

Serrano Redonnet, Diego M.

Un aporte para la comprensión de Hobbes a partir de su diálogo entre un filósofo y un jurista

Prudentia Iuris N° 68/69, 2010

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Serrano Redonnet, D. M. (2010). Un aporte para la comprensión de Hobbes a partir de su Diálogo entre un Filósofo y un Jurista [en línea], *Prudentia Iuris*, 68-69, 281-316. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/aporte-compresion-hobbes-dialogo-filosofo.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

UN APORTE PARA LA COMPRENSIÓN DE HOBBS A PARTIR DE SU *DIÁLOGO ENTRE UN FILÓSOFO Y UN JURISTA*

DIEGO M. SERRANO REDONNET¹

Resumen: Este artículo es un análisis del *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, de Thomas Hobbes, a la luz de su controversia con Edward Coke, reconocido jurisconsulto inglés de su época y defensor del *common law* frente a las pretensiones del absolutismo monárquico de Jacobo I. El trabajo, de modo introductorio, ubica al *Dialogue* en el contexto histórico de la Inglaterra del siglo XVII y seguidamente analiza el *Dialogue*, deteniéndose en aquellos puntos que iluminan el debate de Hobbes con Coke y, por consiguiente, el enfrentamiento entre la prerrogativa real y el *common law* inglés. Por vía del camino del análisis del *Dialogue* y de dicho debate, el artículo intenta interpretar mejor el pensamiento de Hobbes en torno al derecho natural y a los límites a la autoridad política así como a contribuir al debate académico de si Hobbes era (i) *positivista* o *iusnaturalista*, por una parte, y (ii) *liberal* o *absolutista*, por otra. A través del estudio del *Dialogue*, habida cuenta de tratarse de una obra escrita por Hobbes en su madurez, el trabajo pretende hacer un aporte a la comprensión de sus ideas político-jurídicas.

Abstract: This article is an analysis of the *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* of Thomas

¹ Abogado (UCA), master en Derecho (Universidad de Harvard, USA), Profesor en *Formación del Pensamiento Jurídico-Político*, Facultad de Derecho de la UCA.

Hobbes in light of his controversy with Edward Coke, a well known English jurist of his times and defender of the common law against the royal absolutism of James I. By way of introduction, the article places the *Dialogue* within the historical context of England in the seventeenth century and then analyzes the *Dialogue*, focusing on those issues that shed light on the debate between Hobbes and Coke and, therefore, on the clash between the royal prerogative and the English common law. By means of the analysis of the *Dialogue* and of such debate, the articles attempts to reach a better interpretation of the Hobbesian ideas regarding natural law and the limits to political authority as well as to contribute to the academic debate as to whether Hobbes was (i) *positivist* or *iusnaturalist*, on the one hand, and (ii) *liberal* or *absolutist*, on the other hand. Through the study of the *Dialogue*, taking into account that it is a work written by the mature Hobbes, the article endeavors to make a contribution to the understanding of the political and legal ideas of Hobbes.

Palabras clave: Hobbes – Coke – iusnaturalismo – positivismo – liberalismo - absolutismo – voluntarismo – derecho natural – Inglaterra – Siglo XVII – autoridad – política – derecho – monarquía.

Keywords: Iusnaturalist – Positivist – Liberal – Absolutist – Common law – Natural law – England – Politic – Law.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es el análisis del *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, de Thomas Hobbes (en adelante nos referiremos a este texto como el “*Dialogue*”)² a la luz de su controversia con Edward Coke, reconoci-

² Hemos utilizado la traducción del *Dialogue* al español incluida en la obra titulada por HOBBS, Thomas, *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, estudio preliminar, traducción y notas de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 2002. Siempre que citemos el *Dialogue* aludiremos a esta traducción (en adelante “D” acompañado del número de página). También hemos consultado la versión original que figura en el volumen VI de *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury: Now First collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, Londres, Johyn Bohn, 1840, págs. 1-160, y que puede encontrarse en una excelente

do jurisconsulto inglés de su época y defensor del *common law* frente a las pretensiones del absolutismo monárquico de Jacobo I, a fin de dar con las claves que permitan extraer conclusiones sobre la posición de Hobbes respecto al derecho natural y al absolutismo.

Ante todo, a modo introductorio, ubicaremos al *Dialogue* en el contexto histórico de la Inglaterra del siglo XVII, elemento clave para entenderlo. Posteriormente, analizaremos en forma más detallada el *Dialogue*, deteniéndonos en aquellos puntos que iluminan la controversia de Hobbes con Coke y, por consiguiente, el enfrentamiento entre la prerrogativa real y el *common law* (*rex versus lex*). Para entender la discusión en sus aspectos fundamentalmente iusfilosóficos y filosófico-políticos, más allá de detalles históricos coyunturales, será necesario examinar al menos someramente las ideas jurídico-políticas de Coke, adversario contra quien se dirige el *Dialogue*. Ello nos permitirá interpretar mejor el pensamiento de Hobbes en torno al derecho natural y a los límites a la autoridad política, de manera de esclarecer, como ya anticipamos, la posición de Hobbes respecto del iusnaturalismo y el absolutismo.

En definitiva, buscamos llegar por el camino del análisis del *Dialogue* y de la disputa con Coke —ciertamente complementario de muchos otros explorados por la copiosa bibliografía sobre el pensador de Malmesbury— a contribuir a una toma de posición en el debate académico de si Hobbes era (i) *positivista* o *iusnaturalista*, por una parte, y (ii) *liberal* o *absolutista*, por otra. Asimismo, esta indagación nos permitirá echar luz sobre la concepción *voluntarista* y *prescriptivista* del derecho aceptada por nuestro autor, iniciador de una línea iusfilosófica que llega hasta nuestros días. Desde el *Dialogue*, habida cuenta de tratarse de una obra escrita por Hobbes en su madurez, aunque no demasiado explorada por la bibliografía, pretendemos hacer un aporte a la comprensión de sus ideas político-jurídicas.

2. Contexto histórico

Antes de pasar al análisis detallado del *Dialogue*, se impone enmarcarlo en el contexto histórico de su época. Si bien ello es nece-

reproducción facsimilar en Internet en el siguiente sitio <http://olldownload.libertyfund.org/Home3/Book.php?recordID=0051.06>.

sario en todo pensador, lo es más aún cuando se consideran materias político-jurídicas en las cuales las circunstancias sociales tienen mayor incidencia.

La fecha de redacción del *Dialogue* no es precisa y tampoco hay acuerdo entre los estudiosos sobre los motivos de su autor para escribirlo ni sobre las circunstancias que rodearon su composición. Estudiosos como Tönnies³ y Bobbio señalan como factor desencadenante de la preparación del *Dialogue* el proceso por herejía y ateísmo iniciado por el Parlamento contra Hobbes en 1666, en el clima de exasperación reinante debido al devastador incendio que ese mismo año asoló Londres y a la peste que había afectado a la ciudad en 1665. Cabe notar que Hobbes ya se venía defendiendo –en esa época– de las acusaciones de ateísmo e impiedad y de haber escrito el *Leviatán* para apoyar a Cromwell.⁴ Otros, como Carrive, ubican la génesis del *Dialogue* en la instigación de John Aubrey y en la lectura de los *Elements of Law* de Francis Bacon en 1664.⁵ Lo cierto es que el *Dialogue* habría sido elaborado hacia 1664-1666, aunque en buena medida es una nueva reflexión del filósofo –ya octogenario– sobre algunos temas ya tratados en los capítulos XXVI, XXVII y XXVIII del *Leviatán*, escrito hacia 1651.⁶

La situación política británica en la época en que Hobbes se encuentra trabajando sobre el *Dialogue* puede describirse a grandes trazos en la forma siguiente.⁷

Luego de la Guerra de las Dos Rosas, sube al trono la dinastía

³ TÖNNIES, Ferdinand, *Vida y doctrina de Tomás Hobbes*, Madrid, Revista de Occidente, 1932, págs. 86-87.

⁴ Incluso la Cámara de los Comunes llega a condenar el *Leviatán*. Hobbes pareció temer que lo llevaran a la hoguera e incluso esbozó un diálogo para demostrar que, al tiempo de escribirse el *Leviatán*, no existía tribunal que pudiera conocer del crimen. Curiosamente, el *Leviatán* pasa a ser solicitadísimo y sube su precio en las librerías de usados porque no se lo podía imprimir más. Véase TÖNNIES, Ferdinand, *Vida y doctrina*, op. cit..

⁵ Véase el estudio preliminar de Miguel A. Rodilla al *Dialogue*, ed. cit., pág. xlvii-xlviii.

⁶ En el presente trabajo las citas del *Leviatán*, o *la materia, forma y poder de una república*, se realizan de la traducción de Manuel Sánchez Sarto, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.

⁷ Nos hemos basado para este breve sumario en SCHAMA, Simon, *A History of Britain, Volume II: The Wars of the British, 1603-1776*, New York, Talk Miramax Books, 2001, págs. 1-325.

Tudor (Enrique VIII e Isabel I) que consolida el poder real, bien recibido como alternativa a la anarquía precedente. A Isabel I la sucede su primo Estuardo, a la sazón rey de Escocia, que es coronado como Jacobo I de Inglaterra (1604-1625)⁸ y proclama de modo ferviente la doctrina del derecho divino de los reyes y el absolutismo monárquico. Se origina así un conflicto con el Parlamento (particularmente con la Cámara de los Comunes) así como con diversos sectores religiosos disidentes del anglicanismo oficial (puritanos, congregacionistas y otros) que se acentúa durante el reinado de su hijo Carlos I (1625-1649).

Finalmente, el conflicto escala y se llega a la guerra civil (1642-1649) que enfrenta a los partidarios de la Corona y a los *roundheads* comandados por Oliverio Cromwell, defensores del Parlamento. Cromwell sale victorioso y el rey Carlos I es decapitado en 1649, luego de un juicio por alta traición. Se instaura así la república o *Commonwealth* con Cromwell (1649-1658) en su papel de Lord Protector y el Parlamento como autoridades supremas. Poco después de la muerte de Cromwell, se produce la Restauración monárquica con el regreso del exilio del rey Carlos II. Se restablece el anglicanismo y se persigue a los disidentes, en el seno de una sociedad muy dividida entre los partidarios de la Corona y del Parlamento.

La llegada al trono de Jacobo II (1685-1688), católico, exagera las tensiones políticas y religiosas y desemboca finalmente en la llamada Revolución Gloriosa de 1688 –cuyo más renombrado doctrinario es Locke– en que Guillermo de Orange es coronado rey de Inglaterra como Guillermo III (1688-1702), gracias a la acción desplegada por el partido parlamentario. Guillermo de Orange acepta en 1689 un *Bill of Rights* que confirma la supremacía del Parlamento sobre el rey y establece las bases de la monarquía constitucional que, hasta la fecha, rige en Gran Bretaña.

Como se desprende de la sinopsis precedente, el *Dialogue* fue escrito en plena restauración de los Estuardo con Carlos II (1660-1685) y puede presumirse una intención en Hobbes de congraciarse con el nuevo rey luego de que algunos adversarios lo hubieran acusado de haber apoyado a Cromwell y de haber escrito el *Leviatán* para fundar racionalmente la obediencia al vencedor de las guerras civiles.

⁸ Las fechas entre paréntesis corresponden a los respectivos gobiernos citados.

En este contexto histórico tan convulsionado, nacen y se desarrollan variadas ideas políticas que inspiran el accionar de los diversos grupos políticos ingleses.⁹ Por un lado, el absolutismo encuentra entre sus defensores al mismo Jacobo I, a Francis Bacon¹⁰ y –con un tinte paternalista– a Filmer; en Francia, Jean Bodin defiende enérgicamente la soberanía real. En el extremo opuesto, numerosos grupos radicalizados con cierta presencia en el ejército de Cromwell proclaman el igualitarismo (*levellers*) o una forma de primitivo comunismo (*diggers*), con una fuerte inspiración religiosa puritana. En el centro del espectro doctrinal, existen sectores más fervientemente republicanos (Milton, Harrington) y otros claramente partidarios de una monarquía parlamentaria (Locke, marqués de Halifax, Algernon Sydney), así como aquéllos que acentúan el respeto al *common law* tradicional como ley fundamental del reino (Coke, Selden y otros juristas). La influencia de estos sectores moderados sobre la sobreviviente monarquía constitucional británica e, incluso, su efecto inspirador sobre la futura organización institucional de los Estados Unidos de América –tanto sobre las cartas de las colonias americanas como sobre la Constitución de Filadelfia de 1787– será notable.

3. El *Dialogue* de Hobbes

El *Dialogue* se inicia con un intercambio de opiniones sobre el carácter racional del derecho. En efecto, el estudioso del *common*

⁹ Para esta reseña se ha utilizado SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, México, FCE, 1994, págs. 338-415.

¹⁰ En la disputa jurídica clave del derecho constitucional de la época sobre la primacía del “rey” o de la “ley” (*rex versus lex*), el jurista y filósofo inglés Francis Bacon –de quien Hobbes fue secretario durante algún tiempo– fue un defensor de la “prerrogativa real” y del absolutismo monárquico frente a juristas como Coke o Selden. Bacon sostuvo, al argumentar un célebre caso de la época, que los jueces del *common law* no podían proseguir una causa que afectara el interés o la prerrogativa real sin consultar al rey o a su lord canciller. Cf. FEILING, Keith, *A History of England*, Londres, McGraw-Hill Book Co., 1948, págs. 448-449. Bacon fue –cabe acotar– enemigo profesional, político e incluso personal de Coke. Sobre la vida de Bacon puede verse la biografía de JARDINE, Lisa y STEWART, Alan, *Hostage to Fortune: The Troubled Life of Francis Bacon*, New York, Hill & Wang, 1999.

*law*¹¹ –suponiendo una opinión adversa a la racionalidad del derecho por parte de su interlocutor– interroga a éste: “¿Qué os induce a decir que el estudio del derecho es menos racional que el de las matemáticas?”.¹² El filósofo se defiende diciendo que no afirma tal cosa, “pues todo estudio es racional o de nada vale”, pero que “los grandes maestros de matemáticas no yerran con tanta frecuencia como los profesionales del derecho”.¹³

Queda sentada así, desde el comienzo, la contraposición entre la ciencia moderna –paradigma de la racionalidad– y el estudio del derecho, tenido en menos por el filósofo. No obstante, argumenta en seguida este personaje: no interesa mucho si las leyes son más o menos racionales, puesto que no se las ha de leer para discutir las sino para obedecerlas, y en todas ellas ha visto –afirma– “razón suficiente para prestarles [su] obediencia, y que esa razón permanecía constante, aunque los estatutos mismos cambiaran”.¹⁴ Preanuncia así el filósofo –en el fondo el mismo Hobbes–¹⁵ su posición voluntarista y positivista en torno al derecho.

Acto seguido el filósofo introduce en el diálogo la opinión de Edward Coke, adalid del *common law*, cuyas ideas y las del común de los juristas ingleses más renombrados de la época encarnarán en la obra el estudioso del derecho, esto es, el jurista.

Cita a Coke, a quien elogia su gran sutileza para “la inferencia a partir de la ley, y especialmente a partir de la ley de la naturaleza humana, que es la ley de la razón”,¹⁶ mediante la siguiente afirmación:

¹¹ Puede traducirse como “estudiante” del *common law*, pero creemos más fiel hacerlo como “estudioso” del *common law*, ya que refleja mejor la idea del “descubrimiento” y largo estudio del derecho que expone el jurista a lo largo del diálogo.

¹² D 3.

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ D 4.

¹⁵ Pese a que algunos autores –como Cropsey y Carrive– han minimizado la identificación de Hobbes con el filósofo del *Dialogue*, lo cierto es que este personaje parece encarnar sus ideas. Véase CARRIVE, Paulette, “Hobbes et les juristes de la *common law*”, en *Thomas Hobbes. De la métaphysique à la politique*, Actes du Colloque Franco-Américain de Nantes, editadas por Martin Berman y Michel Malherbe, Paris, Vrin, 1989, pág. 151.

¹⁶ D 5.

“[...] la razón es el alma del derecho [...] nihil, quod est contra rationem, est licitum, es decir, nada que sea contrario a la razón es derecho; [...] la razón es la vida del derecho, mejor dicho, que el derecho común no es sino la razón”.¹⁷

La opinión de Coke parece al filósofo evidente, pero al mismo tiempo peligrosa pues sostiene que dicho principio “frustra todas las leyes del mundo. Pues, sobre esa base, cualquiera puede decir de cualquier ley que es contraria a la razón, y hacer de ello un pretexto para desobedecerla”.¹⁸ Su interlocutor, el jurisconsulto, intenta aclarar la opinión de Coke en el sentido de que la razón de la que habla:

“[...] ha de entenderse en el sentido de una perfección artificial de la razón, adquirida mediante largo estudio, observación y experiencia, y no en el sentido de la razón natural de todo hombre; pues nemo nascitur artifex. Esta razón jurídica es summa ratio. Y por consiguiente, aunque toda la razón que se encuentra dispersa en tantas cabezas diferentes se reuniera en una sola, no podría ella, sin embargo, hacer un derecho como el inglés, porque éste a través de tantas sucesiones de edades ha sido afinado y refinado por un número infinito de hombres graves y doctos”.¹⁹

Así el jurista defiende no cualquier razón sino esta especie de “perfección artificial de la razón” derivada del estudio del derecho y de la experiencia jurídica acumulada a través de los siglos, en obvia referencia al acervo del derecho medieval inglés y a la doctrina de los grandes juristas. Con razón se ha visto en Coke –junto con Selden– un remoto predecesor de la escuela histórica del derecho y del tradicionalismo jurídico.²⁰ En este punto, hasta podría decirse que Coke anticipa a Burke y, saltando los siglos, encuentra eco en la teoría evolutiva de las instituciones de Hayek.

El filósofo reacciona contra esta opinión, a la que tilda de “inconcebible”, de este modo:

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ D 6.

²⁰ Cf. CARUSO, Sergio, *La miglior legge del regno. Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2001, págs. 836-855.

“Os concedo que el conocimiento del derecho es un arte pero no que sea derecho cualquier arte de un hombre o de muchos, por muy sabios que fueren, o que lo sea la obra de uno o muchos artífices, por muy perfecta que pudiera ser. No es la sabiduría sino la autoridad la que hace una ley. [...] supongo que lo que él quiere decir es que la razón de un juez o de todos los jueces juntos sin el rey es esa *summa ratio*, y la verdadera ley, cosa que niego, porque nadie puede hacer una ley sino el que tiene el Poder Legislativo. Que el derecho haya sido afinado por hombres graves y doctos, entendiendo por tales a los profesionales del derecho, es algo manifiestamente falso; pues todas las leyes de Inglaterra han sido hechas por los reyes de Inglaterra, consultando con la nobleza y los comunes en el Parlamento, de los cuales ni siquiera uno de cada veinte era un docto jurista”.²¹

Reivindica así el filósofo la concepción imperativista y voluntarista del derecho: “*auctoritas non veritas facit legem*”,²² en sintonía con la clara postura de Hobbes en el *Leviatán*.²³ Para Hobbes, incluso el derecho consuetudinario es sólo considerado derecho porque lo “permite” el soberano: es el silencio del soberano el que prueba su asentimiento a tal tipo de derecho.²⁴

El jurista concede que debería añadirse, en la elaboración de las leyes, “a la gravedad y el saber de los jueces [...] la autoridad del rey, que tiene la soberanía”.²⁵ Introduce así la referencia a la soberanía, un término decisivo en el pensamiento político, y central en la visión hobbesiana de la política y del derecho, sobre la cual en breve pasará a discurrir el *Dialogue*.

No obstante, el jurista –siguiendo el pensamiento clásico y medieval– apela también a:

“[...] la equidad y la razón (leyes divinas y eternas, que obligan a todos los hombres en todo tiempo y lugar), aunque pocos las obedecen; [...] pues todo súbdito que está en sus cabales está obligado a prestar aten-

²¹ D 6.

²² Cf. CARRIVE, Paulette, “La conception de la loi chez Hobbes, Bacon et Selden”, en Y.C. Zarka y J. Bernhardt (eds.), *Thomas Hobbes. Philosophie première, théorie de la science et politique*, París, PUF, 1990, págs. 305-325.

²³ Capítulos XVIII y XXVI.

²⁴ TÖNNIES, Ferdinand, *Vida y doctrina de Tomás Hobbes*, Revista de Occidente, Madrid, 1932, pág. 264.

²⁵ D 7.

ción, a su cuenta y riesgo, a esas leyes de la razón, porque la razón es parte de su naturaleza, a la que continuamente lleva consigo y en la que, si quiere, puede leer”.²⁶

Más adelante, incluso, sostiene: “[...] la ley de la razón debe ser obedecida tanto por el rey como por los súbditos, porque es la ley de Dios”.²⁷

Sin embargo, el jurista reconoce –Hobbes a veces aproxima las opiniones de este personaje a las suyas propias, representadas en el filósofo– que las leyes, para ser efectivas, deben ser “vivas y armadas”, puesto que no es “la palabra de la ley, sino el poder de quien tiene la fuerza de una nación lo que hace efectivas las leyes”.²⁸ Con ello introduce, como anticipamos, el tema del poder soberano del monarca.

Pone, en esta instancia, de lleno sobre el tapete la cuestión de si el rey, frente a la necesidad por ataque exterior o por insurrección interna, debe obtener el consentimiento del Parlamento para aplicar nuevos impuestos o reclutar un ejército. Es el núcleo de la controversia que origina las guerras civiles inglesas –que más tarde también desencadenaría la emancipación norteamericana– y la prueba paradigmática de la supremacía o no del rey frente al Parlamento, de la “*lex versus rex*”, ya que había leyes fundamentales, desde la Carta Magna, en virtud de las cuales el rey se había obligado a no recaudar dinero de sus súbditos sin el consentimiento del Parlamento.

El absolutismo hobbesiano y su doctrina de la soberanía afloran con claridad en el diálogo, al tiempo que lo hace la invocación de la “razón de Estado”, de la cual Hobbes se considera con justicia un partidario.²⁹

El jurista, refiriendo a la opinión del pueblo y del partido parlamentario, se interroga:

“¿Va el rey, decían, a tomar de nosotros lo que le plazca, so pretexto de una necesidad de la cual se erige a sí mismo en juez? ¿En qué

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ Cf. MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, Libro II, cap. 1.

peor condición nos puede poner un enemigo? ¿Qué más nos pueden quitar que lo que se les antoje?”.³⁰

El filósofo, por su parte, haciéndose eco de los partidarios de la Corona, argumenta:

“Muy bien. Pero cuando los soldados son, a juicio de la conciencia del príncipe, realmente necesarios, como en una insurrección o rebelión interna, ¿cómo puede protegerse el reino sin tener listo y retribuido un ejército importante? ¿Cómo se obtendrá dinero para ese ejército, especialmente cuando la falta de tesoro público invite a los reyes vecinos a invadir, y a los súbditos revoltosos a rebelarse? [...] ¿acaso el rey, que ha de responder a Dios todopoderoso de la seguridad del pueblo, y a quien a tal fin está confiada la facultad de reclutar y disponer de las tropas, va a verse incapacitado para desempeñar su oficio en virtud de esas actas del Parlamento que habéis mencionado? Si eso es razón, también lo es que el pueblo sea abandonado, o dejado en libertad de matarse unos a otros, incluso hasta el último hombre; y, si no es razón, entonces vos mismo habéis admitido que no es ley”.³¹

Concluye, entroncando con el debate inicial sobre la esencia del derecho, así: “Veis, pues, que la razón del rey, sea mayor o menor, y no la razón, el estudio, o la sabiduría de los jueces, es aquella anima legis, aquella summa lex de la que habla sir Edward Coke”.³²

El filósofo –fiel al cesaropapismo o erastianismo de Hobbes– considera incluso que los cánones de la Iglesia de Inglaterra no están en vigor sino por la autoridad del rey, aunque se hayan originado en la Iglesia de Roma.³³ Pese a que las leyes y libertades que impiden al rey recaudar dinero sin el consentimiento del Parlamento –reconoce– pueden ser buenas “porque crean algún género de dificultad a aquellos reyes que por la gloria de la conquista tal vez sacrificarían parte de las vidas y haciendas de sus súbditos molestando a otras naciones”,³⁴ replica al estudioso del derecho:

³⁰ D 11.

³¹ D 12-14.

³² D 15.

³³ D 15-16.

³⁴ D 17.

“Podéis, pues, pese a todos vuestros libros, tener por buena ley que el rey de Inglaterra puede, cuantas veces crea en conciencia que va a ser necesario para la defensa de su pueblo, reclutar todos los soldados y recaudar todo el dinero que guste, y que él mismo es juez de esa necesidad”.³⁵

El jurista, sorprendido, dice: “[...] me parece algo duro que un rey tenga derecho a tomar de sus súbditos, so pretexto de necesidad, lo que le plazca”,³⁶ a lo cual el filósofo responde que es natural que a los hombres les aflija que se contraríen sus deseos pero es imposible pretender estar seguros bajo la protección que brinda el soberano sin pagar por ello, y que la opinión contraria a la que expone es a menudo fruto de:

“[la] envidia hacia quienes disfrutaban del favor del soberano y de empleos provechosos; y que embaucan al pueblo llano para sus propios fines quienes levantan la propiedad de un hombre privado contra la seguridad pública”.³⁷

Más adelante en el diálogo, el filósofo se despacha con vehemencia a favor de las prerrogativas reales. Conviene citar sus palabras:

“El argumento principal, y que tanto éxito tiene con la multitud popular, procede de un temor innecesario puesto en sus mentes por hombres que quieren servirse de las manos de ellos para sus propios fines. Pues si –dicen ellos– el rey puede, a pesar del derecho, hacer lo que guste, y nada le contiene salvo el temor a las penas del otro mundo, entonces, si viene un rey que no teme a tales penas, nos puede quitar no sólo nuestras tierras, bienes y libertades, sino también nuestras vidas, si quiere. [...] Y finalmente, mientras que a veces dicen que el rey está obligado no sólo a hacer que se observen sus leyes, sino también a observarlas él mismo, yo pienso que el que el rey haga que sean observadas es lo mismo que observarlas él mismo. Pues nunca he oído que se tuviera por buena ley que el rey pudiera ser incriminado, o ser objeto de querrela [...]”.³⁸

³⁵ D 18.

³⁶ D 19.

³⁷ D 20.

³⁸ D 31-32.

Finalmente, luego de todo este debate, el filósofo concluye que el rey es el único legislador y “por consiguiente, ya que el rey es el único legislador, [...] es razón que sea el único juez supremo [...] pues de otro modo no habría congruencia entre las sentencias y las leyes”.³⁹ En suma, “no hay magistrado ni comisario para asuntos públicos, ni de judicatura ni de ejecución, en el Estado o en la Iglesia, en la paz o en la guerra, que no haya sido hecho tal en virtud de la autoridad procedente del rey”.⁴⁰ El filósofo rechaza así la división entre un poder soberano y un poder judicial en otras manos, pues ello atenta contra la unidad e indivisibilidad de la soberanía y el monopolio en la creación, interpretación y aplicación del derecho.

El *Dialogue* pasa a continuación a considerar la definición de ley. El pensador de Malmesbury, por boca del filósofo, nos dice que las leyes “son mandatos y prohibiciones que deben ser obedecidos porque se les ha prestado asentimiento [...] mediante la sumisión [...] a quienquiera que tenga el poder soberano”.⁴¹ Ensayo así una definición prescriptivista a la par que voluntarista de la ley.

Critica la definición de ley de Coke, tomada del jurista medieval Enrique de Bracton, según la cual “*lex est sanctio justa, jubens honesta et prohibens contraria*”, es decir, la ley es una norma justa, que manda lo que es honesto y prohíbe lo contrario, puesto que –a su entender– en tal definición sería la honestidad o deshonestidad lo que convertiría al mandato en ley, lo que permitiría inferir que una ley hecha por el poder soberano podría ser injusta. En cambio, según el filósofo, “en una ley [...] hecha por hombres, puede muy bien encontrarse iniquidad pero no injusticia”, estableciendo que la “injusticia es la transgresión de una ley estatutaria e iniquidad la transgresión de la ley de la razón”.⁴²

En última instancia –afirma– “una ley es un mandato de aquél o aquéllos que tienen el poder soberano, dado a quien o a quienes son sus súbditos, declarando pública y claramente qué puede hacer cada uno de ellos y qué tienen que abstenerse de hacer”.⁴³ A continuación, añade: “Una acción justa [...] es la que no es contra la ley,

³⁹ D 21-22.

⁴⁰ D 22.

⁴¹ D 23.

⁴² D 23-24.

⁴³ D 24.

[por lo que] es manifiesto que antes que hubiera una ley no podría haber injusticia; y, por consiguiente, que las leyes son por naturaleza anteriores a la justicia y a la injusticia”.⁴⁴ Es una declaración clara del positivismo jurídico de Hobbes.

La conversación pasa al tratamiento de la diferencia entre ley y derecho, *lex* y *ius*. Para el filósofo, la distinción radica en que la ley obliga a hacer o abstenerse de hacer algo y, por consiguiente, establece una obligación, mientras que el derecho “es una libertad que la ley deja de hacer cualquier cosa que la ley no prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no ordene”.⁴⁵ Emerge así en el diálogo el concepto moderno de derecho en sentido subjetivo, que seguramente Hobbes toma de Guillermo de Occam, y que se impondrá en los siglos venideros en el pensamiento jurídico.

El jurista y el filósofo pasan a discutir sobre diversas materias tales como la organización de los tribunales, cuestiones de jurisdicción y competencia judicial, la traición y otros delitos capitales, incluyendo a la herejía, las penas, el perdón y la amnistía, el derecho de propiedad y su relación con las prerrogativas reales. No podemos detenernos en la consideración de estos aspectos del *Dialogue*, que excederían el objeto de nuestro trabajo.

Sin embargo, hay algunas indicaciones de relevancia para nuestra indagación. Así, por ejemplo, al tratar de los delitos, el filósofo aclara que “muchas cosas son convertidas en delitos y no delitos, sin serlo por su propia naturaleza sino por la diversidad de las leyes, hechas por quienes tienen la autoridad, basándose en opiniones e intereses diversos”.⁴⁶ Un concepto parecido había desarrollado al referirse antes en el diálogo en forma breve al derecho de propiedad.⁴⁷

Al discutir la prerrogativa real, afirma que “no puede privársele [al rey] mediante [una ley] de parte alguna de su poder legislativo o de cualquier otra parte esencial de su regalía”.⁴⁸ Cuando trata del derecho canónico, que podría disputar la pretensión monista del sistema jurídico hobbesiano, a su vez, dice:

⁴⁴ D 25.

⁴⁵ D 28.

⁴⁶ D 35.

⁴⁷ D 9-10.

⁴⁸ D 58.

“No es el clero el que convierte sus cánones en ley, sino que es el rey quien lo hace mediante el Gran Sello de Inglaterra; y es el rey quien les otorga el poder de enseñar sus doctrinas, puesto que les ha autorizado a enseñar y predicar públicamente la doctrina de Cristo y de sus apóstoles con arreglo a las Escrituras, en las que está claramente expresada esta doctrina. Pero, si alguna de sus doctrinas publicadas hubieran menoscabado el poder regio, entonces serían censurables”.⁴⁹

También reserva al monarca la facultad de otorgar la gracia del perdón para los delitos,⁵⁰ e incluso ubica el origen de los derechos de propiedad en una versión *patrimonialista* del poder real en que el rey es el único propietario de la tierra (adquirida a título de conquista bélica o de primera posesión u ocupación) y los propietarios son, en rigor de verdad, terra-tenientes⁵¹ por concesión real (mediata o inmediata).

En suma, la obra no pierde en su parte final –ligada al análisis de algunos aspectos del derecho inglés vigente en su época y a cuestiones de coyuntura– oportunidad de defender la primacía del monarca en el origen, creación, interpretación y aplicación del derecho.

4. Coke y sus ideas jurídico-políticas

Como hemos visto, el *Dialogue* muestra las diferencias entre la posición del filósofo, en última instancia el propio Hobbes, y el jurisconsulto, quien se apoya fundamentalmente en Coke como el jurista paradigmático de Inglaterra. En el *Dialogue* podemos descubrir el pensamiento hobbesiano como contracara, si se quiere, de las ideas de Coke. El pensamiento del jurista inglés, por ende, nos sirve para esclarecer la posición de su antagonista.

Edward Coke (1552-1634)⁵² es, en efecto, uno de los más importantes defensores del *common law* y de los tribunales ordinarios

⁴⁹ D 115.

⁵⁰ D 128-135.

⁵¹ D 135-148.

⁵² Para una semblanza de Coke puede verse BOYER, Alan D., “Introduction”, en *Law, Liberty and Parliament. Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, editados y con introducción de Allen D. Boyer, Liberty Fund, Indianapolis, 2004, págs. vii-xiv. Esta colección de ensayos se citará en adelante como *Law*,

frente a la “prerrogativa real”. Era un juez de gran formación jurídica y experiencia. Sirvió como magistrado en numerosos tribunales y como parlamentario en la Cámara de los Comunes. Entre sus obras principales se encuentran los *Reports* (una colección de fallos judiciales) y los cuatro volúmenes de *The Institutes of the Laws of England* que recopilan el saber jurídico de su época,⁵³ incluyendo un valioso comentario a la Carta Magna.

Redactó, asimismo, la *Petition of Rights* que el Parlamento le impuso en 1628 al rey Carlos I al comienzo del enfrentamiento entre ambos, donde se prohibían los impuestos sin aprobación parlamentaria, los encarcelamientos arbitrarios y la ley marcial en tiempo de paz, al tiempo que se consagraban otras libertades.⁵⁴ En el conflicto con el soberano que precedió dicho documento, profirió una de sus frases famosas: “*Magna Carta is such a fellow that he will have no sovereign*”.⁵⁵ Indicó de ese modo la supremacía de la ley fundamental sobre las pretensiones del monarca. Su contribución al desarrollo del derecho inglés ha sido destacada por todos los historiadores.

Para Coke, el poder del monarca así como el del Parlamento deben atenerse al *common law*, fruto de la experiencia jurídica inglesa y de la paciente labor de los estudiosos del derecho, que ni la Corona ni el Parlamento pueden modificar. Para Coke, en especial, el rey está sometido *sub Deo et lege*, según la fórmula tradicional de los juristas medievales ingleses.

En una anécdota que marca un hito de la controversia de *rex versus lex*, a la par que pinta al jurista inglés de cuerpo entero, el propio Coke relata un encuentro con Jacobo I de la siguiente forma:

Liberty and Parliament. Para una biografía de Coke, puede verse BOWEN, Catherine D., *The Lion and the Throne. The Life and Times of Sir Edward Coke (1552-1634)*, Bosto, Little Brown & Co., 1957. Para sus escritos, puede verse *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, 3 volúmenes, Liberty Fund, Indianapolis, 2004. Véase también la obra de STONER, James R., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes and The Origins of American Constitutionalism*, University Press of Kansas, Lawrence, 1992, págs. 13-27.

⁵³ Sobre la obra jurídica de nuestro jurista puede verse HEKGERSON, Richard, “Writing the Law”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., págs. 26-69.

⁵⁴ Cf. GUY, J. A., “The Origins of the Petition of Right Reconsidered”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., págs. 328-356.

⁵⁵ BOYER, Alan D., *op. cit.*, pág. xii. Viene a significar algo así como que “la Carta Magna es un compañero tal que no puede tener un soberano”.

“Entonces el rey dijo que creía que el derecho se fundaba en la razón, y que él y otros tenían razón del mismo modo que los jueces. A lo que respondí que cierto era que Dios había dado a Su Majestad excelente ciencia y grandes dotes naturales; pero que Su Majestad no estaba versado en las leyes de su reino de Inglaterra y que las causas que conciernen a la vida, o a la herencia, o a los bienes, o a las fortunas de sus súbditos no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y juicio del derecho, el cual derecho es cosa que requiere largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda alcanzar su conocimiento [...] con lo cual el rey se ofendió grandemente, y dijo que en tal caso él estaría bajo la ley, cosa que, afirmó, era traición sostener; a esto repuse que Bracton decía *Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege*”.⁵⁶

Coke se opuso tenazmente a los esfuerzos de Jacobo I, primero, y de Carlos I, después, de detraer asuntos de la jurisdicción de los tribunales ordinarios y a decidirlos por sí mismo o por comisiones o tribunales especiales.⁵⁷ Subrayó la especial naturaleza de la función judicial y mostró gran reticencia a que ni siquiera el rey, en nombre del cual se administraba justicia, pudiera actuar directamente como juez por no tener el entrenamiento profesional necesario para ello siendo que el derecho requiere gran estudio y experiencia.⁵⁸ Su divisa era: “*lex est tutissima cassis*” (la ley es el casco –o escudo– más seguro).⁵⁹

Cuando, en una oportunidad, el rey Jacobo I escribió a los jueces alertando que una serie de casos entonces ventilados en los tribunales comprometían su prerrogativa real e instruyéndoles a suspender los procedimientos, varios jueces respondieron –en una carta redactada a instigación de Coke– que la carta del rey era “*contraria a derecho*” y que su juramento les imponía que “*en caso que recibieran una carta contraria a derecho no debían obedecerla sino indicar*

⁵⁶ COKE, *Reports*, parte XII, 65, citado por SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, México, FCE, 1994, pág. 350.

⁵⁷ A Jacobo I se le atribuye haber dicho: “Las prerrogativas absolutas de la Corona no están sometidas a la lengua de un abogado, y es ilegal, por tanto, que se las discuta” (apud Raymond G. Gettell, *Historia de las ideas políticas*, Tomo I, 2da. edición, Ed. Labor, Madrid, 1937, pág. 332).

⁵⁸ BOYER, Alan D., *op. cit.*, pág. ix.

⁵⁹ BAMES, Thomas G., “Introduction to Coke’s *Commentary on Littleton*”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., pág. 1.

a Su Majestad de esa circunstancia y hacer cumplir el derecho”. Frente a eso, el soberano, muy disgustado, citó a los jueces y rompió en su presencia la carta de respuesta, demandando a cada juez si de allí en más obedecerían las órdenes reales. Todos los magistrados, excepto Coke, se avinieron a las pretensiones del monarca. Cuando se le preguntó a Coke qué haría, éste contestó: “Cuando ese caso se presente, haré lo que corresponda a un juez hacer”.⁶⁰

Recordemos que si hoy en día es difícil mantener la independencia del Poder Judicial frente a los avances del poder político, cuánto más lo sería a comienzos del siglo XVII en que la vida misma del magistrado que se opusiera a la Corona corría peligro. Cabe señalar que, debido a los enfrentamientos entre el monarca y el Parlamento, reflejados en cuestiones de competencia y litigios judiciales, que involucraban a menudo disquisiciones sobre la naturaleza y alcance de la prerrogativa regia, los juristas y magistrados ingleses de fines del siglo XVI y comienzos del siglo XVII se vieron obligados a desarrollar una nueva jurisprudencia y a tomar posición en las contiendas políticas de su época.

Coke ha sido señalado como un precursor de Locke y Montesquieu y un paladín de la defensa del “*rule of law*”, de la independencia de los jueces,⁶¹ de la emergencia del Parlamento y del reconocimiento de las libertades de expresión, de asociación y religiosa. En particular, se considera que el jurista inglés ha contribuido a la formulación de la doctrina de la “*fundamental law*” o de la “*ancient constitution*”: un conjunto de normas y principios inmemoriales, no escritos y que forman parte del *common law*, sirviendo de límite al poder del monarca e incluso del Parlamento.⁶² Como es sabido, Inglaterra no tiene constitución escrita pero ello no impide que tenga un derecho constitucional consuetudinario, fruto de la historia y de la experiencia jurídica británica.

Asimismo, el jurista inglés es considerado como un precursor del control judicial de constitucionalidad, una idea que sería clave en

⁶⁰ BOYER, Alan D., *op. cit.*, pág. x.

⁶¹ KEMPIN, Frederick G., *Historical Introduction to Anglo-American Law*, West Publishing Co., St Paul, 1990, pág. 92.

⁶² Cf. GOUGH, J. W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, Clarendon Press, Oxford, 1955 y J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 1957.

el sistema constitucional norteamericano y argentino.⁶³ En efecto, en el célebre caso del Dr. Bonham (1610)⁶⁴, el juez Coke sostuvo que el Colegio de Médicos de Londres, a pesar de que una carta real y una ley le autorizaba a ello, no podía imponer sanciones a los médicos a los que no otorgaba licencia para practicar la medicina porque, en ese caso, estaría actuando al mismo tiempo como juez y parte (ya que los censores del Colegio recibían parte de la multa impuesta) y, por consiguiente, la ley del Parlamento que confirmaba esta autoridad (concedida inicialmente por el rey al Colegio) sería inválida. El *dictum* con el que Coke expone este argumento es todo un clásico, repetido por numerosos tribunales desde entonces:

“[...] según se expone en nuestros libros, en muchos casos el common law prevalecerá sobre las leyes del Parlamento y a veces las juzgará completamente inválidas: puesto que, cuando una ley del Parlamento vaya contra el common law y la razón, o sea repugnante, o imposible de ser ejecutada, el common law prevalecerá y juzgará tal ley inválida”.⁶⁵

⁶³ Es la tesis tradicional de Theodore F. T. Plucknett en un artículo aparecido en la *Harvard Law Review* en el año 1926, con el título “Bonham’s Case and Judicial Review” que se encuentra reproducido en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., págs. 150-185. En nuestro país la han seguido Jorge A. AJA ESPIL, *En los orígenes de la tratadística constitucional*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1968, pág. 23 y Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo 3, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1978, págs. 333-335, entre otros. En contra de esta tesis se han pronunciado otros autores. Véase, por ejemplo, Harold J. COOK, “Against Common Right and Reason: The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., págs. 127-149, y Fernando REY MARTÍNEZ, “Una relectura del Dr. Bonham’s Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial Review”, *Diario Jurídico ELDial.com*, 19 de marzo de 2007. Véase, también, James R. Stoner, *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes and The Origins of American Constitutionalism*, University Press of Kansas, Lawrence, 1992, págs. 48-68.

⁶⁴ En breve síntesis, los hechos del caso fueron los siguientes. El Colegio de Médicos había arrestado a Thomas Bonham por practicar la medicina sin licencia del Colegio. El Dr. Bonham, que era egresado de Medicina de Cambridge, cuestionó su privación de libertad puesto que sostenía que el Colegio no tenía autoridad ni por su carta fundacional ni por la ley para poner en prisión a nadie y, además, no podía ser juez y parte al mismo tiempo ya que ello repugnaba a la razón. En el Tribunal de *Common Pleas*, una apretada mayoría de tres magistrados (entre los que se encontraba el *Chief Justice* Coke) contra dos le concedió la libertad.

⁶⁵ La traducción es nuestra. En el original: “[...] it appears in our books that in many cases the common law will controul Acts of Parliament and sometimes

Coke, cabe añadir, desde su actuación parlamentaria, condujo un exhaustivo y crítico examen de las concesiones regias de monopolios,⁶⁶ lo que le ha valido ser incluso considerado un antecesor del liberalismo económico.⁶⁷

A fin de profundizar en el pensamiento jurídico-político de Coke conviene recordar que no es un pensador sistemático ni un filósofo sino un práctico del derecho formado en la tradición jurídica medieval inglesa. Sus nociones sobre el derecho, la ley y la soberanía se desarrollan de manera empírica al correr de los fallos judiciales en las causas en que le tocó actuar y de los conflictos políticos en los que tuvo que intervenir y aparecen desperdigadas en sus obras, particularmente en el primer volumen de su *Institutes of the Laws of England*, dedicado a glosar un texto dedicado al derecho de la propiedad inmobiliaria.

No obstante, en forma general, puede decirse que Coke presenta al *common law* como “la ley fundamental del reino y como la encarnación de la razón”; para él “comprende la estructura fundamental del Gobierno y los derechos fundamentales de los ciudadanos”.⁶⁸ Esta ley fundamental del reino no solamente contiene reglas concernientes a la sucesión en el trono de Inglaterra o a la integridad el territorio británico sino también un conjunto de normas básicas que incluyen la Carta Magna, los principios generales de razón y de justicia, los derechos individuales de libertad y de propiedad de

adjudged them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void” (8 Coke Reports 117b-118b, citado por Theodore F. T. PLUCKNETT, “Bonham’s Case and Judicial Review”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., pág. 154). El significado de “repugnant” ha dado lugar a eruditas polémicas sobre si se refiere a “autocontradictorio” con otro principio del mismo ordenamiento jurídico o bien a contradictorio con una suerte de principio “protoconstitucional” superior a la ley.

⁶⁶ Cf. READ FOSTER, Elisabeth, “The Procedure of the House of Commons against Patents and Monopolies, 1621-1624”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., págs. 302-327.

⁶⁷ Cf. HILL, Christopher, *Intellectual Origins of the English Revolution*, 1965, págs. 225-265. Disiente con esta interpretación Barbara MALAMENT, “The Economic Liberalism of Sir Edward Coke”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., págs. 186-223.

⁶⁸ TOUCHARD, Jean y otros, *Historia de las ideas políticas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1981, pág. 259.

los cuales la Cámara de los Comunes del Parlamento se consideraba custodio e, incluso, los poderes del Parlamento en materia legislativa.⁶⁹

El jurisconsulto inglés se inclina por un concepto del derecho y de la ley en que la inteligencia, más que la voluntad del soberano, ocupa un lugar preponderante. La ley –para nuestro jurista– “es la perfecta razón, que ordena aquellas cosas propias y necesarias y que prohíbe lo contrario”.⁷⁰ Para Coke, la voluntad de una autoridad es relativamente poco importante en la definición del derecho y de la ley, ya que proviene de una tradición jurídica en que la ley es vista como un producto de la razón y de las costumbres (derecho consuetudinario).⁷¹

La cuestión de la primacía de la voluntad o de la inteligencia en la esencia de la ley es todavía hoy una cuestión debatida en la filosofía del derecho, en la cual Coke se ubica junto con autores como Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás de Aquino y Hooker del lado de la caracterización de la ley como una ordenación de la razón,⁷² por oposición a autores como Guillermo de Occam, John Austin y, especialmente, Hobbes que acentúan la voluntad del soberano como constitutiva de la ley. En una época en la que el voluntarismo jurídico tiene su génesis⁷³ y en la que el absolutismo enfatiza la noción de soberanía, incluso por encima del derecho, creando un soberano *legibus solutus*, el jurista inglés puede acertadamente ser considerado un adversario del voluntarismo jurídico y un decidido partidario de

⁶⁹ CARRIVE, Paulette, “La conception de la loi chez Hobbes, Bacon et Selden”, en Y.C. Zarka y J. Bernhardt (eds.), *Thomas Hobbes. Philosophie première, théorie de la science et politique*, Paris, PUF, 1990, pág. 320.

⁷⁰ *Institutes of the Laws of England*, Vol. I, 319b, The Lawbook Exchange Ltd, New Jersey, 1999. El original se encuentra en latín en su primera parte: “Lex est ratio summa, quae jubet quae sunt utilia et necessaria et contraria prohibet, and arguments drawne from hence are forcible in law”.

⁷¹ LEWIS, John U., “Sir Edward Coke (1552-1634): His Theory of Artificial Reason as a Context for Modern Basic Legal Theory”, en *Law, Liberty and Parliament*, ed. cit., pág. 109. Es por ello que Coke ha sido visto como un conservador, un historicista en la línea de Burke en alguna medida y –si se quiere– un antecesor de la escuela histórica del derecho del siglo XIX.

⁷² Cf. BASTIT, Michel, *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez*, Buenos Aires, EDUCA, 2005.

⁷³ Cf. ANDRÉ-VINCENT, Ph. I.O.P., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi, 1978.

la supremacía del derecho y, si se quiere, un remoto predecesor del “estado de derecho”.

La razón encarnada en la ley pone de relieve una característica muy propia de nuestro jurista: la exigencia de *razonabilidad* de toda ley y de todo derecho.⁷⁴ Dice Coke en sus *Institutes*:

“La razón es la vida del derecho [y] el common law en sí no es más que razón; debiendo entenderse por ésta una perfección artificial de la razón, obtenida mediante el largo estudio, la observación y la experiencia, y no la razón natural de cualquier hombre [...] Esta razón legal es *summa ratio*. Y, en consecuencia, aunque la razón que se encuentra dispersa en varias cabezas se uniera en una sola, aún así no podría formar un derecho como el derecho de Inglaterra, puesto que éste ha sido, a través de los siglos, afinado y refinado por un infinito número de hombres graves y doctos, y llevado por larga experiencia a perfección para el gobierno [del] reino, de modo que la vieja máxima puede verificarse en él: *Neminem oportet esse sapienterem legibus*: ningún hombre por su propia razón privada puede ser más sabio que el derecho, que es la perfección de la razón”.⁷⁵

Es más, Coke llega a equiparar al *common law* y a la *fundamental law* con el derecho natural. En la obra de este jurisconsulto, con la imprecisión de que adolecía el pensamiento jurídico de la época, el *common law*, la ley fundamental del reino y la razonabilidad se identifican de algún modo con el derecho natural,⁷⁶ como sucederá más tarde en la obra del gran jurista inglés, Blackstone. No puede hablarse de una identificación total, pero sí de una conexión entre estos conceptos, algo entremezclados en las obras jurídicas de la época. De todos modos, tales conceptos –aún en su imprecisión– servirán en la luchas del Parlamento con la Corona como una poderosa arma –revestida de cierta tradición que hundía sus raíces en el derecho consuetudinario inglés medieval– contra la prerrogativa real y la tentativa de fortalecer el absolutismo monárquico.

Para Coke, la “sabiduría de los jueces y de los sabios del derecho [...] siempre ha suprimido las nuevas y sutiles invenciones para

⁷⁴ LEWIS, John U., *Sir Edward Coke*, pág. 113.

⁷⁵ *Institutes of the Laws of England*, Vol. I, 97b, ed. cit.

⁷⁶ GOUGH, J. W., op. cit., págs. 44-45.

derogar el *common law*".⁷⁷ Para poner coto a las nuevas y sutiles invenciones que buscaban encaramar al monarca sobre el derecho, Coke buscó en el pasado medieval de Inglaterra la idea de un derecho fundamental que limitara al Parlamento y a la Corona por igual.

La influencia de Coke en las ideas y argumentos políticos y jurídicos que llevaron a la independencia americana fue muy importante.⁷⁸ Los revolucionarios americanos citaron a Coke como precedente legitimizador y como autoridad del *common law* inglés contra el absolutismo monárquico. Lo siguieron, como vimos, al instituir el control de constitucionalidad en manos de los jueces.

Su influencia llega hasta la Argentina –vía la Constitución norteamericana que es fuente de la nuestra–⁷⁹ y hasta nuestros días, ya que la idea de una constitución que limite a los gobernantes, proteja los derechos de los ciudadanos y tenga a los jueces como sus guardianes y últimos custodios, hunde sus raíces en un largo proceso político-jurídico en el que Coke ha sido un actor decisivo.

5. Positivismo y absolutismo en Hobbes

5.1. La paradoja hobbesiana

Ha sido acertadamente señalado que la concepción *absolutista* del Estado y la concepción *positivista* del derecho de Hobbes “son fruto de sendas hábiles maniobras con la tradición, gracias a las cuales se las ingenió para poner las viejas herramientas conceptuales al servicio de propósitos contrarios a aquellos para los que inicialmente fueron forjadas”.⁸⁰

En efecto, por una parte, Hobbes reorganizó algunos elementos del pactismo medieval que, en el marco de las guerras de religión y de las guerras civiles inglesas, había revelado su virtualidad como arma teórica para defender la limitación del poder monárquico y el

⁷⁷ *Institutes of the Laws of England*, Vol. II, 282b, ed. cit.

⁷⁸ Cf. BAILYN, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, págs. 30-31 y 179-180, entre otras.

⁷⁹ Cf. GARCÍA MANSILLA, Manuel J. y RAMÍREZ CALVO, Ramiro, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, cap. 1.

⁸⁰ RODILLA, Miguel A, Estudio preliminar al *Dialogue*, ed. cit, pág. ix.

derecho de resistencia frente a la tiranía, y los puso –en cambio– al servicio de una teoría absolutista del poder. Por otro lado, empleó con un sentido nuevo y tergiversado las antiguas nociones de ley natural y derecho natural con el fin de fundamentar una posición positivista del derecho.

Lleva a cabo, así, dos maniobras complementarias: (i) una *fundamentación contractualista* del *absolutismo*, y (ii) una *fundamentación iusnaturalista*, a su modo, del *positivismo jurídico*.⁸¹

Esta curiosa y original forma de fundamentación de una teoría sirviéndose de las bases doctrinales de su antagonista así como la utilización de un lenguaje tradicional vaciado de su sentido primigenio, han llevado a la hesitación de los estudiosos sobre la naturaleza del pensamiento hobbesiano y su encuadramiento en la historia de las ideas políticas y jurídicas.⁸² Caben, en este sentido, los siguientes interrogantes que han preocupado a los exégetas de la obra del filósofo de Malmesbury:

- (i) en lo *político*: ¿era Hobbes liberal o absolutista?, ¿era un predecesor del totalitarismo moderno?
- (ii) en lo *jurídico*: ¿era iusnaturalista o uno de los padres del positivismo jurídico moderno?

Esta ambigüedad ha dado lugar a que el pensamiento hobbesiano haya sido caracterizado, *en lo político*, como liberal (Macpherson, Capitant y otros),⁸³ conservador (Bobbio), decisionista pero germen del estado de derecho liberal-burgués (C. Schmitt), absolutista (Touchard, Prelot) y hasta como totalitario (Vialatoux) o precursor del totalitarismo moderno. También se ha visto –cabe agregar– en Hobbes a un mero teórico del poder *de facto* que sostiene la conveniencia de reconocer legitimidad al poder político obtenido mediante la conquista y contribuir así a poner fin a un período revolucionario o de guerras civiles (Skinner).

⁸¹ *Ibíd.*, pág. x-xi.

⁸² Veáse, para un panorama de las diversas corrientes interpretativas del pensamiento hobbesiano, LUKAC DE STIER, María L., *El fundamento antropológico de la filosofía política y moral en Thomas Hobbes*, Buenos Aires, EDUCA, 1999, págs. 13-37.

⁸³ Como Leo Strauss, Oakeshott y Cattaneo, como señala Bobbio. Cf. BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*, México, FCE, 1992, pág. 67.

A su vez, *en lo jurídico*, se ha discutido sobre si Hobbes puede ser considerado partidario del iusnaturalismo, del positivismo jurídico o bien encarna una especie particular, *sui generis*, de derecho natural. Asimismo, los estudiosos han debatido sobre si las leyes naturales de Hobbes tienen un carácter moral de origen divino (Taylor, Warrender, Hood), un carácter moral sin un origen divino (Strauss) o no tienen ni un carácter moral ni un origen divino (Watkins, Polin, Bobbio).⁸⁴

Es sabido que el debate académico sobre estas cuestiones se extiende hasta nuestros días y ha dado lugar a la llamada “paradoja hobbesiana”. En lo que sigue, recapitulando lo expuesto en la descripción del *Dialogue* y a la luz de la controversia con los juristas del *common law* inglés allí reflejada, esclarecida –a su vez– a través del examen precedente de las ideas de Coke, pretenderemos contribuir a despejar estos interrogantes.

5.2. El absolutismo de Hobbes

Como puede colegirse de la exposición que hemos hecho del *Dialogue*, éste expresa a las claras un debate entre dos concepciones de la soberanía: según la primera, el monarca es absoluto, en la línea de la teoría del derecho divino de los reyes, aunque sin que el filósofo adhiera a esta teoría; según la segunda, el rey se apoya sobre el Parlamento, en el marco de una monarquía parlamentaria y limitada por el derecho.⁸⁵

Para Hobbes, el soberano es el legislador supremo y no está sometido a las leyes del reino, ni siquiera a una ley fundamental, que el filósofo rechaza.⁸⁶ Es revelador que la portada de la primera edición inglesa del *Leviatán* cite el texto de Job: “*Non est potestas super terram quae comparetur ei*”. El Estado, y su máxima autori-

⁸⁴ LUKAC DE STIER, María L., *El fundamento antropológico*, pág. 236.

⁸⁵ CARRIVE, Paulette, “Hobbes et les juristes de la common law” en *Thomas Hobbes. De la métaphysique à la politique*, Actes du Colloque Franco-Américain de Nantes, editadas por Martin Berman y Michel Malherbe, Paris, Vrin, 1989, pág. 165.

⁸⁶ CARRIVE, Paulette, “La conception de la loi chez Hobbes, Bacon et Selden”, en Y.C. Zarka y J. Bernhardt (eds.), *Thomas Hobbes. Philosophie première, théorie de la science et politique*, Paris, PUF, 1990, pág. 320. Véase también *Leviatán*, capítulos XXVI y XXIX.

dad, devienen así en una especie de *deus mortalis*. Hobbes transplanta la *potentia Dei absoluta* de Occam, de cuyo nominalismo y voluntarismo se había nutrido en su educación oxoniense, al Estado.

La soberanía en Hobbes es esa *plenitudo potestatis* que es irrevocable, absoluta e indivisible. Jean Bodin había sostenido, en Francia, una idea similar de soberanía, aunque sujeta a frenos de derecho natural y de derecho divino. El “soberano hobbesiano –en cambio– está por encima de todos los súbditos y de todas las leyes, sean éstas naturales, civiles o consuetudinarias”.⁸⁷ Esta noción de soberanía, sobre cuyos peligros advertía hace tiempo Maritain⁸⁸ –con expresa referencia al filósofo de Malmesbury– era la que el autor del *Leviatán* quería defender frente a las asechanzas que provenían del derecho feudal, del *common law*, de las opiniones y fallos de los juristas, y de las limitaciones surgidas al calor de las luchas entre el Parlamento y la Corona.

Para fundamentar esa noción de soberanía absoluta, Hobbes hizo uso, empero, de un concepto de la teoría política que tenía una cierta tradición de respetabilidad: el del pacto. Pero se las arregló para retorcer este concepto que –en general– había sido utilizado por los partidarios de la libertad e incluso por la neoescolástica española, de manera que sirviera de instrumento y justificación a la teoría absolutista.

En vez de servirse del pacto como limitación del poder del gobernante, como lo harán los teólogos españoles de la segunda escolástica (Suárez, Vitoria, Mariana), utiliza al pacto para consolidar más férreamente una construcción racional, científica y, si se quiere, artificial del poder soberano absoluto. Ya San Roberto Belarmino había defendido una posición pactista y antiabsolutista frente a Jacobo I de Inglaterra, a la que se adhiere Francisco Suárez cuando –a pedido del Papa Paulo V– interviene en la polémica. Las obras de Suárez serán condenadas y quemadas en Londres, así como las de Juan de Mariana lo serán en París. Más tarde Locke se enfrentará en sus escritos con Filmer, contribuyendo al fin del absolutismo en Inglaterra y al establecimiento de la monarquía constitucional y parlamentaria. La polémica sobre el absolutismo y la soberanía es la

⁸⁷ LUKAC DE STIER, María L., *El fundamento antropológico*, pág. 279.

⁸⁸ Cf. MARITAIN, Jacques, *Man and the State*, Washington, The Catholic University of America Press, 1951 (reedición 1998), págs. 28-53.

disputa crucial de la época. Abarca también, de algún modo, la discusión sobre el cesaropapismo anglicano, el galicanismo francés y la *potestas indirecta in temporalibus* del Papa.

El *Dialogue*, en el fondo, es una polémica sobre la noción hobbesiana de la soberanía. La discusión sobre la organización de los tribunales, el derecho penal, la definición del delito de herejía y el *common law*, que asoman en el diálogo, muestran en realidad el ánimo de Hobbes de defender a toda costa un poder soberano omnipotente. El intercambio de opiniones sobre la prerrogativa del rey en caso de guerra —una constante de la historia inglesa en virtud de la cual los monarcas pretendían eludir la necesidad de ley del Parlamento para imponer nuevos impuestos bajo el expediente de alegar una emergencia o un estado de necesidad— da ocasión a Hobbes de invocar la que luego será conocida como “razón de estado”.⁸⁹

La idea de ley fundamental, incluso, era vista por Hobbes como un peligro para esta soberanía absoluta ya que desdoblaba el orden de la legalidad en dos niveles: el superior, el de la ley fundamental, y el inferior, el de las leyes civiles. La idea de un soberano sometido al derecho, a una legalidad superior a la voluntad del legislador, sea ésta emergente del derecho natural, del *common law* o de una ley fundamental o constitucional, amenazaba —para el pensador de Malmesbury— con corroer los cimientos del Estado que quería fundamentar de modo científico y racional.

Es comprensible, en tal sentido, que otro jurista inglés, Matthew Hale, admirador de Coke, haya criticado duramente la noción de soberanía hobbesiana y haya considerado que en el derecho inglés existía una *potestas irritans*: un poder invalidante derivado de la ley fundamental del reino y del *common law*, que permitiría invalidar los actos del monarca si fueran contrarios al derecho.⁹⁰ Coke, como hemos visto al comentar el caso del Dr. Bonham y sus enfrentamientos con la Corona, también considera al rey sujeto a las leyes del reino o, podría decirse modernamente, a la Constitución. Para los juristas ingleses, la soberanía sólo existe dentro de un marco legal, sometido a la *rule of law* y no *legibus solutus*.

⁸⁹ D 12-14.

⁹⁰ Cf. BERMAN, Harold J., *Law and Revolution, Volumen II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, Cambridge, Belknap-Harvard, 2003, págs. 260-263.

A juicio de Hobbes, en cambio, es una “*doctrina sediciosa*” y una “*enfermedad del Estado*” la opinión de que quien tiene el poder soberano esté sujeto a las leyes civiles o de que cada hombre tiene derecho de propiedad sobre sus bienes de tal índole que excluya los derechos del soberano.⁹¹ El soberano, en el sistema hobbesiano, está por encima de la ley: es su única fuente.

La separación de poderes es también, como puede suponerse, para Hobbes, otra enfermedad del Estado.⁹² En una época en que comienza el derecho constitucional a distinguir y dividir los poderes, el filósofo de Malmesbury considera que todos los poderes: el legislativo, el que llama “poder de la espada”, el punitivo y hasta el poder judicial, deben residir en manos de un único soberano.⁹³

De igual modo, las facultades de los jueces, la limitación de la prerrogativa real en materias judiciales, la apelación a un derecho común y tradicional del reino, o a principios jurídicos supra-positivos o incluso de derecho consuetudinario, también ponían en peligro esta noción de soberanía.

En ello le iba la vida, puesto que nuestro pensador se había criado en el miedo y había vivido con desasosiego las guerras civiles inglesas. El temor a la revolución y a la anarquía le habían hecho concebir un Estado artificial, sobre bases incommoviblemente racionales y científicas: el *Leviatán*, que será para Hobbes la única garantía de paz y de tranquilidad.

En este sentido, en Hobbes, el estado de naturaleza no es más que “la reconstrucción imaginaria de una posibilidad humana siempre recurrente [...] para describir qué modo de vida habría donde no hubiera poder común al cual temer”.⁹⁴ Ese estado de naturaleza es para nuestro pensador una posibilidad concreta y temible.

En suma, el miedo de nuestro filósofo a la anarquía y a la guerra civil –a recaer en el tan temido estado de naturaleza– lo lleva a erigir un poder soberano absoluto, esto es, absuelto de toda ley y de la sujeción al derecho (natural, consuetudinario o constitucional), en

⁹¹ *Leviatán*, cap. XXIX.

⁹² *Leviatán*, cap. XXIX.

⁹³ BEMS, Laurence, “Thomas Hobbes”, en Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comp.), *Historia de la filosofía política*, México, FCE, 2004, pág. 387.

⁹⁴ WOLIN, Sheldon S., *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Buenos Aires, Amorrortu, 2001, pág. 282.

suma: *legibus solutus*. Nadie mejor que Carl Schmitt lo ha expresado en términos inconfundibles:

“El Estado es para Hobbes evitación permanente de la guerra civil gracias a un poder gigantesco. De ahí que uno de los dos monstruos, el Leviatán, el Estado, sojuzgue siempre al otro, el Behemoth, la Revolución. [...] Lo que Hobbes quiere es poner término a la anarquía del derecho de resistencia feudal, canónico o estamental y a la guerra civil permanentemente encendida; oponer al pluralismo medieval, a las pretensiones de las Iglesias y de otros “poderes” indirectos, la unidad racional de un poder inequívoco, capaz de proteger eficazmente, y de un sistema legal cuyo funcionamiento pueda ser reducido a cálculo”⁹⁵

5.3. El positivismo jurídico de Hobbes

Si bien Hobbes parece ubicar a la ley natural en la base de su construcción jurídico-política, su esfuerzo desemboca en una sólida concepción positivista del derecho. En realidad estamos frente a una nueva “astucia hobbesiana”. Utiliza al derecho natural como un expediente –tanto más eficaz por su prestigio y tradición clásica– para dar una base más aceptable al poder absoluto del soberano y a la supremacía de la ley positiva.⁹⁶ Así como había transformado la idea de pacto, de raigambre medieval, en clave de bóveda de un Estado absoluto, utiliza la misma maniobra con el derecho natural. En ambos casos, la habilidad de Hobbes permite utilizar las armas de sus adversarios –ideas veneradas como el pacto o la ley natural– en contra de ellos mismos.

No obstante esta astucia argumental, y a algunas imprecisiones en algunos textos que han suscitado la perplejidad de los estudiosos, no cabe sino concluir que la ley natural hobbesiana “no tiene otra función que la de convencer a los hombres de que no puede haber otro derecho que el positivo”.⁹⁷ Es, como dice Bobbio, sólo una suerte de base de validez del ordenamiento jurídico positivo. Pero, a diferencia del iusnaturalismo medieval e incluso del que defenderá

⁹⁵ SCHMIDT, Carl, págs. 21 y 74.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*, págs. 108-109.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*, pág.127.

Locke siguiendo la tradición tomista que le llega por Hooker,⁹⁸ no tiene un contenido que sirva de limitación a la omnipotencia del soberano.

Según el iusnaturalismo tradicional, la ley positiva sólo es válida si no se opone al derecho natural. De allí que —como ha señalado Kelsen— el derecho natural puede tener un carácter “revolucionario”. Lo cierto es que, a la luz de este iusnaturalismo, el poder del soberano y su concreción normativa (la ley positiva) están sometidos al límite del derecho natural. El poder se encuentra limitado por esta barrera infranqueable y los ciudadanos tienen incluso el derecho de resistir a la ley injusta. Para Hobbes, en cambio, una vez constituido el Estado, sólo subsiste una sola ley natural: la que impone el deber de obedecer las leyes positivas. En este esquema, no puede haber contradicción posible entre el derecho natural y el positivo: donde empieza el segundo termina el primero.⁹⁹ El derecho natural no puede ya servir del límite al poder estatal, ni garantizar derechos inalienables de los súbditos, ni mucho menos justificar un *ius resistendi*.

Con mucha crudeza, Hobbes sostiene —en un giro copernicano con la tradición medieval— que es la ley civil lo que determina si algo es justo o injusto, vicioso o virtuoso:

“En el estado de naturaleza donde cada hombre es su propio juez y difiere de otros en lo referente a nombres y apelaciones de las cosas, y de estas diferencias surgen disputas y alteraciones de la paz, era necesario que hubiere una medida común para todas las cosas que pudieran ser objeto de controversias, como por ejemplo: a qué debe llamarse recto, a qué bueno, a qué virtud, a qué mucho, a qué poco, a qué mío o tuyo [...]. Esta medida común algunos dicen que es la recta razón, con lo que yo estaría de acuerdo si pudiera tal cosa encontrarse o conocerse in rerum natura [...], así viendo que la recta razón no existe, la razón de algún hombre u hombres debe suplirla, y ese hombre u hombres es aquél o aquéllos que tienen el poder soberano, y conse-

⁹⁸ Cf. MIGLIORE, Joaquín, “John Locke y el problema de la ley natural”, en *Libertas*, N°32, Año XVII, Mayo 2000.

⁹⁹ El propio Hans Kelsen, que considera a Hobbes iusnaturalista, considera la postura del filósofo de Malmesbury no sincera puesto que no admite conflicto entre el derecho natural y el positivo. Cf. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, págs. 107 y 109.

cuentemente, las leyes civiles son para todos sus súbditos la medida de sus acciones, las que determinan si son rectas o erradas, provechosas o no, virtuosas o viciosas”.¹⁰⁰

No puede menos que concluirse –con Lukac de Stier–: “[...] no hay un fundamento natural ni de la moralidad ni de la legalidad en el sistema hobbesiano. Tanto lo moral como lo legal se convierten en un ordenamiento artificial”.¹⁰¹ Lo jurídico y lo político se convierten en fruto de una construcción artificial, guiada por el cálculo utilitario, con el fin de escapar del estado de naturaleza y asentar la paz sobre sólidas bases racionales, científicas y, si se quiere, “modernas”.

Para Hobbes, el derecho natural –como afirma Verdross– “ya no es una congerie de normas sino la libertad ilimitada de utilizar, para la propia conservación, todas las fuerzas que se juzguen convenientes y emplear todos los medios que puedan ayudar a las realización de los propósitos personales”.¹⁰² Por eso el profesor vienes lo ha denominado una “concepción naturalista del derecho natural”. Para Bobbio, por ejemplo, se trata de una forma de transición entre el iusnaturalismo tradicional y el positivismo jurídico en que la ley natural se acerca a una especie de hipótesis o premisa de la obediencia absoluta e incondicional del derecho positivo¹⁰³ pero no sirve para juzgar sobre el contenido de ese derecho ni establece una pauta de justicia. Su función sería sólo la de servir de hipótesis fundacional del sistema jurídico hobbesiano (cuyo único componente es la ley positiva producto de la voluntad del soberano) y allí agotaría su virtualidad.

Asimismo, con Hobbes se pasa de una concepción *declarativa* a una concepción *constitutiva* de la razón con respecto a la ley natural: la razón ya no “descubre” una ley inscrita en la realidad sino que ella misma es legisladora.¹⁰⁴ Tanto el Estado como el orden jurídico son producto del “artificio” creador de la voluntad humana.

De la particular concepción de derecho natural de Hobbes se desprenden varios corolarios que hacen patente que estamos en pre-

¹⁰⁰ *Elements of Law*, II, 10, 8, ed. Tönnies, Barnes & Noble, New York, 2da. edición, 1969, págs. 188-189, citado por María L. LUKAC DE STIER, *op. cit.*, pág. 205.

¹⁰¹ LUKAC DE STIER, María L., *op. cit.*, pág. 209.

¹⁰² VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1983, págs. 179-180.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, pág. 142.

sencia de un iusnaturalismo tan especial que no debe ser considerado como tal, sino como lo que es en realidad: positivismo jurídico.

Para Hobbes, como ya hemos señalado, la violación de una ley natural por parte del soberano no autoriza al súbdito a la desobediencia.¹⁰⁵ No hay un *ius resistendi* propiamente tal y, mucho menos, la posibilidad de un tiranicidio. Tampoco habría –en términos más modernos– un derecho a la objeción de conciencia ni a la desobediencia pasiva. Es más, Hobbes categóricamente afirma: “ninguna ley puede ser injusta” y “es imposible que ninguna ley civil ordene algo contrario a la ley natural”.¹⁰⁶ En el *Dialogue* va más allá e, incluso, dice: “No es posible que una ley escrita sea contraria a la razón”.¹⁰⁷ La diferencia con la concepción tomista es patente.¹⁰⁸

El jurista del *Dialogue*, en cambio, expresa la idea tradicional de que, con primacía sobre el derecho positivo, se encuentran:

“[...] la equidad y la razón (leyes divinas y eternas, que obligan a todos los hombres en todo tiempo y lugar) [...] pues todo súbdito que está en sus cabales está obligado a prestar atención, a su cuenta y riesgo, a esas leyes de la razón, porque la razón es parte de su naturaleza, a la que continuamente lleva consigo y en la que, si quiere, puede leer”.¹⁰⁹

Más adelante, siguiendo a la escolástica medieval, el jurisconsulto sostiene: “[...] la ley de la razón debe ser obedecida tanto por el rey como por los súbditos, porque es la ley de Dios”.¹¹⁰ Dos filosofías

¹⁰⁴ RODILLA, Miguel A., *op. cit.*, pág. xvi.

¹⁰⁵ El deber de obediencia al soberano, empero, cesa en el momento en que la orden del soberano pone en peligro la vida del súbdito. Esta excepción, que admite Hobbes, ha dado lugar a considerarlo una suerte de rendija por donde se colaría una cierta vigencia del derecho natural a la autopreservación de la vida. Asimismo, Hobbes parece admitir una cierta “libertad de desobedecer a la ley injusta” en algunos supuestos excepcionales como, por ejemplo, cuando el soberano imponga ofender a Dios o que se le honre a él como si fuese Dios. Cf. Norberto BOBBIO, *op. cit.*, págs.121 y 142-145.

¹⁰⁶ *Leviatán*, caps. XXX y XXVI.

¹⁰⁷ D 61.

¹⁰⁸ Véase, para esta temática en Santo Tomás de Aquino, la obra de FINNIS, John, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, cap. VIII. Véase también ROMERO CARRANZA, Ambrosio, *El derecho de resistencia a la opresión*, Buenos Aires, Omega, 1967.

¹⁰⁹ D 7.

¹¹⁰ D 10.

diferentes del derecho se contraponen: la de los juristas ingleses, como Enrique de Bracton y Coke, que abrevan en las fuentes medievales, bajo las cuales el rey está sometido *sub Deo et lege*, y la de Hobbes, que inicia el positivismo jurídico en los albores de la modernidad.

Entre las enfermedades del Estado enumeradas en el famoso capítulo XXIX del *Leviatán*, procedentes del “veneno de las doctrinas sediciosas”, es comprensible que Hobbes incluya a aquélla que afirma que “cada hombre en particular es juez de las buenas y de las malas acciones”, siendo que éstas sólo se determinan por la ley civil, así como también que considere una “doctrina repugnante” la que sostiene que “cualquier cosa que un hombre hace contra su conciencia es pecado”.

Hobbes rechaza también la idea de una ley fundamental. Para el pensador de Malmesbury, quienes se consideran habilitados para disputar con el poder absoluto, invocando las leyes fundamentales, son como esos “pequeños gusanos que los médicos llaman ascárides”.¹¹¹ La única ley fundamental para Hobbes es la propia conservación del Estado, en virtud de la cual los súbditos deben siempre obedecer al soberano; por ello afirma: “[...] nunca pude comprender, en ningún autor, qué se entiende por ley fundamental”.¹¹² No se ve cómo en este esquema puede insertarse la idea de una norma constitucional que declara derechos naturales anteriores a ella e introduce principios jurídicos supra-positivos. Las diferencias de Hobbes con los juristas del *common law* e incluso con Locke entrañan *in nuce* esta incompatibilidad del sistema hobbesiano con el reconocimiento de derechos naturales que la Constitución se limita a reconocer y, en todo caso, precisar y reglamentar.

Hobbes defiende el monopolio estatal del derecho a través de la eliminación de todas las fuentes jurídicas que no sean las leyes positivas o la voluntad del soberano. De allí su rechazo por el derecho consuetudinario, su acérrima defensa de los poderes judiciales e interpretativos del monarca (su prerrogativa) y su menosprecio por las opiniones de los juristas estudiosos del *common law*. En suma, Hobbes sostiene una teoría monista de las fuentes del derecho que reduce todo derecho a la ley y toda ley a la que emana del soberano.

¹¹¹ *Leviatán*, cap. XXIX, pág. 273.

¹¹² *Leviatán*, cap. XXIV, pág. 236.

La unidad de la soberanía que propugna Hobbes conduce al monismo jurídico. La monopolización de las fuentes de creación del derecho arrasa con el sistema feudal e incluso, prospectivamente, con lo que posteriormente será el principio de división de poderes y de control judicial del poder. Hobbes desconocerá el margen de interpretación judicial, de colmado de las “lagunas del derecho” y de solución de conflictos de derechos con arreglo a principios constitucionales que tendrá el juez. Dworkin, por ejemplo, criticará contemporáneamente al “modelo de las reglas”, como el que defiende Hobbes, y destacará el rol del juez y de los principios jurídicos en el derecho concreto.¹¹³

Como hemos visto, la concepción positivista del derecho que defiende Hobbes aflora en el *Dialogue* en forma repetida y contundente. Cabe repetir sus expresiones:

“No es, pues, la palabra de la ley, sino el poder de quien tiene la fuerza de una nación lo que hace efectivas las leyes. No fue Solón quien hizo las leyes atenienses, aunque fuera él quien las ideó, sino el supremo tribunal del pueblo; ni los juristas romanos los que hicieron el derecho imperial de la época de Justiniano, sino Justiniano mismo”.¹¹⁴

“No es la sabiduría sino la autoridad la que hace una ley. [...] nadie puede hacer una ley sino el que tiene el poder legislativo. Que el derecho haya sido afinado por hombres graves y doctos, entendiéndolo por tales a los profesionales del derecho, es algo manifiestamente falso; pues todas las leyes de Inglaterra han sido hechas por los reyes de Inglaterra, consultando con la nobleza y los comunes en el Parlamento, de los cuales ni siquiera uno de cada veinte era un docto jurista”.¹¹⁵

En suma, no caben dudas de que Hobbes se inclina por una visión positivista, voluntarista y prescriptivista del derecho y de la ley. Es más, en Hobbes se configura la alianza entre el voluntarismo de la escolástica decadente y el positivismo jurídico: el derecho posi-

¹¹³ Cf. DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

¹¹⁴ D 10-11.

¹¹⁵ D 6.

tivo será aquel que está “puesto” por un acto soberano de voluntad del gobernante. Nuevamente, Carl Schmitt lo ha expresado de modo inimitable:

“Hobbes llegó a concebir la transformación del derecho en simple mandato legal preceptivo [...] de manera tan consecuente y sistemática que dio al traste, no sólo con todas las nociones medievales del ‘derecho divino de los reyes’, sino también con todos los conceptos anteriores del derecho y de la Constitución entendidos en sentido sustancial”.¹¹⁶

6. Conclusiones

Llegados al final de esta exposición, podemos establecer algunas conclusiones que surgen del camino recorrido.

En el *Dialogue*, obra de madurez de Hobbes, podemos examinar una síntesis de su filosofía política y jurídica en el marco de los conflictos de la época entre la Corona y el Parlamento, entre el *common law* y la prerrogativa real y, en el fondo, entre la soberanía absoluta y la concepción de un gobierno limitado por el derecho.

Que un filósofo octogenario dedique este diálogo al análisis de estas cuestiones, a las que había dedicado antes gran parte de su producción escrita (*Elements of Law, De Cive, Leviatán*), señala que el *Dialogue* es un buen texto para intentar recapitular el pensamiento de Hobbes sobre el derecho y la política, así como para contribuir a despejar la “paradoja hobbesiana”.

Considerado el *Dialogue* en su contexto histórico y, en particular, examinado a la luz de las ideas jurídico-políticas de Coke y de otros juristas ingleses, podemos inferir que Hobbes es partidario (i) de una concepción voluntarista y prescriptivista del derecho,¹¹⁷ (ii) del positivismo jurídico, y (iii) del absolutismo del soberano. Como hemos demostrado, estas ideas afloran de modo palmario en las opiniones del filósofo en el *Dialogue*. Su contracara, el jurista, expresa en cambio las opiniones tradicionales sostenidas por Coke y los

¹¹⁶ SCHMIDT, Carl, *op. cit.*, pág 67.

¹¹⁷ Que permanecerá vigente en el mundo anglosajón en la obra de John Austin y se reflejará en polémicas iusfilosóficas que enfrentarán, por ejemplo, a Bentham con Blackstone y, contemporáneamente, a Hart con Dworkin.

defensores de la primacía del *common law*, ideas que pocos años después retomará Locke y que se plasmarán en el desarrollo de la monarquía constitucional británica y en el ideario emancipador e institucional norteamericano.

De lo expuesto no cabe sino concluir que Hobbes es positivista y absolutista, no iusnaturalista ni liberal (o adalid del estado de derecho liberal-burgués). Del positivismo jurídico y del absolutismo al totalitarismo hay sólo un paso, aunque sea quizás exagerado considerar a Hobbes un ideólogo del moderno estado totalitario.

En una Edad Moderna que se inicia bajo el signo del absolutismo, el filósofo de Malmesbury se encolumna detrás de los defensores de un concepto de soberanía, de “razón de estado” y de derecho que no establece límites al poder político ni al derecho positivo, incluso en materias eclesiásticas, religiosas o de conciencia.¹¹⁸ Hobbes buscará, en este contexto, una justificación mecanicista y racionalista, *more geometrico*, de la obediencia absoluta al poder soberano y del monopolio de creación jurídica de que éste gozará. Al efecto, nuestro ingenioso pensador utilizará hábilmente las ideas de ley natural y de pacto social, por su venerable tradición y fuerza dialéctica, en contra de sus adversarios y como pilar de su construcción de una teoría del Estado como artificio humano.

La simiente de Hobbes tendrá, empero, mayor fortuna en el absolutismo continental europeo de los siglos XVII y XVIII, en el Estado francés y prusiano, que en el desarrollo constitucional de la Inglaterra moderna.

Al mismo tiempo, en los albores de la modernidad, la neoescolástica española, sobre las huellas del pensamiento medieval, primero, y Locke y Montesquieu, más tarde, elaborarán ideas que ejercerán su poderosa influencia en los propulsores de la emancipación norteamericana, en los redactores de su Constitución y en los movimientos independentistas que estallan después en América Latina. Es esta tradición, verdaderamente republicana, más que la hobbesiana, la que inspira la Constitución Argentina y marca el derrotero institucional que nuestro país debe todavía recorrer.

¹¹⁸ Cf. *Leviatán*, caps. XXIX y XLII.