
MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO
(Salamanca)

**Legitimación del derecho, emanado del poder, según los Maestros
de la Escuela de Salamanca**

El tema de esta reunión, "Derecho y soberanía popular", entiendo que sólo tiene sentido cuando con el primer término comparable, el Derecho, se hace referencia únicamente al Derecho procedente del poder político o Estado. Al menos así surgió en la historia del pensamiento jurídico y político. Propiamente tal tema no se plantea de modo explícito hasta que J. J. ROUSSEAU lo hace suyo en su obra capital *Du contrat social*, trasladando el concepto de *soberanía* y la condición de *soberano* aplicable a quien durante el antiguo régimen encarnaba el poder político supremo, el monarca, al pueblo. Pues bien, se olvida quizá demasiado que el título completo de la obra de J. J. ROUSSEAU es *Du contrat social ou Principes du Droit politique* y que esta segunda parte del título entraña una connotación específica, máxime en la tradición jurídica francesa, dentro de la cual se inscribe. El propio ROUSSEAU pensaba, según declara expresamente en el prólogo de dicha obra, haber escrito un tratado extenso sobre la materia, del cual el libro que publica no es más que un extracto y contiene lo más digno del proyecto inicial (1). De hecho, a partir de la obra del filósofo ginebrino, el concepto de "soberanía popular" se convierte en fundamento

(1) «Ce petit traité est extrait d'un ouvrage plus étendu, entrepris autrefois sans avoir consulté mes forces, et abandonné depuis longtems. Des divers morceaux qu'on pouvoit tirer de ce qui étoit fait, celui-ci est le plus considérable, et m'a paru le moins indigne d'être offert au public.» *Du contrat social ou Principes du Droit politique*, ed. Classiques Garnier (Paris, 1954), pág. 235.

y piedra de toque de toda democracia. De ahí que se le invoque como legitimación democrática del poder y, consecuentemente, del Derecho emanado del poder político.

Si retrotraemos el tema a una época anterior a la de ROUSSEAU, es preciso partir de otras premisas, entre ellas la sustitución del concepto de "soberanía popular" por el concepto que pretendiera significar lo mismo con otros términos. Planteado el tema en los autores de la Escuela de Salamanca, dos siglos anteriores a ROUSSEAU, se advierte en seguida que sólo pudo ser tratado por ellos de una manera indirecta. El tema por ellos expresamente tratado fue el de la justificación y legitimación del poder público. Más concretamente discutieron repetidas veces estas dos cuestiones para ellos básicas: origen y titularidad primaria del poder público y su traslación o transferencia a un determinado sujeto que aparentemente es el titular auténtico. Ahora bien, como quiera que la "potestas publica" incluye para ellos dos facetas inseparables, la "potestas dominativa" o "gubernationis" y la "potestas legislativa" o "legislationis", de ahí que, mediatamente, al tratar de la legitimación del poder público se ocupen más o menos explícitamente de la legitimación del Derecho emanado del mismo. Estas serán también las dos cuestiones sobre las que ha de versar este pequeño estudio. Antes de introducirme en ellas, estimo necesario añadir algunas precisiones iniciales sobre el sentido del tema en los autores de la Escuela de Salamanca, que en forma esquemática pueden reducirse a las cuatro siguientes:

1.^a La primera y fundamental se refiere a que la pretensión de justificar y legitimar el Derecho emanado del poder no excluye, ni mucho menos anula, la existencia de otros tipos o formas de Derecho que se legitiman por su propio nacimiento. Es obvio recordar que, aparte la admisión de un Derecho natural, que precisamente justifica según estos autores la existencia del poder público, con lo cual el *Derecho* adquiere una condición de preeminencia óntica, en el propio plano de producción positiva y legal admiten otras fuentes productoras distintas de las del poder público, representado por las diversas formas de organización política. Como tales consideraban, por citar algunos de los ejemplos más comentados por ellos, los *fueros*, *libertades* y *franquicias* de muchas localidades, villas, ciudades y regiones de su tiempo, a los cuales otorgaban la calificación de auténtico Derecho independientemente de que fuera o hubiera sido reconocido y respetado por el poder público, incluido el poder regio y el poder imperial. Cuando estos autores escriben estaban todavía muy recientes las guerras y

disputas de las Comunidades de Castilla (1520-1521), cuya influencia en ellos todavía no ha sido estudiada (2), así como de las Germanías de Valencia (1519-1523), aunque éstas pretendieran más bien suplantarse a la nobleza. Tampoco les eran desconocidos y pesaban en su ánimo los Derechos especiales, que defendían como propios Vasconia, Aragón y Cataluña.

2.^a La segunda precisión inicial, también de suma importancia, atañe a los términos o palabras usados por estos autores para designar al titular originario de lo que entonces se llamaba *suprema potestas* y después se llamó *soberanía*. La preferencia de uso y la elección de vocablos para designar esa realidad está condicionada por dos circunstancias: las fuentes doctrinales por ellos utilizadas y el ambiente sociopolítico en que vivían. Entre las fuentes por ellos consultadas ocupa lugar preferente Santo Tomás, quien en estos casos utiliza generalmente los términos *multitudo* y *communitas*. El término *populus* es usado predominantemente por San Agustín y San Isidoro. Aparte de ello, el frecuente y repetido uso que el vocablo equivalente tiene en la literatura hebrea y judaica, por un lado, y, por otro, el denso contenido conceptual del citado término *populus* en la tradición política y jurídica romana, son dos factores decisivos en la selección de la terminología por parte de estos autores. De ahí que los vocablos por ellos elegidos para designar al titular *in radice* de la *suprema potestas* son, por orden de frecuencia, los de *populus*, *respublica* —en este caso generalmente con minúscula—, *communitas*, *multitudo*, *plebs*, *gens* y *societas civilis*.

3.^a El concepto de pueblo —*populus*—, que estos autores normalmente ofrecen, suele coincidir con lo expresado en la definición "*coniunctio moralis et stabilis plurimum in finem communem suis actibus conspirantium*". Están pensando, por tanto, en el pueblo como entidad compuesta por una multitud de individuos, unidos entre sí por un vínculo moral estable, y que tienden a la realización de un fin común. Es el

(2) Sobre las Comunidades de Castilla, la obra fundamental de consulta sigue siendo la de Manuel DANVILA, *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, vols. I-VI, «Memorial Histórico Español», tomos XXXV-XL (Madrid, 1897-1900). Como obras más accesibles, véase J. A. MARAVALL, *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna* (Madrid, Rev. de Occidente, 1963); Joseph PÉREZ, *La révolution des «Comunidades» de Castille, 1520-1521* (Bordeaux, Institut d'Études Ibériques et Ibero-Américaines de l'Université, 1970); J. I. GUTIÉRREZ NIETO, *Las Comunidades como movimiento antiseñorial (La formación del bando realista en la guerra civil castellana de 1520-1521)*, prólogo de M. Fernández Álvarez (Barcelona, Planeta, 1973). Como estudio breve, véase J. L. BERMEJO CABRERO, *La gobernación del Reino en las Comunidades de Castilla*, en «Hispania», Revista Española de Historia, 33 (1973), 249-264.

populus como sinónimo de *communitas*, *gens*, *plebs*, *societas*, y lo que después sería *natio*. No es simplemente el *vulgus*, ni la mera *multitudo*, sino que es preciso que ésta esté unida por un vínculo moral estable (3). Tampoco es, usado en este contexto socio-político, el pueblo como *estirpe*, como *raza* o como *grupo* étnico. En pocas palabras, el *populus* por ellos aludido es el constituido por el sustrato humano que subyace al poder establecido.

4.^a La cuarta y última observación concierne a lo que se debe entender por Escuela de Salamanca. Esta denominación procede en gran parte de autores germanos, que utilizaron esta expresión —*die Schule von Salamanca*— para referirse al peculiar momento que en la historia del pensamiento teológico-filosófico significó la Universidad salmantina durante dos tercios del siglo xvi. En el campo de la historia del pensamiento jurídico y político la expresión comienza a ser utilizada bastante más tarde. Se quiere significar con ella la renovación humanista, teológica y jurídica, aportada a la evolución del saber por la Universidad de Salamanca en el momento de mayor esplendor de su historia, más o menos entre 1520-1560, fechas que coinciden casi exactamente con el reinado de Carlos I. Los dos principales promotores de esta renovación fueron el jurista-canonista Martín de AZPILCUEVA —llamado por su origen el doctor Navarro—, incorporado a Salamanca procedente de Toulouse en 1524, y donde enseña hasta 1537, en que pasó a Coimbra, y Francisco de VITORIA, quien, procedente de París, se incorpora a Salamanca en 1526, donde enseña hasta su muerte en 1546. Estos dos maestros, junto con los que fueron sus continuadores, del primero Diego de COVARRUVIAS (1512-1577) y del segundo Domingo de Soto (1494-1560), así como la figura de Alfonso de CASTRO (1494-1558), intermedia entre ambas vertientes, son los autores sobre cuya doctrina se basa este estudio.

Esta delimitación del ámbito local y temporal de la denominada Escuela de Salamanca debe ser atendida y proseguida, a fin de obtener conclusiones ciertas con las que poder trabajar, conclusiones que, en cuanto verdaderas, sean comúnmente aceptadas (4). Con esta cuarta

(3) El concepto moderno de pueblo como *masa* coincide en gran parte con el concepto clásico de pueblo como *multitudo* sin vínculos morales permanentes.

(4) En esta línea merecen ser tenidos muy en cuenta las obras y estudios surgidos en el ambiente creado por la revista «La Ciencia Tomista», de Salamanca particularmente en su época anterior a la guerra. Entre ellos, especialmente: L. G. ALONSO GETINO, *El maestro Fr. Francisco de Vitoria. Su vida, su doctrina y su influencia* (Madrid, 1930); V. BELTRÁN DE HEREDIA, *Los manuscritos del maestro Francisco de Vitoria* (Madrid, 1928); idem, *Francisco de Vitoria* (Barcelona,

y última observación inicial pretendo advertir, en definitiva, que el intento de enlazar bajo el nombre de Escuela de Salamanca a autores y personajes que nada tuvieron que ver con ella —piénsese, por ejemplo, en el jesuita Luis de MOLINA— es erróneo y como tal inadmisibile. Como lo es también querer identificar, más o menos expresamente, la Escuela de Salamanca con lo que, sobre todo en las últimas décadas, se ha venido llamando *Escuela española*. Una de las notas características de una Escuela, dentro de este contexto histórico-científico, es la *sedes* o localidad donde tuvo asiento. Quienes todavía siguen hablando de Escuela española sin más precisiones, hayan o no cambiado sus convicciones ideológicas personales, están demostrando, en el mejor de los supuestos, por qué vías se llega a ciertas metas.

I

ORIGEN Y TITULARIDAD DEL PODER PUBLICO CAPAZ DE CREAR DERECHO

La consideración de la sociabilidad como nota esencial de la naturaleza humana, sin ninguna alusión o referencia a un hipotético estado

Labor, 1939); ídem, *Las Relecciones y Lecturas de Vitoria en su discípulo Martín de Ledesma*, en «La Ciencia Tomista», 49 (1934), 5-29; T. URDÁNOZ, *Estudios ético-jurídicos en torno a Vitoria* (Salamanca, 1947); del mismo, *Introducción a «Obras de Francisco de Vitoria»*, ed. B. A. C. (Madrid, 1960), págs. 1-146; del mismo, *La necesidad de la fe para salvarse según los teólogos de la Escuela de Salamanca y La teología del acto sobrenatural en la Escuela de Salamanca*, en «La Ciencia Tomista», 59 (1940), 398-414 y 62 (1942), 121-144; V. CARRO, *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*, 2.ª ed. (Salamanca, 1944); «La Ciencia Tomista», número extraordinario dedicado a Vitoria, 72 (1947), 1-228. En esta misma línea se sitúan también J. TERNNS, *Zum Vorgeschichte der Moralsysteme von Vitoria bis Medina aus gedruckten und ungedruckten Quellen* (Paderborn, 1930); F. EHRLE-J. MARCH, *Los manuscritos vaticanos de los teólogos salmantinos del siglo XVI. De Vitoria a Báñez*, en «Estudios Eclesiásticos», 8 (1929), 145-172, 289-331, 443-455; V. MUÑOZ, *La enseñanza de la Lógica en Salamanca en el siglo XVI*, en «Salmanticensis», 1 (1954), 133-167.

En la otra dirección, pero bastante moderadamente, conviene recordar los estudios de E. DE HINOJOSA: *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, en «Obras de E. de Hinojosa», tomo I, Estudios de Investigación (Madrid, C. S. I. C., 1948), págs. 25-152, y concretamente, para lo que aquí atañe, el cap. V, págs. 92-113; E. BULLÓN: *Concepto de la soberanía en la Escuela jurídica española del siglo XVI* (Madrid, Rivadeneyra, 1935).

De los estudios posteriores a la guerra, que no coinciden plenamente con la línea primeramente descrita, pero que se aproximan a ella, merecen citarse los de S. LISARRAGUE: *La teoría del poder en Francisco de Vitoria* (Madrid, 1947); E. GALÁN: *La teoría del poder político según Francisco de Vitoria* (Madrid, 1944). Los demás estudios en torno al tema, escritos por profesionales españoles, incurren más o menos en un grave y voluntario error de perspectiva, propio por lo demás de la época en que surgieron. Baste citar como muestra el de L. SÁNCHEZ AGESTA: *El concepto del Estado en el pensamiento español del siglo XVI* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959).

de naturaleza presocial, permite a estos autores adoptar un punto de partida muy acorde con su concepción de la armonía y del orden establecidos en la naturaleza. De la misma fuente procede también la *societas civilis*. Hay un texto de VITORIA a este respecto que arroja una luz esplendorosa sobre el punto de arranque de lo que entre ellos fue común doctrina: “Cum itaque *humanae societates* propter hunc finem constitutae sint, scilicet ut alter alterius onera portarent, et inter omnes societates *societas civilis* ea sit in qua commodius homines necessitatibus subveniant, sequitur communitatem esse (ut ita dixerim) naturalissimam communicationem naturae convenientissimam” (5).

Pues bien, la raíz primera del poder público es exactamente la misma que la de la sociedad que ha de regir. Para ello argumentan que la *communitas* y la *societas* son impensables sin la existencia de una autoridad gobernante y providente, pues de lo contrario aquéllas se disolverían. Cuando estos autores hablan de *societas civilis*, de *communitas*, de *populus* o de *civitas* —todos estos términos usados como sinónimos— están pensando por tanto en la sociedad como conjunto humano organizado que subyace y sirve de fundamento a los Estados nacionales de su tiempo, a los que ellos, sin cuidar apenas la terminología en relación con las formas de gobierno, llaman indistintamente *Respublica*, *Monarchia* y *Principatus*.

Si la *potestas publica* o poder político, lo mismo que la *potestas privata*, tiene sus raíces en la condición óptica de la naturaleza humana, que es eminentemente social, es por lo tanto de origen divino, ya que es la misma suprema causa eficiente quien la crea al crear la naturaleza humana racional y social. Aparte de ello, para estos autores es una tesis dogmática la contenida en la frase de San Pablo que afirma que “*omnis potestas a Deo est*”. Ahora bien, aquí es preciso evitar un grave equívoco que ha llevado a algunos intérpretes a pensar que alguno de estos autores, nominalmente VITORIA, sostuvieran la opinión de que la asignación de la potestad o autoridad a una persona concreta es también de origen divino; sobre todo el supuesto de que quien ejerza el poder lo haga a título de rey, ha dado motivo a la consabida tesis del origen divino de los reyes. Quizá sea cierto que, para alguno de estos autores, la institución como tal, la monarquía, sea de origen divino (6); pero, para otros, esta condición sólo corresponde a la *po-*

(5) *De potestate civili*, núm. 4, ed. B. A. C., cit., pág. 156.

(6) El siguiente texto de VITORIA ha ocasionado, y seguirá causando, muchos quebraderos de cabeza a los intérpretes: «Ideo nos cum omnibus sapientibus melius dicimus, *monarchiam sive regiam potestatem non solum iustam esse et*

testas publica como tal, pero no a su atribución concreta a una u otra persona, pudiendo por tanto ser establecida conforme a la forma de gobierno más aceptable.

A fin de explicar convenientemente esta doctrina, en apariencia contradictoria, distinguen un doble aspecto en el poder político: ya considerado como tal, en *abstracto* o *in acto primo*, ya considerado *en concreto* o *in acto secundo*. Esta distinción es de capital importancia y brevemente quiere decir lo siguiente: la titularidad del poder público o político, siendo éste de origen divino, corresponde primaria y radicalmente al pueblo, a quien Dios lo otorga y comunica "*inmediate*" con la misma creación de una naturaleza humana esencialmente condicionada a constituirse en sociedad y en particular en *societas civilis*, ya que ésta es la forma por excelencia de convivencia en sociedad. El *populus*, la *communitas*, o la *societas civilis*, son por tanto *titulares* primarios del poder y de todas las atribuciones y competencias que le son propias. Es por tanto el *populus* o la *societas civilis*, mediante su consentimiento libremente expresado, los que sirven de vehículo para que el ejercicio del poder se otorgue y comuniquen a quien en cada caso concreto haya de desempeñarlo.

La explicación más amplia de esta doctrina común difiere en cada uno de estos autores, lo que es una prueba evidente de su recia personalidad científica, hecho que además embellece considerablemente la propia faz de la Escuela.

F. de VITORIA, al dilucidar la cuestión, acude al esquema aristotélico-escolástico de las *causas*, y, comenzando por la causa *final*, pasa sucesivamente a demostrar cuáles son las causas *eficiente* y *material*. La causa *formal* la omite. Al referirse a la causa *eficiente*, VITORIA recurre expresamente al *Derecho* natural, con la misma lógica con que al hablar de la causa *final* recurre a la condición óptica de la naturaleza humana. En ambos supuestos argumenta que, siendo Dios el autor de uno y otra, la *publica potestas* emanante de ellos no puede tener otra causa. No puede, por consiguiente, ser un producto de la variable opinión de los hombres o de cualquier *Derecho* positivo. La conclusión de este doble razonamiento es clara y evidente: *Constitutione ergo divina respublica hanc potestatem habet*. Por tanto, la causa material o sustrato en que tal potestad reside es la misma sociedad o "república",

legitimam, sed dico reges etiam a iure divino et naturali habere potestatem, et non ab ipsa republica, aut prorsus ab hominibus». De potestate civili, número 8, ed. cit., págs. 161-162.

a la cual de por sí, y únicamente a ella, le compete administrarse y gobernarse —*est ipsa respublica, cuide se competit gubernare seipsam et administrare* (7).

También M. de AZPILCUETA recurre al esquema cuatripartito aristotélico-escolástico de las causas. La causa *eficiente* de toda *potestas laica* es el mismo Dios, quien la otorgó a la primera agrupación humana; la causa *final* es el conseguir una vida social buena, feliz y virtuosa, conforme a la sana razón; la causa *material* es la misma comunidad o asociación humana; y la causa *formal* es aquel modo de convivencia social conforme a la ley y a la razón naturales (8). De este modo, la *potestas laica* o poder civil, en cuanto que es natural, procede por así decirlo de abajo a arriba, a diferencia de la *potestas spiritualis* o eclesiástica que procede de arriba hacia abajo. Tal potestad o poder comenzó en la sociedad doméstica, después pasó al primer núcleo urbano, va creciendo paulatinamente y aparece en las villas o ciudades de tipo medio, más tarde en las grandes ciudades y, por último, se manifiesta en forma más perfecta en el reino como unión de muchas ciudades y en el imperio como unión de varios reinos. Todo ello debido a la propia condición indigente del ser humano y a la necesidad que le impulsa a vivir en sociedad (9).

En cambio, D. de Soro inserta su explicación dentro de la idea de *dominio*, a cuyo tema dedica el libro II de su obra *De iustitia et iure*. En ella, después de tratar del concepto genérico de dominio y de las

(7) *De potestate civili*, núm. 7, ed. cit., pág. 159.

(8) AZPILCUETA expone su doctrina en la Relección sobre el cap. *Novit ille, qui nihil ignorat*, materia de Jueces (libro II de las Decretales), preparada y pronunciada primero en una gran solemnidad académica en Salamanca y repetida años más tarde en Coimbra, a cuyo texto corresponde la edición. Esta Relección está dividida en «Notables», de los que el más extenso e importante es el tercero, en el que expone sus opiniones sobre el Poder público. En la Biblioteca de la Universidad de Salamanca (sign. 1/18503) se conserva, primorosamente encuadernada con otra Relección del mismo autor del año 1547, ésta que data de 1548 y cuya portada reza así: «*Relectio c. Novit, non minus sublimis quam celebris, de Iudiciis, pronuntiata coram frequentissimo, eruditissimo, ac maxime illustri auditorio in inclyta Lusitaniae Conimbrica, per Martinum ab Azpilcueta Iureconsultum Navarrum, nunc eius in sacra facultate canonum Primariae functionis gymnastam, decemnio vero ante eodem munere in praeclarissima Salmantica functum*».

(9) «Laica vero, qua naturalis est, naturali modo ab imperfecto, et minimo incipiens prodiisse dici potest in domo, et pago..., et paulo increscens per media s. oppida et civitatis ascendisse ad summam et perfectam s. regnum multarum civitatum et imperium multorum regnorum... Et quia homo est animal sociale, nec potest omnia vitae necessaria sibi cum solis domesticis parare, ex multis domibus coniunctis, coactus fuit pagus ad aptius conveniendum; postea ex multis pagis coacta civitas, ac bene ac per se sufficienter conveniendum». Relección cit., ed. cit., págs. 129-130.

cosas que pueden ser objeto de dominio por parte del hombre, se ocupa de algunos tipos o formas particulares de dominio, comenzando precisamente por el dominio político. Frente a la opinión que sostiene que todo poder político se consigue y se mantiene mediante la tiranía, Soto prueba ampliamente la legitimidad del poder político, por cuanto —afirma repetidamente recogiendo una tesis ya expuesta por VITORIA— el poder político, ya sea real, ya imperial, así como la autoridad de cualquier otro supremo gobernante, no es una invención puramente humana, sino que procede de una ordenación divina y se fundamenta en la propia ley natural. Para probarlo desarrolla un razonamiento bastante común a otros autores, que, brevemente, consiste en lo siguiente: Cada cosa está dotada, por su propia naturaleza, de la facultad de conservarse y de hacer frente a sus contrarios. Como quiera que los hombres, aislados unos de otros, no podrían hacer efectiva esta facultad de autoconservación y autodefensa, están destinados por su propia naturaleza a vivir en sociedad. Formada ésta, precisa, para gobernarse y reprimir a sus contrarios, una autoridad legítima. Ahora bien, como consta históricamente, unas sociedades instituyeron unas formas de gobierno y otras eligieron otras diferentes: *instructae reipublicae...*, *aliae alias publicarum administrationum formas sibi instituerunt* (10).

Muy acorde con esta doctrina de D. de Soto, a quien más de una vez cita, es la expuesta por D. de COVARRUVIAS. La *potestas temporalis* y la jurisdicción civil —dice el insigne jurista— pertenece toda y en grado supremo a la misma “república”; por lo tanto, sólo podrá ejercerla quien haya sido elegido y constituido por la “república”; lo que, por naturaleza de la cosa, consta tanto por Derecho de gentes como por Derecho natural, a no ser que la convención humana hubiera establecido otra cosa por pacto (11). Pues, salvo que el humano entendimiento se obcecara, todo hombre percibe, iluminado por la razón natural, que en toda sociedad civil humana —*in quavis hominum civili societate*— debe establecerse un poder gobernante, cualquiera que fuera el régimen concreto adoptado, el cual no puede ser constituido por

(10) *De iustitia et iure*, lib. IV, q. 4: «*de peculiari quorundam dominio*», art. 1 (ed. Salmanticae, Excudebat Andreas a Portonariis, 1556).

(11) Cfr. *Practicarum quaestionum liber unus*, cap. I, núm. 2: «Prima conclusio. Temporalis potestas, civilisque iurisdictio, tota et suprema penes ipsam Rempublicam est; idcirco is erit Princeps temporalis, omnibusque superior, reipublicae regimen habiturus, qui ab eadem republica fuerit electus, et institutus; quod ex natura rei iure ipso gentium, et naturali constat; nisi humanus ipse convictus pactione aliud induxerit». Ed. *Opera Omnia*, ..., in duos tomos divisa... (Salmanticae, In aedibus Dominici a Portonariis de Ursinis, 1576-1577), tomo I, página 2.

otro que no sea la sociedad misma —*eumque non posse ab alio, quam ab ipsa societate constitui* (12).

Deste esta perspectiva algunos autores se ocupan expresa y separadamente de la legitimación de la *potestas legislativa*, una de las primordiales atribuciones del poder establecido. Al respecto razonan que la función de legislar compete también, por Derecho natural, al pueblo. Como argumento probativo aducen, entre otros, el de que, si todo hombre puede fijarse a sí mismo normas de conducta ordenadoras de sus actos y reguladoras de su vida y obligarse a obrar de acuerdo con ellas, con la misma lógica puede decirse esto del pueblo. En efecto, la sana razón no puede rehusar que todo un pueblo, al legislar sobre su vida, tenga la facultad que se reconoce a cualquier hombre particular. No siempre se hacen cargo, al argumentar así, del evidente salto lógico que se efectúa al pasar de lo singular a lo universal. Algunos, sin embargo, lo advierten y observan que, evidentemente, el hombre singular se impone una norma de vida que, por dirigirse a un bien particular y no al *bonum commune*, no establece propiamente hablando una ley, sino una pauta individual de conducta; pero estiman que el argumento es plenamente válido salvadas las diferencias. En realidad, las razones que aducen estos autores para probar que el pueblo puede darse a sí mismo leyes vinculantes, se sitúan en un plano excesivamente metafísico. En todo caso para ellos es indiscutible la tesis de que las leyes sólo tienen vigencia y fuerza vinculante si es que son dadas por el propio pueblo que ha de cumplirlas o con su consentimiento.

Sin duda alguna, quien más sobresale en la exposición de esta doctrina tendente a la legitimación expresa del Derecho emanado del poder es Alfonso de CASTRO. Tanto es así que este autor prácticamente se ocupa sólo de la legitimación de la potestad legislativa y únicamente a través de esta vía intermedia accede a la legitimación del poder. En efecto, al explicar su propia y original definición de la ley, CASTRO se detiene ampliamente en la aclaración del segundo inciso de tal definición que atañe al sujeto dador de la ley, al cual señala con la expresión "*eius, qui vicem populi gerit*" (13). Esta es, literalmente, la expresión que incluye en la fórmula definitoria. Mas luego, al detenerse

(12) *Ibidem*.

(13) La fórmula completa de la definición es ésta: «Lex est recta voluntas eius qui vicem populi gerit, voce aut scripto promulgata, cum intentione obligandi subditos ad parendum illi». *De potestate legis poenalis*, lib. I, cap. 1 (ed. Salmanticae, Excudebat Andrea de Portonariis, 1550).

en la explicación del inciso, la trueca por esta otra formulación más imprecisa y equívoca: "eius, qui *curam* populi gerit". Quizá la diferencia pretendida al sustituir la primera formulación, mucho más democrática, por esta segunda, obedezca al profundo eco de la expresión "*qui curam...*", que contaba ya entonces con una larga tradición. Ahora bien, si queremos extraer las virtualidades implícitas en uno y otro concepto, conviene señalar que en la formulación "qui vicem populi gerit" se está indicando que el sujeto inmediato dador de las leyes sólo está legitimado en cuanto *haga las veces del pueblo*. En tanto que en la expresión "qui *curam* populi gerit" no es que se esté pensando en una actuación *tutora* —no olvidemos que la significación originaria del vocablo *cura* es *cuidado*—, pero por lo menos se alude a una actuación protectora y directiva. En este caso la formulación "qui *curam* populi gerit" se refiere según CASTRO a quien ejerce el poder, el cual incluye las potestades gubernativa, legislativa y judicial.

Para A. de CASTRO el poder político tiene como finalidad primordial regir al pueblo en paz. Aunque, como todo poder, procede de Dios, sin embargo, esta procedencia no es *inmediata*, sino *mediante* el consentimiento del pueblo y no tiene mayores atribuciones que las que el pueblo le concedió (14). El juego de los términos "inmediate"—"mediate" es constante en éste como en los demás autores. Ahora bien, entre las facultades inherentes al poder que pertenecen radicalmente al pueblo por *Derecho* natural ocupa un lugar preeminente la potestad legislativa —*constat enim potestatem legem statuendi iure naturae populo concessam esse*—. Esta facultad del pueblo es tan clara y manifiesta, dice CASTRO, que con razón se ha definido la ley como la expresión de la voluntad del pueblo acerca de lo que cree convenirle. Y al mismo corresponde elegir la forma de gobierno que más le plazca. Cualquiera que sea la forma elegida, siempre obtendrá su legitimidad por el consentimiento del pueblo; de lo contrario perderá su legitimidad y carecerá de razón de ser (15). Lo que es evidente es que, quien haya recibido del pueblo la potestad gubernativa —*qui a populo accepit potestatem gubernationis*— del mismo ha recibido también la potestad legislativa —*ab illo etiam accepit potestatem leges*

(14) «Est alia potestas laica, cuius hic solus est finis, ut populum in pace custodiat; et haec potestas, licet sic semper a Deo, non tamen immediate, sed saepe per populi consensum, a quo primum Deo annuente aut permittente illam accepit, nec maiorem quam illi populus ab initio concessit». *O. c.*, 1 c.

(15) «Quodcumque autem modo haec plebs agatur, constat illam gubernandi potestatem, quae iusta dicenda est, ex populi consensu esse ortam, et inde sequitur ut potestas, quae nullam habuit ex populi consensu originem, non iusta, sed tyrannica dicenda est». *Ibidem*.

condendi—; y quien no haya recibido del pueblo esa delegación, no podrá gobernar ni tampoco dar leyes. En conclusión cabe decir que las leyes emanadas del poder sólo pueden ser válidas en cuanto se estimen procedentes del consentimiento del pueblo: “Leges, qua ab his principibus aut magistratibus conditae sunt, ideo validae dicendae sunt, quia ex ipsius populi consensu prodiisse censentur” (16).

II

TRANSFERENCIA DEL PODER Y DE LA POTESTAD LEGISLATIVA. LEGITIMACION DEMOCRATICA DE SU EJERCICIO

Según lo expuesto, el poder público, por *Derecho* natural, reside originariamente en el pueblo. Existe, por lo tanto, aun en este primer momento, una clara preeminencia del Derecho sobre el poder, ya que es el Derecho quien legitima al poder y no viceversa. La doble o triple potestad inherente al ejercicio del poder público, según estos autores, a saber, la potestad de gobierno y la de legislación, a la que casi todos añaden la de jurisdicción, reside *in actu primo* y radicalmente en el pueblo, entendido éste como conjunto de individuos humanos que, unidos por vínculos estables, componen una comunidad política. Estiman también que el ejercicio del poder en su doble o triple faceta sólo podría ser viable de modo directo en pequeñas comunidades cívicas o agrupaciones familiares. De ahí que, *in actu secundo*, el ejercicio del poder público deba ser encomendado a una o varias personas singulares. Así nace la tesis de la *transferencia* del poder —el verbo *transfero* es el comúnmente utilizado al respecto por todos ellos—, quedando el pueblo como titular originario del poder y, en especial, de la potestad legislativa.

Es indudable que esta transferencia no es de algo ficticio o irreal, sino que es de algo existente y real. Ahora bien: ¿cómo se efectúa? ¿Mediante un pacto o convenio, expreso o tácito, por el que se cede o delega el poder en la persona o personas designados? O bien, alternativa muy diferente: ¿el pueblo se limita a la designación de la persona o personas que han de ejercer el poder, por tanto a elegir la forma de gobierno, persona o personas que luego reciben el poder *ipso facto* e *inmediate* de Dios aunque para ello sea precisa esta intervención del pueblo? Buscando la brevedad, cabe decir que la tesis comúnmente sos-

(16) O. c., 1 c.

tenida por estos autores, como se deduce de lo ya dicho, es que la misión del pueblo no se limita a designar la persona o personas que han de ejercer el poder público, sino que constantemente enseñan que, al tener que efectuarse una verdadera *transferecia* —repárese bien en la fuerza expresiva del término—, el pueblo hace una auténtica *cesión* de algo de lo que radicalmente sigue siendo *titular* y, en cuanto para ellos el poder público tiene su fuente primera en la divinidad, es también *depositario*.

Con respecto a las modalidades concretas como se efectúa esta transferencia o transmisión —*transmitto*, con sus diversas formas verbales y sustantivas, es otro de sus vocablos preferidos— existen de nuevo matices diferenciales en cada uno de los autores, que es preciso subrayar.

VITORIA, por ejemplo, sostiene que la “república” o comunidad transfiere el ejercicio del poder, que comprende: *leges condere, edicta proponere, lites dirimere et transgressores punire*. Si bien hace la salvedad de que, en el caso de que el designado para desempeñar el poder público lo sea a título de rey, la “república” o comunidad le transmite sólo la *auctoritas*, pues la *potestas* la recibe directamente de Dios (17). Esta transferencia tiene para él la naturaleza jurídica de una *comisión* o *mandato*: “*necesse ergo fuit ut potestatis administratio alicui aut aliquibus commendaretur...; et nihil refert, uni an pluribus commendetur. Ergo potui commendari potestas, quae eadem est quae reipublicae*” (18). Se puede, por tanto, comisionar el poder, que como tal es el mismo que el que tiene la “república” o comunidad.

A su vez, M. de AZPILCUETA, el llamado doctor Navarro, sostiene que en toda comunidad deben ser ejercidas las funciones o potestades “*gubernandi, praecipendi, leges instituendi et iudicandi*” (19). La modalidad concreta como la transmisión de su ejercicio se efectúa, en el caso del poder político, es mediante elección expresa o tácita de la comunidad, con la cual *concede* a otro lo que es suyo, o bien mediante

(17) Repárese en este texto conclusivo del núm. 8 de la Relección *De potestate civili*: «Videtur ergo quod regia potestas sit non a republica sed ab ipso Deo, ut catholici doctores sentiunt. Quamvis enim a republica constituatur (creat namque respublica regem), non *potestatem*, sed *propriam auctoritatem in regem* transfert, nec sunt duae potestates, una regia altera communitatis».

(18) *De potestate civili*, núm. 8, ed. cit., pág. 162.

(19) *Relectio cap. Novit*, edic. cit., pág. 123.

sucesión en tal elección fundada (20). El acto de transmisión tiene por tanto la naturaleza jurídica de una mera *concesión*. De ahí que, aunque en ciertos casos pudiera parecer que algunos pueblos han perdido dichas potestades, en rigor no carecen de ellas, sino de su ejercicio. Siempre las conservan *in habitu*, aunque no las posean *in actu*. Y, por ello, si llegara a ocurrir que aquellos a quienes mediante elección, o herencia en ella fundada, se hubiera encomendado esas funciones y dejaran de ser ejercidas, el pueblo podrá y deberá reclamar su ejercicio; porque la *societas civilis*, aunque haya concedido el uso y ejercicio del poder que a ella sólo naturalmente pertenecía, podrá hacer volver las cosas, aun en cuanto al uso y ejercicio, a su estado primitivo y originario. Esto deberá suceder en todo caso cuando los titulares del ejercicio y uso del poder abusen claramente o incurran en corrupción; incluso en el caso en que ese ejercicio sea a título de rey o de emperador. Pues “los reinos no sólo son anteriores a los reyes, sino superiores a ellos”, lo que adquiere virtualidad máxima en aquellos casos en que los monarcas abusen de la potestad que se les concedió empleándola en la destrucción de sus propios reinos o dirigiéndola a fin contrario de aquel para el que los pueblos se la concedieron o debieron concedérsela (21).

Por su parte, D. de Soro expone su opinión acerca de la transferencia del poder en términos sumamente concisos, aunque suficientemente claros. Así, al tratar del concepto genérico de ley, se pregunta, una vez que ha concluido que la ley es obra de la razón y no de la voluntad, si *cualquier razón* puede ser productora de ley —*legis effectrix*—. A cuya cuestión responde resolviendo que el dar leyes es propio únicamente de la “república” o de quien hace sus veces, del mismo modo que sólo a ella o a quien hace sus veces corresponde gobernarla. Esto quiere decir, explica, que por Derecho natural cada “república” puede regirse a sí misma como le plazca —*ut unaquaque republica seipsam regendi habeat arbitrium*—; en consecuencia, cuando la razón, que es como un efluvio del numen divino, lo exigiere, podrá transmitir a otro su potestad con cuyas leyes se gobierne más prudentemente (22). Por tanto, los reyes o príncipes fueron creados por el pueblo, a los que

(20) «Laica enim accipitur mediante electione communitatis expressa, vel tacita, qua, quod suum erat alii concessit, vel mediante successione in tali electione fundata». *Ibidem*, pág. 169.

(21) *Ibidem*, págs. 170 y ss.

(22) «... ac subinde, ubi ratio, quae spiramen etiam est divini numinis, postulaverit, in alium sibi transmittat potestatem, cuius legibus prudentius gubernetur». *De iustitia et iure*, lib. I, c. 1, art. 3.

éste transmitió su imperio y potestad (23). Soto vuelve a ocuparse de la cuestión al preguntarse en la cuestión sexta del libro III de su obra *De iustitia et iure* si es posible el crimen de acepción de personas en la colación de magistraturas. En este punto estima que la voz del pueblo —*vox populi*— proclama que, tanto en el caso en que la forma de gobierno sea la República, como si lo es la Monarquía, siempre será el pueblo quien *concedió* el ejercicio del poder; por tanto, nunca podrá ser ejercido a título de dueño o señor absoluto, como si se tratara de bienes apropiables (24). Con todo, Soto opina que la Monarquía es la forma más perfecta de gobierno y que quien recibió del pueblo el ejercicio del poder a título de rey, sólo podrá ser privado de él si incurriera en tiranía (25). Es un eco claro de la doctrina expuesta por VICTORIA en su Relección *De potestate civile*, aunque bastante atenuada.

La misma opinión es defendida por D. de COVARRUVIAS, quien la prueba aduciendo la autoridad de D. de Soto. Pero con un cariz más estridente, pues matiza que la caída del rey en tiranía debe ser *gravissima* para poder ser *expoliado* de su reino por parte de la “república”, mientras que D. de Soto expresaba simplemente que por causa de tiranía (26). Es curioso que además, y tal es el título del primer capítulo de su obra *Practicarum quaestionum liber unus*, COVARRUVIAS estima que en la “Castellana Respublica” todo el poder civil y toda jurisdicción temporal fueron entregados al rey de tal modo, que en los pueblos que la componen no quedó nada ni de uno ni de otra (27). Esto mismo opina que aconteció en la República Romana al constituirse el Imperio (28). Estas peculiaridades se deben, entre otros mo-

(23) «Reges ac principes a populo creati sunt, in quos suum transtulit imperium ac potestatem». *O. c.*, 1 c.

(24) *O. c.*, lib. III, c. 6, art. 4.

(25) «Quare neque per rempublicam Rex potest regni iure expoliari, nisi fuerit in tyrannidem corruptus». *Ibidem*.

(26) «... Idcirco, semel constituta regia potestate, sive libera populorum, et Reipublicae electione, sive lege lata, seu moribus in ius successionis haereditaria translata, non potest rempublicam Rex regno expoliari, nisi hic fuerit in *gravissimam tyrannidem* lapsus...». *Practicarum quaestionum liber unus*, cap. I, sexta conclusio, ed. Opera omnia, cit. (Salmanticate, 1977), tomo I, pág. 5.

(27) Precisamente, el título del cap. I de sus *Practicarum quaestionum* reza así: «Tota civilis Reipublicae potestas, et iurisdicctio, qua ratione penes ipsum Regem sit». Y posteriormente, al resolver la cuestión, dice: «Primum siquidem constat in hac castellana Republica totam civilem potestatem, et temporalem iurisdictionem, penes ipsum solum Regem esse adeo ut apud populos ipsos nulla manserit civilis iurisdicctio».

(28) «Romana Respublica, cum eius initio Reges sibi elegerit, et constituerit, ad demum in Annales Consules summam potestatem transtulerit, tandem in Augustum Caesarem eiusque successores, regia lege lata per populum ipsum, ac Romanam communitatem, omnem suum Imperium et potestatem contulit». *Ibidem*, tertia conclusio.

tivos, a que, al menos cuando COVARRUVIAS revisa por última vez el texto de su obra, estamos ya en el reinado de Felipe II, a quien el toledano dedica la edición de sus "Obras completas" con ciertos elogios muy significativos. Es éste un dato, el paso del reinado de Carlos I al de Felipe II, que se olvida también demasiado al enjuiciar los autores de esta Escuela.

En lo demás, COVARRUVIAS coincide totalmente con la doctrina de sus compañeros de Escuela acerca de la transferencia del poder político. Advierte, en efecto, con toda claridad, que, quien haya de regir la *civilis societas* y la "república", no puede en justicia y sin incurrir en tiranía ser constituido por otro sujeto que por la misma república (29). Pues por Dios mismo no es constituido *immediate* ningún rey o príncipe para regir o gobernar una *civilis societas*. Esta facultad corresponde por Derecho natural a la libre elección de las gentes que componen la *civilis societas*. Por consiguiente, "cada república, ilustrada divinamente por la naturaleza, *puede y debe* transferir a otro u otros el poder político que tiene, quienes como reyes, príncipes, cónsules o con cualesquiera otros títulos de magistratura reciban el régimen de la comunidad" (30). Cual sea la naturaleza jurídica de esta transferencia es algo que COVARRUVIAS no explica ni especifica, limitándose a decir que todo esto debe entenderse en el sentido de que la "república" lo constituye mediante *elección* o *consentimiento* de los pueblos (31).

No obstante, quien con más claridad explica la doble modalidad de transferencia del poder, sobre todo de la *potestas legislativa*, es también Alfonso de CASTRO. Hay, según él, una primera forma de transferencia del poder político, que estima es la ordinaria y más frecuente, por la que el pueblo se reserva ciertos derechos o facultades que no transfiere; la otra modalidad, menos frecuente, es aquella en que el pueblo transfiere al príncipe —"*in Principem*"—, caso de la potestad gubernativa— o al Senado —"*in Senatum*"—, caso de la potestad legis-

(29) «Huius vero civilis societatis, et reipublicae rector, ab alio, quam ab ipsamet respublica, constitui non potest iuste et absque tyrannide». *Ibidem*, prima conclusio.

(30) «Ergo quaelibet Respublica divinitus naturae eruditam, civilem potestatem, quam habet, potest, et debet, in alium, vel alios transferre, qui Regum, Principum, Consulium, aut aliorum Magistratum titulis, ipsius communitatis regimen suscipiat». *Ibidem*.

(31) «Haec tamen intelligenda sunt in hoc quidem sensu, quod civilis potestas a Deo procedat mediate, quippe, quae ab ipsamet Respublica mediante, lege naturae, *electione*, aut *consensu* populorum constituatur...». *Ibidem*, sexta conclusio.

lativa— todo el poder de que es titular sin reservarse nada. Ahora bien, CASTRO advierte que, a su juicio, una *efusión* tan pródiga de su poder y libertad apenas se puede creer que algún pueblo la hiciese. Si hubo o no históricamente algún pueblo tan pródigo, podrá conjeturarse por el *uso* y la *costumbre*. Pues si aquel a quien fue transmitido el poder por el pueblo acostumbra desde tiempo inmemorial, sin consentimiento del pueblo y aun contradiciéndole éste, a dar disposiciones que el pueblo es constreñido a cumplir, aparece claro que el pueblo transfirió todo su poder. Pero aun en ese caso extremo, no por eso se le quita al pueblo la facultad y el derecho de reclamar —“*appellare*”— o suplicar —“*supplicare*”— ante quien ejerce el poder contra las leyes que juzgue injustas y opresoras; en cuyo caso deberá ser oído necesariamente si aporta causa justa por la cual no pueda ser obligado a tales leyes; si no la aporta, podrá ser compelido, aun contra su voluntad, a observarlas (32).

En el supuesto, en cambio, que es el normal y más frecuente, en que aquél que ejerce el Poder, y a quien le fue concedida por el pueblo la potestad legislativa —*cui haec potestas legis condendi est a populo commissa*—, no suele estatuir nada contra el consentimiento del pueblo no renunció totalmente a su derecho y que no transmitió a otro toda su potestad. De ahí se deduce, estima CASTRO, que si quien ejerce el Poder recibido del pueblo quisiera, sin el consentimiento de éste, compelirle por ley a algo que no sea necesario por ley divina o natural, debe ser tenido como *tirano*; pues ejerce mayor Poder frente al pueblo que le ha sido encomendado, que el que realmente tiene (33). Que la tiranía sea causa de privación del Poder por parte del pueblo, aunque aquél sea ejercido a título de rey, es algo en que todos los autores, como hemos visto, están unánimemente de acuerdo. Ahora bien,

(32) Considérese atentamente este hermoso texto: «Hanc tamen tam prodigam suae potestatis et libertatis effusionem vix credit potest populum aliquem fecisse. An autem populus tam prodigus suae potestatis fuerit, an non, ex consuetudine ipsa et usu coniectari poterit. Nam si Princeps aut magistratus, cui haec potestas est a populo tradita, solet ab antiquis temporibus sine populi consensu, immo illo invito, aliquid statuere, quod populus servare cogatur, aperte convincitur populum omnem suam potestatem in principem aut magistratum transtulisse. Eo tamen dato, non per hoc tollitur, quin populus possit a legibus illi noviter datis appellare, aut supplicare. Et tunc erit necessario audiendus, si causam iustam reddat, propter quam non sit ad tales leges obligandus; quam si non reddiderit, invitus poterit iuste ad illarum observationem cogi». *De potestate legis poenalis*, lib. I, cap. 1, ed. cit.

(33) «Et inde, mea sententia, deducitur, ut si princeps aut magistratus talem potestatem a populo habens, vellet lege ab eo condita populo contradicentem cogere ad aliquid, lege divina aut naturali minime necessarium, sit tyrannus dicendus: quia maiorem potestatem erga populum sibi commissum exercet, quam vere habeat». *O. c.*, 1 c.

no todos consideran, como hace CASTRO, que el abuso de poder en materia legislativa sea motivo de calificación de tiranía y, por tanto, de ablación del Poder. En este punto, como en otros muchos, el más democrático es sin duda Alfonso de CASTRO.

Como habrá podido observarse, y con esto concluyo este pequeño estudio, estos autores, representantes principales de la denominada Escuela de Salamanca, hablan siempre del *populus* —vocablo preferido sobre todo por A. de CASTRO—, de “*republica*”, de “*societas civilis*”, de “*communitas*”, cuando quieren expresar el sujeto transmisor del Poder. Esto debe ser subrayado tanto más cuanto que, en su tiempo, la *nobleza* era clase dominante y privilegiada, pues, entre otras cosas, gozaba por su condición de exenciones de gravámenes y otros privilegios que no podían disfrutar la clase llana. Al exponer, dentro del contexto socio-político de su época, con profusión de páginas, claridad de términos y precisión de conceptos, que el Poder reside originariamente en el pueblo, y en particular la potestad o función legislativa, sobre todo cuando esto tiene el carácter constituyente de forma de gobierno o de entrega del ejercicio del Poder, lo que en términos actuales equivale a elección de la forma de Estado, estos autores se cuidaron mucho de insistir en el hecho de que los vicios más frecuentes de que suele adolecer el ejercicio del Poder público por parte de quien ha recibido esta *comisión*, o ha sido *elegido* o designado para ello por el pueblo, consisten en el desprecio, desconocimiento o falseamiento de la voluntad del pueblo.