

*Traducción del alemán, ampliada con adiciones del
autor, por MARGARITA ÁLVAREZ FRANCO*

La filosofía del DERECHO

por CARL JOACHIM FRIEDRICH



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO - BUENOS AIRES

Algunos críticos subrayan el hecho de que no investigué *in extenso* las realidades políticas y sociales que moran tras el derecho. Del todo aparte del hecho que las limitaciones de espacio impuestas por razones editoriales hacen prohibitiva esa exploración, me pareció que mis restantes obras y trabajos proporcionaban prueba suficiente de mis opiniones. Puesto que en este mismo año publico una teoría política ampliamente comprensiva, espero que se me pueda perdonar la referencia a esa obra como compañera del presente estudio.

En conclusión, me gustaría mencionar que no me considero un kantiano ni un neokantiano, puesto que estoy básicamente en desacuerdo con la distinción de Kant entre *nóúmenos* y *fenómenos*, entre *norma* y *hecho*, que constituye un aspecto tan capital de la mayor parte de la filosofía jurídica contemporánea, incluyendo las llamadas escuelas del derecho puro y realista. Por el contrario, me inclino hacia el criterio de que en último término *norma* y *hecho* son aspectos de la misma realidad que se nos revela y se nos da a conocer únicamente por medio de la experiencia humana. Éste es un punto de vista que me hace sentir afín, por una parte, a Aristóteles y a Tomás de Aquino y, por otra, al más adelantado pensamiento sobre la naturaleza de la realidad en la ciencia contemporánea.

Cambridge, Massachusetts, 30 de enero de 1963

PRIMERA PARTE

EL DESARROLLO HISTÓRICO

I. INTRODUCCIÓN

TODA filosofía del derecho forma parte de una determinada filosofía general, puesto que ofrece reflexiones filosóficas acerca de los fundamentos generales del derecho. Estas reflexiones pueden derivar de una posición filosófica existente, o pueden llevar a una posición de esta clase. Es característico de la historia de la filosofía del derecho —y también muy natural— que los filósofos se hayan inclinado por el primero de estos métodos, y abogados y juristas por el segundo. No obstante, no toda filosofía conduce a una filosofía del derecho. Así, por ejemplo, Descartes filosofaba muy poco acerca del derecho. Por otra parte, muchos juristas se conforman con estudiar la masa de normas legales que se les enfrenta y dejan a los demás toda exploración filosófica general de este mundo, limitándose a los conceptos generales que son comunes a la profesión. El derecho común, tradicional en gran parte, descansa en una visión general de la ley. Incuestionablemente, se puede ser un buen abogado o jurista sin tener clara noción de nuestra filosofía jurídica, así como es verdad que se puede ser un buen filósofo sin haber elaborado una filosofía del derecho. Pero es dudosa la idea expresada con frecuencia por los abogados de tipo más práctico, de que la ley no involucra una filosofía del derecho. Porque la ley consiste en declaraciones o enunciados expresados verbalmente, y tales declaraciones, comúnmente llamadas juicios —que en derecho son, netamente, juicios normativos—, dan lugar a una clase de cuestiones filosóficas generales, de significación para tales juicios. Si,

ocasionalmente, los positivistas, los pragmatistas y los formalistas hablan de la ley como si existiese en un vacío, independientemente de valores, opiniones o creencias, semejante punto de vista implica, de hecho, una posición filosófica de otro tipo. Tampoco la filosofía puede declararse ajena a la filosofía del derecho y la circunstancia de que tal o cual filósofo no elabore una filosofía del derecho no impide que otros se dediquen a dar forma a esta filosofía. Así, por ejemplo, tenemos una filosofía cartesiana del derecho, aun cuando Descartes mismo no se ocupara de elaborarla.

En consecuencia, es necesario tomar en consideración dos puntos de vista al estudiar la filosofía del derecho, para que dicho estudio sea empírico, o "científico" en el amplio sentido de la palabra. Desde luego, en este contexto la palabra "ciencia" no se emplea en el estrecho sentido en que la ciencia se ocupa únicamente de regularidades, normas y hasta "leyes" generales, estas últimas interpretadas como las leyes de la naturaleza de las ciencias naturales.¹ En el curso de este libro emplearemos la palabra "ciencia" en su sentido más amplio y general. Y, de acuerdo con este significado, está en la naturaleza de un trabajo científico —en contraste con las opiniones de los profanos, de los dogmas religiosos, de la poesía, etc.— el que un trabajo así se relacione con un *corpus de saber* que, si bien va creciendo ininterrumpidamente, se ocupa de un determinado

¹ Este concepto no encaja ni siquiera en las ciencias naturales, consideradas en su integridad, pues existen ciencias naturales tan importantes como la anatomía, que no se concentran en leyes o generalizaciones, sino en estructuras y configuraciones. En la ciencia política, es importante el aspecto morfológico.

conjunto de experiencia, el cual se ve aumentado por quienes se interesan en este particular campo del saber, ya sean eruditos u hombres de ciencia, con la ayuda de *métodos* acerca de los cuales están de *acuerdo*, potencial o realmente, quienes trabajan en dicho campo.² De esta noción general de la ciencia se deduce, sin lugar a dudas, que hay esencialmente, como antes se dijo, dos puntos de vista desde los cuales puede tratarse la filosofía del derecho, y ambos se expondrán aquí. En primer lugar, una filosofía "científica" del derecho deberá examinar el desarrollo de las doctrinas filosóficas con objeto de determinar qué problemas han quedado ya declarados sustancialmente, para que podamos edificar así sobre la base de conceptos anteriores. En segundo lugar, es necesario describir, siquiera someramente, los cimientos filosóficos sobre los que se asientan las diversas aportaciones, es decir, de los que ha nacido la filosofía general. Es nuestro propósito exponer el primero de estos puntos de vista en la parte inicial de este libro, en la cual se ofrece una breve historia de la filosofía del derecho. Pero antes sería conveniente ampliar un poco lo dicho acerca del segundo.

La comprensión y el conocimiento científicos se basan totalmente en la experiencia. Sin embargo, los sensualistas, llamados también *empiristas*, se equivocaron al tratar de reducir toda la experiencia humana a la de los sentidos. También la vida intelectual y espiritual del hombre forman parte de su experiencia. Pensar es, ya en sí, cierta clase de experiencia, como lo son el sentir, el desear y, más particularmente, la acción creadora.

² Esta definición se elabora en *Man and his Government*, 1963, cap. I.

Para el derecho, todos estos tipos de experiencia tienen importancia.³

Sería mucho más fácil lograr la claridad filosófica si se pudieran contemplar estas diferentes clases de experiencia como una unidad coherente y lógica. Ello es, sin embargo, imposible, y todos los esfuerzos realizados hasta la fecha para lograrlo (esfuerzos que constituyen gran parte de la historia de la filosofía) han llevado a la negación de uno u otro campo de la experiencia. Esto necesita mayor explicación. La experiencia de observar una sucesión de impresiones de los sentidos lleva a la hipótesis de la causalidad. Hume analizó el carácter hipotético de la ley de causalidad; a su vez, Kant demostró cuán esencial es esta ley para todo pensar ordenado. Es imposible pensar acerca de la experiencia de los sentidos sin postular causas (lo mismo puede decirse de muchas otras experiencias, particularmente la histórica, que se presenta al observador como informes de hechos que se afirma que han ocurrido). De esta hipótesis de causa y efecto se llega a la posición filosófica conocida como determinismo. Pero la experiencia de la voluntad, de la facultad de adoptar una decisión en una situación que permite dos o más alternativas, nos lleva a la hipótesis de la libertad. Es imposible empeñarse en un acto de la voluntad si no se da por sentado que se puede actuar en una u otra forma. El carácter hipotético de esta libertad fue claramente formulado por Hobbes, aunque también en este caso logró Kant demostrar que la hipótesis de la libertad es necesaria para la persona actuante. El famoso imperativo categórico tiene por objeto de-

³ Véase, de Michael Oakshott, *Experience and Its Modes*, 1933; de Eduard Husserl, *Erfahrung und Urteil*, 1938.

mostrar el carácter esencial de todos los juicios normativos. Pero la consecuencia lógica de la hipótesis de la libertad es la filosofía del indeterminismo. Los sistemas filosóficos monistas existentes pueden, por tanto, dividirse en dos clases: los que rechazan la hipótesis de la libertad o, al menos, la reducen en su alcance, los cuales son, por tanto, deterministas, y aquellos que, si bien no rechazan la hipótesis de la causalidad, la han restringido notablemente en su alcance y que son, por consiguiente, voluntaristas. Lo último es válido, en sentido general, aun cuando el rechazar la hipótesis de la causalidad está ligado a cierto tipo de deísmo (sistemas teológicos). Existe, todavía, otra posibilidad que consiste en el intento de lograr la hipóstasis de dos mundos radicalmente separados, es decir, de separar en la naturaleza el mundo de las normas del mundo de los eventos, como lo hizo Kant (sistemas dualistas). No obstante, queda siempre cierto residuo de incoherencia filosófica, dado que, si el componente lógico del comportamiento humano es parte de la humana experiencia, se desprende de ahí que no podemos hacer de la experiencia un todo lógicamente coherente. Hemos desarrollado este concepto con referencia a los problemas de la causalidad y de la libertad, relacionados ambos con los de observar y decidir. Pero encontramos dificultades semejantes si consideramos los problemas de la experiencia creadora y, también, si nos volvemos a la experiencia sensorial, que es otra que puede equipararse con las experiencias de otras clases sólo por medio de construcciones sumamente artificiales (no obstante lo cual se han hecho frecuentes intentos para lograrlo).

Así pues, parece ser que la filosofía radical

de la experiencia no es sino un punto de vista general del mundo que acentúa los problemas. A este respecto tiene cierto parentesco con el pragmatismo, si bien los problemas no derivan, como en el pragmatismo,⁴ de nociones funcionales y relacionadas, sino que se forman dentro del contexto mismo de la base dada. Son el primer orden del ser. Una filosofía de la experiencia es una filosofía del problema, considerado el término "problema" en el mismo sentido concreto en que la palabra *problema* se refería originalmente en griego a algo que, como una piedra en la carretera, se atraviesa en nuestro camino. Y el problema que se presenta una y otra vez, es éste: cómo puede la total experiencia humana resultar fructuosa para la progresiva comprensión de determinado objeto de conocimiento. El derecho es uno de esos objetos, y nosotros proponemos desde el comienzo, a la luz de nuestra filosofía de la experiencia, la hipótesis básica de que, sin un conocimiento comprensivo de los problemas de la experiencia total, el derecho sólo puede presentarse de manera artificial y contradictoria. Sólo si se toman en cuenta todos los distintos tipos de experiencia, podemos dar una imagen del derecho que sea adecuada a la realidad y, al mismo tiempo, general. Sólo entonces se podrá desarrollar una amplia filosofía del derecho.

En consecuencia, los capítulos de carácter histórico de este libro forman, en realidad, parte integrante del examen filosófico y sistemático;

⁴ John Dewey, *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action*, 1929, especialmente pp. 99 ss. y 122 ss. Véase, también, de Anatol Rapoport, *Operational Philosophy: Integrating Knowledge and Action*, 1954.

pues distintamente de los historicistas y positivistas, creo que la historia, y especialmente la historia intelectual, manifiesta un designio, y que las sucesivas filosofías del derecho incorporan intuiciones progresivas, partes de la verdad que estamos buscando. Por lo tanto, esa historia sistemática nos suministrará el fundamento para algo que podemos añadir. Y, a la vez, la parte sistemática no pretende ofrecer una filosofía cabal del derecho, sino más bien lo que yo concibo que debe ser un consenso que ha ido emergiendo sobre cierto número de problemas que han permanecido "abiertos". Nuestra búsqueda de lo nuevo viene templada por una concepción de "la antigua verdad" que Goethe aconsejaba a sus románticos contemporáneos que mantuvieran en su poder.⁵ La mayor parte de las llamadas novedades son viejos errores en nuevos atavíos lingüísticos. Pero *hay* nuevas perspectivas que se perfilan. La repetida frase del Magistrado de la Suprema Corte Holmes, de que "la vida del derecho no ha sido lógica, sino de experiencia", exagera acremente una visión interna decisiva —esto es, decisiva, si la experiencia se considera en una acepción amplia y comprensivamente humana. Por lo mismo, las posiciones a medida que surgen

⁵ "Das alte Wahre, fass es an", escribió Goethe. Mi posición está en radical divergencia con la de H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, quien en la página viii explica que "el lector encontrará en el texto muy pocas referencias a otros autores", aunque en el final del libro "hay notas extensas". Hart añade que tiene confianza "de que esta disposición del texto puede desalentar la creencia de que un libro sobre teoría jurídica es primordialmente un libro del cual se aprende lo que otros libros contienen. Mientras semejante creencia sea mantenida por los propios escritores, poco progreso se logrará en la materia..."

del panorama histórico, cuando se completan con las observaciones sistemáticas suplementarias delinean mi filosofía del derecho. No es una posición kantiana o neokantiana, ni una posición positivista o de derecho natural, sino más bien una visión del derecho y la justicia en la cual hechos y valores se ven íntimamente relacionados en toda experiencia humana en política.

II. EL DERECHO COMO LA VOLUNTAD DE DIOS

LA HERENCIA DEL ANTIGUO TESTAMENTO

La ANTIGUA religión judía ha desempeñado un papel decisivo en la formación del concepto occidental del derecho.¹ El Dios único se revela de modo muy distinto de los dioses griegos. Jehová, el Dios sin nombre de Israel, se diferenciaba claramente de los dioses que rodeaban a otros pueblos por su constante preocupación por la ley. El Antiguo Testamento está lleno de actos de legislación; nos asalta a cada momento el empeño de Dios por lograr la observancia y ejecución de sus leyes, para lo cual premia y castiga al pueblo elegido, de acuerdo con su comportamiento en relación con estas leyes. Es de todos sabido que para los cristianos deriva de esta herencia un doble deber: de una parte, los Diez Mandamientos; de la otra, la advertencia contra la mera obediencia de la ley, es decir, contra el fariseísmo y la mojigatería. En su *Sociología de la religión*, Max Weber

¹ Véase, de Robert Pfeiffer, *Introduction to the Old Testament*, 1941, especialmente pp. 51 ss., y Parte II, capítulo VII, pp. 210-70; de J. M. P. Smith, *The Origin and History of Hebrew Law*, 1931; esta obra puede compararse con el enfoque generalizador de H. Spiegelberg, quien trata así de lograr una visión de las categorías empleadas. La máxima autoridad acerca de los antecedentes históricos generales es la obra de Edmund Meyer, *Geschichte des Altertums*, 1881. La obra de Louis Finkelstein, *The Pharisees*, 1938, constituye un brillante estudio dedicado especialmente a los problemas del legalismo, mientras que el libro de H. M. Orlinsky, *Ancient Israel*, 1954, ofrece un sucinto cuadro del ambiente en que se desenvolvían estas ideas (en especial, pp. 153 ss.).

expone la estrecha relación que existió en el antiguo Israel entre el sacerdote y este Dios legislador. En realidad, la fe se ha alimentado de esta posición del sacerdote como intérprete de la ley.²

Con menos frecuencia se ha observado cuán extraordinariamente poderosa ha sido la influencia de estos conceptos religiosos sobre el concepto occidental del derecho, y en cuán gran medida siguen conformándolo.³ La relación se hace todavía más evidente en el calvinismo y en el puritanismo. Ciertamente, no fue por accidente que el mismo Calvino fuera abogado, o, mejor dicho, jurista de profesión. Se ha destacado justamente que Calvino agudizó la doctrina de los protestantes al eliminar las tendencias anárquicas y patriarcales del luteranismo; al mismo tiempo, le dio una forma clara, y también jurídica.⁴ El impacto que el calvinismo produjo en Francia, en los Países Bajos y, más especialmente, en Inglaterra, se basa, en gran parte, en este retorno al Viejo Testamento y a sus conceptos de la deidad. No fue mera casualidad que, en su lucha por un gobierno constitucional, los puritanos escogieran como santo y seña de su revolución de 1648, "A tus tiendas, oh Israel"; en realidad, se consideraban como la tribu perdida de Israel. La

² Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, vol. III: *Das Antike Judentum*, 1893; 4ª ed., 1947; se publicó una edición en inglés, bajo el título de *Ancient Judaism*. Véase, también, el clásico relato de Julius Wellhausen sobre Israel, en la *Encyclopaedia Britannica*, 9ª edición.

³ Véase, de Frederick M. Watkins, *The Political Tradition of the West*, 1948.

⁴ Véase la Introducción del autor a la obra *Johannes Althusius politica methodice digesta*, 1932, y las referencias que allí se dan; una lista de citas del Antiguo Testamento muestra el alcance de los intereses en estos precedentes.

acentuada importancia que se da a la ley en el desarrollo político y gubernamental de Inglaterra y, más tarde, de los Estados Unidos, aunque antecedió a estos movimientos, encontró firme apoyo religioso en tales ideas.⁵

Puesto que para el derecho siempre tiene importancia fundamental que la obligación de sus normas se encuentre firmemente anclada en la convicción de la legitimidad de la autoridad que crea la ley, sea Dios, sea la acción popular, la importancia de las normas legales en la vida social estará, en todo momento, hondamente influida por la fe en la legitimidad del gobierno que las impone y por el cual son creadas. El *nomos* y el *jus* de griegos y romanos estuvieron en vigor mientras se mantuvo la fe en la comunidad de la *polis*, pues la *polis* estaba regulada por el *nomos* y el *jus*, debido a la constante fe del pueblo en la heroica sabiduría de algún antiguo legislador, ya fuera un Solón, un Licurgo, o las Doce Tablas. Sin embargo, para los judíos del Antiguo Testamento, no fue Moisés, ni siquiera los profetas, sino el Dios único, quien habló a Moisés y le ordenó que comunicara sus leyes a su pueblo (Levítico 19: 1-2). Y fue su pueblo el que quedó convertido en una comunidad sagrada gracias a esa comunicación, por la santidad misma del Dios que había dictado las leyes. Y de esta santificación, al dar y obedecer la ley, se desarrolló

⁵ Véase, de Perry Miller, *The New England Mind: The Seventeenth Century*, 1939; aunque no se da la importancia debida al Antiguo Testamento, como antecedente; se toma muy poco en cuenta la importancia de escritores como Altusio y Rutherford, no como influencias, sino como normas de pensamiento. Para una exposición más penetrante del aspecto especial de racionalismo político, véase, de George L. Mosse, *The Holy Pretense*, 1957.

o, quizá fuera mejor decir que se derivó, como corolario, la doctrina del pueblo elegido.⁶ Fue precisamente esta doctrina la que llevó, mediante una transformación, a la doctrina de la Iglesia invisible de todos los fieles, que encuentra expresión externa únicamente como la Iglesia visible de este mundo y que, con ello, demuestra que la santificación por medio de la ley en los conceptos del Antiguo Testamento, podía constituir un importante componente del concepto occidental de la ley y el derecho. Ello se debió, en parte, a que las ideas legales de los romanos, que suelen considerarse como las únicas fuentes del criterio occidental, fueron el fruto de una tradición que, en muchos e importantes aspectos, semejábese a la del antiguo judaísmo (véanse los capítulos iv y v).

La santificación de todos los miembros de la comunidad que obedezcan la ley de Jehová implica la igualdad de todos los hombres. Las leyes del Antiguo Testamento pueden obedecerse por todo el que tenga buena voluntad. Esta actitud espiritual —marcadamente igualitaria— hacia la ley, que encontramos en el antiguo judaísmo, contrasta enormemente con el concepto que del derecho tenían los griegos, por lo menos tal y como lo expresan en su filosofía jurídica Platón y Aristóteles, ya que parece destinada a una *élite* espiritual. La actitud igualitaria fue tomada por el cristianismo del judaísmo, a pesar de las fuertes objeciones que la doctrina cristiana hace a la ética legal farisaica. A este respecto, cabe recordar que, en el Nuevo Testamento, dice Jesús: "No he venido para abrogar la Ley, sino para

⁶ Véase el estimulante estudio de Eric Voegelin, *Israel and Revelation*, 1956, vol. I de *Order and History*, especialmente el capítulo xi, pp. 356 ss.

cumplirla." De hecho, este cumplimiento consiste en la demanda de una pura actitud ética, más allá del alcance de los hombres. Porque también en este caso se da por sentado que todos los hombres son iguales. Y esta actitud puede combinarse fácilmente con una acentuación de la ley, limpia del peligro de la hipocresía, puesto que la ley adquiere así nueva autoridad espiritual. Indudablemente, no puede concebirse un contraste más notable que el que existe entre las bienaventuranzas del Sermón de la Montaña, y las maldiciones del Antiguo Testamento (Deuteronomio 2:27, 15 ss.). Aparentemente, las bienaventuranzas son una forma pura de la ética de la virtud y, no obstante, la idea del Sermón de la Montaña deriva de la actitud básica de los judíos hacia la dignidad del hombre; el desarrollo del judaísmo talmúdico pone claramente de manifiesto los paralelos que existen con el relato de Cristo.

Hay una noción del antiguo judaísmo que se extiende a través de todo el Antiguo Testamento como una hebra roja: la de que el judío fiel da pruebas de su bondad obedeciendo la ley, y que sólo la obediencia a normas firmemente establecidas permite demostrar el valor del hombre. Este concepto fundamental ha influido profundamente sobre el cristianismo, no a pesar, sino debido, precisamente, al concepto cristiano de la misericordia de Dios y a la fe que se tiene en ella. Tanto el catolicismo como el protestantismo han permanecido fieles a esta actitud básica, de la cual la retención de los Diez Mandamientos es, tal vez, una expresión externa, aunque no por ello menos importante. Porque el niño que aprende desde sus más tiernos años que se pueden asegurar la bondad y la hombría obedeciendo

estos mandamientos, absorbe así actitudes que son características de la comunidad legal occidental.

El derecho, la ley y el castigo son conceptos hondamente arraigados en la noción de justicia. Por tanto, el antiguo Dios de Israel es, predominantemente, un Dios de justicia. Desde esta posición central que la justicia tenía en el pensamiento de esta antigua religión, nació y se desarrolló una actitud que encuentra terrible expresión en las maldiciones del Antiguo Testamento. Cuando se ve frente al juez justo que es Dios, el hombre debe justificarse a sí mismo mediante la obediencia a la ley, y expiar sus pecados mediante un castigo apropiado. Oportunamente, Pablo subraya este tipo de justicia por medio del perdón de Cristo, basado en la sutil doctrina de la expiación asumida en sustitución de la humanidad. Pues, de nuevo, es Cristo quien, al tomar el lugar del hombre desobediente, manifiesta la enorme importancia que tiene la obediencia al Dios único, a su voluntad, a sus leyes. Así, pues, en este sentido decisivo, vemos una vez más la importancia de la tradición judía del Dios justo, del Dios legislador, puesto que, si no hubiera leyes, la expiación carecería de significado. Es bien sabido que la importancia que Pablo concede a este significado se convirtió, más tarde, en punto clave de la teología de Lutero y de Calvino, con lo cual queda demostrada la extraordinaria importancia que tiene el Antiguo Testamento para los conceptos legales de Occidente acerca del bien y la justicia.

• III. EL DERECHO COMO PARTICIPACIÓN EN LA IDEA DE JUSTICIA

PLATÓN Y ARISTÓTELES

LA FILOSOFÍA jurídica de los griegos descubrió, en la época de la ilustración sofista, el problema del derecho, de la ley y la naturaleza, de *nomos* y *physis*. Originalmente, *nomos* era la costumbre sagrada, la que se impone y se considera justa en la *polis*. Es el orden que lo abarca todo. Píndaro, el poeta, dio la fórmula precisa: *nomos basileus panton*: el derecho de esta costumbre sagrada se describe como lo que lo rige todo y sobre todo. Sin embargo, al irse perdiendo la fe que servía de base a este punto de vista, se produjo el deterioro del *nomos*. La doctrina de los sofistas, más particularmente la de Protágoras, de que el hombre es la medida de todas las cosas, dio lugar a que el *nomos* se contemplara en la perspectiva del hábito, por un lado, y del estatuto, por el otro. Cabe preguntarse por qué razón no se interpretó el *nomos*, simplemente, como el conjunto de hábitos típicos de cada comunidad de la *polis*. Cualquiera que haya sido la explicación, aparece la idea de que el derecho, como el orden de la comunidad, es una creación del hombre y una creación conforme con su naturaleza de que todos los hombres son iguales por naturaleza y que, por consiguiente, tiene sentido hablar de un *nomos* para todos. Éste es un posible enfoque.

El otro estriba en considerar la naturaleza del hombre como muy disímbola. En tal caso, *nomos* y *physis* están en contraste, y quien por natura-

leza sea mejor y más fuerte, estará en posición de descartar el *nomos*.¹

Existían, por tanto, muchas y encontradas ideas cuando Platón decidió participar en la discusión. Lo que para Platón era característico de todos estos argumentos y que, desde su punto de vista, resultaba decisivo, era la tendencia general a hacer relativas las normas mismas que debían poseer una absoluta obligatoriedad. El concepto sofista de un Calicles, si bien mucho más cínico que el de un Protágoras y aun que el de un Gorgias, era para Platón la consecuencia natural y lógica de la posición básica de los sofistas.² Y, si bien es cierto que dicha posición es contemplada por Platón en forma por demás unilateral y exagerada, queda fuera de toda duda que para el filósofo fue el punto decisivo, el punto de partida. Para citar a un erudito moderno, vemos aquí que el *nomos* ha sufrido un cambio fundamental: "El concepto original del *nomos* como orgulloso orden de obligación universal se ha convertido, bajo la influencia del pensamiento racionalista que se extendió por todos los confines a mediados del siglo v, en la opinión dominante, aunque con frecuencia errónea, de las mayorías."³ Como es natural, el *nomos*, como mero hábito en vez de

¹ Werner Jaeger, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, FCE, 5ª ed., 1962, en especial el libro I, cap. VIII, aun cuando Jaeger no presta principal atención al *nomos*. Para un contraste con la *dike*, véase, de Kurt Latte, *Heiliges Recht*, 1920.

² Véase, de Jaeger, *op. cit.* Para una exposición clásica del caso de los sofistas, véase, de G. Grote, *History of Greece*, 1846-56, cap. LXVII, y su obra *Plato and the Other Companions of Socrates*, 1865, así como la de H. Gomperz, *Sophistik und Rhetorik*, 1912. El artículo de H. Jackson acerca de los sofistas, en la *Encyclopaedia Britannica*, presenta un punto de vista bastante convencional.

³ Felix Heinimann, *Nomos und Physis*, 1946, p. 89.

costumbre sacra, tenía que ser relativo, una emanación de la opinión popular en determinada época y en determinado lugar.

Platón⁴ y Aristóteles están convencidos —y esta convicción está perfectamente en armonía con la tradición griega— de que el derecho y las leyes (*nomos* y *nomoi*) son esenciales para la estructuración de la *polis*, a la que, con frecuencia, suele traducirse como "estado", término moderno que resulta muy desorientador cuando se aplica al orden político de Grecia. En concordancia con su convicción, encontramos que los buenos órdenes políticos, o constituciones (*politeiai*) son siempre órdenes legales, órdenes que están de acuerdo con la ley.⁵ Para los griegos, quedaba totalmente excluido cualquier tipo de positivismo legal, según el cual los mandatos arbitrarios de un tirano pudieran considerarse como ley (punto de vista que con frecuencia se ha mantenido bajo las modernas dictaduras). Sin embargo, el otro criterio presenta inmediatamente una cues-

⁴ Además de las historias generales de la filosofía griega, como las de Benn, Burnet y Gomperz, para no mencionar las historias ya de tipo común de la filosofía, la vasta literatura acerca de Platón (y Sócrates) puede ejemplificarse, por sus ideas acerca del derecho, con Ernest Barker, *Greek Political Theory: Plato and His Predecessors*, 1925, y *The Political Thought of Plato and Aristotle*, 1906; de David Grene, *Man in His Pride*, 1950; de Werner Jaeger, *op. cit.*, Libro II; de R. L. Nettleship, *Lectures on the Republic of Plato*, 1914; de Karl Popper, *The Open Society and Its Enemies*, 1945, vol. I; de Constantin Ritter, *Platon* (traducido al inglés bajo el título de *The Essence of Plato's Philosophy*, 1933); de A. E. Taylor, *Plato the Man and His Work*, 1927; de John Wild, *Plato's Theory of Man*, 1946; también me permito recomendar, especialmente, el excelente capítulo que sobre Platón se encuentra en la obra de Huntington Cairns, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, 1949.

⁵ Sobre este particular, véase *Critón* de Platón, 50-51.

tión decisiva: ¿Cuál es la fuente del derecho, si no se encuentra en la voluntad de aquel que posee el poder efectivo del estado? La respuesta a esta pregunta constituye un punto de interés para el pensamiento jurídico platónico. Es una respuesta cuya comprensión se dificulta y complica enormemente debido a la doctrina platónica de las ideas; existen las opiniones más disímiles acerca del significado de esta doctrina. Hasta la palabra "idea" se ha considerado, con frecuencia, inadecuada para expresar lo que constituye la esencia de la doctrina socrático-platónica de la idea o el *eidos*. Se han propuesto otras palabras —como "forma", por ejemplo— a fin de hacer justicia al hecho de que, para Sócrates y para Platón, tales ideas no son algo creado por la mente subjetiva del hombre, sino más bien una realidad trascendental objetiva que está fuera del hombre.⁶ Pero, una vez comprendido el hecho de que las "ideas" platónicas poseen una realidad tan trascendental y objetiva, no es necesario ni aconsejable cambiarles el nombre, especialmente considerando que la palabra "forma" ofrece nuevas y muy serias dificultades, tanto lingüísticas como filosóficas.

Lo que realmente importa, si se desea hacer justicia a la doctrina platónica de las ideas, es ir con mucho cuidado a fin de no inyectar en ella criterios filosóficos posteriores, tales como el idealismo de un Berkeley o de un Hegel,⁷ ya que, aparte completamente de la enorme diferencia del ambiente cultural, debe tenerse presente que

⁶ J. E. Stewart, *Plato's Doctrine of Ideas*, 1909; de Paul Natorp, *Platon's Ideenlehre*, 1903, y de A. D. Lindsay, la Introducción a la *República*, en *Everyman's Library*; estas obras presentan puntos de vista muy distintos.

⁷ Tampoco debemos aceptar el neoplatonismo de la celebrada traducción de Jowett.

para Sócrates y Platón el problema del bien constituía la médula de la contemplación filosófica. Es evidente que la idea del bien —sol del mundo de las ideas— y la idea de la justicia y del derecho a ella ligadas, tienen muy poco parentesco con una fuerza tan activa como el espíritu universal de Hegel. Dicho de otra forma, la filosofía platónica del derecho está estrechamente vinculada con la ética, mientras que la de Hegel está relacionada con la historia. Y así como Hegel pudo celebrar el redescubrimiento de Maquiavelo por Fichte, es innegable que para Sócrates y Platón el maquiavelismo habría sido una de las peores manifestaciones de sofisma.

Dentro del contexto de la doctrina platónica de las ideas, la idea de justicia puede demostrarse facilísimamente en relación con la idea de la *polis*, ya que la contemplación de esta idea de la *polis* produce una imagen en la que la ley y el estatuto difícilmente desempeñan el más mínimo papel. La idea de una *polis* como ésta se singulariza por el régimen de un rey filósofo. Una comunidad en la cual quienes buscan la sabiduría que nace de la comprensión de las ideas son los gobernantes, no necesita de leyes, puesto que los sabios guardianes son capaces de hacer justicia en todas y cada una de las circunstancias que se presentan. Se acostumbra hablar de esta idea de la *polis* como del "Estado ideal" y, por lo mismo, se interpreta como una utopía, interpretación que no hace justicia a la esencia de la doctrina platónica de las ideas, puesto que la idea platónica de la *polis* o estado⁸ no es un

⁸ Véase, de Barker, *Political Thought of Plato and Aristotle*, *passim*. Véase, también de la *República* de Platón, 586d-587a (*nomos* y *taxis*) y 519d-520a (*nomos* y la vida buena).

proyecto que, a pesar de ser irrealizable, pueda considerarse como un programa de acción. Antes bien, como ya hemos dicho, esta idea es la verdadera realidad, el verdadero estado, y todos los estados existentes participan de la idea, en mayor o menor medida. Así, pues, la tarea del reformador es tratar de crear un estado que "participe" de la idea en el mayor grado posible, puesto que la idea es imperecedera e inmutable. Cuando Platón escribió su célebre diálogo titulado *Politeia*, o "Constitución" (¡no República!), sabía que se trataba de un problema difícil, pero no irresoluble. Platón creía que la solución estribaba en que los filósofos se convirtieran en gobernantes, o los gobernantes en filósofos, es decir, en hombres que buscaran la sabiduría por medio de una verdadera comprensión de las ideas. Creía que, si por un feliz accidente, un hombre dotado de poder sin límites en una *polis* se encontrase con un tal buscador de la sabiduría, podía esperarse la formación de una comunidad genuinamente buena. Como sabemos, Platón había realizado ya un esfuerzo semejante, y actuó de acuerdo con esta creencia al aceptar la invitación de su amigo Dion para trabajar con Dionisio I y Dionisio II de Siracusa, en la esperanza de modelar la *polis* de Siracusa de acuerdo con esta imagen. Sin embargo, el intento fracasó.⁹

⁹ Acerca del problema de si Platón creía que sus ideas eran "realizables", véase la obra ya citada de Grene, en especial el cap. XI. Véase, de la *República*, 473a, 499b-d, 614b ss. La Séptima Carta, si se la toma completamente en serio —cosa que, a mi modo de ver, debe hacerse—, demuestra, decididamente, que en el momento de componer la *República*, Platón creía que sus ideas podían llevarse a cabo; pero, después del experimento de Sicilia, empezó a dudar de que ello pudiera lograrse, salvo por medio de la educación. En la obra ya citada, Taylor exa-

Más tarde, y a consecuencia de ese fracaso, Platón retornó a la doctrina griega tradicional, según la cual el buen orden de la *polis* puede lograrse únicamente con la formulación de una ley básica, o *nomos*. Este *nomos* lo considera Platón como una participación de la idea de la justicia y, mediante esta participación, ella, a su vez, participa de la idea del bien. Una *polis* ordenada y estructurada de acuerdo con la idea de la *polis*, no es la idea en sí, pero "participa" de ella. Es evidente que el aspecto más confuso de esta doctrina es la noción de la participación, de tomar parte en una idea. Ni siquiera Platón mismo logró dar a esta noción una forma clara y racional. En vez de ello, se refugió en el mito de la cueva. Nos alejaría mucho del tema recordar aquí este mito y, por otra parte, no es necesario hacerlo puesto que cualquiera que sienta interés puede leer la conmovedora y poética descripción que de él hace Platón en su *República* (VII, al principio). Pero, estrictamente hablando, ninguna porción del rápidamente cambiante mundo fenoménico de los seres efectivamente sensibles participa de las ideas. El mundo de la experiencia sensible ordinaria no es sino un mero reflejo de estas ideas, tan irreal como la imagen en el espejo.

En este mundo de ideas, el derecho es particularmente descrito por Platón en su diálogo último sobre las *Leyes*, y considerado real sólo como una reproducción imperfecta de la idea del derecho y la justicia. Desde luego, la idea del derecho no puede estar en conflicto con la idea de justicia y, por tanto, todos los conflictos que existen en-

gera este punto, al afirmar que Platón era un "pensador sumamente práctico". En *Leyes* 709 ss., Platón todavía abraza cierta esperanza.

tre derecho y justicia deberán considerarse como una consecuencia de la imperfecta interpretación de las ideas respectivas. De ahí se desprende que la ley positiva es un fenómeno expuesto a llegar a ser y a desaparecer, que sólo participa de manera incompleta del mundo intemporal de las ideas, noción ésta muy diferente de la ley natural del idealismo moderno, en el cual el ideal de justicia, como la norma más perfecta, se enfrenta a la ley positiva. Como todas las cosas de este mundo, en la visión platónica el derecho no es, en último análisis, sino un puente fantasma para los sabios en su búsqueda de las verdades y los valores eternos.¹⁰

Pero esa idea de otro mundo en la metafísica platónica no significa que Platón careciera de sentido para la modelación concreta del derecho. Muy al contrario: la creación del orden legal se ve como el acto único del legislador que encuentra a la comunidad. Es necesario considerar a Solón y a Licurgo como prototipos de estos grandes creadores de leyes. Su tarea no se considera como un problema de la voluntad, sino de la razón. Se supone que las leyes creadas por semejantes *nomothetes* son la respuesta a la pregunta: ¿qué debes hacer?, y no a esta otra: ¿qué es lo que yo quiero? Las ideas sugeridas por este método nos llevan a la ética, puesto que, siendo la tarea de semejante legislador la de hacer felices a la comunidad y a cada uno de sus miembros, y dado que semejante felicidad puede entenderse únicamente como una participación de la idea del bien, la ley deberá conformarse en todos sus aspectos de tal manera que los seres humanos que viven bajo su dominio lle-

¹⁰ Taylor, *op. cit.*; Grene, *op. cit.*

guen a ser mejores. Esto quiere decir que la ley tiene una función claramente educativa. Entonces, encontramos que en las leyes de Platón se da gran importancia al preámbulo de un estatuto, pues estos preámbulos tienen por objeto explicar a los ciudadanos cuáles son las razones que abonan la promulgación de dichas leyes; es decir, se proponen persuadir a los ciudadanos de que obedezcan la ley, en vez de limitarse a ordenarles que lo hagan. Así, Platón propone, por ejemplo, que una ley que ordena al hombre que contraiga matrimonio antes de los treinta y cinco años deberá ser complementada con un preámbulo que explique la necesidad de la procreación a fin de mantener la supervivencia de la comunidad. Sólo en esta forma puede establecerse y sostenerse la autoridad de la ley (véase el capítulo XIX de este libro).

"La legislación y el establecimiento de un orden político —escribe Platón— son los medios más perfectos de que puede valerse el mundo para lograr la virtud" (*Leyes*, 708). Por tal motivo, Platón rehusó decididamente deducir leyes de la constitución existente, la cual suele ser una expresión de las relaciones efectivas de regla y sujeción. Platón no admite esa legislación de clase. Insiste en que no reconocerá como leyes, en el sentido de ley justa, ninguna que no haya sido dictada para el bien de la comunidad. Una legislación que sólo sirve los intereses del partido en el poder, es para él una mera cuestión de conveniencia, y le deniega la calidad de verdadera ley. En estos comentarios, que aluden a la ley natural, Platón encuentra el fundamento para afirmar que el gobierno no es sino el servidor de las leyes. Únicamente en un estado en el cual "el derecho gobierna a los que gobiernan" (*Leyes*,

715), es decir, sólo de un estado en el cual el gobierno está sujeto a las leyes, puede esperarse que dé fruto todo el bien que los dioses tienen destinado a las comunidades genuinas, esto es, la verdadera felicidad de los ciudadanos. Porque las leyes son los medios para asegurar, no sólo que los hombres vivan, sino que vivan bien (*eu zen*) y lleguen a ser tan virtuosos como sea posible. "A mi juicio —dice Platón en un pasaje muy significativo— sólo puede considerarse justa una ley que apunta, como un buen arquero, hacia aquello que tiene algo de lo eternamente bello y desdeña todo, ya sea riqueza u otra cosa cualquiera de ese tipo, que esté fuera de la virtud [*areté*]" (*Leyes*, 705e-706a). Semejante pasaje demuestra con claridad meridiana que Platón está tan lejos del positivismo como es posible estarlo. El derecho y las leyes son objeto de libre especulación filosófica, y sólo pueden derivarse de la razón y de la idea del bien. Aun la ley justa es una mera aproximación a estas verdades eternas.

La filosofía jurídica de Aristóteles está, en muchos aspectos, relacionada con la de Platón, muy especialmente en cuanto a las consecuencias prácticas que tiene para el derecho y el estado.¹¹ Como en Platón, la tarea educativa de la ley

¹¹ La bibliografía aristotélica es tan extensa como la platónica. Cabría mencionar, además de la obra de Barker ya citada (nota 4), las siguientes: la Introducción de Barker a su traducción de la *Política*, 1948; la Introducción escrita por K. von Fritz y E. Kapp, a su edición de *Aristotle: Constitution of Athens*, 1950; J. A. Stewart, *Notes on the Nicomachean Ethics of Aristotle*, 1892, 2 volúmenes; Werner Jaeger, *Aristóteles*, F.C.E., 1946; W. D. Ross, *Aristotle*, 1926; A. E. Taylor, *Aristotle*, 1919; breve, pero excelente estudio; E. Zeller, *Aristotle and the Earlier Peripatetics*, 1897.

desempeña un papel principalísimo, no obstante lo cual hay, si nos fijamos con detenimiento, notables diferencias entre Aristóteles y Platón. Estas diferencias se relacionan con las que hay entre la metafísica aristotélica y la platónica, y más particularmente con la doctrina aristotélica de las causas, y la noción del *telos*, o fin último, tan característica de Aristóteles. Mucha controversia ha habido en relación con el significado de esta doctrina. Aun hoy día se ofrecen interpretaciones rigurosamente divergentes acerca de ella. En mi opinión, la doctrina de las cuatro causas es la clave de la del *telos*. Más especialmente, el *telos* no debe confundirse con la forma ni con la idea, aun cuando tal confusión casi se sugiere en diversos pasajes. En realidad, ni siquiera es enteramente correcto llamar al *telos* el fin último, ya que para todo ser viviente la palabra "fin", que parece presuponer un deseo consciente del fin, no puede emplearse sin suscitar, al mismo tiempo, el problema de un creador consciente y divino del universo. La doctrina del fin último significa, en realidad, que toda cosa existente trata de lograr la perfección que le es propia, que en todo objeto hay viva una propensión a alcanzar su propia y perfecta configuración. Las bellotas, la semilla y la encina se unen en su propensión a lograr una encina perfectamente formada y, en opinión de Aristóteles, todas las demás cosas ponen de manifiesto el mismo esfuerzo. Si se aplica al derecho semejante modo de pensar, puede decirse que las varias fases que se observan en la venida al mundo del derecho sirven para ilustrar esta propensión inherente. Así, la inspiración original de cómo resolver una situación dada, su discusión en las comisiones y ante el parlamento, y su realización última en un

estatuto razonable y justo, es decir, apropiado para la situación de que se trate: todas estas fases de la creación de una ley deberán interpretarse en función del fin último.

Esta insistencia en el llegar a ser tiene por resultado la multilateralidad del pensamiento jurídico aristotélico. La filosofía jurídica de Aristóteles no nos es enteramente conocida, y no existen indicios de que el filósofo llegara a escribir una jurisprudencia general. Pero en los trabajos existentes, particularmente en la *Ética nicomaquea*, en su *Política* y en su *Retórica*, contamos con un rico acervo de información sobre los puntos de vista aristotélicos. Especialmente en la *Ética nicomaquea*, se dedica todo un libro a la justicia que, a la luz de la filosofía general de Aristóteles, debe considerarse como la médula de su filosofía jurídica, "debido a que la ley puede determinarse sólo en relación con lo que es justo".¹²

De importancia fundamental para este punto de vista es el enunciado de que lo justo debe entenderse en el sentido de lo igual. Sin embargo, Aristóteles establece una distinción decisiva entre la igualdad numérica y la igualdad proporcional. La igualdad numérica hace de cada hombre una unidad igual a todos y cada uno de los demás hombres. Es lo que ahora solemos entender por igualdad y lo que queremos decir cuando afirmamos que todos los ciudadanos son iguales ante la ley. La igualdad proporcional da

¹² Los tres figuran en la Biblioteca Clásica de Loeb; yo me he valido de los textos de Teubner. Existen muchas traducciones, en todas las cuales encontramos fallas. Las he utilizado y alterado, cuando me pareció necesario; las referencias se dan, como en el caso de las obras de Platón, de acuerdo con la tradicional compaginación de los manuscritos.

a cada hombre aquello a que tiene derecho de acuerdo con sus capacidades, sus conocimientos, etc. De esta distinción deduce Aristóteles numerosos motivos de controversia y discusión.

Además, distingue la justicia en distributiva y correctiva. La primera actúa en el derecho público, la segunda en el derecho civil y en el penal. Sin embargo, ambas clases de justicia, la distributiva y la correctiva, están sujetas al problema de la igualdad, y sólo pueden comprenderse dentro de su estructura. En el ámbito de la justicia distributiva, lo importante es que a igual logro se otorgue recompensa igual. En el de la segunda, lo que importa es que se corrijan y eliminen las desigualdades producidas por, digamos, el quebrantamiento de un contrato.

Para expresar esto con mayor amplitud, vale más dejar que hable Aristóteles. La justicia distributiva "se ocupa de la distribución de honores, riquezas y otros bienes semejantes que pueden ser compartidos por los miembros de la comunidad". Dejando a un lado la "demostración" matemática, es evidente que lo que Aristóteles tiene presente al hablar así es la distribución de la propiedad y de otras posesiones igualmente susceptibles de evaluación, de acuerdo con los méritos inherentes a cada ciudadano. Una distribución justa sería aquella hecha de acuerdo con su virtud y su valor para la comunidad.

Por otra parte, la justicia correctiva se preocupa de enmendar errores. Si se deja de cumplir un contrato o se comete un agravio, la justicia correctiva trata de proporcionar una compensación adecuada a la parte agraviada; si se ha cometido un crimen, se ocupa de que el culpable reciba el justo castigo. Como en el caso anterior, la justi-

cia es, aquí, un medio entre dos extremos injustos. Se ha observado, con razón, que "la división que Aristóteles hace de la justicia correctiva en voluntaria e involuntaria, corresponde a la moderna clasificación de contrato y agravio".¹³ En uno y otro caso, lo que ocurrió cuando se cometió la injusticia fue que se perturbó la "igualdad" establecida. Y la tarea de la justicia correctiva es el restablecimiento de dicha igualdad o, para usar una frase moderna, del equilibrio. "La ley sólo mira la diferencia creada por la lesión, y trata a los hombres de acuerdo con su igualdad anterior, cuando uno comete el agravio, y otro lo sufre, o bien cuando el uno ha sufrido y el otro cometido el daño." Evidentemente, la justicia correctiva es la esfera propia del poder judicial, así como la justicia distributiva es la esfera que corresponde al gobierno.

Al desarrollar este argumento, Aristóteles subraya una idea que ya encontramos en Platón, y que nos lleva al derecho natural.¹⁴ Insiste en la necesidad de distinguir entre los juicios, según deriven lo justo de la naturaleza del caso y se funden en la general y ubicua naturaleza humana, o aquellos otros que provienen de determinado punto de vista de una comunidad legal determinada. Este contraste no debe confundirse con el

¹³ De Cairns, la obra citada, p. 123. Los pasajes de Aristóteles están tomados de la *Ética nicomaquea* 1130b, 1131b.

¹⁴ Encontramos un interesante estudio de este problema en la obra de Charles H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, 1932, p. 69; Leo Strauss en su *Natural Right and History*, 1953 exagera la misma cuestión (véase mi artículo en *Diogenes*, núm. 10, 1955. Véase también, de Glenn R. Morrow, "Plato and the Law of Nature", en *Essays in Political Theory*, editado por Milton R. Konvitz y Arthur E. Murphy, 1948.

que aparece entre la ley positiva concretada en los estatutos y la ley de la costumbre. Pues esta última puede también, en el sentido de la diferenciación aristotélica, ser fuente de un juicio que se refiere únicamente a esa comunidad en particular, mientras que otro juicio semejante, aun cuando se exprese en la ley estatutaria, continuaría teniendo el carácter de ley natural si fuera posible extraerlo de la naturaleza humana general. A este respecto, Aristóteles también menciona la distinción entre la ley escrita y la ley tradicional, y hace notar que la ley general, o derecho natural, suele ser tradicional, es decir, no escrita, en tanto que la ley positiva puede ser escrita y algunas veces no escrita.

De tanta importancia como el establecimiento fundamental del derecho natural, es el claro reconocimiento por Aristóteles de la distinción entre el derecho público, y el derecho privado o, mejor dicho, la distinción entre el derecho constitucional y otros tipos de derecho. La constitución o *politeia* recibe, decididamente, una posición preeminente.¹⁵ Los otros tipos de derecho deberán tener como base la constitución, distinción ésta que, más tarde, tomó por su cuenta y desarrolló Cicerón. A través de la obra de Cicerón, esta idea pasó a ser propiedad común del pensamiento jurídico occidental. Esta necesidad de una derivación constitucional no llevó a Aristóteles, como a Platón, a negar a una ley su calidad legal simplemente porque estuviera en conflicto con la constitución. Aristóteles la utiliza como una admonición al legislador, más que como una clara norma constitucional. La situación es análoga

¹⁵ *Política* 1289a, 1298a, 1292b, 1278b; *Ética nicomaquea* 1181b.

respeto a un posible conflicto entre la ley natural y las normas jurídicas positivas. Para Aristóteles, la presencia de un conflicto entre ambas no puede invocarse como razón para invalidar una norma positiva.

En la *Retórica* encontramos los puntos de vista de Aristóteles acerca de éstas y muchas otras cuestiones de legislación positiva, ya que dicha obra se ocupa extensamente de ciertos problemas de la ley realmente vigente.¹⁶ La razón de ello es que la *Retórica* trata, entre otras cosas, de retórica forense, es decir, del procedimiento civil y penal. Esta retórica forense fue muy cultivada por los sofistas y desempeñó importante papel en la vida jurídica de los griegos debido a la práctica, entonces dominante —especialmente en Atenas—, de las cortes populares. Aristóteles, como Platón y el público en general, se mostraba indignado ante la tendencia escéptica, y hasta cínica, de muchos sofistas, de considerar esta situación forense como una especie de torneo en el que todo lo que importaba era la habilidad retórica y la capacidad de convertir en buena una mala causa. En su lucha contra estas tendencias tan generalizadas, lo mismo Platón que Aristóteles procuraban resucitar la justicia y darle la categoría que, en su concepto, merecía. Sin embargo, Aristóteles tenía una comprensión más clara que la de Platón de los problemas prácticos de llevar a buen fin semejante tarea y, por tanto, dedicó buena parte de su *Retórica* al problema de cómo puede conducirse a la victoria una buena causa a través de los procedimientos judiciales.

¹⁶ De Erik Wolf, *Die Umformung des Rechtsgedankens durch Historik und Rhetorik*, 1956. Demuestra, justamente, la importancia de la *Retórica*, que con frecuencia suele pasarse por alto.

No es éste el lugar más indicado para explorar el problema con todo detalle, ni es necesario en un estudio de filosofía jurídica. Pero sí es importante comprender que Aristóteles no se satisfizo con una sola respuesta a la pregunta de qué es la naturaleza de la ley y que, por consiguiente, entró a considerar las variadas tareas que debe cumplir la ley. Así reconoce, además de la función educativa, la función de mantener la paz y de arbitrar las controversias. Y es en relación con tan distintas funciones como contempla las obligaciones del abogado. Esta multiplicidad de tareas afecta la práctica forense.

Aristóteles estableció una tajante diferencia, muy importante para el derecho penal, en aquellos actos que, aun cuando en sí mismos son idénticos y causan el mismo daño, se distinguen por la actitud subjetiva que los acompaña, ya que pueden ser el resultado de un accidente o descuido, o bien de un agravio consciente e intencional. Esta tercera categoría se subdivide, a su vez, en agravios cometidos bajo el impulso de una pasión o del sentimiento y en aquellos que son el resultado de la libre elección (*prohairesis*).¹⁷ La posibilidad de semejantes accidentes o descuidos hace necesario que la ley positiva existente sea modificada por la equidad. Pero cada normalización de la equidad conduce a nuevas reglas legales concernientes a la forma en que deberá manejarse la equidad. Por tal motivo, la proposición aristotélica de que tal equidad es resultado de la forma general de leyes que no tienen en cuenta cada caso aislado, sólo puede aceptarse dentro de estrechos límites. O, tal vez, debiera reconocerse que es incorrecto o, por lo

¹⁷ *Ética nicomaquea*, v, 10; *Retórica*, I, 13.

menos, impreciso, traducir la *epieikeia* aristotélica por "equidad", puesto que, básicamente, *epieikeia* se refiere al reconocimiento de una posible excepción que, por una parte, puede inducir a la amnistía o el perdón y, por la otra, puede justificar la facultad discrecional de decisión del juez, la cual, a su vez, encuentra expresión en fórmulas generales, tales como circunstancias modificativas o buena moral. Aristóteles llamó *epieikeia* a una clase de justicia. Para él, es el correctivo para la generalidad de las leyes que no tienen en cuenta cada caso aislado, generalidad que se funda en la naturaleza misma de la ley. Aristóteles trata de elucidar este concepto mediante una muy interesante comparación. Dice que la equidad es como la clase de medida de la Lidia, que se hizo de plomo y que, por tanto, podía ajustarse a los contornos de una línea que no fuera recta. Señala, sin embargo, que semejante vara de medir carece de utilidad si es excesivamente suave: de igual manera, la *epieikeia* pierde su valor si se aplica sin ritmo, sin razón, o sin limitación. En un resumen contenido en su *Retórica*, Aristóteles explica la cuestión en los siguientes términos:

Es equitativo perdonar la debilidad humana, y no fijarse en la ley sino en el legislador; no en la letra de la ley sino en la intención del legislador; no en los actos mismos sino en el propósito moral; no en la parte sino en el todo; no en lo que un hombre es ahora sino en lo que ha sido siempre, o generalmente; recordar lo bueno, y no los malos tratos; los beneficios recibidos más que los concedidos; soportar los agravios con paciencia; estar dispuesto a apelar al juicio de la razón, más que a la violencia; preferir el arbitraje antes que la sala del tribunal, pues el árbitro tiene siempre presente la equidad,

mientras que el juez sólo mira la ley... Bástenos esta definición de la equidad [*Retórica*, I, 13.13]

Esta enumeración nos permite apreciar que, en opinión de Aristóteles, las fronteras entre la equidad y la justicia son fluidas, y que aquí confrontamos una antinomia en el pensamiento jurídico del filósofo. Porque, como hemos visto, su concepción básica es que la justicia sólo puede existir entre hombres cuyas relaciones están reguladas por la ley (*Ética nicomaquea*, v, 6, 1134a). Esta noción tiene sus raíces en la correspondiente a una ley natural justa, que se encuentra dentro del marco de la constitución y que es, por naturaleza, la mejor (*ibid.*, 1135a).

La pregunta de cómo se entiende la ley es contestada por Aristóteles en el sentido de que "la ley deriva su validez del hábito sobre el que se funda la obediencia" (*Política*, 1269a). Este concepto se expresa repetidas veces, tanto en la *Ética* como en la *Política*, y sirve de base para ulteriores deducciones. Más particularmente, Aristóteles cree que, puesto que es necesario habituar a los ciudadanos a la ley, debe ejercerse la máxima precaución cuando se trate de alterarla, ya que semejante alteración producirá la incertidumbre entre los ciudadanos. Y añade que aun las mejores leyes aprobadas por los ciudadanos, logran escasos resultados si no están firmemente ancladas en los principios fundamentales de la constitución (*Política*, 1310a). La gran importancia que concede al hábito, como base de la validez del derecho y de las leyes, no impide que Aristóteles reconozca el papel de la fuerza. Pero esta fuerza es, en todos los casos, sólo un medio adicional necesario que refuerza el poder coactivo del hábito (*Política*, 1286b). El papel del há-

bito en el cumplimiento de la ley es sólo un caso especial; de igual importancia es el que desempeña en la realización de toda virtud ética. El legislador hace bueno al ciudadano al habituarlo, por medio de la ley, a ser un hombre de bien (*Ética nicomaquea*, 1103b).

De lo que se ha dicho se deduce claramente hasta qué grado puede considerarse a Platón y Aristóteles como los fundadores de toda la filosofía del derecho posterior. La ley general de la naturaleza, y la ley particular de cada comunidad, el derecho constitucional (público) y de otro tipo (privado), la ley estatutaria y la equidad, todas éstas y muchas otras distinciones son extraídas de la ley concreta de los griegos, y expresadas como amplias generalizaciones por estos dos grandes filósofos. Además, Aristóteles elaboró importantes aplicaciones de estos conceptos en la práctica forense. Así pues, es de justicia afirmar que ellos tendieron los cimientos de la filosofía occidental del derecho. Se han formulado las preguntas más importantes, e intentaron dar respuestas útiles.

IV. EL DERECHO COMO LA EXPRESIÓN DE LAS LEYES DE LA NATURALEZA HUMANA

LOS ESTOICOS Y LA LEY NATURAL ROMANA

Todo jurista conoce las fórmulas del derecho natural que se conservan en el Código de Justiniano.¹ Luego, el derecho natural se estudia en su relación con el derecho de las naciones y con el derecho civil, y estos tres términos: *jus naturale*, *jus gentium* y *jus civile* se repiten una y otra vez en el *Corpus juris civilis*. Este estudio empieza con una declaración de Ulpiano de que el derecho natural es lo que la naturaleza enseña a todos los seres vivientes (*animalia*).² La mayor parte de las fórmulas con que nos encontramos son, de hecho, aquellas que ya fueron redactadas por Platón y Aristóteles y, sin embargo, existe una notable diferencia entre las concepciones legales de los juristas romanos y las de Platón y Aristóteles. La única forma de apreciar debidamente la diferencia es tomar en consideración la doctrina de los estoicos, anunciada por Zenón (295-261 a. c.), fundador de la escuela, y más tarde confirmada por Panecio (cerca de 140 a. c.) y llevada a Roma, donde fue expuesta de nuevo por Cicerón, de tal manera que hizo aplicable el derecho natural de los estoicos dentro del con-

¹ La edición del *Corpus juris civilis* empleada en esta obra es la de Paul Krueger para las *Instituta*, y la de Theodor Mommsen para el *Digesto* (8ª ed., 1899). La declaración de Ulpiano se encuentra en *Instituta*, I, 2 y en *Digesto*, I, 1.1. En estas citas, el primer numeral designa el libro; el segundo, el capítulo; el tercero, la sección.

² *Digesto*, I, 1.3.

texto del derecho romano, para cuyo desenvolvimiento resultó fructífero.

No se intenta aquí presentar la profunda y, por muchos conceptos, oscura doctrina de los estoicos.³ Pero para la filosofía del derecho es decisivo, sobre todo, el hecho de que los estoicos hicieron pedazos la estructura de la *polis* —que para Platón y Aristóteles estaba más allá de toda discusión— y proclamaron que la humanidad era una comunidad que todo lo abarcaba: un Dios, un estado, una ley: esta conocida fórmula expresa la doctrina de los estoicos en forma clara y simple. La diferencia entre los hombres no radica en que pertenezcan a una *polis*, sino sólo en que sean sabios y reconozcan la doctrina de los estoicos, o en que sean necios y la nieguen. Así, pues, la verdadera *polis* no es una determinada *polis* existente, como Atenas, por ejemplo, sino, en realidad, la comunidad de estos hombres doctos. Todos ellos sujetos a un Dios y a una ley (*lex*). En el *Digesto* (I, 3.2.), el gran Crisipo, quien conformó la doctrina estoica en un sistema, es alabado como un filósofo de la sabiduría estoica, y se dice que en su trabajo acerca del *nomos* declaró lo siguiente: “El *nomos* es lo que rige todas las cosas, divinas y humanas...”

Es muy importante reconocer desde el princi-

³ De entre la extensa literatura acerca de los estoicos, pueden mencionarse las siguientes obras: de Ernest Barker, *From Alexander to Constantine*, 1956; de Margaret E. Reesor, *The Political Theory of the Old and Middle Stoics*, 1951; de R. D. Hicks, *Stoic and Epicurean*, 1910; de Gilbert Murray, *The Stoic Philosophy*, 1915; de Eduard Zeller, *Stoic, Epicureans, and Sceptics*, 1870 (se trata de la traducción al inglés de un clásico alemán); para una rápida referencia a las obras básicas, consúltese la obra *The Stoics and the Epicurean Philosophers*, 1940, editada por W. J. Oates.

pio que en la base de semejante concepción del *nomos* o *lex* hay una noción que no establece una diferencia bien definida entre lo que estamos acostumbrados a considerar como leyes de la naturaleza, y las normas básicas del derecho. Antes bien, una tal concepción de la *lex* las considera a ambas como leyes que determinan la naturaleza de las cosas. Así, Ulpiano subraya, en el pasaje que ya hemos citado, que “*jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur*”⁴ (“la ley no es peculiar de la especie humana, sino que [es la ley] de todos los seres vivientes que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar”). Aclara esta opinión haciendo referencia a la unión del hombre y la mujer para la procreación de los hijos, y así sucesivamente. Es evidente que nos enfrentamos aquí a un punto de vista que es afín a la moderna interpretación sociológica del derecho, ya que dicha interpretación sociológica trata de explicar las relaciones legales por medio del comportamiento natural del hombre en sus relaciones sociales. Sin embargo, el punto de vista de Ulpiano no es el de todos los maestros del derecho natural en la jurisprudencia romana. Especialmente, encon-

⁴ Cabe indicar aquí algunas referencias sobre tratamientos clásicos del Derecho Romano: de E. F. Bruck, *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, 1954; E. C. Clark, *History of Roman Private Law*, 1906-19; de P. F. Girard, *Short History of Roman Law*, 1906; de R. von Ihering, *Der Geist des römischen Rechts*, 1866-71; de Paul Krueger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 1888; de Theodor Mommsen, *Römischen Staatsrecht*, 1871-88; James Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, 1886; Max Radin, *Handbook of Roman Law*, 1927; Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1946; R. Sohm, *The Institutions of Roman Law*, 1892.

tramos que en Cicerón⁵ —quien, como ya dijimos, transmitió a los romanos la doctrina de los estoicos envuelta en una brillante retórica— los problemas se expresan en forma algo distinta, pues Cicerón trata el derecho natural en la forma en que se ha hecho familiar a Occidente, como *lex caelestis*. Este concepto de Cicerón suele traducirse engañosamente, en parte, como ley “divina”. Semejante interpretación no es completamente errónea, si bien nos impide comprender que se trata de leyes de la naturaleza en el sentido de la ciencia natural. Para los estoicos, y para Cicerón, es importante que esta ley natural se conciba como una emanación de la *ratio*. Cicerón cita a Crisipo, quien, dice él, identificó a Júpiter con la ley, y explica que “*lex ratio summa insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria*” (“la ley es la razón suma enclavada en la naturaleza, y que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario”) (*De legibus*, I, 6).

Pero ¿cómo vamos a comprender la relación entre semejante ley, que es la suma razón, tal como se encuentra en la naturaleza, y la ley natural, más particular, de la comunidad humana? Existen diversas posibles interpretaciones de lo dicho por Cicerón, lo cual es muy natural, ya

⁵ Acerca de Cicerón, véase, de F. R. Cowell, *Cicero and the Roman Republic*, 1948, en especial capítulos IX, x; de Mason Hammond, *City State and World State in Greek and Roman Political Theory until Augustus*, 1951; Otto Plasberg, *Cicero in seinen Werken und Briefen*, 1926; Viktor Poeschl, *Römischer Staat und griechisches Staatsdenken bei Cicero: Untersuchungen zu Ciceros Schrift De re publica*, 1936; véase, asimismo, la penetrante Introducción escrita por G. H. Sabine y S. B. Smith a su edición de la obra de Cicerón, *De re publica*. Es muy fácil consultar los textos ciceronianos en la Biblioteca Clásica de Loeb.

que sus manifestaciones acerca de este punto no son completamente inequívocas. Así, pues, se ha afirmado que Cicerón las identifica ambas,⁶ pero también se ha sostenido, precisamente, la opinión contraria, cuando se ha dicho que Cicerón las deslindó definitiva y claramente.⁷ Sería, tal vez, más exacto interpretar el derecho natural de la sociedad humana como parte del reino de esas leyes que dominan la naturaleza toda. Esta interpretación aparece particular y claramente propuesta en un pasaje de *De res publica* (III, 22, según Lactancio) en el que se dice que la verdadera ley es la razón de la naturaleza, el *logos* de la naturaleza, como fuera denominada por los primeros estoicos. Esta *ratio* es constante, eterna, y está “distribuida entre todo”.

Lo principal es que el hombre, en contraste con los demás seres vivientes, participa conscientemente de esta *ratio*, porque él mismo posee razón y, por consiguiente, puede comprender las leyes de la naturaleza. Esto no significa que las leyes de la naturaleza sean el producto de la razón humana (*lex non hominum ingenii excogitata*), ni que el derecho sea un orden instituido por determinados pueblos o estados, sino, más bien, que es “algo eterno que rige al mundo entero por la sabiduría de lo que ordena y de lo que prohíbe” (*De legibus*, II, 4). Por consiguiente, la ley es un razonamiento justo (*recta ratio*), y debemos suponer que Dios y los hombres la poseen en común. Porque Cicerón afirma expresa-

⁶ Véase, de A. P. d'Entrèves, *Natural Law: an Introduction to Legal Philosophy*, 1951, en especial cap. I, pp. 20 ss.; de C. H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, 1932, cap. IV, pp. 106 ss.

⁷ G. H. Sabine, *Historia de la teoría política*, México, F.C.E., 1963, cap. IX.



mente que el conocimiento del derecho (*juris disciplina*) no puede derivarse de las decisiones de los pretores ni de las Tablas de la Ley, sino únicamente de la filosofía. Para expresarlo en términos más modernos, puede decirse que la *juris disciplina* es una racionalización del orden legal existente. Cuando ocurren conflictos entre esta *recta ratio* y el derecho positivo, para Cicerón es indudable que la norma positiva no es ley, en el verdadero sentido. Lo que se deduce del aserto de que "el mundo entero es una comunidad de dioses y hombres" (*De legibus*, I, 7), de que el hombre "es afín a Dios", y de que el hombre, como Dios, posee la virtud (*virtus*), que no es sino una naturaleza más perfecta; digo, pues, que lo que se deduce de todo ello es que "hemos nacido para la justicia, y la ley no se funda en la opinión, sino en la naturaleza misma del hombre" (*De legibus*, I, 28). En el mismo contexto, Cicerón explica que todos los hombres forman una gran comunidad, que todos los hombres son iguales y que, cualquiera que sea la definición que se dé del hombre, dicha definición deberá corresponder y ajustarse a todos los hombres y, por tanto, todos los hombres comparten entre sí la misma ley básica.

Se ha afirmado que esta doctrina representa el punto crítico, que esta formulación jurídica de las bases de la doctrina estoica es el punto donde el pensamiento legal occidental se aleja de la filosofía legal y política de Platón y Aristóteles, la cual tiene sus raíces en la *polis*. Se ha llegado inclusive a decir que Crisipo y Cicerón están más cercanos a Kant que a Aristóteles.⁸ Es verdad que esta doctrina estoica de la validez universal

⁸ A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, I, 1903, 8; esta obra sirvió de base a Sabine

de la ley es de enorme importancia. Pero hemos visto que también desempeña cierto papel en los conceptos de Platón y Aristóteles. Es un error confundir la cuestión de la validez universal con la de su realización. Ni Platón ni Aristóteles escribieron para Atenas, o para cualquiera otra *polis* determinada, como podría hacerlo hoy día un nacionalista. Su limitación esencial radica en el hecho de que no creían en la realización de una ley universalmente válida, salvo dentro del marco de la *polis*. Y, por lo que a esto respecta, Cicerón es absolutamente de la misma opinión; fue su propia debilidad lo que impidió a Cicerón trascender la estructura de la *polis*, de la *civitas*, y pensar en el imperio como un estado en el moderno sentido de la palabra.⁹ En la obra *De re publica*, de Cicerón, Escipión describe la República Romana en gran manera según la tradición aristotélica, que Polibio había aplicado a las condiciones de Roma. La mejor *civitas* es aquella que se rige por una constitución mixta, en la cual los elementos monárquico, aristocrático y democrático se equilibran y están en armonía. Cicerón fue hostil a la solución dictatorial y monárquica del problema del imperio y, finalmente, pagó con su vida esta convicción, mártir de la vieja *civitas* romana como antes lo había sido Sócrates de la *polis* griega.

Si no se justifica tratar el contraste entre Platón y Cicerón como algo radical, es también erróneo interpretar a Cicerón y el derecho natural romano como una mera copia del pensamiento jurídico-aristotélico y platónico. El toque de ge-

para afirmar que "Crisipo y Cicerón están más cercanos a Kant que a Aristóteles", *op. cit.*, p. 165.

⁹ Hammond, *op. cit.*, *passim*, pero, muy especialmente, pp. 139-40; véase también, de Poeschl, la obra citada.

nio en el pensamiento de Cicerón se encuentra en el hecho de que emprendió la sistematización de los puntos de vista encajados en la jurisprudencia romana, y en que los situó dentro del marco de las ideas filosóficas platónicas, aristotélicas y estoicas. A este respecto, Cicerón se parece a Locke, quien, igualmente, racionalizó las opiniones inmanentes en el desarrollo legal y constitucional inglés en función de la noción filosófica que del derecho natural se tenía entonces en el Continente. En la obra de Cicerón encontramos hábil uso de la retórica, como arte de persuasión, tal como había sido sistematizado por Aristóteles.¹⁰ La doctrina ciceroniana de la interpretación constituye un enorme logro jurídico en su claridad sistemática y en sus detalles.

Pero, para concluir, deseo tratar brevemente otro punto importante, sujeto también a controversia: la definición de *jus naturale*, *jus gentium* y *jus civile*, en su relación recíproca. Con frecuencia, se ha afirmado que Cicerón identificaba el *jus naturale* con el *jus gentium*. Es imposible sostener semejante punto de vista a la luz de numerosas declaraciones hechas por el mismo Cicerón. Él, como Ulpiano y otros, consideraba el *jus gentium*, en contraste con el *jus naturale*, como una ley por institución, aunque semejante institución fuera muy general. Una institución como la esclavitud no puede pasar a ser justa, simplemente porque se encuentre en todas partes. Otras normas legales del *jus gentium* que el derecho romano había desarrollado podían con-

¹⁰ Aunque no se ha aclarado si Cicerón conocía la obra de Aristóteles, en vista de su asiduo estudio de la filosofía griega, y de su decidida preferencia por Platón (*De officiis*, II, 8), parece probable que, si bien la conocía, no la aprobaba.

siderarse, de acuerdo con Cicerón, como *jus naturale* únicamente si se demostraba que tenían una base filosófica. Lo más que puede admitirse es que existe cierta presunción en favor de la afirmación de que una institución legal que se encuentra en distintas *civitates* forma parte del derecho natural.

Para una aclaración definitiva de la relación entre *jus naturale* y otras normas legales es necesario preguntar cuál es el contenido de este derecho natural, o *jus naturale*. Ni Cicerón ni el derecho romano dan una respuesta perfectamente clara e inequívoca a esta pregunta. La mejor conocida y más famosa, es la fórmula del *Digesto*: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*. Pero los preceptos tan generales y eminentemente éticos de que debe llevarse una vida decente, no debe hacerse mal a nadie, y debe darse a cada cual lo suyo, son tan imprecisos que pueden emplearse para la evaluación de las normas legales de algún sistema sólo en el sentido de la *epieikeia* aristotélica, es decir, como cierta clase de equidad.¹¹ Sin embargo, encontramos en Cicerón un pasaje que proporciona información más detallada acerca de lo que debe entenderse por *jus naturale*. Se nos dice que el derecho natural consiste en reverenciar a los dioses; en cumplir nuestros deberes para con la patria, los padres y los parientes; en gratitud y disposición para perdonar; y en respeto para quienes son superiores a nosotros en edad, sabiduría o condición y, por último, añade que el *jus naturale* también consiste en la veracidad.¹² Esta enume-

¹¹ No obstante, esta afirmación ha encontrado eco en todos los tiempos. Aún la *Rechtslehre* de Kant se funda en ella; véase el capítulo XIV de la presente obra.

¹² Citado por Krueger, *op. cit.*, p. 40.

ración de tantas cualidades deseables para un comportamiento ético, puede completarse con un pasaje algo más largo (*De legibus*, I, 31-32), donde se demuestra la igualdad de los hombres por el hecho de que en todos son comunes la irritación; los placeres, los deseos y las ansiedades (*molestiae, laetitiae, cupiditates, timores*). A fin de dar mayor fuerza a su concepto, Cicerón pregunta: "¿Quién puede haber que no guste de la cortesía, la bondad, y la gratitud, y que no deteste al arrogante, al ruin, al ingrato?" Todo ello es, para él, prueba de lo razonable de una vida recta (*ratio recte vivendi*), que es el contenido concreto del derecho natural, lo cual deberá servir de base a todo orden jurídico verdadero. Cicerón, por su parte, actuó siempre de acuerdo con sus convicciones; cuando fue nombrado procónsul de Cilicia, administró la provincia con honradez y suavidad, y lo mismo hizo en Sicilia.

Creo poder decir, en resumen, que la filosofía estoico-ciceroniana del derecho tiene sus raíces en una ética racional a la que se adjudica una validez universal, como ley de la naturaleza humana. Esta ley, como todas las leyes de la naturaleza, es la razón inherente a la naturaleza toda; tal vez pudiéramos decir, más exactamente, que es su significado. Por tanto, podemos, y debemos derivar leyes de esta ley (*a lege ducendum est juris exordium*), porque esta ley, la ley natural, es la fuerza de la naturaleza (*naturae vis*) y, por tal motivo, es la norma que define lo que es bueno y lo que es malo. El cumplimiento de esta ley natural es tarea impuesta a los diversos estados (*civitates*) que expresan la verdadera ley en las normas del *jus gentium*, común a todas ellas. Cada comunidad, sin embargo, tiene su propio *jus civile*, válido sólo para sus ciudadanos,

ya que toma en consideración las condiciones especiales, tanto espirituales como materiales, que son peculiares de tal comunidad. Pero ni el *jus gentium* ni el *jus civile* deberán estar en conflicto con el *jus naturale*. Si lo están, tales normas no son verdaderas leyes, sino mandatos arbitrarios.

Los conceptos básicos de Cicerón han dominado el pensamiento jurídico durante mil años. Una y otra vez, los encontramos en el curso de los siglos. Kant los rebate en forma novel y filosófica. Cuando los padres de las constituciones norteamericanas proclamaron que sus constituciones establecían gobiernos de leyes, y no de hombres, no hicieron sino repetir lo que Cicerón había formulado ya, tan admirablemente, cuando dijo: "Somos servidores de la ley, a fin de poder ser libres" (*Pro Cluentio*, 53. 146).

V. EL DERECHO COMO ORDEN Y PAZ DE LA COMUNIDAD DEL AMOR

SAN AGUSTÍN

AUNQUE existe un verdadero parentesco entre la filosofía jurídica de los estoicos y la de los cristianos, la doctrina política y jurídica de estos últimos se ve animada por un espíritu tan distinto, que los conceptos jurídicos en ella incrustados deben comprenderse en otro sentido. Pero, al proceder así, no debemos cometer el error contrario de interpretar la filosofía jurídica de los Santos Padres en el sentido de las postrimerías de la Edad Media. Porque estas doctrinas tienen un significado propio que sólo puede comprenderse en las condiciones de los últimos años de la antigüedad.¹ San Agustín "es, en verdad, el cumplimiento y perfección de la antigüedad cristiana, su último y su máximo pensador, su practicante espiritual y su tribuno. Es en esta perspectiva que debe comprendérsele".² Pero aunque

¹ Ernst Troeltsch, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen*, 1923, pp. 156 ss.; véase del mismo autor, "Das stoisch-christliche und das moderne profane Naturrecht", *Historische Zeitschrift*, cvi, 1911, pp. 247 ss. También de Troeltsch su conferencia sobre "The Ideas of Natural Law and Humanity in World Politics", traducida al inglés por Ernest Barker e incluida, como Apéndice, en su versión inglesa de algunas partes del *Genossenschaftsrecht*, de Gierke, bajo el título de *Natural Law and the Theory of Society, 1500-1800*, 1934. Troeltsch expresa su reconocimiento a la obra de R. W. y A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, 1903, vol. I.

² Ernst Troeltsch, "Augustin, die christliche Antike und das Mittelalter", *Historische Bibliothek*, vol. XXXVI, 1915; véanse también los comentarios más generales que

los pensadores de la tradición germánica de la Edad Media no lo comprendieron, continúa siendo, no obstante, la influencia predominante hasta Santo Tomás de Aquino. Es "el padre del catolicismo medieval".³

Hemos visto ya que en la filosofía jurídica de la antigüedad pagana predominaba la imagen y la experiencia de la *polis*, de esa polis en la que la vida política y religiosa, la dirección gubernamental y eclesiástica, se realizaban en un estrecho orden —sin diferenciación— por la comunidad. En las enseñanzas patrísticas, más particularmente en la obra de Agustín, la iglesia, como una comunidad superior, queda por encima de la *polis*, por encima de la *civitas*; en realidad, es una antítesis de la forma pagana de gobierno. Es éste el hecho que da su significado esencial a la doctrina de la *civitas Dei* que, en muchos aspectos, es tan difícil y oscuro. Sin duda alguna, la verdadera *civitas Dei* existe sólo en el cielo, y no en la tierra, pero está representada aquí por la comunidad de los fieles. Dicha comunidad no debe identificarse, de manera simplista, con la iglesia. Pero aun en San Agustín encontramos una firme inclinación a tratar a la iglesia visible como la representante de la comunidad de los fieles. En todo caso, la iglesia está implícita en la *civitas terrena*, la comunidad secular de la humanidad, la cual, a su vez, está organizada en

hace en *Die Soziallehren der christlichen Kirchen*, particularmente en las pp. 148 ss.

³ En cuanto a San Agustín, véase, además de las obras citadas en la bibliografía, de H. I. Marrou, *Saint Augustin et la fin de la culture antique*, 1949, así como la interesante argumentación de C. H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, 1932, cap. v, pp. 154-60. Para antecedentes, véase, también, *Civitas Dei*, de Edgar Salin, 1926.

diferentes cuerpos políticos, *res publicae, gentes, regna, imperia*. Muchas interpretaciones se han dado al pensamiento agustiniano y, más particularmente, al uso del término "estado", que ha creado mucha confusión con referencia a sus ideas de orden político y temporal. Pero es claro que San Agustín establece una distinción bastante definida entre *res publica* y *regnum*, ya que, por un lado, define la república como lo hicieron Cicerón y la tradición romana, en tanto que al *regnum*, el estado en el sentido más estrecho de régimen, lo declara, esencialmente, como una gran banda de ladrones, *puesto* que carece de justicia o, en todo caso, *cuando* carece de justicia. Por otra parte, la república es una comunidad racional, determinada por valores que poseen en común⁴ todos los que a ella pertenecen. Literalmente, estos valores son las cosas que los miembros de la comunidad estiman o aman (*diligere*). Cabe preguntarse hasta qué grado esta expresión, *diligere*, se identifica con el concepto cristiano de amor o caridad. Pero, en vista de la expresión *dilectio proximi*, o "amor al prójimo", parece probable que Agustín intentara transformar o dar nueva interpretación, en un sentido cristiano, al concepto pagano de la comunidad jurídica, tal como se la encuentra en Cicerón. Porque es precisamente el término *diligere*, esta idea de las cosas que son estimadas por los miembros de

⁴ La *res publica* es la *res populi*, y *populus est coetus multitudinis rationalis rerum quas diligit concordii communione sociatus* ("El pueblo es una congregación de una multitud racional, unida por compartir en concordia los objetos que ama...") (*Civitas Dei*, xix, 24). Para opiniones contrarias, véanse las obras citadas en la Bibliografía, en especial las de Barker y Troeltsch; véase, asimismo, de Troeltsch, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen*.

la comunidad en concordia, lo que en Agustín ocupa el lugar de la noción ciceroniana de un acuerdo relativo a la ley y a los mutuos intereses; además, Agustín cita explícitamente a Cicerón. O, para decirlo de otro modo, Agustín reemplaza la comunidad jurídica por la comunidad de la caridad o amor. Y esta comunidad del amor es esencial para la república.⁵ Es evidente que entre los valores estimados por una tal comunidad encontramos la justicia, si bien con frecuencia se la ha pasado por alto. A su vez, el concepto de la justicia recibe una nueva interpretación de una manera decisiva. Para los estoicos y los romanos tenía, como ya vimos, el significado de una vida honesta, de no perjudicar a nadie, y de dar a cada uno lo suyo. Agustín hace del dar a cada uno lo suyo el punto predominante y, además, entre aquellos a quienes es menester dar lo que les pertenece coloca a Dios mismo, a quien convierte, así, en el centro de su argumentación. En esta forma, la justicia se convierte en una cualidad que comprende la piedad. Creer en Dios, venerarlo y adorarlo, dar a su iglesia el lugar adecuado dentro de la comunidad, todo ello queda incluído ahora en el concepto de justicia.⁶

Pero, a pesar o, tal vez, precisamente por esta concepción de la justicia, que recuerda a la de Platón, no encontramos en Agustín una filosofía jurídica concreta. Sin embargo, muestra una tendencia particularmente notable que forma parte

⁵ Véase, de Hannah Arendt, *Der Liebesbegriff bei Augustin*, 1929, *passim*.

⁶ En realidad, el concepto del derecho de los antiguos romanos tenía profunda raigambre religiosa, como ya señalé antes. Véase, al respecto, de E. F. Bruck, *Über Römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, 1954, en especial pp. 1-10.

de la filosofía jurídica: la tendencia a ver el orden político como dominado por el propósito de paz. La razón de ello es que el orden político se ha reducido a una función negativa de mantener la paz, ya que sirve meramente al fin de permitir a los fieles ocuparse de la más duradera tarea de su salvación eterna. Esta nueva visión se manifiesta no sólo en la famosa doctrina agustiniana de la guerra justa entre imperios y repúblicas, sino en el relieve que da al orden interno.⁷ Podría parecer que éste es el orden natural y, ciertamente, el resultado necesario del cambio en importancia, por lo que al fin de la comunidad respecta. Puesto que la *civitas Dei* y, más particularmente, su representante en la tierra, la iglesia, está a cargo de la realización de los más altos valores, sólo resta el ordenamiento y conservación de la paz como el fin de la comunidad política temporal, de la *civitas terrena* y sus subdivisiones. No se trata en modo alguno de una tarea indiferente, y la dura frase que describe al *regnum* como una banda de ladrones no debe malinterpretarse en el sentido de que Agustín rechazase radicalmente al estado. Lo que ocurre es que lo sujeta por completo —y en este respecto igual que Platón y los estoicos— a la vara de la justicia; y esta medida no está ya representada por algunos sabios, quienes alegan orgullosamente su razón como justificación de su primacía. En vez de ello, está representada por la iglesia, que descansa sobre la revelación divina y que está, por tanto, como una más alta comunidad, en situación de decidir si determinado gobernanse o gobierno actúa justa o injustamente.

Había ocurrido, pues, un cambio decisivo. La

⁷ Véase mi obra *Inevitable Peace*, 1948, *passim*.

comunidad se escindió. Siglos más tarde, esto llevaría a la separación de la iglesia y el estado pero, por el momento, se limitó a producir una dependencia recíproca entre el estado y la iglesia, que permitió lograr la unidad de la cristianidad. Por lo que se refiere al derecho, es obvio que su importancia disminuyó considerablemente. Cuando el emperador Justiniano emprendió algo más tarde (en el año 530) la codificación de los conceptos jurídicos de los romanos, se limitó a situarlos dentro del marco de las ideas cristianas. No se hizo ningún esfuerzo verdadero para renovar los fundamentos filosóficos de este sistema jurídico desde un punto de vista cristiano, puesto que ello se estimó del todo innecesario.⁸ La empresa del emperador Justiniano estaba muy a tono con las ideas de Agustín, quien aceptó el imperio aunque, probablemente, hubiera preferido una federación de repúblicas libres, en el sentido ciceroniano. Pero, al mismo tiempo, deseaba sujetar al emperador al divino don del amor, porque, si ello pudiera hacerse, el reinar y el obedecer podrían realizarse como consecuencia del amor y la vida pública se conduciría como si el estado fuese una gran familia, ya que las virtudes del cristiano serían, entonces, las que determinasen el orden político. "Sería ésta una condición de genuina humildad, que confiaría en el estado meramente para la protección de la paz, el mantenimiento del bienestar y el orden moral y que, por lo demás, no se preocuparía

⁸ Véase, de Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. III, 1881; *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, pp. 128 s. A. P. d'Entrèves expresa un concepto diferente en su obra *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*, cap. I.

mayormente por la clase de gobierno secular bajo el cual nos preparamos para la vida eterna y la gloria."⁹

No es necesario ser un crítico tan agudo de este punto de vista como fue Gierke, para insistir en que estas opiniones teológicas no ejercieron influencia alguna sobre el orden legal existente, ni afectaron de ninguna manera el pensamiento de los juristas.¹⁰ Pero estas ideas sirvieron de apoyo a los esfuerzos encaminados a hacer más humano el orden legal romano, cosa que ya trataron de conseguir los estoicos. Esto es así, aunque los autores patrísticos en general propendieron a aceptar las condiciones existentes en el estado y en la ley. Al mismo tiempo, existe un problema básico en la filosofía del derecho, al que todos los Padres de la Iglesia dan respuesta uniforme en el sentido de la filosofía clásica; la cuestión de si el derecho positivo debe considerarse como verdadera ley. Agustín formula una respuesta claramente negativa a esta pregunta, cuando dice: "Mihi lex esse non videtur, quae justa non fuerit" ("Parece que, lo que es injusto, no es ley"). Este concepto se repite en Agustín en variadas formas, y lo desarrolla a lo largo de su obra. Más aún, Agustín aplica esta idea no sólo al estatuto individual, sino a la ley como un todo, y declara, al respecto, que la ley sólo puede ser comprendida como emanación de la justicia (*Civitas Dei*, xix, 21).

Pero, en contraste con Ambrosio y Lactancio, Agustín creía, además, que debía existir una clara

⁹ Véase, de Troeltsch, *Die Sociallehren der christlichen Kirchen*, pp. 148-178.

¹⁰ Véanse los argumentos en los libros II y XIX de la *Civitas Dei*; nótese el lazo que, a este respecto, une a Agustín con Cicerón y los estoicos.

distinción entre el derecho y la moral, o ética. La ley positiva (*lex temporalis*) no castiga el pecado, sino meramente la violación del orden de paz dentro de una regla determinada, ya sea esa regla *imperium*, *regnum* o *res publica*. Entonces, el poder coactivo de la ley positiva fue interpretado por Agustín, definitivamente, en el sentido de la tradición jurídica romana, con la obvia limitación de que está restringido al campo relativamente poco importante de este mundo, mientras que el campo que realmente importa es el de la vida eterna, que está sujeto a la ley eterna (*lex aeterna*). Así, la ley positiva ordinaria es restrictiva y se limita a evitar el mal, pero no hace buenos a los hombres. A pesar de ello, sería un error pensar que no existía una relación entre la moral y la ley, entre la *lex aeterna* y la *lex temporalis*. Muy al contrario, la eterna ley de Dios pone límites a toda ley positiva, los cuales no debe ésta transgredir, ya que al hacerlo pierde su calidad de ley. Pero esta ley positiva permite muchas cosas que la ley de Dios prohíbe o castiga. Este contraste es poderosamente expresado por Agustín: "Quod fieri per leges licebat, quia id nec divina prohibuit et nondum prohibuerat lex humana" ("Aquello que por las leyes es permitido, porque la ley divina no lo prohíbe, ni la ley humana, todavía") (*Civitas Dei*, xv, 16). Considera que esta distinción se refiere a las cuestiones de mayor monta.

Las doctrinas de Agustín representan la principal jurisprudencia de la escuela patrística, pero sería un error creer que estas doctrinas constituyen la expresión exhaustiva de su pensamiento. Tertuliano, Orígenes y Cipriano, para mencionar sólo a tres importantes pensadores, tenían ideas muy originales acerca del derecho y de la comu-

nidad jurídica.¹¹ Tertuliano, el jurista, elaboró los aspectos legales de las enseñanzas cristianas y de sus antecedentes en el Antiguo Testamento, en tanto que Orígenes, el alejandrino, el griego, trató de encajar la comunidad de la *polis* griega dentro de la construcción de la fe cristiana. Pero, en general, los Padres de la Iglesia no contribuyeron en gran medida al desarrollo de la filosofía del derecho como tal, ni tampoco los gnósticos, ni su archienemigo Plotino.¹² Fue la Edad Media cristiana —la cual hubo de enfrentarse a la tarea de comprender la ley de la iglesia y la ley del imperio y, juntamente con las leyes y costumbres locales, como una nueva unidad— la que en este campo dio un paso adelante, que fue decisivo.

¹¹ En relación con los escritores patrísticos, véase la obra ya citada de Salin, *passim*.

¹² Acerca de los gnósticos, véase el magistral tratamiento que Hans Jonas hace en *Gnosis und spätantiker Geist*, vol. I, 1934; vol. II, Parte I, 1954. En relación con Plotino, véase, de F. Altheim, *Aus Spätantike und Christentum*, 1951.

VI. EL DERECHO COMO ESPEJO Y PARTE DEL ORDEN DIVINO DEL MUNDO

TOMÁS DE AQUINO Y LOS ESCOLÁSTICOS

A PESAR de la gran riqueza de detalladas fórmulas, la filosofía jurídica de la Edad Media es de una extraordinaria uniformidad en lo esencial. Culmina en la filosofía jurídica de Tomás de Aquino, quien dedica una buena parte de la *Summa theologiae* al derecho.¹ Básicamente, esta filosofía sigue siendo enseñada hasta la fecha por los pensadores católicos que ven en el sistema de Tomás de Aquino la expresión perfecta de la *philosophia perennis*. Porque, al menos en el campo de la filosofía jurídica, la transición desde los elementos agustinianos y platónicos contenidos en su pensamiento hasta Tomás de Aquino

¹ Además de las obras citadas en la Bibliografía, merecen la atención del estudioso de la filosofía jurídica de Tomás de Aquino las siguientes: M. Grabmann, *Die Werke des hl. Thomas von Aquin*, en *Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters*, vol. XXII, Partes I y II, 1931; P. Mandonnet, *Des écrits authentiques de Saint Thomas d'Aquin*, 2ª ed., 1910; véase, del mismo autor (en colaboración con J. Destrez), *Bibliographie Thomiste*, 1921; Jacques Zeller, *L'idée de l'état dans Saint Thomas d'Aquin*, 1910. En relación con el texto latino, existen dos buenas ediciones de ambas obras, así como de los comentarios sobre Aristóteles y otros; la una, publicada por Marietti (Roma); la otra es la de la Biblioteca de Autores Cristianos (Madrid). En su mayor parte, las citas hechas en este texto han sido traducidas por mí. El arreglo sistemático de la obra de Aquino hace innecesarias referencias concretas. "ST", quiere decir *Summa theologiae*, desde luego. Cabe además citar la admirable obra de A. P. d'Entrèves, *Aquinas: Selected Political Writings*.

y su concepto aristotélico muestra un alto grado de continuidad, más aún si consideramos que, en el campo jurídico, Tomás de Aquino frecuentemente mantiene nociones medievales y rechaza a Aristóteles. Algo semejante encontramos en el campo del pensamiento político, pues en este campo Tomás de Aquino, al contrario de Aristóteles, se inclina por la monarquía, aun cuando esta inclinación monárquica se modifica con el reconocimiento de la importancia que tienen las limitaciones constitucionales a fin de completar las restricciones impuestas por la iglesia en pro de la justicia cristiana, más particularmente en el campo espiritual.² El papel de la iglesia en su relación con el gobierno persuadió a Tomás de Aquino, al igual que a la mayoría de los pensadores de la Edad Media, de que la ley natural es de importancia decisiva, puesto que sólo con una norma de carácter más general como ésta y superior a la ley positiva, era posible lograr que se aplicara, siquiera en parte, la justicia cristiana. Sin embargo, dentro de este contexto general, Tomás de Aquino, en contraste con Agustín y siguiendo a Aristóteles, interpretó el orden político como una emanación natural de la sociabilidad y la razón humanas. Cabe recordar que Agustín contemplaba al gobierno, cualquiera

² Cuando escribí la primera edición alemana de este libro, opinaba, como casi todos los escritores dedicados a esta materia (véase la Introducción a la obra de Phelan ya citada), que Tomás de Aquino estaba en favor de la monarquía como forma de gobierno, sin tomar en cuenta las limitaciones constitucionales. Ahora ya no considero sostenible semejante punto de vista y espero demostrarlo en breve. Véase el interesante artículo de Katherine Archibald: "The Concept of Social Hierarchy in the Writings of St. Thomas Aquinas", en *Historian*, XII, 1949, pp. 28-54.

que fuera la forma en que estuviera organizado, como una consecuencia del pecado, cuya principal justificación era la tarea espiritual de ayudar a la iglesia en la lucha contra esta maldad innata del hombre, por medio de órdenes y castigos. Santo Tomás acentuó el papel positivo, constructivo y creador del orden político. Y digo orden político y no estado, porque lamento el ya de antiguo establecido hábito de hablar del gobierno medieval como de un estado, cuando nada hay que justifique semejante anacronismo. Para el pensamiento medieval, había príncipes, señores, dominio y gobierno (*principes, domini, dominium, regimen*). Éstos eran los temas del pensamiento político. Típicamente, el estudio político de Tomás de Aquino se denomina *De regimine principum*. Como muchos otros de este tipo, se ocupa, bajo este título, del gobierno de los príncipes.³ La diferencia es de considerable importancia para la filosofía jurídica, porque en el concepto del estado moderno, el poder legislativo irrestricto es central. Sin embargo, era este poder legislativo irrestricto lo que el derecho medieval negaba a los príncipes y, dentro de los estrechos límites que fijó para el reconocimiento de una autoridad legislativa, ató al príncipe a la cooperación de los estados. De importancia básica era el concepto de que toda ley era, fundamentalmente, una costumbre jurídica, y de que la legislación sólo tenía por función aclarar y dilucidar esta ley de la costumbre. Y como tampoco tenía un gran papel el ejecutivo, en el sentido de la administración moderna —apenas el siglo XIII empezó a dar señales de la formación de una burocracia central como la que es típica del es-

³ Véase, de Phelan, la obra ya citada.

tado moderno—, el primer deber del príncipe, además de la guerra y de las relaciones exteriores, era el de hacer justicia, por ser el máximo juez, y designar los castigos que tenían por objeto lograr la obediencia de la ley. Es sólo dentro de este marco de un gobierno primordialmente judicial, que pueden comprenderse la filosofía jurídica y la ley natural del medievo.

Si nos preguntamos cuál es el contenido concreto de la filosofía jurídica de Tomás de Aquino y los escolásticos, cabe señalar, en primer término, que sólo es posible comprenderlo dentro de la estructura general de la cosmología y la ontología escolásticas. Puesto que no vamos a ocuparnos aquí de tan vasto y complicado tema, es conveniente indicar el marco general dentro del cual la ley del hombre encuentra su sitio y logra su significado. Por supuesto, este marco es el de la teología racional escolástica, que ofrece un amplio campo de especulación a la razón natural, siempre y cuando se respeten los límites establecidos por la revelación sobrenatural.⁴

La ley humana, en sus diferentes formas, complementa la ley divina, la ley natural y la ley eterna al ocuparse de los problemas concretos de una comunidad determinada. Esta ley humana positiva se divide en derecho romano, derecho canónico, el derecho local del rey, y el derecho consuetudinario. Es evidente que Tomás de Aquino poseía una clara idea de la legislación,

⁴ Al hablar aquí de una teología "racional", no me refiero, desde luego, a lo que en la edad del racionalismo y de la ilustración se conoció con el nombre de "religión racional". Antes bien, lo que tengo en mente es la clase de dogma sumamente racionalizado que emplea el "razonamiento" en gran escala para apoyar las proposiciones hechas por la revelación.

en contraste con la adjudicación; ello se prueba así en la totalidad de su discurso. Esto debe dejarse sentado, a fin de desmentir la tendencia a considerar el derecho medieval, en su totalidad, como otorgado; pero también debe aclararse que Tomás de Aquino sujeta por completo el orden político, es decir, todo gobierno, a la ley o, para decirlo en otra forma, la ley es lo primero dentro del marco en que debe moverse todo gobierno cristiano. Está en armonía con esta visión general en que él, en último análisis, sujeta la autoridad temporal a la autoridad espiritual. Pues, aunque Tomás de Aquino no fuera radicalmente eclesiástico en su concepción, sus puntos de vista acerca de cómo juzgar la acción y comportamiento de los príncipes era tan decididamente moral que, en su opinión, esta tarea debe atribuirse a la iglesia.

De acuerdo con esta concepción general del derecho, Tomás de Aquino considera cuatro cuestiones principales, en su esfuerzo por definirlo.⁵ Primero, se pregunta si el derecho y las leyes (*lex*) son algo racional o razonable. Responde que, puesto que la ley es una regla y una medida de la acción humana, deberá, necesariamente, estar relacionada con la razón. Como es habitual en él, menciona tres argumentos contrarios: uno, tomado de la Sagrada Escritura, ya que el Apóstol ha hablado de las leyes de los miembros del cuerpo y, evidentemente, esto no tiene relación alguna con la razón. El segundo argumento deriva de la doctrina escolástica de la esencia, y dice, en efecto, que la ley no es ni la fuerza de la razón, ni un modo de ella, ni tampoco su realización. El tercero se funda en la reflexión de

⁵ ST, II.1.90.1, Respuesta a la objeción 3. La Cuestión 90 contiene en su totalidad la argumentación aquí resumida.

que la ley es un mandato y, por tanto, es cuestión de la voluntad, no de la razón. Tomás de Aquino contesta los tres argumentos con una sutileza que no podemos exponer aquí. Es significativo el hecho de que observa, por una parte, que la razón debe recibir su fuerza motriz de la voluntad, pero que la razón describe los medios que son necesarios para realizar el propósito que la voluntad ha determinado y, por la otra, que, precisamente porque la voluntad "legisla", debe estar sujeta a la ley. En vista de semejante consideración, Tomás de Aquino destaca que la regla jurídica *voluntas principis legis habet vigorem* debe entenderse como sujeta a una razón superior, pues, dice, de otra forma la voluntad del príncipe no sería ley, sino injusticia.

La siguiente importante pregunta que Santo Tomás se hace es si la ley va dirigida hacia el bien general. Su respuesta es positiva. Puesto que la ley es una regla para el comportamiento humano y, puesto que el propósito de este comportamiento es la felicidad, se deduce que la ley debe, necesariamente, ir dirigida hacia el bien común. Las objeciones consideradas por Tomás de Aquino se refieren, principalmente, al hecho de que todas las leyes se ocupan de determinados buenos propósitos y acciones y, por tanto, aparentemente no tienen relación con el bien común, sino con el bienestar de individuos o de un determinado grupo de individuos. En su respuesta insiste en que todos estos bienes y propósitos especiales están, como tales, relacionados con el último fin que, para la comunidad, es todo su fin. En relación con este punto, cita a Aristóteles, quien llamó a la *polis* la comunidad perfecta, y calificó de justas las leyes únicamente cuando sirven al bienestar de la *polis*. Sólo la generalidad

del último fin común produce un orden legal derivado de los fines y propósitos particulares.

La tercera pregunta gira alrededor del tema de si todos tenemos una razón adecuada para formular leyes. Lo niega, en vista de su respuesta a la segunda pregunta, pues si el objeto de la ley es servir el bien común y el bienestar, sólo podrá ser creada por la razón de todos, o por el príncipe, actuando en su nombre y representación. A estas objeciones, tan artificiales que casi parecen "cogidas por los pelos", contesta Tomás de Aquino en el mismo sentido de su respuesta precedente. El bien general, que posee existencia objetiva, puede asegurarse sólo por la comunidad o sus representantes. Tal vez sea significativo que no se den razones concretas que apoyen esta proposición. La aseveración se repite, simplemente, una y otra vez, tanto por lo que hace a la capacidad legislativa de la multitud, como en relación con la calidad representativa del príncipe.

Sin entrar en detalles, la cuarta pregunta que ahora toca mencionar inquiriere si la publicación es esencial para la ley. Santo Tomás nos responde muy claramente que así es. El argumento que esgrime es que, puesto que la ley contiene la regla que se aplica a quienes están sujetos a ella, dicha regla debe ser puesta en su conocimiento, para poder tener la fuerza de la obligatoriedad. Esta regla se deriva del derecho canónico, citado por Tomás de Aquino en relación con este punto.

Con base en este cuádruple análisis, establece su definición de la ley. Una ley es una ordenanza de la razón para el bien común, hecha pública por aquel que está al cuidado de la comunidad; *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*,

*ab eo qui cura communitatis habet promulgata.*⁶ El nacionalismo del gran escolástico aparece muy claramente en esta definición. El elemento voluntad está totalmente subordinado a la base razonable de toda ley. Semejante punto de vista deja abierta la cuestión de cuál es la situación en relación con reglas que, evidentemente, son contrarias a la razón. En este punto, la iglesia, como guardián de los valores espirituales y conexos, tiene una importante función que cumplir. "Los reyes deben estar sujetos a los sacerdotes", escribió Tomás de Aquino. Es deber de la iglesia, como ya dije, asegurarse de que los príncipes actúen de acuerdo con los conceptos y el orden de vida cristianos. Si llegaran a desobedecer las amonestaciones de la iglesia, también ellos deberán ser desobedecidos. En este caso, sus órdenes dejan de ser leyes.

¿Se pide, entonces, a los súbditos que hagan resistencia? Sí, en caso de excomunión. "Por tanto, tan pronto como un gobernante cae bajo sentencia de excomunión, por apostatar de la fe, sus súbditos quedan, *ipso facto*, absueltos de su régimen, así como del juramento de fidelidad que a él los sujetaba" (ST, II.2, 12, 2). Pero eso no es todo. La obediencia es, con toda seguridad, un precepto tanto del derecho divino como de la ley natural (ST, II. 2104.1) y, por tanto, un deber religioso. Es el antiguo argumento de que, sin obediencia, no hay orden posible. "El hombre está obligado a obedecer a los gobernantes seculares, en la medida en que el orden de justicia lo requiera" (*ibid.*, Art. 6). Pero hay una impor-

⁶ *Ibid.*, Art. 4, Respuesta. La siguiente cita está tomada de *De regimine principum*, I.18. Toda esta argumentación es de importancia fundamental. Véase, también, ST, II.2.60.6.

tante limitación. "Si dichos gobernantes no tienen justo título para gobernar, sino que lo han usurpado, o si ordenan que se ejecuten acciones que son injustas, sus súbditos no están obligados a obedecerlos, salvo, tal vez, en ciertos casos especiales, cuando se trata de evitar el escándalo, o un determinado peligro" (*ibid.*). Es ésta una opinión que encontramos expresada una y otra vez, en diversas formas; es la consecuencia lógica de toda doctrina que sostiene que la ley antecede al gobierno y lo limita.⁷

Las peligrosas consecuencias de semejante doctrina para el orden legal, que ofrecieron sorprendentes ejemplos durante la generación que siguió a la de Tomás de Aquino, tanto en la cautividad de Babilonia del Papa como en el conflicto con el emperador Luis de Baviera, llevaron muy pronto a una doctrina totalmente opuesta. Su aspecto metafísico encontró expresión en la gran lucha acerca del nominalismo y el realismo. Guillermo de Occam (1280-1349) fue el más agudo representante del punto de vista de que los universales, los conceptos generales, no son reales (*realia*), sino meros nombres (*nominalia*).⁸ Las impresio-

⁷ Para un importante estudio de esta cuestión, véase, de Carlyle y Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, vol. III, cap. v, y de John Dickinson, Introducción a la edición de *The Statesman's Book of John of Salisbury, Being the Fourth, Fifth, and Sixth Books, and Selections from the Seventh and Eighth Books, of Policraticus*, 1927, especialmente pp. LXVI ss.

⁸ Por cuanto se refiere a Occam, véase, de Georges de Lagarde, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, vols. IV-VI, 1946, que se ocupan del "individualismo" de Occam; Max A. Sheppard, "William Occam and the Higher Law", *American Political Science Review*, vol. XXIV, 1932, pp. 1005 ss., y vol. XXVII, 1933, pp. 24 ss., así como las obras allí mencionadas. Véase, asimismo, de Henry O. Taylor, *The Medieval Mind*, 1919,

nes de los sentidos y otras experiencias humanas se dan realmente y de ellas se derivan nombres, pero la realidad es separada, está aparte, es independiente de estos nombres. Este punto de vista, que destruye los fundamentos de una teología racional (el problema vuelve a presentarse durante la Reforma, mucho más exacerbado), es de enorme importancia para la filosofía jurídica. Porque la razón práctica se convierte, dentro de semejante contexto, en una expresión de la voluntad pura y se destruye la relación entre la razón pura y los actos de la voluntad. La voluntad de Dios es la base última y decisiva de todo derecho y de toda ley. Ni siquiera un gran pecado puede ser juzgado por la razón pura. Semejante doctrina libra a Dios de todas las objeciones racionalistas; las cuestiones de fe son misteriosas. Más aún, se cree que lo que se aplica a Dios en su voluntad insondable es cierto también, por analogía, de la sociedad humana. El orden jurídico y sus leyes están aquí, y son válidos porque quienes poseen la autoridad así lo han deseado. En esta perspectiva, la autoridad del emperador será incontestable mientras sea emperador por derecho y legitimidad. En este aspecto, los conceptos de Occam se ligan a los de Marsilio de Padua (1275-1343).⁹ Marsilio cons-

vol. II, pp. 548 ss., así como los inteligentes comentarios de Ewart Lewis en su obra *Medieval Political Ideas*, 1954, una hábil selección de escritos. Véase, también, de Carlyle y Carlyle, *op. cit.*, vol. VI, Parte I, y de Alois Dempf, *Sacrum Imperium*, 1929, Parte III, cap. IV.

⁹ A este respecto, véase, de Alan Gewirth, *A Defender of Peace: Marsilius of Padua*, 1951; C. W. Previté-Orton, Introducción a su edición de *Defensor pacis*; Alberto Checchini y Norberto Bobbio, *Marsilio da Padova: studi raccolti*, 1941; De Lagarde, *op. cit.*, vol. II, 1942, acerca de Marsilio; A. P. d'Entrèves, *The Medieval Contribution*

truye su argumento sobre la interpretación naturalista de Aristóteles en el sentido de Averroes, es decir, sin coloración del pensamiento escolástico. El derecho y las leyes deben su validez, en último análisis, a la voluntad del pueblo, el cual decide, bien directamente o por medio de representantes electos, lo que deberá ser ley. La validez de la ley deriva de la persona que participa en su creación. Sin embargo, se considera al pueblo más con criterio aristocrático que democrático, como lo indica su conocida limitación relativa a la *valentior pars* (o sea, la *sanior et melior pars* de la tradición medieval). A este respecto, Marsilio hace hincapié en el aspecto procesal de la ley, que no se acentúa de modo parecido en Aristóteles ni en la tradición aristotélica. Éste es un aspecto que había de adquirir mayor importancia en el pensamiento político y jurídico posterior, ya que estaba arraigado en una considerable extensión en las peculiaridades institucionales del periodo feudal, sintetizadas en la Carta Magna (véase más adelante, cap. IX). Es sorprende que inmediatamente y en este periodo temprano el peligro del positivismo levante cabeza: la ley es esencialmente un mandato coercitivo.¹⁰

to *Political Thought*; y, de L. Tieglitz, *Die Staatstheorie des Marsilius von Padua - ein Beitrag...*, 1914.

¹⁰ Gewirth, *op. cit.*, I, p. 134; en la p. 135, Gewirth observa con razón que "el positivismo de Marsilio consiste, así, no en una negativa de que haya normas objetivas de justicia, sino en todo caso en una insistencia en que no se confundan esas normas con los preceptos que funcionan efectivamente como leyes del estado". Su positivismo es, pues, limitado en estos términos. La opinión de Gewirth ha sido contradicha recientemente sobre este punto por la señora Ewart Lewis en un docto artículo, "The positivism & Marsiglio Padua", en *Speculum*, vol. XXXVIII, pp. 541-582, pero el punto principal de su

Ese mandato coercitivo constituye la "forma" esencial de una ley, omisión hecha de su contenido. Cuando un mandato de esta naturaleza va acompañado de sanciones adecuadas —cas-tigo, en términos de Marsilio— tenemos entonces la ley, lo mismo si es afirmativa, prohibitiva o permisiva. La distinción subyacente entre aspectos formales y materiales y, en relación con ella, la dicotomía de paz y orden en contraste con la justicia, había de tener consecuencias de largo alcance, como se verá a continuación.

La fuerza concedida al aspecto de mandato de la ley en el sentido formal está, por supuesto, vinculada con la acentuación de la participación "popular". Marsilio ganó así una mayor influencia en el desarrollo de la teoría conciliar, la cual trataba básicamente de aplicar el concepto sobre la ley y la legislación al derecho eclesiástico. Por limitaciones de espacio no podemos entrar en una exploración más detallada de esta importante consecuencia práctica.¹¹ Añádase, sin embargo, a esto que Marsilio insistía concretamente en que una ley es inútil cuando no se obedece y que la ley tiene mayores probabilidades de obedecerse cuando se ha adoptado

argumento atañe a la originalidad de Marsilio; no afecta a lo que se dice en este texto. Por lo que se refiere al problema de la *valentior pars*, véase C. H. McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, 1932, pp. 302 ss.

¹¹ Véase Paul E. Sigmund, Jr., "The Influence of Marsilius of Padua on xvth-Century Conciliarism", *Journal of the History of Ideas*, XXIII, 1962, 392-402, especialmente p. 398. Los pasajes clave de Marsilio sobre este problema se encuentran en su *Defensor Pacis*, Dictio I, capítulo XII, § 3: "legislatorem seu causam legis effectivam primam et propriam esse populum seu civium universitatem aut eius valenciorem partem... valenciorem inquam partem considerata quantitate personarum et qualitate in communitate illa super quam lex fertur..."

por una mayoría del pueblo. Marsilio cita a Aristóteles como el hombre que explica que la ley mejor es aquella que resulta de la opinión de los ciudadanos: el hijo de una ciudad-estado italiana reconoce en este pensamiento del ateniense la realidad jurídica de su propio hogar político.

Desafortunadamente, no podemos explorar aquí los interesantes problemas presentados por la cuestión de cómo los juristas y, particularmente los posglosadores, desarrollaron y transformaron este argumento metafísico. Tampoco podemos escudriñar los orígenes de la relación con la doctrina de Azo (cerca de 1200), acerca del *imperium merum*, como ejercicio del poder local. Es una doctrina interesante desde el punto de vista de la filosofía jurídica, porque apunta en dirección al problema de la soberanía que, más tarde, desempeñaría importantísimo papel en las ideas de Bodino y otros.¹²

Para resumir, podemos decir que los escolásticos, aparte de que hayan considerado al derecho y a las leyes como expresión de la voluntad o de la razón, atribuyeron no sólo al príncipe, sino al pueblo, un papel decisivo. Todo absolutismo estricto es ajeno a la Edad Media. Se considera que la ley está por encima del orden político, es decir, del orden gubernamental. El príncipe es, primordialmente, el juez supremo en todo lo que

¹² En relación con estas cuestiones, compárese el tratamiento clásico de Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (6 volúmenes, 1851-81). También encontramos interesante material en la obra de Otto von Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. III. Véase, también de Myron Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought, 1200-1600*, 1941, así como el capítulo VII, "El derecho como hecho histórico", de la presente obra.

atañe al orden interno de la comunidad jurídica, y el ejercicio de su potestad como juez depende de que reconozca que la ley es como un orden eterno del ser. Este orden del ser (*ordo*) es el verdadero significado de la ley natural cristiana.

VII. EL DERECHO COMO HECHO HISTÓRICO

LOS HUMANISTAS

EL DERECHO natural desarrollado por la teología y la filosofía medievales, que tan profundamente había formulado Tomás de Aquino, y que los últimos juristas medievales utilizaron como la base permanente y establecida de su pensamiento general acerca del derecho, en fin, este derecho natural cristiano se vio desafiado por vez primera, y seriamente, por los humanistas con formación histórica del siglo XVI. Su entusiasmo por la antigüedad clásica los impulsó a investigar en diversos autores, particularmente Cicerón, el significado preciso de conocidos pasajes jurídicos del *Corpus juris civilis*. Su búsqueda los condujo, ineludiblemente, al derecho natural de los estoicos. Pero, además de este redescubrimiento —o, mejor dicho, esta revalidación de los conceptos estoicos relativos al derecho natural— surgió, al mismo tiempo, una visión más clara de los procedimientos para la creación del derecho y, más particularmente, de la legislación, ya que estos dos aspectos del derecho dependen de la comprensión histórica de su desenvolvimiento.

En realidad, cien años antes de los grandes juristas humanistas había ocurrido ya un cambio hacia una visión más histórica del derecho en la jurisprudencia de Sir John Fortescue (1400-1476), quien, en sus reflexiones acerca de la situación política de Inglaterra en comparación con la de Francia, se dedicó a buscar una explicación a las condiciones históricas concretas del desarrollo jurídico inglés. Muy particularmente en su traba-