

En ese sentido, Guillermo F. Margadant,¹⁰³ refiriéndose a las ideas de Bodino, apunta lo siguiente: "... ofrece en Les Six Livres de la République (1576) una curiosa mezcla de racionalismo renacentista con oscurantismo medioeval, filosofía, teología y sociología, llegando a la conclusión de que la soberanía, "poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a leyes" (poder no delegado), corresponde por derecho natural, al rey: los demás órganos políticos sólo pueden dar consejos que de ningún modo son obligatorios para el monarca." A diferencia de Aristóteles y Polibio, Bodino, no acepta la idea de que los regímenes de gobierno o constituciones pueden ser mixtos, en tanto que no concebía una república con elementos de monarquía, aristocracia y estado popular, los que consideraba irreductibles en una república. Prefiere, sin embargo, la monarquía sobre cualquier otra forma de gobierno. Consideraba que al rey debía atribuirle todo poder, pero a condición de que no abusase de su ejercicio.¹⁰⁴

En época del siglo XVI se manifiestan dos corrientes doctrinales en franca oposición: una, a favor del absolutismo monárquico considerándolo como una innovación del pensamiento político, y otra, que consideraba que el absolutismo del rey era contrario a los principios mismos del derecho natural. Bodino se pronuncia a favor de la primera y se convierte en un precursor de la misma.

Fue un estudioso asiduo del Derecho Público de los diferentes países. Introdujo, en su época, la idea de que el patrimonio de la Corona pertenece al pueblo y en sus discursos como representante en la Asamblea, siempre se opuso a su enajenación. Para el año 1550 era profesor de un curso de "Institutas" en la Universidad de Toulouse y sus obras revelan su especial inclinación por el estudio del derecho y que al hacerlo así dirige su atención al aspecto político.

¹⁰³ Margadant, G., op. cit., p 208

¹⁰⁴ Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit. T. 8, p. 1279

Señala, Bodino, la importancia del estudio de la relación entre el medio natural y las características de los nacionales de una república, si, bien, debe reconocerse que esta cuestión ya había sido abordada en la antigüedad por Aristóteles y que no sería tratado con método hasta época posterior por Montesquieu, al escribir su obra: "El Espíritu de las Leyes". Consideraba, el de Angers, que existía un "natural de los pueblos", pero aceptaba, sin embargo, que éste no constituía una constante en la historia de los mismos al considerar que el natural era susceptible de transformaciones bajo la influencia de diversos factores, observando: "La alimentación, las leyes, las costumbres, pueden transformar la naturaleza", citando como ejemplo el caso de los pueblos germánicos de los que aseguraba que el devenir de los siglos no los había cambiado en su carácter.

Ha sido considerado como un innovador de la teoría política. A diferencia de otras obras anteriores a su época y aun de otras escritas con posterioridad, las de Bodino denotan que fueron desarrolladas con conocimientos de Derecho Público, al explicar en las mismas con especial atención, la manera como el monarca debe quedar regido por el derecho al realizar su gobierno.¹⁰⁵ Asimismo, se advierte que su teoría política, no es tanto de índole descriptiva y circunscrita a cierta época y lugares como sucede en aquéllas, sino, mas bien, constructiva y orientada a establecer principios universales acerca del poder (gobierno del soberano con prudencia y rectitud)

"Iuris Universi Distributio".- Se trata de una obra muy interesante que puede considerarse como uno de los primeros estudios comparativos de Derecho Público en la historia de la literatura jurídica. Esta obra fue escrita por Bodino con el propósito de defender su posición, en el sentido de que toda reforma jurídica debería basarse en la práctica común de las naciones y no en

¹⁰⁵ Bodino, Juan, ver en su obra citada, Lib. III, cap. IV, en el que se refiere a la obediencia de los magistrados a las leyes y al príncipe soberano y a la de éste, a su vez, al derecho natural.

los rígidos esquemas de los romanistas, bajo la idea de que era necesario construir un "nuevo derecho universal" diverso del derecho romano, basado en las instituciones comunes. Esta obra no se estima como un tratado meramente jurídico, en cuanto entendía el derecho como un complejo de normas que rige la totalidad de la vida humana.¹⁰⁶ Esta obra aparece publicada por primera vez hasta 1578

En efecto, es un tratado de derecho público comparado pero que no refleja la intención de hacer una obra limitada a lo meramente jurídico, entendido este término en su sentido moderno, sino atendiendo al concepto de lo jurídico que ya tenía apuntado en su obra del "Método",¹⁰⁷ donde se refiere al Derecho como aquél que se encarga del estudio de lo que rige la vida del hombre en los diversos ámbitos de su conducta: el moral, el religioso, el sociológico y el político.

"Método".- A diferencia del estudio de la legislación de la antigüedad que se basa en fuentes indirectas, su método de estudio es historiográfico pero se advierte que sus comparaciones jurídicas están efectuadas a partir de información documentada. Sus trabajos denotan especial capacidad para la búsqueda y selección de materiales, así como para la organización adecuada de los mismos a fin de lograr su mejor utilización.

En el "Método", pone de manifiesto sus profundos conocimientos acerca de la historia de la Europa renacentista advirtiendo la importancia de la misma para el estudio de la sociedad de la época, formulando, al efecto, esquemas que consideraba universales en la investigación y el conocimiento del Derecho. Según Bodino,¹⁰⁸ el estudio de la política debería hacerse a través del estudio de las instituciones jurídicas porque consideraba que éstas reflejaban la realidad política, y de esta

¹⁰⁶ Ibid., N. E., p. LIX

¹⁰⁷ Ibid., p. LVIII y LIX

¹⁰⁸ Ibid., p. XXXII, Introducción de Pedro Bravo Gala

manera la historia debería tener por objeto la recopilación de todas aquellas leyes anteriores a su época que por lo mismo que se encontraban dispersas, debería formularse una síntesis de todas ellas tratando de poner en claro la concretización del ideal de justicia, en las épocas y los lugares diversos.

Al tiempo de concebir el Estado como una sociedad política, lo entendía también como una organización jurídica, en cuanto la misma era explicable a través de figuras jurídicas tales como el convenio, la constitución y la representación de derechos. Una de los principales propósitos de Bodino, al elaborar su obra del "Método", es el de establecer las bases de un sistema capaz de armonizar la vida del hombre en la sociedad.

"Los Seis Libros de la República".- Esta obra fue escrita por Bodino en 1576, observando que los filósofos de la antigüedad habían dejado el conocimiento de lo político revestido con un velo. En el prefacio de su obra dice Bodino: "Platón y Aristóteles fueron tan expeditivos en sus disertaciones políticas que en vez de satisfacer a sus lectores, nos dejan con el gusto en la boca. Por otra parte la experiencia acumulada en los dos mil años transcurridos desde que ellos escribieron, nos han hecho conocer que la ciencia política se encontraba, aún en aquellos tiempos, oculta por tinieblas muy espesas ..."

Su obra de la República constituye una teoría de la legitimación del poder. Dentro de esta teoría, el poder del monarca aparece vinculado al derecho y explicado a través de un concepto: el de la soberanía. Consideraba la soberanía como un poder supremo basado en el derecho que implicaba integrar a favor del príncipe todos los poderes feudales y estamentales.

En ésta obra, Bodino, divide el derecho en derecho natural y derecho humano, considerando que el primero es inherente a la naturaleza humana desde el origen de la especie "hombre" y es siempre equitativo y justo, en tanto que el segundo sólo llega a ser así en la medida que los hombres lo hayan instituido de acuerdo a la naturaleza. Divide el derecho humano en jus

civil y jus gentium, observando que hay normas provistas de sanción como las leyes y normas sin sanción como la equidad y la costumbre.¹⁰⁹

2.2.2.- Gaetano de Filangiere.- En Italia, sobre derecho publico fue elaborado un trabajo interesante por este jurista, en 1785, intitulado "Scienza della legislazione". Examina un volumen importante de cuerpos legislativos de diversos países en las materias de forma de gobierno, función legislativa, proceso penal y sistema educativo, tratando de encontrar los principios jurídicos que pudiesen servir de guía para una política legislativa y mismos que consideraba que tenían su antecedente en el derecho romano.¹¹⁰

2.2.3.- Lampredi.- Asimismo, resulta una importante aportación a la ciencia del derecho, en lo que concierne al Derecho Público, la obra del jurista italiano Lampredi: "Juris Publici Universalis, sive Juris Naturae et Gentium theoremata". Fue escrita en tres volúmenes, en 1778, pero de la cual, posteriormente, en 1818, se editó un compendio con el título "Diritto pubblico universale".

2.2.4.- Montesquieu.- En Francia aparece una obra que fue elaborada utilizando la comparación mediante el estudio acucioso del derecho extranjero y que es considerada como el primer trabajos que habría de marcar la pauta en el surgimiento y desarrollo de la sociología jurídica. Se trata de la obra "El Espíritu de las Leyes" del autor clásico Carlos Luis de Secondat barón de la Breda y de Montesquieu, escrita en 1748, considerada como una de las obras más importantes en la historia del derecho comparado.

A diferencia de Bodino y Filangeri que veían en la comparación un instrumento al servicio de la unificación del derecho a fin de formular un modelo común, Montesquieu funda la idea de que

¹⁰⁹ Ibid., pp. XXXIV y XXXV, Introducción de Pedro Bravo Gala.

¹¹⁰ Koshembahr-Lyskowski de la Universidad de Varsovia en su monografía "Le role de droit romain pour le droit comparé", en la serie de estudios jurídicos publicados en la obra Introduction a l'Etude de Droit Comparé, coordinados por Pierre Garraud, LGDJ, Paris, 1938, p. 259

el derecho es necesariamente diferente de lugar a lugar, dependiendo de la diversidad de las circunstancias geográficas, históricas y culturales que se den en los mismos, pero planteando, sin embargo, sus consideraciones acerca de la posibilidad de formar grupos y clasificaciones de derechos atendiendo a ciertos elementos comunes o criterios. Se anticipa de esta manera a lo que en el futuro - época contemporánea - habría de ser uno de los objetivos fundamentales del derecho comparado y que marcarían la pauta de su desarrollo científico, en cuanto a métodos de su enseñanza e investigación.

De esa índole, Montesquieu, es considerado como uno de los fundadores del derecho comparado moderno. El tratadista inglés, Gutterdige,¹¹¹ refiriéndose al desarrollo alcanzado por el método de comparación, apunta: "...Montesquieu lanza en el mundo la idea generalmente aceptada ahora, que es deseable estudiar en su conjunto los principios instituciones del mundo, Montesquieu en particular puede reivindicar el título de fundador del derecho comparado, pues fue el primero en entender que una regla de derecho no debe ser tratada como una abstracción, sino que debe ser tratada dentro del cuadro de su historia y del medio social en la cual es llamada a funcionar".

El historiador del derecho, Pollock,¹¹² citado por Sarfatti, refiriéndose a los trabajos de Montesquieu, en su obra "Essays in Jurisprudence" señala: "Montesquieu no sólo reúne una gran cantidad de materiales para la historia del derecho, sino que también tiene una noción del método histórico y de investigación comparativa más avanzada que los demás escritores de su tiempo"

Enrique Martínez Paz,¹¹³ al referirse a los antecedentes de lo que, en la actualidad, se considera como el derecho comparado, siguiendo a Pollock advierte que es a Montesquieu,

¹¹¹ Gutterdige, H.C., Ob. cit., p. 30

¹¹² Sarfatti, ob. cit., p. 29, n. 35

¹¹³ Martínez Paz, E., op. cit., pp. 15 y 16

en su obra "El Espíritu de las Leyes", a quien debe atribuírsele el honor de ser el iniciador del movimiento de ideas que, posteriormente, habrían de dar pie a la formación del derecho comparado. Al respecto, destaca este autor que en el plan de su obra, Montesquieu contempla dos ideas muy fecundas y que resultan diferentes de las de los demás pensadores de la época: una, relativa a la necesidad de comparar la legislación y, otra, entendida en consecuencia, en el sentido de servirse de la comparación para formular conclusiones sobre una posible legislación susceptible de ser adaptada a las necesidades políticas de las diversas formas de gobierno.

Hayem,¹¹⁴ apunta que es justo reconocer que Montesquieu, en los últimos cinco libros de su obra, expresa ideas concretas acerca de los procedimientos y la función del método comparativo, lo cual autoriza a reconocerlo como uno de los principales precursores del mismo.

Por tanto, a propósito del presente trabajo de reconstrucción histórica de la comparación del derecho, resulta interesante detenerse a examinar el perfil del enciclopedista que lo identifica como un analista de los hechos sociales, destacando en el análisis todo aquello que se considere representativo de una contribución al derecho comparado.

2.2.2.- Montesquieu.- Carlos Luis de Secondat barón de la Brède y de Montesquieu, de cuna noble, nace el 18 de Enero de 1689, en el Castillo de la Brède, en Burdeos, Francia, y fallece en París el 10 de Febrero de 1755.¹¹⁵ No obstante que en vida fue muy criticado y a su entierro pocos acudieron, con el tiempo ha alcanzado el reconocimiento universal como pensador prominente de la época de la Ilustración.

Autor de diversos trabajos de investigación, destaca entre los mismos su obra cumbre ya citada: "El Espíritu de las Leyes".

¹¹⁴ Hayem, citado por Martínez Torres en su obra citada, pp. 15 y 16, n. 5

¹¹⁵ Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 36, p. 611

La doctrina que preconiza en la misma, es política y social y hay quienes, en este rubro, lo han considerado como el fundador de la sociología, la ciencia política y aun como el padre del constitucionalismo moderno. Tanto Montesquieu, como Juan Jacobo Rousseau, se convirtieron en los primeros que difundieron las ideas fundamentales acerca de la soberanía popular, la separación de poderes, los derechos naturales del hombre y las constituciones escritas.¹¹⁶

En la época de Montesquieu, siglo XVIII, surge el constitucionalismo como movimiento paralelo a las tendencias favorables al derecho natural y a la igualdad entre los individuos, opuestas a las ideas del siglo XVII con las que pretendía asegurar dos dogmas: el de la autoridad de derecho divino, y el de la desigualdad. Es notoria la influencia que ejercen en el cambio de las ideas preconizadas en el siglo XVIII, los nuevos descubrimientos científicos como los de Newton y los geográficos como los de Magallanes, así como también la Revolución Industrial de Inglaterra. Ha esta época, los filósofos como D' Alembert,¹¹⁷ la identifican como la época de la filosofía en la que aparece un "nuevo método" de filosofar considerándolo como un producto del ánimo mismo, despertado por los grandes descubrimientos.

A raíz de los mismos avances en el comercio y la industria, aparece una nueva clase social: la burguesía. Es una clase que económicamente alcanza un gran poder y no se va dejar llevar por las antiguas ataduras del dogma, al tiempo que logra ascender en al jerarquía social, pero e esta misma circunstancia, sin embargo, la llevaría a entrar en conflicto con la realeza. Así las cosas, la obra de Montesquieu ejercería una influencia importante en la proclamación de las nuevas ideas de libertad y democracia que habrían de ser enarboladas en la Revolución Francesa de 1789.

¹¹⁶ Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", Editorial Porrúa, México, 1997, p. XXVI, Estudio Preliminar de Daniel Moreno

¹¹⁷ Ibid., p. XXIII

Aun cuando su obra no es de estricto corte revolucionario como la de "Contrato Social" de Rousseau, o la de "Ensayo del Gobierno Civil" de Locke, sus contribuciones a la revolución francesa son importantes, en cuanto se pronuncia en contra del despotismo monárquico y a favor de la democracia, llegando a ejercer considerable influencia en el pensamiento político de los ingleses quienes acogieron mejor estas ideas que otros, posiblemente, porque tenían fácil acomodo en su mentalidad, mismas ideas que luego fueron llevadas a las colonias americanas de Inglaterra donde encontraron eco. Al respecto, Daniel Moreno,¹¹⁸ ha expresado: "Hemos venido recogiendo opiniones y estudios que demuestran que la influencia de este escritor fue más notable en el mundo anglosajón que en el latino. Por tanto, no es extraño que en las colonias norteamericanas, que obtuvieron su libertad poco después del Barón de la Brède, la orientación fuera decisiva, ya que en el fondo se estaba tratando de una estrecha interrelación de ideas"

Su método de investigación se finca en el estudio de la historia y en la observación de los hechos, reproduciendo muy adecuadamente el método aristotélico, en el cual se parte de lo concreto, atendiendo a las realidades de las "polis", para luego establecer conclusiones en grado de generalidad. De esta guisa, resulta interesante advertir que en contra del ambiente de la época, su obra constituye un legado ideológico en contra del despotismo y a favor de la democracia que habría de constituir una fuente de inspiración a las ideas revolucionarias proclamadas en la lucha por la independencia de las colonias americanas de 1776 y en la revolución francesa de 1789.

Al contrario de Juan Jacobo Rousseau que se vale de abstracciones filosóficas para pronunciarse a favor de la

¹¹⁸ *Ibíd.*, Estudio Preliminar, p. XXXVII

igualdad natural, la soberanía del pueblo y la voluntad general que se manifiesta en las leyes, Montesquieu parte de las realidades concretas históricas para luego pasar a lo general, concluyendo en el sentido de que la mejor forma de gobierno es la democracia representativa como forma opuesta a la monárquica que venía degenerando en Francia en un gobierno despótico.

Es, precisamente, su método de observación de las realidades lo que lo aparta de ideas radicales acerca de la voluntad general tales como las de Rousseau, y es la razón de que se haya mantenido dentro de la cordura preconizando ideas moderadas acerca de la democracia, considerando que la lucha debería darse en el Parlamento. Al iniciar su obra, en su primer párrafo, señala: "Si el infinito número de cosas que contiene este libro se encuentra alguna que pueda ofender, lo cual no creo, sépase que no la puse en él con mala intención. La naturaleza no me ha dado un espíritu descontentadizo". Luego, en siguiente párrafo, advierte: "Yo no escribo para censurar lo que se halle establecido en un país cualquiera. Cada nación encontrará aquí las razones de sus máximas y se sacará naturalmente la consecuencia de que, proponer cambios, corresponde sólo a los privilegiados que pueden penetrar con un rasgo de genio en la constitución entera de un Estado."¹¹⁹ Habiendo terminado sus estudios de Derecho ocupó varios puestos públicos, pero procuraba combinar su trabajo con el estudio de la historia, la literatura y las ciencias. En 1719 se dio a la tarea de escribir la "Histoire physique de la terre ancienne et moderne", para lo cual tuvo a bien dirigirse a los hombres ilustres de varios países a fin de allegarse información.¹²⁰

No obstante, en su época fue considerado como un escritor frívolo, sobre todo en su obra de las "Lettres persanes" (Letras persas), al no mostrarse muy comedido al describir escenas

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 1

¹²⁰ Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 36, p. 611

diversas de inmoralidad y corrupción, dirigiendo sus críticas aun a la Iglesia Católica, para lo cual se sirve de un viaje imaginario de un persa a Francia donde éste, a través de cartas, narra a sus amigos persas las condiciones en que se vivía en ese país formulando consideraciones acerca de las instituciones existentes.

"El Espíritu de las Leyes". - En 1728, con el propósito de obtener materiales que le permitieran escribir esta obra de gran trascendencia, viajó por varios países de Europa. Se trataba de la obra que lo habría de inmortalizar y en la cual trabajó durante veinte años hasta terminarla, en 1748.¹²¹ A diferencia de lo escrito "Letras Persas", no se ocupa de describir escenas y alegorías que se dan en un viaje imaginario, sino que al describir las instituciones, costumbres y leyes de varios países, lo hace con base en la observación de los hechos, haciendo énfasis en el desarrollo de las instituciones jurídicas y en la relación de éstas con el medio social, político y geográfico, poniendo de relieve la existencia de diversas formas de gobierno para los Estados y los caracteres que observaban los poderes políticos existentes en los mismos, ideas todas éstas en las finca su famosa "teoría de la división de poderes".

Al igual que Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, ha sido considerado como uno de los principales precursores de las ideas sobre Constituciones escritas, soberanía popular, separación de poderes y los derechos del hombre, las cuales han sido consideradas fundamentales en el derecho constitucional moderno.¹²² Observador y analista profundo, examina los hechos sociales dentro de una perspectiva científico experimental y, de esa índole, ha sido considerado como uno de los precursores de la sociología y admitido así por el propio Augusto Comte a quien se reconoce como el

¹²¹ Id.

¹²² *Ibid.*, p. 612

padre de la sociología.¹²³ Estudia los hechos en su relación con las leyes, apuntando hacia el determinismo del medio social, histórico y geográfico que consideraba influía en su creación y aplicación además de que las penetraba de un espíritu. A lo primero se refiere como el "espíritu general" y a lo segundo como el "espíritu de las leyes". Sobre el espíritu general dice: "Muchas cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las costumbres, las máximas, aprendidas, los ejemplos del pasado, con todo ello se forma un espíritu general que es su resultado cierto."¹²⁴

Asimismo, Montesquieu, ha sido considerado como un observador experimental precursor del análisis político que procedía inductivamente a examinar los hechos para llegar a conclusiones generales acerca de las bondades de la democracia representativa. Sus notas, generalmente, críticas, estaban orientadas a demostrar mediante razonamientos objetivos que las situaciones políticas de la época eran indignas. Encontraron fácil acomodo e hicieron eco en el pensamiento de los revolucionarios que luchaban en favor de sociedad francesa mejor. Una vez consumada la revolución francesa sus ideas habrían de servir de inspiración al constitucionalismo de la época.

• Comparatismo en Montesquieu.- Se sirve en su obra del parangón de leyes, formulando, en el Libro XXIX de su obra, algunas consideraciones sobre método de comparación. Específicamente, se refiere "al modo como pueden compararse dos leyes diversas" para establecer cual de ellas es la mejor. Apuntando por caso el falso testimonio previsto como ilícito en legislación francesa y en la legislación inglesa, establece que no se puede llegar a ninguna conclusión si no se examinan en su relación lógica las leyes que, en cada país, de manera concatenada o enlazada regulan el caso, a propósito de lo

¹²³ Montesquieu, op. cit, p. XIII, Estudio Preliminar de Daniel Moreno

¹²⁴ *Ibid.*, p. 199