en un orden ético objetivo integrado por la ley divina y la ley natural.

b) En un segundo momento el voluntarismo adquirirá una significación más firme y radical en conexión con el nominalismo, el averroísmo

178 H. Rommen, *Le Droit naturel*, cit., p. 200; E. Galán y Gutiérrez, *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la -perennis Philosophia-*, cit., pp. 77 y 80 a 84.

179 W. Ullmann, *o. c.*, pp. 121 y ss.

180 *Ibid.*, pp. 24 y ss.

181 F. Kern, *o. c.*, p. 68 y ss.; M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., en especial p. 816 y ss.

182 W. Ullmann, *o. c.*, pp. 121 y ss., 129 y ss., 149 y ss.

183 F. Kern, *o. c.*, pp. 68 y ss., 77 y ss., 85 y ss., 110 y ss.; M. García Pelayo, *El Reino de Dios, arquetipo político*, cit., p. 771 y ss., en especial pp. 777 y ss., 803 y ss., 807, 808, 811, 815 y ss., 820 y ss., 824 y ss., 830 y ss., 840, 845 y ss., 847 y ss., 848 y ss.; W. Ullmann, *o. c.*, pp. 26, 51 y ss., 62 a 68, 70 y ss., 78 y ss.; H. Berman, *o. c.*, pp. 98, 100 y 101.

184 W. Ullmann, *o. c.*, pp. 125 a 127 y 132; A. Passerin D'Entrèves, *o. c.*, pp. 118 y ss.

político y el fideísmo (Marsilio de Padua, Ockahm) y la consiguiente secularización del orden político¹⁸⁵, sobre todo a partir de la Edad Moderna (Maquiavelo, Bodino, Hobbes...). En este orden de cosas el fenómeno fundamental estuvo constituido por la secularización de la idea de *potentia Dei absoluta* de Ockahm —que en cuanto tal era lógicamente una categoría teológica— mediante su atribución a un sujeto temporal (persona física o jurídica) a quien se denominó *soberano*.

El pensamiento político moderno vio en la *summa potestas* o *soberanía* el elemento esencial, constitutivo del Estado¹⁸⁶; lo que realmente distinguía al Estado de las otras instituciones políticas con las que frecuentemente se había confundido¹⁸⁷. Y la soberanía fue considerada como la suprema y única fuente originaria del Derecho. La primera cualidad o signo del poder soberano se cifró en la facultad de dar leyes («el primer atributo del príncipe soberano —dirá Bodino— es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular»)¹⁸⁸, viéndose en la ley, en cuanto expresión de la voluntad del soberano¹⁸⁹, el único criterio o medida de lo justo y de lo injusto¹⁹⁰.

Se trata de un voluntarismo radical que se ha desarrollado y extendido desde los orígenes mismos del Estado moderno hasta nuestros días viendo en la ley la mera expresión de la voluntad del poder soberano con independencia de que éste aparezca atribuido al monarca absoluto (opción preferida por Bodino y Hobbes), al pueblo (Rousseau) o al Estado (Hegel y, con posterioridad, los teóricos del Derecho público alemán del siglo XIX)¹⁹¹.

C) Plano filosófico-jurídico

En el ámbito de los principios filosófico-jurídicos deben ser objeto de consideración los siguientes procesos:

185 Vid. A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, I, cit., p. 409 y ss.

186 J. Bodin, *Les six livres de la République*, Lib. I, cap. 2.

187 A. Passerin D'Entrèves, o. c., pp. 107, 111, 115 y ss.

188 O. c., Lib. I, cap. 10. «Corresponde a la soberanía —dirá Hobbes— todo el poder de prescribir leyes», *Leviathan*, Parte II, cap. 18, 7.

189 Para Bodino, «el propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía», op. cit. Lib. I, cap. 8, véase el Lib. I, caps. 8 y 10; T. Hobbes, o. c., Parte I, cap. 15.

190 T. Hobbes, o. c., Parte I, cap. 15, y Parte II, cap. 18, 4.

191 H. Welzel, o. c., pp. 114 y ss., 156 y ss., 173 y ss., en especial 178 y ss.; M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado (Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático)*, trad. esp. de E. Bulygin, Ed. De Palma, Buenos Aires 1980, pp. 421 y ss.

a) Fases de desarrollo y evolución del Derecho común

El Derecho común nace y se desenvuelve a través de un proceso de interrelación con los Derechos particulares cuyo sentido último es el progresivo reconocimiento de los *Iura propria* (perfeccionados e integrados por el Derecho común) y el paralelo declinar del *Ius commune*. Etapas fundamentales de dicho proceso fueron:

1. La época de los *glosadores* (siglos XII y XIII) en la que el *Ius commune* es prácticamente el Derecho prioritario y los *Iura propria* tuvieron un carácter subsidiario.

2. La etapa de los *comentaristas* (siglos XIV y XV), en donde la relación es inversa: el Derecho común regirá sólo en defecto de los Derechos particulares.

3. El período del *Usus modernus Pandectarum* (siglos XVI a XVIII), en el que el *Ius commune* fue siendo progresivamente desplazado por los *Iura propria* de las monarquías absolutas¹⁹².

4. La derogación formal del Derecho común y su sustitución por los modernos Derechos nacionales codificados (finales del siglo XVIII y siglo XX)¹⁹³.

Fenómenos que condicionaron y marcaron las etapas finales de la evolución del Derecho común y su extinción fueron: la aparición del Iusnaturalismo racionalista, el nacimiento del movimiento codificador y el triunfo del positivismo jurídico.

b) El desplazamiento del Derecho natural escolástico por el Derecho natural racionalista y el movimiento codificador

Tras la ruptura, por causa de la herejía, de la unidad religiosa de la Cristiandad y de las consiguientes guerras religiosas a que ello dio lugar, el Derecho natural escolástico —dada su fundamentación teológica— perdió su virtualidad para ordenar la convivencia entre los pueblos de Europa. Ello obligó al desplazamiento de dicho Derecho y a la búsqueda de unos nuevos principios ético-jurídicos que, al estar fundados exclusivamente en la razón —de

192 P. Koschaker, o. c., pp. 106 y ss., 143 y ss., 163, 351 y 352; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1952, pp. 33 y ss., 35 y ss., 37 y ss.; H. Schlosser, *Grundzüge der neuen Privatrechtsgeschichte*, 7.ª aufl., C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, pp. 60 y ss.; A. Pérez Martín, o. c., pp. 16 y 20; «El *Ius commune*, artificio de juristas», en o. c., pp. 71 a 74.

193 A. Pérez Martín, *El Derecho canónico particular y el Derecho común medieval*, o. c., pp. 17 y 20.

modo análogo a como acontece con las verdades matemáticas—, pudiesen ser reconocidos y aceptados por todos los príncipes y por todos los pueblos y, por ello mismo, fuesen capaces de ordenar y regular la convivencia entre ellos. Ésta fue la tarea que llevó a cabo el Derecho natural racionalista, fundado por Hugo Grocio y desarrollado por su escuela ¹⁹⁴.

El racionalismo triunfante —habiendo erigido la razón en fundamento y criterio último de la validez de todo Derecho— no sólo desplazó al Derecho natural escolástico, sino que también erosionó los fundamentos mismos del Derecho común. La autoridad del Derecho romano, del Derecho canónico y de los Derechos positivos particulares fue sometida a una demoledora crítica por parte de la razón, la cual, elevada a fuente suprema del Derecho, elaboró un sistema de Derecho natural puramente racional ¹⁹⁵ que, en tensión dialéctica con los Derechos positivos existentes, adquirió una clara dimensión revolucionaria ¹⁹⁶. El perfil revolucionario del Iusnaturalismo racionalista se hizo pronto patente. De un lado, las tesis del nuevo Iusnaturalismo cristalizaron en el ideario que inspiró e impulsó las revoluciones que tuvieron lugar en el mundo atlántico en la segunda mitad del siglo XVIII, especialmente en Norteamérica y en Francia. El espíritu de estas revoluciones se plasmó en documentos solemnes, en donde se consagraron los derechos naturales del hombre y se sentaron las bases del moderno Estado constitucional de Derecho. De otro lado, el Iusnaturalismo racionalista ideó y promovió el proceso de codificación de los Derechos europeos que implicaría la derogación formal del Derecho común. Dicho proceso se concretó fundamentalmente en la codificación de los Derechos privados, penal y procesal y, bajo las exigencias del movimiento constitucionalista, también en la codificación del Derecho político o constitucional ¹⁹⁷.

Eficaz coadyuvante del racionalismo en el desarrollo e impulso del proceso codificador fueron los fenómenos de la eclosión del nacionalismo y la exaltación de los Derechos nacionales que tuvieron lugar a raíz de la Revo-

194 H. Welzel, *o. c.*, pp. 108 y ss., 114 y ss.; F. Wiaecker, *o. c.*, pp. 133 y ss.; H. Schlosser, *o. c.*, p. 78 y ss.

195 No obstante, debe observarse la heterogeneidad de los contenidos del Derecho natural racionalista en donde, junto a ideas nuevas, aparecen en gran cantidad materiales extraídos del Derecho natural escolástico y elementos de significación voluntarista (en especial en Pufendorf y Thomasius). E. Galán y Gutiérrez, *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la «perennis Philosophia»*, cit., p. 89; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho natural*, cit., p. 10.

196 A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho natural*, cit., p. 37 y ss.

197 E. Gómez Arboleya, «El racionalismo jurídico y los códigos europeos», en *Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962, pp. 439 y ss., 467 y ss., 511 y ss.; F. Wiaecker, *o. c.*, pp. 197 y ss.; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico (Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. N. Morra)*, anno accademico 1960-61, Ed. Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino, en especial las pp. 65 y ss.; H. Schlosser, *o. c.*, p. 91 y ss.

lución Francesa y de las guerras napoleónicas¹⁹⁸. Resultado de todo ello fue la derogación formal del Derecho común y su sustitución por los Derechos nacionales codificados de los respectivos Estados¹⁹⁹.

Debe advertirse al respecto que, con el tiempo, una vez codificado el Derecho político o constitucional en la constitución y elevada ésta a la condición de norma básica o fundamental del ordenamiento jurídico, el Derecho constitucional pasaría a configurarse, según la observado R. Fernández-Carvajal, como un nuevo Derecho común, fundamento no sólo del Derecho público sino de todo el ordenamiento jurídico²⁰⁰.

c) Triunfo del positivismo jurídico y permanencia del Derecho común

a) El proceso de la codificación del Derecho llevó, por su propia dinámica, al triunfo de la *concepción positivista del Derecho*. Ésta —desde los supuestos del empirismo metodológico y del materialismo filosófico e histórico— supuso la reducción del fenómeno jurídico al Derecho positivo. En cuanto tal, el Derecho positivo —que se identifica básicamente con la ley (Derecho legal)— es entendido como un fenómeno puramente fáctico (como un hecho desprovisto de toda significación o sentido axiológico o valorativo) caracterizado por la nota de la coercibilidad y cuya validez se explica a partir de otro hecho o hechos en virtud de un proceso puramente formal y técnico. El Derecho positivo, concebido como el conjunto de reglas que regulan el uso de la fuerza (coacción) en la sociedad, encuentra su justificación última en la creación y control de un determinado orden social caracterizado por la nota de certeza (seguridad jurídica)²⁰¹.

b) El proceso de expansión y consolidación del positivismo jurídico se desarrolló gradualmente a partir del fenómeno de la codificación. F. Wieacker ha distinguido en el mismo dos momentos o etapas perfectamente diferenciados.

La primera etapa fue la constituida por lo que Wieacker denominó *positivismo científico*. Dicha etapa se sitúa en el periodo inmediatamente posterior al proceso de la codificación. En él los juristas se centraron en el estudio y aplicación del Derecho positivo pero tuvieron plena conciencia de

198 J. H. Merryman, *o. c.*, p. 32.

199 A. Pérez Martín, *o. c.*, pp. 17 y 20.

200 R. Fernández-Carvajal, «Nota sobre el Derecho constitucional como nuevo 'Derecho común'», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, n.º 1, año 1989, en especial pp. 37 y 39 a 42.

201 N. Bobbio, *o. c.*, pp. 160 y ss., 165 y ss., 183 y ss., 202 y ss., 303 y ss.

que ese Derecho era desarrollo y concreción de los valores ético-jurídicos (justicia, Derecho natural...) propios de la cultura occidental.

La segunda etapa es la que Wieacker denominó *positivismo legalista*. En ella, los juristas —alejados ya en el tiempo del momento de la codificación y de las circunstancias y clima histórico-cultural que la hicieron posible y educados básicamente en el conocimiento y aplicación del Derecho positivo (en el culto a la ley)— desconocen ya los principios y valores propios de la cultura jurídica de la tradición occidental; no poseen ninguna conciencia de la existencia de un Derecho supralegal, fundamento, medida y límite del Derecho positivo. Ello era la consecuencia de las premisas establecidas por K. Bergbohm —uno de los representantes más cualificados del positivismo jurídico— de que la existencia de un Derecho positivo —válido por su propia naturaleza para una situación histórica determinada— era incompatible y, por tanto, excluía la existencia y posibilidad de un Derecho natural²⁰². Así, desde los supuestos del *positivismo legal* (denominado también por Wieacker *positivismo ilegítimo*), desaparece toda distinción o diferencia entre norma justa y norma injusta²⁰³. El Derecho, dirá Kelsen, puede asumir como propio cualquier contenido aunque nos parezca inícuo, inmoral²⁰⁴.

c) Desde los supuestos del positivismo legalista el Derecho —al tener como fuente y fundamento último de su validez el poder del Estado y como finalidad primaria el orden, el control y la certeza jurídica de la vida social— sólo podía configurarse como un *ordenamiento de tipo dinámico*, según la terminología de Kelsen; esto es, como un sistema de normas en el que la validez de las mismas depende exclusivamente no de su contenido sino de su modo de producción. Según esta concepción del ordenamiento, «una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello»²⁰⁵.

d) El resultado último de este proceso que venimos considerando fue —como ya se ha anticipado— la quiebra y disolución (derogación formal) del sistema de Derecho común (*ordenamiento estático*, en el sentido de Kelsen), que impulsó y acertó a erigir la Ciencia jurídica desde los supuestos filosófico-jurídicos de la Cristiandad medieval y su sustitución —en corre-

202 K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (reimpresión de la ed. de Leipzig de 1892), Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus 1973, en especial pp. 175, 372, 381, 384, 403, 407, 425 y 455.

203 F. Wieacker, *o. c.*, p. 327 y ss.

204 H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 133; *Teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., cit., p. 205.

205 H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit., p. 133; véase también en *Teoría pura del Derecho*, 1.ª ed., cit., pp. 136 y ss., y 2.ª ed., cit., pp. 204 y 205.

lación con el pluriverso de Estados soberanos que pasaron a integrar el orden político del mundo moderno— por una pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales²⁰⁶.

Con todo hay que advertir que la codificación del Derecho de los pueblos de Europa occidental y la derogación formal del Derecho común no supuso desde el punto de vista material —esto es, por lo que respecta a los contenidos de los Derechos codificados— una ruptura con la tradición jurídica sino, al contrario, continuidad y desarrollo de las instituciones jurídicas tradicionales, en especial de las del Derecho privado. En este sentido, el Derecho común europeo persiste así —tal como ha puesto de manifiesto H. Coing²⁰⁷— como sustrato de los Derechos estatales europeos. Se trata de un poso, madre o sedimento jurídico común que puede entrañar todavía una latente virtualidad cara al proceso de construcción de la Europa unida del futuro.

Alberto Montoro Ballesteros

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Murcia

206 A. Passerin D'Entrèves, *o. c.*, pp. 111, 143 y ss.

207 H. Coing, *Derecho privado europeo*, t. I (*Derecho común más antiguo —1500-1880—*), t. II (*El siglo XIX*), trad. esp. de A. Pérez Martín, Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1996. Vid. A. Pérez Martín, *o. c.*, pp. 78 y 79; *El Derecho canónico particular y el Derecho común medieval*, cit., pp. 16 y 18.