

El remedio es Cristo, que es la Verdad sustancial y eterna, la vida verdadera y el único camino de salvación. Y junto a El la corredentora, la que es torre de David, rodeada de trofeos, de la que penden mil escudos, toda la armadura de los valientes.

Pero también atraviesa una época crucial nuestra patria, que no se salvará con el egoísmo, ni con el odio, ni con la lucha de clases, sino solo con la verdad y el bien, con la justicia y el orden y para eso han de servir los rosaristas, a quienes obliga ser paladines de la verdad, y tan decididos patriotas que merezcan ser sucesores de tantos próceres como se reunieron en su patio, estudiaron en sus aulas, oraron en esta capilla.

Sea la Virgen bendita, el amor de nuestras almas y la dulce esperanza nuestra, como lo fue de los gloriosos fundadores de nuestra nacionalidad y sea Ella quien nos ayude para que haya unión de los entendimientos en la verdad y unión de las voluntades en la caridad.

## Consideraciones acerca de la Idea del Derecho Natural

Por GERMAN COLMENARES

Alumno de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Trabajo calificado como el mejor de los presentados al concurso *Camilo Torres* de la Sociedad de Estudios Jurídicos del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, según concepto del Jurado Calificador, que en la parte pertinente dice: "Erasmio Giordano en sus *Consideraciones acerca de la idea del derecho natural* se presenta como un conocedor aventajado en Filosofía jurídica, no sólo en el campo de la doctrina tradicional sino además en sus más modernas tendencias. Este ensayo descubre en el autor una evidente vocación a la investigación científica, y permite apreciar una singular madurez de juicio. Por ello el jurado acuerda unánimemente concederle el primer premio. Para que conste se firma por todos los integrantes del jurado, y se resuelve someter a juicio del muy ilustre señor Rector la decisión tomada.

Hernando Morales M., José A. Villegas López, Rodrigo Llorente, Alfredo Vásquez Carrizosa y Alvaro Copete Lizarralde.

Bogotá, nueve de octubre de 1958.

*"Pero lo más difícil de todo es darse cuenta de la invisible medida, la cual es la única de todas las cosas que comporta límites en sí."*

SOLÓN.

\* \* \*

- I.—INTRODUCCION. 1.—Necesidad del derecho natural y su estudio a la luz de la filosofía. 2.—Un problema a la altura del ser del hombre. 3.—Posición del problema dentro de la filosofía. 4.—Objeto de la investigación.

1. Si como sostenía Paul Müller (1), en una época a la que nos asisten razones valederas para creer un poco más ingenua que la nuestra y hace tiempo superada, la filosofía es insuficiente para fundamentar la *ciencia del Derecho*, careciendo ella misma de principios fijos, ocurre preguntar inmediatamente qué presupuestos halla en sí misma una tal *ciencia del Derecho* concebida como resultante histórica, social o étnica, factores todos estos que nos descubren al punto su relatividad. Descartar toda base filosófica (si damos a la palabra *Filosofía* su sentido tradicional) implica prescindir conscientemente de cualquier principio universal y necesario —y sobre todo, unificador— para quedarse, en suma, con un Derecho rígidamente positivo y por ende circunstancial, determinado en el espacio y en el tiempo por el acaecer histórico, las condiciones y necesidades sociales, o las exigencias raciales y los imperativos comunes de un pueblo.

Muy interesantes problemas suscita el examen del Derecho como ciencia, tema sobre el que volveremos más adelante para insistir en la naturaleza especial de las ciencias éticas y del espíritu que desvirtuara el positivismo. Aquí sin embargo corresponde destacar las necesarias relaciones del Derecho Natural con la filosofía. Bástenos por ahora recordar que esta observación de Müller ha sido descartada por entero al lograrse la distinción cabal entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, asignándoles un método propio e irreductible.

2. Y para una exacta comprensión de nuestro punto de vista advertiremos de antemano que hemos de movernos dentro del ámbito de la Filosofía Moderna, que a nuestro juicio constituye el máximo esfuerzo realizado por el pensamiento desde San Agustín para esclarecer lo que concierne al hombre como totalidad. Puesto que sólo al hombre le es dable especular sobre esto que le concierne resulta por lo menos parcialmente cierta la afirmación de Protágoras de que *el hombre es la medida de todas las cosas*. Debemos pensar que sólo mediante el análisis de lo que es el hombre y de lo que *conlleva* es posible cualquier actitud filosófica: decir que Sócrates es el padre de la filosofía no es sino aludir, más o menos veladamente, al hecho de que con él da un giro la especulación filosófica para convertirse de ontología en antropología filosófica, es decir, para incorporarse al hombre en todo inquirir sobre el ente. Con esta afirmación no queremos desvirtuar cualquier tendencia metafísica dentro de la filosofía sino únicamente hacer hincapié en el dato primario e inmediato de que sólo *ser hombre* permite reflexionar sobre sí mismo y sobre las cosas que nos rodean; adviértase que la reflexión sobre tales cosas es posible por cuanto conciernen al hombre, que las conlleva. En tal forma ningún objeto físico ni metafísico puede ser objeto de re-

(1) Citado por VICTOR CATHREIN, *Filosofía del Derecho. El derecho natural y el positivo* (Edit. Reus, Madrid, 1916) p. 5.

flexión si nada tiene que ver con el hombre. Así, plantearemos los problemas desde nuestra propia dimensión. "...Ninguna pregunta metafísica —dice Heidegger— puede ser preguntada sin que el interrogador, en cuanto tal, se encuentre dentro de ella, es decir, sin que vaya *él mismo envuelto en ella*". Tales palabras nos indican la conexidad necesaria y profunda de nuestra existencia con el ser de las cosas; al preguntar por el ente preguntamos por nosotros mismos, incluyéndonos en la pregunta.

Las cosas, en cierta forma, dan razón de nosotros, máxime si se trata de entidades ideales que sólo pueden existir para el hombre.

Esta situación singular del hombre nos la aclara Karl Jaspers: "En todas las formas de su ser —dice— está el hombre referido a otra cosa: como existencia empírica, referido a su mundo; como conciencia, referido a objetos; como espíritu a la idea del Todo; como "existencia", a la trascendencia" (1-A). Esta segunda acepción de "existencia" (que el traductor entrecomilla para evitar confusión) es la que interesa a nuestro objeto pues se trata de la *existencia posible* (*existenz*, que Jaspers distingue de *dasein*, mera existencia empírica) y, como tal, de la libertad misma. El hombre, como existencia posible, como libertad, está necesariamente referido a la trascendencia. Si así no fuera tendríamos que admitir la nada como posibilidad metafísica, cerrando el camino a todo filosofar. El hombre cobra realidad por esta capacidad suya de alienarse en lo existente, por estar referido a lo otro. En cuanto a su obrar, la evidencia de lo trascendente basta para fundamentar una ética, inclusive un imperativo categórico.

De otro lado, la idea que se tenga del hombre, como ente racional o como totalidad, condiciona la tendencia de la actitud filosófica. En el primer caso nos hallamos ante una filosofía de predominante tendencia racionalista; en el segundo, ante el reconocimiento implícito de potencias todavía no exploradas suficientemente, que imprimen a la especulación un marcado giro irracionalista. El mundo exterior se concibe en este último caso, a la manera de Dilthey, como una resistencia al hombre total (o si se quiere, al hombre volitivo) y no dirigida particularmente a la razón, o como Hartmann, provisto de una *zona trans-objetiva irracional* que no puede ser *objeto* para la razón.

Nos anima el propósito de recalcar sobre las posibilidades de un Derecho Natural concebido en el clima de problematicidad —o *aporia*— que señalan las observaciones arriba indicadas y servirán a nuestro intento las valiosas investigaciones de Scheler —aplicadas por Recasens al fenómeno jurídico—, así como la concepción metodológica de Dilthey —puesto que de las ciencias del espíritu sólo puede tenerse una experiencia histórica (vivencia).

3. El análisis de la conducta humana —el operar del hombre mediante la voluntad— plantea el problema de la normatividad que

(1-a) KARL JASPERS, *Balance y perspectiva*, Rev. de Oc. Trad. de Fernando Vela, p. 255.

se resuelve en preceptos morales o jurídicos. El examen de los primeros corresponde a la ética, de los segundos a la Filosofía del Derecho, ambas ciencias interesadas por otra parte en esclarecer el sentido de lo que da lugar a tales preceptos, esto es, del obrar humano que ostenta una significación diversa para la moral y para el Derecho. Tal distinción se advierte de inmediato mediante el criterio teleológico que coloca la voluntad frente al *bien* o a la *justicia*, fines establecidos idealmente para la conducta humana. En efecto, el hombre no se halla impelido por la necesidad —causal o trascendente, llámese ésta *Thiké, Moira*, o destino— sino por su propia libertad —inmanente— que tiende a un fin, distinto para la moral y para el Derecho.

Pero hasta aquí no hemos visto una relación necesaria para la idea del Derecho Natural y la filosofía. Podemos precisar tal relación, provisionalmente, dentro de la definición escolástica: la *Philosophia Prima* —para Aristóteles— es la ciencia que examina *los primeros principios y las últimas causas*, con lo cual define la Metafísica. Santo Tomás halla a su vez un paralelismo entre el orden intelectual y el orden práctico en cuanto ambos obedecen a un primer principio: el Ser y el Bien. En esta forma —y dentro de un esquema rigurosamente deductivo— una *filosofía del obrar*, o del *deber ser*, tendría un primer principio como la filosofía del ser o metafísica. Si profundizamos un poco más en la idea de Justicia, finalidad del obrar en las relaciones jurídicas, veremos claramente que es uno de aquellos *primeros principios* de que habla Aristóteles y su análisis corresponde por lo tanto a una filosofía del obrar. Pero Santo Tomás va más lejos aún y coloca a la justicia entre los preceptos del Derecho Natural. En esta forma vemos claramente la relación, aunque hayamos tenido que apelar a una escuela, cuyo rigor filosófico nos dispensa de mayores aclaraciones, y aunque por esto mismo pudiera parecer a alguien un poco apriorística la conclusión.

Con el propósito de encauzar el problema por otras soluciones, consignaremos aquí solamente nuestra propia experiencia de que sólo por medio de la Filosofía —cuyo rigor metódico consideraremos fuera de toda discusión— es posible fundamentar y resolver el problema planteado por la normatividad. Carentes por otra parte de toda prevención, creemos que la mejor forma de observar las relaciones del Derecho Natural con la filosofía consiste en describir las diversas actitudes de las escuelas y deducir las consecuencias de los sistemas con respecto al problema. Podrá verse entonces cómo a través de toda la historia de la Filosofía este reviste cierta unidad de concepción que atribuimos a la continuidad de las primeras soluciones, conservada cuidadosamente por el coeficiente humano impreso en todas. En este sentido observa Dilthey cómo una idea puede conservarse idéntica a pesar de la necesaria variación que operen factores históricos en ella puesto que responde a necesidades o prospectos ideológicos que cambian de una época a otra. Lo mismo Bochens-

ki (2), encuentra una aproximación notable entre el pensamiento antiguo y ciertas ideas expuestas por filósofos contemporáneos. De todos modos creemos lo más acertado colocarnos ante los problemas originalmente, aunque sin desechar posibles determinaciones que puedan prestarles las conquistas del pensamiento.

No se trata de "...hacer de una filosofía pasada la nuestra... tan imposible como producir por segunda vez una obra de arte" (3), pero tampoco ignorar que podemos andar equivocados. Debemos reconocer, a la vez que nuestra propia limitación, que la verdad no es una conquista definitiva para la filosofía —como para cualquier ciencia—, ya que su misión y la razón de su existencia es esa búsqueda (4). El Mito de la Caverna de Platón nos advierte que el hombre permanece de espaldas a la verdad y que sin salir de sí mismo sólo verá su sombra reflejada. Si reconocemos la verdad de un Derecho Natural lo señalamos inmediatamente como materia de conocimiento y le asignamos un puesto dentro de la filosofía, ya que su idea no puede ser captada por el entendimiento por una intuición sensible sino por un proceso discursivo (o racional), o por una intuición intelectual, disyuntiva que trataremos de dilucidar según nuestras personales convicciones.

Tal vez el intento —realizado por Félix Kaufmann, Fritz Schreir y por el español Recasens— de actualizar este problema e inquirir su solución dentro de una determinada tendencia filosófica resulte fallido por su base. De todos modos no podemos privarnos de constatar su *aporia*, porque nos concierne. Máxime que si hemos de dedicar nuestra atención a las disciplinas jurídicas, debemos adoptar una posición, independiente por su sentido de la meramente pragmática, pero acaso más decisiva en lo que concierne a la disciplina misma.

Ocuparnos de este problema implica reconocer tácitamente la situación del Derecho dentro de la corriente de las ciencias del espíritu e impugnar toda actitud que tienda a insertarlo dentro de postulados positivo-naturalistas. Aún más, hacer del Derecho una *ciencia aplicada* y desentenderse de todo aquello que no sean los textos legales, indica una conflictiva situación para la ciencia jurídica; señala con evidencia la falta de fe para las promesas que encierra una investigación ardua. Si no bastan las explicaciones tradicionales, creemos que la única actitud legítima no es desconocer una verdad sino

(2) Cf. I. M. BOCHENSKI, *La filosofía actual* (Fondo de Cultura Económica, Breviarios).

(3) KARL JASPERS, *La filosofía desde el punto de vista de la existencia* (F. C. E., Brev. México) p. 112.

(4) *Ibid.* "...la busca de la verdad, no la posesión de ella, es la esencia de la filosofía, por más frecuentemente que se la traicione en el dogmatismo, esto es, en un saber enunciado en proposiciones, definitivo, perfecto y enseñable". p. 11. Agrega esta idea que queremos aprovechar también: "únicamente comprendemos las manifestaciones históricas de la verdad dentro del mundo en que brotaron y del destino de los hombres que las concibieron". p. 111.

tratar de hallarle un fundamento capaz de convencernos, o siquiera plantear un interrogante.

4. Admitida una relación necesaria del Derecho Natural con la Filosofía, creemos que este problema hinca sus raíces final e incuestionablemente en la zona ontológica, adonde nos será imposible seguirlo sin un análisis, siquiera sea somero, de las teorías metafísicas y sus implicaciones.

Que la idea del Derecho Natural haya sido objeto de estudio concreto y a veces detallado por parte de juristas y filósofos, no quiere decir que exista marginalmente con respecto de los problemas tradicionales de la filosofía; sólo a la luz de las teorías que ésta ha logrado para sus propios interrogantes será posible esclarecer, por lo menos históricamente, la significación y el sentido de una norma que escapa a la ordenación positiva. Si la ciencia del Derecho encamina su reflexión sobre las entidades que habitan el mundo ideal de lo jurídico, a descubrir sus estructuras lógicas, en muy raras ocasiones pone en tela de juicio su existencia objetiva. Ante el problema de que nos ocupamos es importante por sus propios medios y por los que le presta la lógica. Debe apelarse entonces a todos los datos que pueda proporcionar la filosofía en general pues aquí se trata de una investigación más profunda y decisiva: la de la existencia misma —investigación ontológica— de ese *objeto* (5) jurídico que conocemos con el nombre de Derecho Natural. En tanto que sobre el estudio de las restantes entidades jurídicas nada tienen que decirnos ciertos nombres, en ésta los de Descartes, Spinoza, Kant, Schelling, Husserl o Scheler adquieren importancia decisiva.

Pero es claro que la investigación no se reduce a poner en evidencia un *objeto* o *ser*, es decir, prestarle entidad epistemológica y metafísica, sino que quiere ir más allá: demostrar inequívocamente su operancia en las relaciones humanas, esto es, señalar su campo de acción dentro de ese dominio sui generis que ejerce la norma jurídica sobre las acciones de los hombres. Sin embargo, nuestra pretensión renunciará a ir tan lejos; nos limitaremos a formular algunas observaciones y a destacar ciertos datos que proporciona el contexto general de la filosofía, haciendo hincapié en las modernas investigaciones, particularmente sobre el método fenomenológico de Husserl y la teoría de los valores sustentada por Max Scheler.

Creemos necesario, repetimos, iniciar nuestras observaciones —y ello sin ánimo de probar la existencia del Derecho Natural apoyándonos en el consenso histórico— con un recuento de las soluciones que ha recibido el problema a través de la historia de la Filosofía. Tal exposición estará dirigida ante todo a escudriñar los posibles orígenes de la idea del Derecho Natural y poner de manifiesto la unidad que la informa.

(5) *Objeto* entendido como uno de los términos de la relación de conocimiento.

Así, el análisis penetrante que hace Werner Jaeger de las ideas jurídicas en Grecia nos revelan la conexidad necesaria de éstas con el Ser en su más prístina ideación, interpretación que desvirtúa por entero todo idealismo exagerado con respecto a los valores del *deber ser* como los conciben Hartmann y Scheler. Recasens (6) reclama muy justamente una revisión de esta teoría que descuidara la conexidad necesaria entre el *mundo del ser* y el *mundo del valer* cuyos contenidos representan dos series distintas de datos, dos categorías, lo real y lo valioso, pero que encierran una peculiar vocación puesto que los valores han de ser realizados. Así pues ¿hemos de pensar que los valores son seres ideales, de consistencia objetiva, pero ajenos a toda realidad o, por el contrario, que son entresacados del análisis exhaustivo de esa realidad, capaz de dar la medida exacta de su ser ideal? Ante estas dos soluciones nos sobrecoge el temor de riesgos que no quisiéramos correr: porque sin duda todo idealismo exagerado amenaza convertirse en subjetivismo y todo realismo en positivismo.

II.—PLANTEAMIENTO HISTORICO. Génesis y desarrollo del problema. 1.—El hombre primitivo. 2.—Grecia (lineamientos generales). 3.—Los sofistas. 4.—Platón. 5.—Los estoicos (adaptación del estoicismo al concepto romano de la vida y su influencia en el Derecho). 6.—El cristianismo (San Agustín, Santo Tomás, Francisco Suárez). 7.—El racionalismo (Renacimiento, Grocio, Descartes). 8.—La ilustración inglesa (escuela sentimental). 9.—El romanticismo (la escuela histórica). 10.—El positivismo (Kelsen). 11.—Los neokantianos (el formalismo de Stammler).

—II—

1. Ernst Cassirer (7) ha llamado la atención sobre los objetos que pudieron suscitar el asombro prístino del hombre, raíz de todo filosofar según el pensamiento platónico. Admite como hipótesis más natural que fueron los astros, cuyo culto le emancipó de las regiones oscuras de la superstición, elevándolo "... a una visión más libre y más amplia en cuanto a la totalidad del ser." Efectivamente, el examen de las cosmogonías primitivas destaca un rasgo común: el mundo ha surgido cuando un dios ha dominado el caos ordenándolo todo (8). El orden cósmico obedece a una ley que el hombre percibe

(6) Cf. GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho y estudios de filosofía del Derecho* por LUIS RECASENS SICHÉS. (UTEHA, México, 1946) p. 630.

(7) Cf. ERNST CASSIRER, *Las ciencias de la cultura* (F. C. E., Brev. México) p. 7 ss.

(8) Para DILTHEY el conocimiento de las matemáticas y la astronomía —entre los siglos IX a VI a. Ch.— condujo a los pueblos orientales a la concepción de un principio único para todas las cosas. Cf. W. DILTHEY, *Historia de la Filosofía* (F. C. E., Breviarios) p. 18. Entre los egipcios, la reforma de Amenofis IV tiene este origen. Se llega a un monoteísmo purísimo centrado en *Aton*, dios solar.

ajena a su voluntad, incapaz de cambiar el curso de los astros. Más cercano, descubre el orden de su propio mundo, primer contacto con un principio regulador al cual no puede sustraerse y que es la costumbre. Entonces, "...nada tiene de extraño —observa Cassirer— que en el pensamiento de este hombre, la concepción del universo físico no pueda separarse tampoco de la del mundo moral." Atribúyese al mismo autor del orden en el cosmos la regulación del orden moral. Vemos en este primer momento tan entrelazadas íntimamente dos visiones objetivas que pudiera afirmarse que el hombre no sospecha siquiera del poder de su interioridad —y menos aún de su intimidad— porque es un objeto más en el mundo de la naturaleza. Kelsen concibe a la inversa esta vinculación para derivar la aparición de la ley causal a partir del principio de retribución. Para él la ley inviolable de la causalidad no es sino la proyección en el cosmos de la ley humana, es decir, de la ley jurídica cuya manifestación primigenia fue el principio de retribución. Así como a toda acción corresponde un premio o un castigo, a cada efecto corresponde una causa (9).

En Grecia, desde Hesíodo, se concibe que Zeus depositó la justicia en el corazón de todos los hombres, idea que se repetirá hasta Protagoras. Dice el autor de *Los trabajos y los días*: "Toma esto en consideración: atiende la justicia y olvida la violencia. Es el uso que ha ordenado Zeus a los hombres: los peces y los animales salvajes y los pájaros alados pueden comerse unos a otros puesto que en ellos no existe el derecho. Pero a los hombres les confirió la justicia, el más alto de los bienes." Jaeger, que cita el texto (10), hace notar que *Nomos* (derecho) no significa todavía aquí ley en sentido positivo.

En la cosmogonía mesopotámica, mucho más remota, encontramos un texto análogo: Marduk —vencedor del caos personificado en el monstruo Tiamat— es "...quien mira el interior del hombre, quien traza las normas a que ningún malhechor puede escapar, quien hace plegarse al rebelde y asegura el triunfo de la justicia" (11).

2. Pero abandonemos esta consideración del hombre primitivo para ocuparnos de un tema más urgente a nuestro propósito, a saber, la configuración de un pensamiento jurídico-filosófico en Grecia (12). Cuando dice Jaeger que "los griegos buscaron la *Ley* que actúa en las cosas mismas y trataron de regir por ella la vida y el pensamiento humano" pone de relieve la fe incommovible de los helenos

(9) Cf. HANS KELSEN, *La idea del Derecho natural y otros ensayos* (Edit. Losada, Buenos Aires) v. especialmente el ensayo titulado *La aparición de la ley causal a partir del principio de retribución*, p. 57 y ss.

(10) W. JAEGER, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*. (Trad. española, Fondo de Cultura Económica, México, 1946).

(11) Citado por CASSIRER, op. cit. Los ejemplos podrían multiplicarse.

(12) Para esta exposición hemos seguido casi íntegramente a W. JAEGER. Cf. *Alabanza de la ley. Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos*. (Trad. de A. Truylol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953).

en la racionalidad del Universo. Esta fe los señala como un pueblo abierto a la armonía concreta de la naturaleza, y por ende, como un temperamento esencialmente plástico. Así como lograron la armonía exquisita conjugando la proporción con el contorno, en los tiempos primitivos poetas y pensadores trataron de determinar la posición del hombre en el Universo ya que, como expresa bellamente Jaeger, "la más alta obra de arte que se propuso su afán fue la creación del hombre viviente". Esta búsqueda señala a los griegos como el primer pueblo que fuera capaz de someter la naturaleza al proceso ordenado de su razón mediante conceptos. La primitiva *Arjé* de los presocráticos, el *Logos* de Heráclito y la pretensión pitagórica de que toda realidad corresponde a un número, no son otra cosa que el intento desesperado de reducir la naturaleza a una unidad inteligible. Si al principio se acudió a los mitos para explicar el origen del mundo (recuérdese la *Teogonía* de Hesíodo), un fecundo contacto con el saber matemático y astronómico de los babilonios despertó el deseo de atribuir al mundo una causa unitaria (13). Debemos advertir que la entidad humana no escapa en manera alguna a este principio único que informa todas las demás cosas. Se pregunta por el ser involucrando en el interrogante el *ser del hombre*. Sólo hasta Sócrates y los sofistas se formularán una pregunta directa: entonces, al descubrir la propia múltiple interioridad, el hombre será capaz de verse como la medida de todas las cosas; ya no hay razón para preguntar por ellas sino por la realidad más inmediata que las testimonia: el hombre mismo.

En los tiempos primitivos Homero y Hesíodo expresaron la unidad en términos religiosos atribuyendo a Zeus el gobierno del mundo (14). Los filósofos de la escuela Milesia o Jónica, más tarde, incorporaron la *Diké* —personificación divina de la justicia que para el griego es armonía— en la naturaleza, para señalar mediante un concepto social, específicamente humano, su regularidad causal (15). Todos estos son escauceos de la razón dominadora que quiere imponer una forma a los fenómenos. No vaya a pensarse sin embargo que se trata de una proyección de la ley humana a la naturaleza, pues advierte Jaeger que, por el contrario, de los principios cósmicos hicieron derivar siempre los griegos los principios de la vida. Y a este propósito es legítimo recordar que el mismo humanista afirma una vinculación —no desvirtuada a todo lo largo del pensamiento jurídico de la Hélade— (16) entre la justicia y el Derecho y la naturaleza de la realidad. Tal vinculación nos lleva a considerar el papel que jugara el *Ser* en el pensamiento antiguo. No se distingue propiamente

(13) Cf. DILTHEY, op. cit., p. 27.

(14) Cf. JAEGER, ob. cit., p. 33.

(15) *Ibid.*, p. 34.

(16) Así, a propósito de la legislación solónica observa JAEGER que hasta allí se había impuesto la tradición. Sin embargo, la concepción solónica de la justicia no se reducía a simple normatividad sino que encerraba la idea de armonía entre la ley escrita y la naturaleza de las cosas.

te el *Ser del Deber ser* sino que el primero guarda todas las determinaciones ideales de valor, que no deben buscarse fuera del mismo *Ser*. Esta interpretación —que la debemos al ilustre profesor de Friburgo, M. Heidegger— (17) hace proceder la palabra *nomos* (*νομος*) del verbo *nemein* (*νεμειν*), indicar. “El *nomos* —dice el filósofo alemán en su *Carta sobre el humanismo*— no es sólo ley, sino más originariamente la indicación guarecida en la designación del ser. Sólo ésta es capaz de disponer al hombre hacia el ser.” En esta forma, glosa Cayetano Betancourt, el *nomos* no es ley, “. . . no es un abstracto y sideral mundo de idealidades con las que hubiese que confrontar a cada instante la realidad, sino una realidad palpitante que mora en el ser mismo” y Heidegger concluye que sólo el acatamiento a esta indicación del ser es capaz de *sostener y ligar*. “De otro modo, dice, la ley no es sino hechura de la razón humana.” Aunque esta interpretación está dirigida a desvirtuar la objetividad del mundo ideal entrevisto por Husserl, sirve igualmente a nuestro propósito de mostrar que los griegos, hasta los sofistas, no entrevieron las posibilidades infinitas de la subjetividad. Y es porque, como nos dice Jaeger, este pensamiento acerca de la ley y de la justicia tiene como trasfondo histórico el advenimiento de la peculiar entidad política de los griegos: el Estado-ciudad, cuya importancia en este sentido hemos tenido ocasión de señalar en otro lugar (18). Bástenos precisar que tal forma política representa la objetivación del ideal griego de la *isonomía*, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, “. . . hazaña cumbre de la cultura griega” para Jaeger.

El afán unitario que informara las especulaciones de los primeros físicos se advierte igualmente en las escuelas y sistemas que les suceden. Así, el *logos* heraclítico, el número pitagórico, el ser parmenideo y el *nous* eleático son fuerzas ordenadoras que actúan conforme a fin dentro de la totalidad ontológica cuando no constituyen esta totalidad.

3. Circunstancias históricas desvían la atención hacia otros objetos con la aparición de los sofistas. Estos representan en Grecia una temprana ilustración orientando sus estudios hacia el hecho social y espiritual con ánimo individualista y escéptico. Dilthey (19) divide la corriente sofística en dos generaciones: la primera, a la que pertenecen Protágoras, Gorgias e Hipias, es escéptica en cuanto a los dioses pero no arremete todavía contra ley del Estado. Así, Platón puede poner en boca de Protágoras el mito de Prometeo: Hermes deposita, por mandato expreso de Zeus, el pudor y la justicia en el corazón de

(17) Citado por CAYETANO BETANCOURT, *La idea de justicia y la teoría imperativista del Derecho*. (Rev. Contemporánea, N<sup>o</sup> 1, mayo-junio 1958, Bogotá), p. 47.

(18) Cf. GERMAN COLMENARES, *Consideraciones acerca del Estado-ciudad*, Revista STVDIVM N<sup>o</sup> 2, de la Fac. de Fil. de la Universidad Nacional.

(19) Op. cit., p. 39 y ss.

todos los hombres (20). El hombre lleva dentro de sí la imagen fiel de la justicia y no tiene que apelar a lo trascendente para conocerla. “Según este punto de vista —afirma Jaeger— (21) la ley no sigue a la naturaleza ni tiene analogía alguna con ella, sino que el hombre es el que la impone a la naturaleza.” No obstante, Protágoras no deja de afirmar en último término el origen divino de la justicia. Pero asimismo las artes (*τέχνη*) tienen una procedencia parecida, lo que nos hace pensar que el sofista no ignoraba la tendencia primitiva de los hombres de atribuir a sus propias obras un origen mítico. Si dice que la justicia —como la técnica— es un don divino, sabe muy bien que no hace sino una concesión a las creencias de su época.

En el mismo diálogo Hipias reprocha a la ley positiva constituir una barrera entre los hombres: “Vosotros todos aquí presentes, dice, os considero parientes, hermanos, conciudadanos por naturaleza y no según la ley. Según la naturaleza el semejante es pariente del semejante, pero la ley, tirana de los hombres, opone su rigor a la naturaleza” (*Protágoras*, 337c).

Esta actitud de reconocimiento a una ley superior encuentra un paralelo en la literatura encarnado por Sófocles. Su personaje Antígona es un grito de rebeldía —el más elocuente que pueda expresarse— contra toda ley que violente la naturaleza humana. Así, a pesar de la prohibición del tirano Creón y de las cobardes prevenciones de Ismena, su hermana, da sepultura a su hermano incurriendo en las iras del rey de Tebas. Su discurso ante Creón nos revela las poderosas razones que la movieron a cumplir el deber filial: “Como no era Zeus quien me los había promulgado, ni tampoco justicia —la compañera de los dioses infernales— ha impuesto esas leyes a los hombres, ni creí yo que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas, de manera que un mortal pudiera quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. Por eso no debía yo, por temor al castigo de ningún hombre, violarlas para exponerme a sufrir el castigo de los dioses. . .”

Fluctuaciones políticas y profundos cambios en la actitud griega primitiva condicionan las ideas de la segunda generación de los sofistas. Se acentúa el individualismo y la observación atenta de una naturaleza hostil lleva a la conclusión de que la ley positiva emancipa al hombre, dotándolo de un orden contra el caos de esa naturaleza (22). Podemos concluir que el griego no se libera nunca de la presencia intangible en sus especulaciones de una ley cósmica, sólo que la concibe esta vez en forma distinta, no ya como armonía sino como juego de instintos desencadenados (23). Oponen a esta in-

(20) PLATÓN, *Protágoras*, 320c-322d.

(21) Op. cit., p. 56.

(22) *Ibid*, p. 56.

(23) Cf. JOHANNES HIRSCHBERGER, *Historia de la Filosofía*. (Trad. de L. Martínez Gómez, Edit. Herder, Barcelona, 1954) t. I. (Antigüedad, Edad Media, Renacimiento), p. 36. Para una idea exacta acerca de los sofistas v. UNTERSTEINER, *Il Sofisti*, JAEGER, *Paideia*, I (pp. 303-346).

clemente *ley de la naturaleza* (*physis*) una *ley convencional* (*nomos*) que reprime lo que sería justo conforme a la primera, esto es, el derecho del más fuerte. Tal ideología se halla perfectamente esbozada en la tesis de Calicles, versión anticipada del *superhombre* de Nietzsche: "Los que escriben las leyes son los débiles y la gran masa, y teniendo sólo en cuenta lo que les puede interesar, determinan lo que ha de ser digno de loa y lo que merecerá ser prohibido. Para amedrentar a los más fuertes, que podrían ir más allá que los otros e impedirselo, dicen que es feo e injusto aventajar en algo a los demás y que trabajar por hacerse más poderosos es hacerse culpables de injusticia, porque siendo los más débiles, se consideran demasiado felices de que todos sean iguales, ya que ellos son los peores. Pero me parece que la naturaleza demuestra que no es justo que el que valga más tenga menos que otro que no valga lo que él y el más fuerte menos que el más débil, y prueba en mil ocasiones que debe ser así, tanto en lo que concierne a los animales como a los mismos hombres, entre los cuales vemos estados y naciones enteras donde la regla de lo justo es que el más fuerte se imponga al más débil y esté más beneficiado que él" (Platón, *Gorgias*, 482 c. 486 d.) (24).

Trasímaco sostiene la misma tesis: "Sostengo, dice, que lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte" (Platón, *Rep.*, 338c.).

A Critias se atribuye la afirmación de que los dioses son invención "...de un hombre diestro y sabio... para que los malos tuvieran miedo a algo, si a escondidas hacían o decían o pensaban algo..." (25).

Se advierte en todas estas afirmaciones, según dice Jaeger, que "los sofistas destacaban el valor social del derecho de preferencia a su armonía objetiva con la naturaleza del ser" (26). Así, la contraposición entre *physis* y *nomos* puede resultar favorable o desfavorable a la ley positiva según la interpretación que se dé a la naturaleza. Si las leyes del universo son perfectas como obra de los dioses, la escisión establecida con respecto de las leyes de los hombres pone de relieve la relatividad, y por ende la imperfección, de estas últimas; entonces su justicia y el grado de su perfección dependerá de la conexión en que se hallen con la naturaleza. Si por el contrario, se parte de una visión caótica de la naturaleza, en la que impera el derecho de la fuerza, las leyes humanas pondrán en evidencia una contradicción patente entre su propia contextura y lo que tan claro se manifiesta en el cosmos; por ello mismo tendrá un valor apenas convencional pero suficiente para garantizar el orden social. Esta última

(24) Sobre Calicles, v. SANTIAGO MONTERO DIAZ, *De Calicles a Trajano. Estudios sobre la historia política del mundo antiguo*. (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1948) pp. 11-42.

(25) Versos atribuidos a Critias. Cf. ANTONIO TOVAR, *Vida de Sócrates*. (Rev. de Oc., Madrid, 1947) p. 219.

(26) Op. cit., p. 65.

actitud es la adoptada por la segunda generación de los sofistas en tanto que el criterio griego primitivo identificaba o hallaba una correlación profunda entre naturaleza y derecho, entre *Ser* y *Deber ser*. Pero ya advertimos que el sofista no puede librarse totalmente de la modalidad helénica en el pensamiento jurídico: la ley del más fuerte, una ley de la naturaleza al fin y al cabo, debe servir de modelo para las leyes de los hombres. Así, el Derecho concebido como construcción del hombre, como *espíritu objetivado*, contrasta con la mera naturaleza aunque no se prescindiera de ella para establecer el contraste. Se conoce adversa y por lo mismo "la necesidad de un orden legal para que la vida humana pueda subsistir era obvia y se convirtió en experiencia común..." (27).

No obstante comienza a advertirse en el subjetivismo latente en esta concepción la desvinculación, o por lo menos el esfuerzo por liberarse, del hombre a la ciega u ordenada fuerza de la naturaleza. Tiene ya, en cierta medida, conciencia de sí mismo y de su interioridad como algo aparte e irreductible. Esta es precisamente la gran conquista de los sofistas que afianzará Sócrates al escuchar dentro de sí la voz de su *demonio* (*δαίμων*). Con ellos comienza la reducción del hombre a su propia medida que con el estoicismo llevará al encuentro pleno de la interioridad. Claro es que se ha roto —aunque no del todo— con la creencia en la euritmia del cosmos, pero se han echado nuevas bases para trasladar esa visión a un terreno genuinamente humano. El hombre podrá verse en sí mismo, constatar su propia armonía, y no a través de los objetos que le rodean pues la interioridad se le ha descubierto como un vastísimo campo de observación.

4. Esta crisis ideológica del siglo v a. Ch. es superada en el siguiente por Platón, "filósofo que planteó el problema de la justicia y el derecho en todas sus dimensiones y volvió a considerarlo en conexión con el conjunto del problema de la naturaleza de la realidad como tal" (28). Refiere ante todo el problema de la justicia —a la manera socrática— a la cuestión general de la virtud humana, que tiene por objeto el bien. Basta recordar que para Platón el Bien representaba el principio humano del Ser y con ello veremos bien claramente la conexión necesaria de la conducta humana con el Ser, claro está, entendido a la manera platónica. Esta peculiar concepción del Ser hace justos a los hombres precisamente en la medida en que participen de ese *eidós* trascendente, arquetipo accesible sólo parcialmente. La idea platónica de la justicia nos aclara lo que entiende Heidegger por *designación del ser* ya que para ambos en el

(27) *Ibid.*, p. 65.

(28) *Ibid.*, p. 66. Y DILTHEY (op. cit.): "Platón, junto con los pitagóricos influyó en todo el desarrollo ulterior del espíritu europeo como máxima expresión literaria de la doctrina genuinamente griega de la armonía del cosmos, así como de la existencia en la conciencia, con independencia de toda experiencia sensible, de los elementos que permiten la construcción científica de una euritmia del cosmos", p. 59.

ser mismo residen sus valores. “Todo ser humano es justo si es en realidad lo que ‘por su naturaleza’ es” (29); pero debemos entender que esta conformidad existe con respecto a algo que no está dentro del *ser existente* sino en lo trascendente a él —en estado eidético— que señala la finalidad de todas las cosas. Para precisar esta idea debemos recordar que la epistemología de Platón lo conduce al planteamiento de su metafísica: sólo podemos conocer si prescindimos de la materia individual, es decir, si abstraemos. Y como el conocimiento está dirigido a la verdad resulta que sólo es verdadero lo que captamos mediante la intuición intelectual, esto es, las ideas. Aquí sobreviene la confusión entre verdad y realidad que conduce al filósofo a afirmar la realidad única de las ideas verdaderas. Así, la plenitud de la *naturaleza de las cosas* está dada por el *ser* de su idea, es decir, por el arquetipo que reside en un mundo ideal. La justicia viene a ser la armonía de este *ser* de las cosas, la plena realización de la *naturaleza* de cada una. El idealismo platónico supera en esta forma el subjetivismo que hiciera de la justicia una mera convención humana para preservarnos de lo que sería ‘justo’ por naturaleza según la tesis de Calicles. Sin embargo la objetividad absoluta ha perdido terreno. La ley ha dejado de ser una indiscutible imposición de la *Polis* y el sujeto reclama su participación —pues a él se refieren todas las cosas—, aunque todavía se reconoce parte integrante del cosmos. “De esta suerte —corroborra Jaeger— la historia de la idea griega de la justicia había recorrido un camino que la condujo del concepto inicial de un orden legal perfecto, impuesto a todos los hombres por la *Polis*, hasta la fuente de este orden en la mente humana. . . La ley es la naturaleza misma de la mente. Y esta ley interior está en armonía con el orden del *cosmos*” (30). Esta conformidad o armonía (cuyo sentido es muy distinto del que tenía anteriormente pues está proporcionado por la interioridad) que Platón expresa con el nombre de *orthos logos* es la fuente directa de la *recta ratio* que concibieron los estoicos, identidad descubierta por Jaeger y que aprovecharemos al exponer las ideas del estoicismo.

El referir toda abstracción —y aquí aludimos concretamente a la idea de justicia— al orden ontológico, tan típica de los griegos, coloca al Ser, en el pensamiento antiguo, como límite de toda especulación sobre los valores. No debemos olvidar este punto de vista ya que, como dice Jaeger, “es evidente que una clara comprensión del concepto griego de la ley y el derecho y su conexión con el orden cósmico, tal como los griegos la concebían, habrá de ser el punto de partida acerca de la naturaleza del derecho y del lugar que ocupa en nuestro mundo filosófico moderno” (31).

5. Dilthey señala dos épocas para el estoicismo: la primera, propiamente griega, está condicionada por un hecho de gran magnitud

(29) JAEGER, op. cit., p. 67.

(30) *Ibid*, pp. 71-72.

(31) *Ibid*, p. 91.

histórica que señala precisamente los orígenes de la *Stoa*, a saber, la desaparición de la *Polis*, entidad política que había enmarcado la vida y el pensamiento griegos durante siglos. La segunda época tiene asimismo una importancia trascendental para este estudio pues señala una de las etapas de la helenización romana (32).

En la primera de estas dos etapas, Zenón de Sitium desarrolla el concepto de la inmanencia de la divinidad en el mundo, fiel a la trayectoria del pensamiento griego de carácter naturalista-racional. El *Logos* actúa en las cosas de manera tal que el hombre debe reducirse a obrar conforme le señala su propia naturaleza para que su acción revista la armonía del *logos*: *ὁμολογοῦντος τῇ φύσει ζῆν*, que traduce Dilthey, ‘la virtud es la concordancia de la acción con la ley suprema del cosmos’.

La segunda etapa tiene una relación más directa con nuestro estudio por lo que ella significó para el desarrollo del pensamiento jurídico occidental. La crítica demoledora de Carneades al ideal estoico hizo accesibles las ideas griegas al temperamento romano, más dado a la acción que a la especulación. Debemos pensar que no fue pequeño el triunfo de los escolarcas griegos durante el siglo II a. Ch. si tenemos en cuenta el carácter del Derecho Romano y aún más, la tendencia romana a estatificar lo abstraído. Así como los dioses romanos estarán siempre asociados a una idea concreta, a un fenómeno particular de la naturaleza, su Derecho —una serie de fórmulas— no podrá alcanzar la plenitud sino hasta que sobrevenga el contacto con los griegos. En tanto que el griego concibe el Derecho como subordinación a la *razón* divina reflejada en el cosmos, para el romano, por el contrario, toda relación jurídica está sometida a una normatividad inmediata que, en última instancia, procedería de la voluntad divina. Así como “en el pensamiento griego había dominado la visión estético-científica del cosmos, en el pensamiento romano domina la voluntad, disciplinada militar y jurídicamente”. Si el romano llegó a concebir por sí sólo un ‘Derecho de gentes’, únicamente el estoicismo podía prestarle vuelo suficiente a la imaginación para concebir una regla mucho más amplia: la naturaleza. Aquí cabe observar cómo el Derecho natural —de la sofística— y el Derecho de gentes tienen exteriormente un origen parecido. En Grecia, los relatos de Heródoto pusieron en evidencia la heterogeneidad de las instituciones en los diversos pueblos, lo que condujo a pensar que todas ellas tendrían un modelo ideal para poder encarnar la justicia. En Roma, las conquistas obligaron a establecer un conjunto mínimo de reglas de aplicación universal, debido precisamente a esa heterogeneidad que ya Heródoto apuntaba muchísimo antes. La diferencia estriba en que el *Ius gentium* no era menos positivo que el Derecho

(32) Aquí es importante recordar la circunstancia de que Muscio Scaevola, sistematizador de la ciencia jurídica romana, perteneciera precisamente al círculo helenizante influido por Panecio de Rodas y que se conoce con el nombre de círculo de Escipión (Emiliano).

quiritario en tanto que el Derecho natural era una norma ideal, sólo concebible por el racionalismo helénico.

Tras la crítica de Carneádes, Panecio de Rodas suavizó las asperezas de los rígidos ideales de Zenón respecto al sabio —ser hosco y ajeno a toda realidad—, humanizándolo y otorgándole una misión social como lo exigían las circunstancias del mundo romano y lo había ideado Platón. Adaptó los postulados estoicos al concepto romano de la vida prestándoles un sentido ético. Por otra parte, ya la *Stoa*, mediante su concepción monista de la materia animada había de presentarse a una mentalidad romana cuya practicidad tendía más bien al eclecticismo. Las proposiciones simplistas de una metafísica monista debían ser fácilmente digeribles, más aún si se reducían a postulados éticos. Así podemos explicarnos el éxito predominante que alcanzara el estoicismo entre los romanos. El *logos* que gobierna la materia podía explicar sus cambios con suficiencia mediante la ley de causalidad lo mismo que el obrar humano mediante un criterio teleológico, que en manera alguna descartaba la libertad (33).

Cicerón desarrolla la idea del Derecho Natural oponiendo a la concepción griega del principio estético e inteligible del cosmos su idea romana de dios como legislador, entresacada del orden ético-jurídico, que luego pasará a la metafísica de los padres de la Iglesia y a la Edad Media (34). No le era muy difícil aceptar la idea del mundo como patria de todos los hombres (ideal cosmopolita expresado por primera vez por Hipias y posteriormente por Antístenes, realizado al romperse el estrecho marco de *Polis* para dar paso al tiempo de Alejandro), regidos asimismo por una ley común, ante la expansión creciente del imperio romano: “*Est quidem vera lex recta ratio, natura congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna. Huic legi nec abrogari fas est, neque de rogari: ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest: nec erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continet, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus*” (de Rep., III, 22), (35).

6. La sistematización del Cristianismo realizada por los padres de la Iglesia (Clemente, Orígenes, San Ambrosio, San Agustín, etc.) recogió este concepto griego del *logos* para identificarlo con el Verbo (evangelio de San Juan) lo mismo que la moral estoico-ciceroniana. Recuerda Dilthey que “por la misma época se llevó a cabo, valiéndose de los recursos de la *Stoa*, la fundación de la ciencia romana del derecho por los grandes juristas Papiniano (muerto en 212), Julio, Paulo y Ulpiano (228 d. Ch.) (36).

(33) Cf. W. DILTHEY, *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*. (Trad. de Eugenio Imaz. F. C. E.) p. 16.

(34) Cf. DILTHEY, *Historia de la Filosofía*, p. 98.

(35) También es útil recordar la definición ciceroniana de la ley natural: “Es la razón suma injerta en nuestra naturaleza, que nos manda cumplir el deber y nos veda la traición del mismo” (*De Leg.* I, 1).

(36) Op. cit., p. 114.

El problema no apareció en San Agustín en la forma tradicional sino que, influido por Plotino y el maniqueísmo persa, establece un dualismo entre la materia —degradada por el pecado— y el espíritu. Dentro de este orden de ideas divide el Derecho natural en primario y secundario. El Derecho natural primario, de carácter absoluto, correspondería al hombre antes del pecado, cuando la materia no oponía resistencia a la luz Divina. El Derecho natural secundario es, por el contrario, el del hombre empírico y al único a que puede aspirar después de su caída. Si entre los griegos aparece la naturaleza vinculada para su explicación racional al concepto ideal lógico, producto de sus especulaciones, con el Cristianismo la idea misma de naturaleza se escinde para dar paso a la revelación. Habrá entonces una naturaleza conforme a razón antes del pecado y una naturaleza que se resiste a nuestro conocimiento, la opaca *Hyle* o materia según la teoría emanantista de Plotino.

Aquí precisamos dar un salto de ocho siglos en la historia para exponer la doctrina de Santo Tomás, prescindiendo por ahora de ocuparnos de las disputas sobre los universales que llenaran toda la alta Edad Media. Para Santo Tomás, admitida la existencia de una ley eterna, resulta fácil deducir racionalmente su actualización en la ley natural. Esta última es una participación de la ley Divina en la criatura racional para que mediante ella pueda cumplir una finalidad sin menoscabo de su libertad. La ley natural es entonces “una participación de la ley eterna en la criatura racional, en virtud de la cual siente una tendencia espontánea hacia su fin y su operación”, o también, “la impresión de la luz divina en nosotros, que nos permite discernir claramente lo bueno de lo malo” (*Suma Teol.* I-II, c. c. 94-2). Esta ley halla su fundamento en la naturaleza humana racional referida a Dios, su creador. En esta forma, resueltas las cuestiones principales, a saber, la existencia, el concepto y la fundamentación de la ley natural, procede Santo Tomás a asignarle un contenido. Con tal fin apela a una analogía entre el orden práctico y el orden especulativo. Si a este último —en conformidad con Aristóteles— corresponde un primer principio que la razón percibe de inmediato en su contacto con los objetos, y nos referimos al ser, a cuya unidad se ordena todo conocimiento según el esquema rigurosamente deductivo de la escolástica, el entendimiento práctico percibe asimismo, y antes que todo, un fin que tiene razón de bien. Así como el análisis prístino del ser nos proporciona el principio de contradicción, del concepto de bien se desprende inmediatamente la siguiente proposición: “Hay que hacer el bien, hay que evitar el mal.” De la idea de bien deriva tres preceptos que corresponden a cada una de las tendencias de nuestra naturaleza que, a su vez, clasifica en tres órdenes: el primero corresponde a la idea de ser, el segundo a la idea de ser con vida animal y el tercero a la idea de ser con vida racional. Como ser simplemente, el hombre tiende a su propia conservación; siendo un ser con vida animal tiende a la propagación de su especie y, finalmente, la racionalidad le impele al conocimiento de la verdad y la realización de la justicia en sus relaciones con los demás. Puede

observarse cómo Santo Tomás parte de un presupuesto metafísico y va descendiendo paulatinamente en su proceso deductivo hasta proporcionar un contenido a la ley natural que tiene como dato primario la propia naturaleza humana considerada como ente de razón. Por último, asigna varias cualidades a la ley natural y son ellas: universalidad, inmutabilidad, cognoscibilidad e inmutabilidad (37).

A la misma tradición escolástica pertenece Francisco Suárez cuya exposición sobre Derecho natural tiene precisamente sus raíces en la doctrina de Santo Tomás. Sobre la base del reconocimiento de principios universales e inmutables para la conducta elabora una teoría del Derecho natural de *contenido variable*. La razón de esta modalidad de su teoría reside en la observación de la mutabilidad de las circunstancias en que aparece la realidad. Pues los principios, tan generales, deben combinarse con la individualidad concreta de la vida de los pueblos para elaborar normas específicas de Derecho natural, aptas para un determinado sitio o colectividad de caracteres peculiares (38). Pero el análisis de Suárez no se detiene aquí sino que se complica sutilmente: la materia social puede cambiar por sí misma, debido a sus propias leyes, o por el propósito deliberado de los hombres. En este segundo caso se plantea el problema de saber lo que los hombres pueden determinar libremente en materia institucional para hacer frente a la nueva realidad, y lo que les está vedado por el Derecho natural. Materias tales como la libertad y la dignidad humanas no pueden ser interferidas por las instituciones y tienen que someterse en un todo a los grandes lineamientos del Derecho natural. Otras, en cambio, admiten que se tengan en cuenta las nuevas realidades sociales, y para ellas el Derecho natural concede cierta flexibilidad a las reelaboraciones humanas (39).

7. Siguiendo el hilo de nuestro esquema histórico corresponde ahora examinar el pensamiento jurídico de la Edad Moderna, que responde sin duda a nuevas directrices porque ha cambiado radicalmente la actitud del hombre ante la vida y porque se acentúan urgencias sociales —tanto como individuales— que ha provocado ese gran cataclismo espiritual del Renacimiento.

(37) Para este breve resumen hemos utilizado el opúsculo publicado por la editorial Labor titulado *La ley*, entresacado de la *Suma Teológica* I-II c. c. 90-97, traducido y anotado por el profesor CONSTANTINO FERNANDEZ ALVAR.

(38) Ante la imposibilidad de consultar las fuentes mismas nos hemos visto obligados a imponer a nuestra exposición el giro que da RECASENS a la suya, de quien hemos tomado este resumen. Cf. L. RECASENS SICHES, *Vida humana, Sociedad y Derecho, Fundamentación de la Filosofía del Derecho* (La casa de España en México, 1939), p. 301 y ss.

(39) En esta forma concuerdan armónicamente el elemento racional y el elemento histórico cuya oposición sirve de base a RECASENS para el plantamiento histórico de su tesis sobre la *estimativa jurídica*.

“Con el Renacimiento —dice Dilthey (40)— renacen los epicúreos, los estoicos, los panteístas embriagados de naturaleza, los escépticos y los ateos”. Este renacer —en sentidos tan heterogéneos— multiplica la actitud vital y las aspiraciones humanas. Una desmesurada confianza en sus propias fuerzas desplaza para el hombre el problema teológico a un segundo plano y le sugiere el estudio preferente de lo que le está más próximo. El humanismo y la reforma modifican —según Dilthey— (41) la conciencia metafísico-teológica vinculada durante la Edad Media al orden social feudal eclesiástico y conforman la perspectiva de un sistema científico exigido por el nuevo orden social. En esta forma surge lo que Dilthey denomina el *sistema natural de las ciencias del espíritu* cuya aparición es simultánea con la fundación de la moderna ciencia natural. El dominio del intelecto humano sobre la naturaleza se traduce en leyes que descubre la razón natural, movimiento asociado a los nombres de Galileo, Descartes, Leibniz y Newton. Esta confianza ilimitada en la razón se vio confirmada por los éxitos en el dominio de la naturaleza. Sobrevino lo que Cayetano Betancourt (42) designa la *neutralización del concepto de naturaleza*. “La introducción de las matemáticas en la fijación de la esencia de las cosas, tuvo buena parte en esta neutralización. Por medio de las matemáticas, como es bien sabido, se despojó al ser natural de su carácter teleológico y se le insertó en el puro reino de la causalidad eficiente. Esta matematización de la naturaleza era, obviamente, una cuantificación. El hombre resultaba siendo así solamente un número de átomos distribuidos en determinada proporción, mecánicamente establecida. La totalidad se asimilaba así a la simple suma.”.

Pensamos haber ido un poco lejos adelantando una tesis que sólo cobrará un vigor pleno hasta Descartes. No obstante, nos parece que esta sea la tendencia general de los siglos XVI y XVII, pese al retorno de Grocio al estoicismo romano al exponer sus doctrinas iusnaturalistas. Este retorno significa en gran medida la secularización del “pensamiento del Derecho natural de la Iglesia cristiana. Ya no es necesario un orden divino de salvación que sancione el Derecho natural de los hombres. No es la revelación la que hace patente el sentido del Derecho natural sino la razón la que aprehende el orden

(40) DILTHEY, *Hombre y mundo*, p. 27.

(41) Algo parecido enseña BENNO VON WIESE en *La cultura de la ilustración*. (Trad. E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954): “Por ilustración entendemos —dice— la ‘moderna fase de la cultura europea, en la que al orden autoritario de la Edad Media, establecido sobre la salvación, se contraponen la soberanía de la razón abandonada a su propio juicio. La esencia de la ilustración viene determinada, por lo pronto de un modo negativo, por el alejamiento de la cultura eclesiástica y teológica de la Edad Media, alejamiento que se lleva a cabo en el Renacimiento y que está metódicamente apoyado por el perfeccionamiento de las ciencias”, p. 21.

(42) Op. cit., p. 48.

jurídico dado por la 'naturaleza', independientemente de cualesquiera vinculación religiosa" (43).

Este movimiento iusnaturalista que encarna en Bodino, Althusius y Grocio, tiene antecedentes históricos bien definidos en la reacción que provocara el maquiavelismo político y la aplicación desmedida de dos principios corrientes: la razón de Estado y el derecho divino de los reyes. A tales principios se opone la idea de un pacto para garantizar el orden y el derecho estatales, así como para justificar la resistencia de los súbditos contra los desmanes del gobernante. Esta teoría sobre el origen del Estado tiene raíces en una concepción muy peculiar del Derecho natural que, expuesta por primera vez por Bodino y Althusius, será recogida más tarde por Hobbes y Rousseau quienes le darán una significación y alcance muy diversos. Suele oponerse —a esta idea que tiene su origen en la sofística— el concepto aristotélico, más racional, del hombre *animal político* que recoge a su vez Santo Tomás para explicar el origen del Estado.

Grocio —conforme a las ideas estoicas— parte de una jurisprudencia universal: "Lo que más importa sobre todo, dice, es reducir las explicaciones de las cuestiones de Derecho natural a conceptos firmes que nadie pueda negar sin hacerse violencia. Los principios de este derecho son para el observador atento tan claros y evidentes como los fenómenos sensibles, que nunca engañan si los órganos de los sentidos están sanos y se dan las demás condiciones" (Proleg. § 39) (44). Distingue entre el Derecho natural, universal por el consenso de todos los pueblos e inmutable, y el Derecho positivo, arbitrario en cierto sentido si tenemos en cuenta su aspecto relativo, condicionado por otra parte a la voluntad de los hombres. Las instituciones mismas son ajenas en cierta medida a esta voluntad por cuanto encuentran su fundamento último en la naturaleza de las cosas y dependen de ciertas condiciones de vida. Aquí procede un método inductivo —y obsérvese el contraste con respecto de la escolástica— para determinar principios y conceptos universales, fundados en la naturaleza misma de las cosas. Así, éstos adquieren cierta dinamicidad pues se trata de conceptos vitales, no categorías intelectuales. En este sentido Dilthey (45) percibe una línea muy definida de enlace entre los conceptos vitales del Derecho Romano, las *notiones communes de la Stoa*, y los principios de la jurisprudencia universal de Grocio. Así, los estoicos tanto como el romano o como Grocio, hacen operar sus conceptos sobre lo dado inmediatamente, el fenómeno o *Katalepticón*, y de allí el aspecto formal del Derecho natural romano y la jurisprudencia universal de Grocio. Sin embargo, esto *dado* concretamente de que hay que partir está dirigido —por la conexión de sus partes— a constituir la *ratio*, teológicamente. Esta teología es independiente de Dios puesto que se dirige a la vida misma, a la *ratio* o *lex naturæ* que emana de esa vida. "El Derecho natural es tan

(43) *Ibid.*

(44) Citado por DILTHEY, *Hombre y mundo*, p. 287.

(45) *Ibid.*, p. 290.

inmutable que ni Dios mismo puede cambiarlo... lo mismo que Dios no puede hacer que dos por dos no sean cuatro, tampoco lo que por naturaleza es malo no sea malo" (Grocio, Ic. 1 § 10) (46).

El *consensus* universal sobre un punto de derecho indica su característica *natural*, pero Grocio limita este consenso a los hombres normales. En esta forma deduce el concepto de Derecho natural por dos métodos: uno, directo, del examen de la naturaleza del hombre y la sociedad; otro, indirecto, del carácter universal del principio, su inmutabilidad e identidad en todos los pueblos. Este segundo método es propiamente estoico. El primero fue provocado por la crítica de Carneádes quien adopta un pragmatismo ético y jurídico: la validez de las normas radica en su utilidad. En oposición, Grocio busca el fundamento de tal validez en la naturaleza misma del hombre que no se orienta —como concebía Carneádes— hacia lo útil, sino a lo social.

Esta fundamentación *natural* del Derecho revela la confianza ilimitada del hombre en su propia razón que puede comprender y explicar la naturaleza reduciéndola a leyes, y aun prescindir de la causa formal para atenerse sólo a la rígida causalidad eficiente. Aunque el mecanicismo cartesiano admita la libertad en el hombre no puede superar la antinomia que plantea el considerar esa libertad a la luz de un método aplicable sólo a los fenómenos físicos. Aunque este sistema permite concebir el mundo independientemente de su Creador con arreglo a sus propias leyes, tiene que abandonar el intento de examinar la *res cogitans* que no puede someterse a los métodos aplicables a la *res extensa* para su estudio. El dualismo cartesiano es superado radicalmente por Spinoza mediante el monismo panteísta y por Hobbes mediante el monismo materialista. Ya se ha perdido aquí el concepto analógico del ser y se lo reduce a univocidad. El mundo y todo lo que contiene está regido por sus propias leyes que permiten ser aprehendidas por la razón humana. El extender esta idea al terreno ético y jurídico implica prescindir de toda teología, de todo condicionamiento afín, pues la acción quedará presa dentro de sus propias leyes, similares a las que rigen la naturaleza. Si la libertad se reconoce como una idea *clara y distinta*, esto es, de evidencia inmediata para la conciencia, no cabrá lógicamente dentro del sistema, antinomia que, como decimos, no pudo superar el mecanicismo sino mediante la violenta reducción de toda realidad a una sola.

Hobbes opta por la materia y amplía para las ciencias del espíritu las ideas atomistas de Demócrito, Lucrecio y Epicuro (47). En el terreno jurídico adhiere a la segunda corriente del Derecho natural preconizada por los sofistas, que ya tuvimos ocasión de analizar con cierta amplitud. (V. supra, pág. 23 y ss.). "Y lo mismo que en la antigüedad —observa Dilthey— se enfrentaron las dos grandes influencias del Derecho natural y se desarrollaron en recíproca oposición,

(46) *Ibid.*, p. 289.

(47) *Ibid.*, p. 376.

así se enfrenta ahora Hobbes con Grocio, que se basaba en el estoicismo, en Cicerón y en la jurisprudencia romana" (48).

8. Esta actitud frente a la naturaleza y a los fenómenos jurídicos y sociales es el módulo general de la Ilustración cuyas raíces arrancan del Renacimiento pero que podemos situar más o menos precisamente en los siglos xvii y xviii. Se la define precisamente por su carácter predominantemente racionalista, desvinculado de todo concepto teológico (49). Vinculada indisolublemente en los tratados escolares a la Revolución Francesa, se tiene de ella una vaga idea, casi siempre un prejuicio, y se la asocia a los nombres de Rousseau, Diderot, Voltaire, llegándose al extremo de identificarla con el movimiento enciclopedista. Su desarrollo en Inglaterra, aunque poco menos que ignorado por quienes se ocupan de estos problemas, nos parece decisivo en lo que concierne a delinear una posición jurídica. Así, veremos cómo la *Escuela sentimental* anticipa una teoría de los valores que, aunque superada, sirvió de base a ulteriores investigaciones.

Mediante el análisis psicológico de los fenómenos morales Shaftesbury descubrió la fundamentación de las acciones en los juicios éticos de valor que formulamos sobre las cosas. No obstante, concibe los valores como motivaciones de carácter sentimental, quedando con ello sometidos a la anarquía de la subjetividad. Hutcheson, su discípulo, adelanta un criterio epistemológico de los valores éticos —lo mismo que de los estéticos— adhiriendo al intuicionismo. "Según su teoría —dice Hessen— (50) aprehendemos inmediata, *emotivamente*, tanto los valores de lo bello como de lo bueno. El órgano cognoscitivo es en el primer caso el 'sentido estético', en el segundo, el 'sentido moral'. Hutcheson se esfuerza por introducir en la ética el concepto de *moral sense*. Nuestros juicios de valor no descansan en la reflexión, enseña, sino en la intuición. El valor o no-valor ético de una acción no se conoce aplicando a la acción una unidad de medida general, una norma ética suprema, y midiéndola con ella, sino de un modo inmediato intuitivo. Así como nuestro sentido visual percibe inmediatamente los colores, el sentido moral percibe las cualidades valiosas de una acción o de una intención." No hay duda que existe en toda persona un sentido moral pero creemos que es ir demasiado lejos asignarle una función absoluta en lo que concierne a los juicios de valor. La licitud o la ilicitud por ejemplo no puede quedar sometida a nuestro propio juicio, casi siempre desviado por algún interés. Es cierto que el valor no puede aprehenderse sino por la intuición pero ello no quiere decir que un valor individual, concreto, se nos revele con independencia absoluta de toda normatividad. Precisamente captamos su sentido positivo o negativo

(48) *Ibid.*

(49) Cf. *supra*, nota 41.

(50) JOHAN HESSEN, *Teoría del conocimiento*. (Trad. de José Gaos. Edit. Losada), p. 110.

refiriéndolo a un valor ideal, absoluto, que no descansa necesariamente en nuestro sentido moral sino en nuestra conciencia —más o menos exacta— de los valores.

Adam Smith, por su parte, hace proceder los juicios éticos de valor de la simpatía. Este sentir-con nos señala lo reprobable o lo loable de una acción ajena poniéndonos al corriente de todos los posibles móviles. Max Scheler (51) ha puesto en claro la falsedad de esta teoría. "Sería totalmente erróneo —dice por ejemplo— creer que todo juicio ético haya de pronunciarse a través de un sentimiento de simpatía. He aquí ante todo la clase entera de los *juicios éticos sobre sí mismo*. ¿Acaso tiene lugar aquí un sentimiento de simpatía?"

No obstante la *escuela sentimental* tiene el mérito de haber señalado el carácter intuitivo del conocimiento moral, estableciendo con ello un precedente para la escuela fenomenológica de los valores.

9. En el primer tercio del siglo xix las tendencias racionalistas entran en crisis con el advenimiento del romanticismo. Se aspira a una perfecta integración de todas las antítesis en el Absoluto, capaz de encerrarlas dentro de sí. Se opera una completa revolución contra lo racional, oponiéndosele la intuición y el sentimiento. Al tratar de salvarse toda antítesis se incurre en el panteísmo insertando a Dios en el Universo. En el terreno gnosceológico se incurre en el idealismo subjetivo pues quiere fundirse el objeto en el sujeto y dotar de espíritu a la materia. En el campo del pensamiento jurídico la visión romántica da origen a la Escuela histórica cuyos postulados trataremos de resumir brevemente.

Al iusnaturalismo racionalista opone la Escuela histórica su imagen esencialmente dinámica de la realidad. Así, la contraposición resulta de dos ideas diferentes respecto a la manera de enfocar la realidad que se pretende explicar: o en forma estática, por medio de categorías lógico-formales que pretenden agotar para el conocimiento lo circundante, o, por el contrario, dotando a la realidad de movimiento, de leyes que le son inmanentes para ese movimiento y que el hombre puede intuir pero no determinar por medio de la razón exclusivamente. Savigny denomina a la primera concepción 'ahistórica' y a la segunda concepción 'histórica' de la realidad. Según el mismo Savigny, cada época se halla ligada indisolublemente con el pasado. "La cuestión es, pues, —dice— la de la relación en que se halla el pasado con el presente, o bien el devenir con el ser. Los unos enseñan en este punto que cada época produce libremente y a su arbitrio, por sí misma, su existencia y su mundo... Según los otros, no hay existencia humana absolutamente aislada e independiente, sino que todo lo que puede considerarse como individual es, **más bien, visto desde otro lado, miembro de una totalidad superior.** Y así hay que pensar necesariamente a todo hombre, a la vez, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado, y a cada época

(51) MAX SCHELER, *Esencia y formas de la simpatía*. (Trad. de José Gaos, Losada), p. 21 y ss.

ca de un pueblo como la continuación y desarrollo de todos los tiempos pasados... Ninguna época, por eso, produce su mundo por sí y a su arbitrio, sino que lo hace siempre en comunidad indisoluble con todo el pasado" (52). Sobre esta idea profundamente dinámica —reacción deliberada contra la estructura dogmática del pensamiento ilustrado— se levanta el edificio de la escuela histórica. Se piensa el *devenir*, no en forma abstracta, sino como la manifestación de una realidad concreta que realiza la individuación de aquello que cambia. Esta realidad concreta es el 'pueblo' —que hace posible la historia, y piénsese por esta sola circunstancia el lugar que ocupa el concepto en las lucubraciones de la Escuela. El 'pueblo' se identifica en el tiempo —es una unidad dentro de la sucesión del *ayer* y del *hoy*— y se halla dotado de unidad orgánica porque posee el *Volksgeist*, 'espíritu' o 'conciencia', objetivado en las grandes realizaciones de la cultura. Dentro de este orden de ideas el Derecho sería entonces una manifestación concreta, individual, de ese 'espíritu' que actúa a lo largo de la historia. El *Volksgeist* le prestaría su unidad, lo mismo que a las demás obras de la cultura. "Sus creadores —aclara González Vicen— lo son en tanto que miembros de un pueblo, y por ser miembros de él, de tal manera que es el 'espíritu' de aquél el que, en realidad, actúa a través de ellos" (53). Dentro del sistema la actividad individual creadora no tiene sentido como tal sino que obedece a directrices de algo tan amplio que de por sí excluye al individuo. Excluido el obrar del hombre queda tan sólo el de la historia que va logrando para aquél las conquistas de la cultura (54). Así, el Estado sería una unidad histórica cuya justificación no se encuentra, como deduce el sistema racional iusnaturalista, en la libre determinación de los individuos que lo componen, sino en "...su mismo haberse hecho en la historia y haber llegado a ser" (55), es decir, constituye una creación no deliberada que se justifica a sí misma, ajena a toda explicación racionalista que pretenda hallar sus orígenes presuponiendo una tesis contractual. La continuidad de este Estado reposa en la tradición, fuerza operante en la conciencia de los individuos que han de sentirse unos con sus descendientes y predecesores.

El Derecho, como objetivación del 'espíritu del pueblo' a través de la historia, posee unidad absoluta, esto es, no sujeta a la actividad creadora individual (podríamos decir que actividad codificadora) pues radica en el ser espiritual del pueblo que se resiste a ser delimitado espacial o espiritualmente en una norma absoluta. Sometido a un constante hacerse a sí mismo en la historia, el Derecho no es

(52) Citado por FELIPE GONZALEZ VICEN, traductor del opúsculo de J. J. BACHOFEN, *El Derecho natural y el Derecho histórico*. (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955).

(53) *Ibid.*, p. 22.

(54) A esta concepción totalista ha opuesto Ortega su teoría de la *razón vital* y de la *razón histórica*.

(55) GONZALEZ VICEN, op. cit., p. 26.

algo acabado, que pueda fijarse en reglas de construcción racional y de pretendida validez permanente. A todo lo más que puede aspirar el legislador es a expresar en un momento dado la objetivación jurídica de la conciencia popular, prescindiendo en esta forma de toda indagación sobre un Derecho natural, concepto inoperante dentro de los postulados de la Escuela histórica. "Un derecho que se mueve fuera de la historia —dice Bachofen—, que no tenga contacto con situaciones históricas, nos parece impensable."

10. Ante la insuficiencia de los intentos metafísicos realizados hasta entonces —que la crítica kantiana puso en evidencia—, se originó a mediados del siglo XIX una reacción encarnada por el positivismo que redujo los objetos del conocimiento a lo empíricamente dado. Con ello se desentendía del problemático *noumeno* —la cosa en sí o esencia de las cosas— que Kant había llegado a reconocer, para ocuparse exclusivamente de los fenómenos, dato suficiente para lograr el avance de las ciencias positivas. Creemos inútil recordar la argumentación de Comte contra la metafísica, cuyo origen reside, en última instancia, en la muy discutible *ley de los tres estados*.

En el terreno jurídico se descarta toda enteología metafísica y se considera suficiente para el progreso de la legislación los datos que proporciona la ciencia del Derecho y el examen atento de las condiciones empíricas que se han de someter a una norma, dato este último proporcionado por la sociología de Durkheim y sus discípulos.

El intento kelseniano de elaborar una *Teoría pura del Derecho* obedece, en última instancia, a postulados positivistas. Quiere partir de la realidad concreta del fenómeno jurídico —sobre el que operan todas sus especulaciones— para estructurar una ciencia del Derecho. Objeta la idea del Derecho natural con el argumento de que para su operancia requeriría *positivizarse*: "Aunque se acepte —dice— (56) sin más la existencia de un derecho natural objetivo, esto es, de un ordenamiento 'natural', no creado por el hombre, independiente de todo humano arbitrio, habrá que reconocer que la individualización de sus normas, que por lo pronto son dadas con carácter general, no es posible sino mediante un acto humano, y que para la realización del derecho natural es indispensable el humano pensar, sentir y querer. Sólo en su forma general, como principio abstracto de justicia, como norma general, puede imaginarse el Derecho natural en la esfera trascendente respecto del hombre empírico." De acuerdo. La limitación del hombre impide la realización absoluta y perfecta del Derecho natural. Pero si está dirigido al hombre y opera en una esfera trascendente que suponemos accesible al 'humano pensar, sentir y querer', no resulta imposible para la teoría del Derecho natural salirse de los principios generales, pues el claro establecimiento de una escuela de valores para las motivaciones de los actos es perfectamente factible. Aun más, si descartamos el aspecto individual del problema, debemos pensar que el juicio de valor formulado para

(56) HANS KELSEN, op. cit., p. 35.



una norma está dirigido al valor propio de la norma que hallamos en acuerdo o desacuerdo con un valor ideal. La objeción de Kelsen, fundada sobre todo en la imposibilidad para el hombre —empírico— de aplicar por sí mismo el Derecho natural, y aun de conocerlo, queda salvada a nuestro juicio al situar el Derecho natural, y tratar de esclarecerlo, dentro de una teoría de los valores. Si ineludiblemente toda conducta está dirigida a un valor, es imposible para el sujeto operante ignorarlo o revertirlo. Si lo hace, procede en idénticas condiciones que con respecto al Derecho positivo: o porque quiere ignorarlo o porque lo ignora realmente. Y es que como observa Del Vecchio, toda crítica al Derecho natural puede reducirse, en último término, a objetarle que no sea Derecho positivo.

11. Superada la vigencia absoluta del positivismo se advierte una reacción favorable hacia el Derecho natural. Stammler por ejemplo reivindica su existencia dentro de las directrices del formalismo kantiano, despojándolo de todo contenido material (57).

Ante el fracaso rotundo el exclusivismo racionalista como del exclusivismo historicista (58), trata de conciliar los dos extremos estableciendo una distinción entre *lo que se ordena* —material histórico dado— y el *método según el cual se ordena* —criterio absoluto y de carácter universal—. Asigna esta función ordenadora a la *idea* de justicia que reviste entonces un mero carácter *formal* respecto de lo *material* que ha de ordenar. Reduce así lo que en el racionalismo era ideal y objetivo a formal, y bajo cierto aspecto, subjetivo (en la medida en que alcanza al idealismo crítico esta denominación). Niega todo contenido concreto —material— a lo que es una idea meramente formal que proporciona la razón; de lo contrario carecería de la suficiente universalidad, al condicionarse a una realidad individual que le prestara contenido material —como si la justicia fuera esto o aquello—. Hay una idea de la *rectitud* que opera en el mundo práctico: en la conciencia se manifiesta mediante el criterio moral y en nuestras relaciones con los demás constituye la idea de justicia. Esta última no es sino la operancia de una voluntad conforme a razón —que no es en manera alguna singular. Esta *idea pura* (59), aplicada a cualquiera circunstancia concreta de la vida de una colectividad, engendra un derecho justo. De tal manera que, gracias a esta idea formal, los derechos conforme a justicia pueden multiplicarse según las condiciones reales de los pueblos.

Recasens procede a la crítica del formalismo stammleriano sobre la base de las conclusiones de la fenomenología de Husserl y la teoría de los valores de Max Scheler (60). Advierte primeramente la incon-

(57) Cf. RECASENS, op. cit., p. 320 y ss.

(58) Que para RECASENS se revelan antitéticos en la mayoría de los filósofos.

(59) En el sentido kantiano, es decir, libre de toda determinación por parte del sujeto empírico.

(60) HUSSERL, *Investigaciones lógicas e Ideas*. MAX SCHELER, *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*.

secuencia de partir de una idea con un contenido muy definido, a saber, la consideración de la personalidad humana dotada de un fin en sí misma. Además, las críticas formuladas al sistema de Kant le son aplicables en tanto mayor grado por cuanto amplía sin consideraciones las conclusiones criticistas formuladas para las ciencias de la naturaleza al terreno de las ciencias del espíritu.

Pero el formalismo halla una crítica decisiva en Scheler y Husserl quienes amplían el mundo de lo *a priori* al reconocer la esencia universal en cada fenómeno concreto. Esto, que en Husserl hace parte de su metodología, lo traslada Scheler al terreno de la ética. Descubre el error de identificar lo formal con lo *a priori* y lo material con lo *a posteriori* puesto que si la diferencia entre lo *a priori* y lo *a posteriori* es absoluta, no sucede lo mismo respecto de lo formal y lo material cuya oposición es apenas relativa. Efectivamente, los dos últimos términos enuncian tan sólo una diferencia de generalidad que puede darse tanto en el ámbito de lo *a priori* como de lo *a posteriori*. Así, los principios de la lógica, más amplios, son formales respecto de los de la matemática que —siendo más restringidos— son en este caso materiales. Esta diferencia —que se refiere a su amplitud— no modifica en manera alguna la *aprioridad* de una de las dos clases de principios. Aplicado el razonamiento al campo de la ética y el Derecho resulta que ciertos preceptos de valor absoluto no son meramente ideas formales sino que pueden poseer un contenido sin que por ello se afecte su universalidad y validez absoluta, esto es, sin que el contenido desvirtúe su *aprioridad*.

En el aspecto gnosceológico es igualmente equivocada la identificación de lo formal *a priori* con lo racional y lo material *a posteriori* con lo sensible. Así, los valores —esencias ideales *a priori*— sólo pueden ser aprehendidos por una intuición (como lo sensible es captado por una intuición sensible de carácter inmediato) y no por un proceso discursivo-racional.

### III.—ESBOZO DE UNA POSIBLE SOLUCION DEL PROBLEMA PLANTEADO POR EL DERECHO NATURAL A LA LUZ DE LA TEORIA DE LOS VALORES. 1.—Los juicios de valor en el Derecho Positivo (posición de Kelsen). 2.—Qué son los valores y cómo pueden informar el derecho positivo.

—III—

1. Ante la mera posibilidad de encontrar una respuesta al interrogante que plantea el Derecho natural a la luz de una teoría de los valores, cabe preguntarnos ante todo qué son los valores y en qué forma pueden determinar normativamente la dirección del obrar humano —o descartado este aspecto individual del problema si tenemos en cuenta que los valores no son fácilmente accesibles a toda

conciencia—, cómo pueden informar el contenido de las leyes positivas para que se acomoden a un ideal de justicia.

Los juicios de valor formulados para cada conducta particular se efectúan, según Kelsen, conforme a *valores de Derecho*, es decir, suponiendo la existencia de una norma positiva que señala el *deber ser* para cada acción. Los juicios de valor emitidos para una ley se verifican conforme a *valores de justicia*, expresados siempre por una norma superior que siempre contendrá la medida del valor ideal que debe aspirar a encarnar toda norma inferior. Así, la Constitución serviría de punto de referencia para medir el valor o *disvalor* de una ley cualquiera. Dentro del rígido esquema de la *Teoría pura* no tiene cabida el valor objetivo e independientemente considerado; el individuo que pretenda una norma ideal, independiente de la voluntad humana, esto es, trascendente, como punto de referencia para su actividad valorativa, no hace otra cosa que objetivizar sus propios intereses. “Esta pretensión de objetividad —dice el profesor austriaco— es particularmente evidente cuando la idea de justicia aparece bajo la forma de ‘derecho natural’. De acuerdo con la doctrina del ‘derecho natural’ la norma de justicia es inmanente a la naturaleza —la naturaleza humana o naturaleza de las cosas— y el hombre sólo puede aprehender pero no erigir o modificar esta norma. La doctrina es una ilusión típica debido a la objetivación de intereses subjetivos.” Kelsen incurre en el error a que le induce la inflexibilidad de su teoría pues todo valor dependerá de su referencia a una norma, así sea el valor de una conducta particular o el valor mismo de una ley. Esta actitud reverente hacia el Derecho positivo se halla explicitada cuando define el juicio jurídico de valor como la “...aseveración de una relación positiva o negativa entre la conducta y una norma, cuya existencia presupone la persona que hace el juicio. Semejante juicio supone, pues, la existencia de una norma, de un *deber ser*” (61). Con respecto a la técnica del Derecho positivo no cabe objeción alguna. Pero si encaramos el aspecto filosófico del problema no parece tan evidente que todo juicio de valor tenga que estar referido necesaria e indefectiblemente a una norma positiva. Aún más, podemos dudar de la existencia —dentro de nuestro ordenamiento positivo— de una norma que encarne un valor tan absoluto como para referir a ella todas las demás. Kelsen pretende salvar la objeción presuponiendo una *norma hipotética* que “...no puede ser ella misma una norma jurídica positiva creada por acto legislativo ninguno”, lo que se nos parece de golpe como una contradicción con el módulo positivista de la *Teoría pura*. A esta noción bastante problemática de una *norma hipotética* agrega la del *principio de efectividad*, rotundo argumento dentro del orden práctico pero de escasa validez especulativa.

Todo juicio de valor supone entonces para Kelsen una norma positiva, sea que se trate de enjuiciar una conducta individual, sea

(61) HANS KELSEN, op. cit., v. *Los juicios de valor en la ciencia del Derecho*, p. 241 y ss.

que se trate de la misma norma, pues siempre habrá una norma superior. Esta es una verdad apenas relativa pues se refiere únicamente a la técnica del Derecho positivo. Sin embargo, cabe un juicio jurídico de valor no referido necesariamente a normas positivas sino a los valores jurídicos mismos cuya existencia es por entero independiente de su realización. Si es posible que una prescripción no encarne un valor sino todo lo contrario debe admitirse un criterio distinto para valorarla. Porque si la norma jurídica se impone en la vida social en forma absoluta, no ocurre lo mismo con respecto a la conciencia. Esta puede iniciar un enjuiciamiento crítico sobre las cualidades intrínsecas de la norma y para ello debe apelar a los valores en su sentido absoluto y trascendente (62).

2. Dentro de la teoría de los valores de Max Scheler el valor —hacia el que tiende cada acto de la persona— fundamenta un *deber ser ideal* que, a su vez, constituye la base para un *deber ser normativo*. No debe confundirse entonces el valor con el *deber ser* —constituido por valores— ni pretenderse construir una ética sobre el *deber ser normativo* simplemente. Trasladada esta concepción al terreno jurídico tendríamos ciertos valores inherentes a la idea misma de Derecho que fundamentarían un *deber ser ideal* (Derecho natural para nosotros), sobre el cual se construiría el *deber ser normativo* (o, si se quiere, Derecho positivo).

Don José Ortega y Gasset (63) nos enseña que recurrimos al vocablo *valor* “...precisamente cuando parecen inservibles todos los demás conceptos para entender ciertos fenómenos”. Así, el valor constituye una categoría distinta e irreductible dentro del ámbito del ser. Advierte que no debe confundirse con la idea de Bien que es apenas una especie del género valor y que por lo mismo bajo su concepto no puede encerrarse todo lo que en sí constituyen los valores. Por otra parte, la realidad se nos aparece bajo una doble significación: una que la encerramos bajo el concepto inteligible de ser, otra que nos es dada inmediatamente por una intuición intelectual en el valor. Asimismo, nuestra actitud puede estar referida al valor o al ser de las cosas.

Los valores, dice Ortega, son cualidades residentes en las cosas aunque en abstracto sean independientes de su realización. Es evidente que ciertas normas de derecho encarnan valores pero pueden dejar de hacerlo sin que por ello dudemos de la existencia de los valores jurídicos. Una norma jurídica puede ser sometida a un juicio de valor o con respecto a una norma positiva superior, o refiriéndola a una escala ideal cuya variedad infinita no puede estar contenida en la primera. Tal enjuiciamiento es posible porque la norma posee un valor propio, realización más o menos completa de un valor ideal.

(62) Cf. RECASENS, op. cit., p. 266.

(63) JOSE ORTEGA Y GASSET, *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?* (Obras completas, 2ª edic. Revista de Occidente, Madrid. 1952. Tomo vi), p. 316 y ss.

Este último constituye precisamente el fundamento del Derecho natural. Sólo es posible concretar los principios del Derecho natural estableciendo con meridiana claridad los valores inherentes a la idea misma del Derecho. Creemos que los lineamientos generales que pueda proporcionar una Filosofía del Derecho concebida en este sentido serán suficientes para indicar al legislador la mejor forma de realizar un valor concreto en una norma, frente a determinada circunstancia que se trata de reglar. Aquí precisamente entra en juego la correlación profunda que indicábamos del valor con la naturaleza de la realidad, del *deber ser* ideal con el ser. Pues el valor que debe realizarse obedece, en cierta medida, a las determinaciones de la realidad que, a su vez, proporciona la medida exacta del valor que requiere la norma. Ante un hecho social determinado por ejemplo, caben mil soluciones entre las cuales debe elegirse la más apropiada; el criterio para esta elección lo suministra precisamente la situación dada, el análisis de 'la naturaleza misma de las cosas'. En la mayoría de los casos, por el carácter específico humano del Derecho, ha de tomarse una sola medida: la del hombre mismo. La dimensión humana señala entonces el criterio para escoger determinados valores jurídicos; dicho en otras palabras, la naturaleza humana, que es ser, determina su propio *deber ser* normativo, entresacado del *deber ser ideal* que corresponde a esa naturaleza.

## EL DERECHO A LA PAZ (\*)

Por HORACIO GOMEZ Y ARISTIZABAL

La guerra no puede tener más que un fundamento legítimo, y es el derecho de defender la propia existencia. En este sentido, el derecho de matar se funda en el derecho de vivir, y solo en defensa de la vida se puede quitar la vida. Pero saliéndonos de este planteamiento, el homicidio se convierte en un delito, bien sea de hombre a hombre o de nación a nación. En un conflicto nadie se confiesa agresor, tanto en lo internacional como en lo individual. Pero como en una querrela los beligerantes no pueden ser a la vez agresores o defensores, uno de los dos tiene que ser necesariamente el agresor, el provocador y el responsable.

¿Qué podrá justificar una guerra si ella significa el triunfo de la violencia sobre el derecho; la devastación y la ruina de inmensas riquezas acumuladas con dolor y fatiga; el derramamiento de torrentes de sangre por la acción de terribles máquinas, y en fin, el desequilibrio completo por espacio de muchos años en los elementos vitales de un pueblo?... Indudablemente solo el peligro de perecer, autoriza a un pueblo a matar. La guerra es una infamia irreparable cuando excede la necesidad estricta de salvar la existencia. No es un derecho, sino como defensa inevitable. Considerada como agresión es atentado.

La guerra puede ser el único medio de hacerse justicia a falta de un juez; pero es un medio primitivo, salvaje y anticivilizado, cuya desaparición es el primer paso de la civilización en la organización interior de cada Estado. Mientras la violencia subsista en las relaciones internacionales, se puede sostener que los estados siguen siendo bárbaros en su administración de justicia internacional. A la guerra se acude con frecuencia como un procedimiento desesperado, en que cada litigante es juez y parte, y en que la fuerza triunfante recibe el nombre de justicia. Ya decía Cicerón que la guerra es una contienda que se resuelve por la fuerza animal.

(\*) El presente estudio hace parte de la obra escrita por el autor y que en breve saldrá a la luz pública bajo el título de *Ensayos político-sociales*.