

302809



UNIVERSIDAD MOTOLINIA, A. C.

ESCUELA DE DERECHO

CLAVE 302809

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**"LIMITES RACIONALES AL PODER POLITICO
Y AL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CARLOS ARMANDO SANTILLAN ALCOGER

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JOSE LUIS FRANCO VARELA



MEXICO, D.F.

2004

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

José Luis Franco Varela
NOTARIO PUBLICO NUM. 150

Mexico, D.F., a 10 de marzo del 2004.

Asunto: Se emite voto aprobatorio.

En mi caracter de Director de la tesis titulada "LIMITES RACIONALES AL PODER POLÍTICO Y AL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO", que para obtener el titulo de Licenciado en Derecho presenta el alumno CARLOS ARMANDO SANTILLAN ALCOCER , con numero de cuenta 87617308-6, me permito emitir voto aprobatorio, en virtud de que considero que dicha investigación reúne los requisitos de contenido académico y forma establecidos por el reglamento.

Atentamente

LIC. JOSÉ LUIS FRANCO VARELA.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional

NOMBRE: Carlos Armando Santillán Alcocer

FECHA: 4 de junio del 2004

FIRMA: Carlos Armando Santillán Alcocer

Lic. José Antonio Ortiz Cerón

México, D.F 17 de Marzo del 2004.

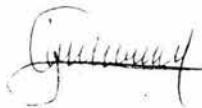
Lic. José Luis Franco Varela
Director Técnico
**ESCUELA DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD MOTOLINIA, A.C.**

Distinguido Maestro:

Me permito manifestarle que he recibido para su revisión, la tesis titulada "**LIMITES RACIONALES AL PODER POLÍTICO Y AL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO**", que para obtener el título de Licenciado en Derecho presenta el alumno **CARLOS ARMANDO SANTILLÁN ALCOCER** quien se encuentra inscrito ante esa Universidad con el número de cuenta **87617308-6**

Después de haber revisado dicho trabajo de investigación, encuentro que cumple en su estructura con los requisitos de validez que exige la Ley Federal del Derecho de Autor. Por lo tanto, me permito dar mi voto aprobatorio.

Atentamente,



José Antonio Ortiz Cerón
Licenciado en Derecho
Cédula Prof. # 157759

"Los libros son los transmisores de la Civilización.

*Sin ellos, la Historia está callada, la Literatura muda,
la Ciencia incapacitada; el Pensamiento
y la especulación, paralizados.*

*Son los motores del cambio, las ventanas del mundo,
los faros inhiestos en el mar del tiempo".*

BARBARA TUCHMAN

**"LIMITES RACIONALES AL PODER POLITICO
Y AL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO"**

*"Cuando la arbitrariedad y la ilegalidad, osan levantar su cabeza,
se puede reconocer en este signo que los que están llamados
a defender la ley no cumplen con su deber".*

"La defensa del Derecho es un deber que tenemos para con la sociedad".

VON IHERING.

*"La corrupción de la Justicia tiene dos causas:
La falsa prudencia del sabio y
la violencia del poderoso".*

TOMAS DE AQUINO

A AQUELLOS, en cuyas manos consista la suerte de los hombres y de las naciones; a aquellos quienes conduzcan, hoy y mañana, los destinos de mi queridísimo México.

A MI FAMILIA: a mi madre Ana Teresa Alcocer Otero; a la memoria de mi padre Carlos Rafael Santillán Leyva; a mi hermana Ana Paola Santillán Alcocer; a mis lindísimos abuelos María Teresa Otero Peñaranda y Armando Alcocer Ahedo.

A Patricia Ferro Mier, con inconmensurable amor. Eres la mayor motivación de mi vida, la luz que ilumina mi camino.

A LA H. UNIVERSIDAD MOTOLINIA, con orgullo pleno.

A MIS ADMIRABLES MAESTROS, quienes con gusto y paciencia compartieron conmigo sus conocimientos; en especial a mi Director de Tesis, Lic. José Luis Franco Varela, Director de la H. Universidad Motolinía; al revisor de Tesis, Lic. José Antonio Ortiz Cerón. Con gratitud y respeto.

A MI ESCUELA DE DERECHO, pensando en la Justicia.

CON DEDICATORIA TAMBIEN A:

A Adriana Alcocer Otero, por tolerante, sencilla y bondadosa.

A Armando Alcocer Otero, por prudente, sabio y humilde.

A Arturo Alcocer Otero, por compartir tus conocimientos conmigo; por ser mi guía en mi vida profesional y personal.

A Alberto Alcocer Otero, por la admiración que te guardo por tu tenacidad y disciplina.

A Jaime Larrazabal Bretón, porque eres ejemplo de lealtad, honestidad, visión y espíritu de servicio.

A ellos, por creer en mí, con gratitud y con profunda admiración por su optimismo en la manera de concebir la vida y por dar a los demás incondicionalmente, siempre a manos llenas, lo mejor de ustedes.

PROLOGO.

Frecuentemente leemos u oímos sobre proposiciones de eliminar el requisito de la Tesis en los estudios de Licenciatura. Personalmente no estoy de acuerdo con este empobrecimiento de la carrera, ya que como Abogado, durante varios decenios se tendrá que escribir memoranda, informes técnicos, alegatos, artículos, ponencias, demandas, contestación a las demandas, escritos de ofrecimiento de pruebas o simplemente cartas persuasivas. Mediante la Tesis, se obtiene cierto grado de conocimiento de técnica de investigación, que sirve a lo largo de los años, para el desenvolvimiento profesional.

Agradezco enormemente la ayuda que me brindó la obra titulada "Tesis", del Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla, para aprender las técnicas de investigación que me condujeron a realizar el presente trabajo recepcional; obra valiosísima por la cual, debo reconocer con sinceridad, me fue útil para hoy no estar de acuerdo con las proposiciones de eliminar de la carrera el requisito de la Tesis. Agradezco, con igual entusiasmo y calidez, a la Universidad Anáhuac del Norte y al personal de su Biblioteca; al personal de la Biblioteca Nacional y al de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, por facilitarme el acceso al material bibliográfico que utilicé para llevar a cabo el presente trabajo de Tesis.

A lo largo de los cinco años que toma realizar los estudios necesarios para convertirse en Abogado, se despertó en mí un gran interés por la idea de Justicia; inquietándome la discordia que existe entre su belleza ideal y la fealdad atormentadora de su inexistencia a plenitud en la práctica.

Es grave que se cometan injusticias en el mundo entero -normalmente por quienes detentan el poder-, sin embargo, creo que es más grave aún que exista tolerancia a este mal. Debemos evitar los abusos del poder a través de los diversos instrumentos de participación social de los individuos en la vida nacional como son: la participación ciudadana en la vida pública; a través de la buena educación a las nuevas generaciones; en la formación constante de la opinión pública mediante el conocimiento de los hechos verdaderos que acontecen en la vida nacional; por conducto del sufragio universal; etc., que se traduzca en respeto a la ley; en promover y reforzar nuestro sentido de solidaridad humana mundial; nuestro sentido de identidad de nación y prosecución de los fines verdaderamente valiosos del Hombre en el ámbito moral y de Justicia.

El mundo ha concluido el siglo XX con una población de más de seis mil millones de seres humanos y con avances evolutivos culturales muy considerables de toda índole: en materia científica, económica, política y jurídica, que tienen gran impacto en la vida social en todas sus estructuras. Por eso mismo las formas de vida en la Tierra no se pueden considerar como un principio inmutable y constante, lo que tiene mucha lógica si tomamos en cuenta que la población crece en forma geométrica junto con sus correspondientes necesidades humanas, y los medios de satisfacerlas no crecen en la misma medida. A esto hay que aunar el fenómeno, connatural a la especie humana y paralelo al proceso evolutivo, de la creación de nuevas necesidades que deben ser satisfechas.

Hoy la humanidad se enfrenta no sólo al cambio de siglo, sino a cambios -más marcados que nunca- de toda índole en la cultura tanto en la vida pública de las naciones

como en la vida interior individual. Recordemos que la calidad y forma de la vida pública es resultado de lo que el hombre individual proyecta en un proceso interno racional valorativo de los actos humanos. El hombre tiene una doble vida, una individual con su "yo" interno, y la otra, la vida social que experimenta frente a los demás seres humanos. Esta dualidad tiene influencias recíprocas; nuestros valores ético-morales pueden cambiar con la influencia del medio exterior social, y viceversa, sobre el entorno social impactan las formas de estructura interior del hombre.

La evolución es connatural al mundo; todas las especies vivientes (aun las no pensantes) se adaptan biológicamente al medio ambiente natural que las circundan (este fenómeno está probado por la ciencia y lo sostuvo certeramente Charles Robert Darwin). Si existe esto en el plano biológico, con mayor razón se da en el plano de lo social, en el hombre por excelencia, debido a que está dotado de inteligencia y voluntad -que lo eleva por encima de todos los seres vivientes sobre la Tierra y lo lleva a vivir socialmente- para cambiar su propio entorno natural por cuantiosos medios, quien se adapta en el tiempo a una vida más cómoda, porque así es su naturaleza. A este fenómeno de adaptabilidad y de cambio evolutivo en el plano social se le ha dado el nombre de "Darwinismo Social".

La evolución, por supuesto, es sinónimo de "cambio", de "adaptación" a un medio que nos rodea para buscar una mejor vida y, finalmente, la supervivencia. Siempre ha existido el fenómeno evolutivo y por ello el cambio del entorno que rodea a la vida misma (interior y exterior). Pero hoy ese trance social que sufre la humanidad es más marcado y acelerado que nunca debido: al número de habitantes en el mundo; al nivel de tecnología científica actual; a la mayor participación de la humanidad en su entorno político; por la mayor atención actual a los problemas que aquejan al mundo entero, etc.

Hoy esos cambios han conducido a romper viejos esquemas de conducta, y a replantear las formas de esos esquemas culturales. Y las diversas formas adoptadas han conducido necesariamente a cambios sustanciales en dos direcciones: 1. En la interioridad: a centrar nuestra atención hacia el código de valores y de fines valiosos para el hombre en la propia conciencia (moral), que nos llevan a enjuiciar nuestros actos en lo individual y que trasciendan en la vida social para cumplir con la misión o fin que tenemos en lo material y espiritual. 2. En la vida social: a buscar los lineamientos o normas de conducta que deban regir la vida entre los diferentes núcleos humanos, desde la familia, las ciudades, las naciones, los Estados y el mundo entero, en la vida social (pública y privada).

Hoy vivimos el comienzo de una revolución ideológica de "cambio" en el mundo entero; es innegable y evidente la existencia de esa tendencia en todos los ámbitos culturales, que es resultado de la evolución natural del hombre en la Historia. Ese cambio que vivimos hoy son el resultado de los reajustes en todas las esferas de las estructuras sociales, como respuesta automática, instintiva y muchas veces incluso inconsciente de la humanidad a una búsqueda de una mejor vida.

La unificación volitiva, en virtud de la cual nace en el individuo la voluntad eficaz para lo colectivo, se produce, sobre todo, como un proceso de ordenación y acomodación psicológica dentro de cada individuo, que se ve presionado en cada momento por la conveniencia social y en el estado habitual de una conciencia del

nosotros más o menos clara y firme, que la educación de numerosas generaciones ha engendrado con el tiempo.

Las causas intelectuales, morales, religiosas y económicas son los primeros poderes del hombre, pues brotan por impulso libre y propio y son los bienes que forman el alimento siempre creciente de la vida social, y han sido siempre las fuentes inmediatas de vida desde los comienzos de los pequeños grupos humanos. Si aceptamos que éstas reciben influencias de la tecnología actual (genética de punta, electrónica avanzada, etc.); de los problemas sociales que se crean por el gran número de moradores en la Tierra, por la escasez de los medios para lograr el desenvolvimiento social, concluiremos que existe una preocupación latente por encontrar nuevas formas de vida que tiendan a proteger el crecimiento y la supervivencia humana.

Debe, para ello establecerse una justa y armónica relación entre todas las fuentes, fuerzas y bienes para que se forme en la sociedad una atmósfera saludable de influencias recíprocas, propias para favorecer el crecimiento general mundial y dicha supervivencia.

El mundo está regido por ideas; el sentir de los hombres en lo individual se proyecta en una voluntad colectiva que refleja el "*espíritu del mundo*". Todos los hombres, sin excepción contribuimos a mejorar o empeorar nuestro mundo; debemos –en el ámbito de vida privado y público- propagar nuestro sentido de Justicia y de solidaridad humana en todos los rincones de la Tierra. El "*espíritu del mundo*" a través de los esfuerzos de la ciencia y de toda la organización práctica, deben tender a lograr que el desarrollo de las naciones sea comprendida y regulada dentro de las verdaderas y justas relaciones con el orden natural-racional de las cosas; es decir, de toda verdad y de todo bien, para su sano desenvolvimiento.

Es tiempo de que como humanidad hagamos un profundo análisis de su trayectoria evolutiva-histórica en su desenvolvimiento social, empleando todos los medios materiales y humanos, utilizando las tres principales fuentes del saber: la *Historia*, la *Ciencia* y la *Filosofía*, para desentrañar, reflexivamente, las verdaderas causas de todos los males culturales de los pueblos en el presente que se vienen arrastrando de muy boncas raíces del pasado. Debe hacerse un estudio racional profundo previo, para tomar las medidas pertinentes tendientes a resolver hoy y a evitar mañana, en la medida de lo posible, los múltiples problemas sociales del mundo, o por lo menos tender a aminorarlos en la medida de lo posible, mediante la planeación –en todos los aspectos- del crecimiento de los asentamientos humanos y el establecimiento de los fines dignos que debemos perseguir. El profundo estudio de estos fines del hombre y las formas de alcanzarlos, debe preceder a toda acción política.

La historia evolutiva de la vida del hombre debe orientarse, y se empiezan a hacer esfuerzos más serios en nuestra época –afortunadamente-, hacia un interés en el renovado "*diálogo*" entre las ciencias naturales, la filosofía e incluso la religión. Este diálogo ha sido propuesto ya por científicos, filósofos y teólogos en todo el mundo. Hoy encontramos disciplinas más desarrolladas en los saberes tanto en materia científica, como filosófica e incluso teológica, que buscan un origen común y con ello, una interpretación "*cuántica*" de la vida toda en conformidad con el cosmos completo.

En esta búsqueda o *diálogo* entre estos saberes encontramos temas como las relaciones históricas y contemporáneas entre la religión y la ciencia; los modos de razonamiento y de práctica en la religión y la ciencia; la "Creación", como se entiende en la física moderna, en la filosofía y en la teología bíblica y sistemática; el estatuto del realismo filosófico en la ciencia y en la religión; el "ajuste fino" en el universo temprano, el principio antrópico, y los argumentos correspondientes a la existencia de Dios; las cuestiones filosóficas y teológicas de la cosmología y de la física cuántica; la acción de Dios en el mundo; la viabilidad de la teología natural hoy; metáforas y modelos que relacionan a la teología con la ciencia; el punto de vista de la cosmología física acerca del futuro de la vida a largo plazo y el significado de Dios en este proceso...

Gran parte de nuestro mundo está fragmentado, desintegrado. La vida humana, en gran parte, transcurre en condiciones de soledad y hostilidad. La división entre naciones ricas y pobres continua creciendo; el contraste Norte-Sur se acentúa y es cada vez más intolerable. El antagonismo entre razas y religiones divide a las naciones en campos de batalla; los conflictos históricos no muestran signos de mitigación. Incluso dentro de la comunidad académica, persiste la separación entre la verdad y los valores, y el aislamiento de sus diversas culturas –científica, humanística y religiosa– haciendo a veces difícil –sino imposible–, el *diálogo común*.

Pero al mismo tiempo vemos en amplios sectores de la comunidad humana una creciente apertura crítica hacia personas de diferentes culturas, ambientes, competencias y puntos de vista. Cada vez con más frecuencia los hombres buscan la coherencia intelectual y la colaboración, y descubren valores y experiencias comunes, e incluso dentro de sus diversidades. Esta apertura, este intercambio dinámico, es una notable característica de las mismas comunidades científicas internacionales, y se fundamenta en intereses, objetivos y empresas comunes, junto con la profunda conciencia de que las instituciones y los logros de uno a menudo son importantes para el progreso del otro. De forma similar, pero de un modo más sutil, esto se ha verificado, y continua verificándose, entre los grupos más diversos, entre las comunidades que forman la Iglesia, e incluso entre la comunidad científica y la misma Iglesia. Esta tendencia es, esencialmente, un dinamismo hacia aquella unidad que se resiste a la homogeneización y que aprecia la diversidad. Tal comunidad está determinada por un significado común y una comprensión compartida que evoca un sentido de implicación mutua. Grupos que inicialmente no parecerían tener nada en común, pueden comenzar ya a entrar en comunión recíproca con el descubrimiento de una *finalidad humana común*, y esto a su vez puede conducir hacia áreas aun más amplias de comprensión e intereses compartidos.

En el seno de la gran comunidad mundial hay un profundo respeto por todo lo que existe, y trae consigo la esperanza y la garantía de que la frágil bondad, belleza y vida que contemplamos en el universo se encamine hacia una perfección y planificación que no serán aplastadas por las fuerzas de la disolución y la muerte. Esta visión proporciona también un fuerte soporte a los valores que emergen tanto de nuestro conocimiento y apreciación de la Creación como del conocimiento de nosotros mismos en cuanto productos, conocedores y custodios de la Creación misma.

También las disciplinas científicas, como es obvio, no dotan de una comprensión y apreciación de nuestro universo como una comprensión y apreciación del mismo como totalidad, y de la increíblemente rica variedad de procesos y estructuras complicadamente relacionadas que constituyen sus componentes animados e inanimados. Este conocimiento nos ha dado una mayor comprensión de nosotros mismos y de nuestro humilde pero exclusivo papel dentro de la Creación.

Tal conocimiento y poder, como hemos descubierto, pueden ser utilizados noblemente para elevar y mejorar nuestras vidas o, por el contrario, pueden ser explotados para disminuir y destruir la vida humana y el ambiente, incluso a escala global.

Basta observar el increíble desarrollo de la investigación científica para detectar un movimiento subyacente que se dirige hacia el descubrimiento de niveles de una ley y un proceso que unifiquen la realidad creada y que al mismo tiempo hayan dado lugar al vasta diversidad de estructuras y organismos que constituyen tanto los mundos físico y biológico, como psicológico y sociológico.

La Física contemporánea nos suministra un ejemplo sorprendente. La investigación en torno a la unificación de las cuatro fuerzas físicas fundamentales –gravitación, electromagnetismo, interacciones nucleares fuertes y débiles- ha encontrado un gran éxito. Esta unificación puede combinar maravillosamente descubrimientos realizados en los campos cosmológicos y subatómicos y arrojar luz sobre el origen del universo y, eventualmente, sobre el origen de las leyes y constantes que regulan su evolución...

También en el campo de las ciencias biológicas ha ocurrido algo similar. Biólogos moleculares han investigado la estructura de la materia viva, sus funciones y sus procesos de multiplicación. Han descubierto que todos los organismos de la Tierra tienen en su base los mismos constituyentes los cuales componen tanto los genes como las proteínas por ellas codificadas. Es otra impresionante manifestación de la unidad de la naturaleza...

Lo que es importante... es que el diálogo continúe y crezca en profundidad y amplitud. En este proceso debemos superar toda tendencia regresiva que conduzca a un reduccionismo unilateral, al miedo y al aislamiento auto-impuesto. Es absolutamente importante que cada disciplina enriquezca, nutra y desafíe a la otra para ser más plenamente la que debe ser y contribuya a nuestra visión de quienes somos y de lo que llegaremos a ser en el futuro. Hay que emplear todos estos conocimientos, pero sobre todo: la razón.

El Hombre pone en acción su pensamiento por medio de la voluntad. Pero la voluntad debe fundamentar su acción en las ideas que la razón concibe sobre lo verdadero, lo bueno y lo justo. La voluntad no es más que un principio de acción y no se la puede poner en el lugar de un principio racional, ya que la voluntad por sí sola es impotente para formular en tiempo alguno un vínculo social, por ser ella la más personal (subjetiva) que hay en el hombre; en tanto, que los principios racionales de la verdad, del bien y de la Justicia (objetivos), que no pertenecen en propiedad a nadie y que constituyen las leyes del orden natural, forman un vínculo moral y social entre los hombres. El uso de la

razón debe librar a las sociedades de todos los errores y salvarlas de todos los males que las aquejan.

La vida del hombre y de la sociedad flota, en cierto modo, entre las necesidades y los medios de satisfacerlas. Al Derecho y al Estado incumben arreglar la manera como deben ser satisfechas esas necesidades que se refieren a los bienes esenciales de la vida del hombre en la sociedad.

La existencia del Derecho y las formas cambiantes de su contenido descansan siempre sobre una determinada concepción de la vida del hombre y de la sociedad, de sus relaciones recíprocas y, por consiguiente, sobre un determinado sistema de valores. Esta obra trata acerca de esos valores encarnados en Criterios Supremos Ideales Universales, que son rectores del contenido del Derecho y son su causa primaria y fines últimos, que, como principios filosóficos-éticos intrínsecamente válidos, son también comunes a la Moral y a los principios Religiosos más altos.

Estos principios universales que creo desentrañar en esta obra, a través del estudio de numerosas teorías y pensamientos de grandes filósofos, deben ser tomados en cuenta concienzudamente y respetados fielmente en todo momento, por los llamados a la creación del Orden Jurídico, en toda su jerarquía, desde el Constitucional hasta los reglamentos más humildes. Es decir, por los integrantes del Congreso Constituyente -para el caso de que se quiera constituir una nueva nación a través de una nueva Constitución-, o por el Congreso de un Estado ya Constituido (Congreso de la Unión), para crear reformas, adiciones o leyes nuevas de cualquier jerarquía; normas que rigen la conducta de los hombres que forman el pueblo de los Estados.

El Derecho tiene cierto grado de latitud en su interpretación y aplicación, pues es imposible físicamente que prevea absolutamente todas las cosas que puedan darse en la práctica que sean de su interés para darles vida normativa (reglamentarlas); de aquí que el Derecho opere con razonamientos lógicos y con principios que deben aplicarse en el acto de juzgar (jurisdicción), para dar soluciones concretas justas a casos concretos. En una sociedad democrática se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interposición de los principios de Justicia y de su conducta a la ley de éstos, y el instrumento llamado "Derecho" estará presente en todo momento para sancionar el incumplimiento a las propias normas jurídicas.

El Derecho prescribe las actividades de los órganos del poder; todo acto fuera del marco jurídico no es válido para ninguna autoridad, según el principio supremo universal de Derecho de que las autoridades deben hacer exclusivamente lo que la ley les autoriza y obliga ("*Principio de Legalidad*", como norma dispositiva y no prohibitiva), y los particulares, por el contrario, pueden obrar libremente mientras sus actos no contravengan alguna disposición prohibitiva (y no dispositiva) de Derecho. El Derecho marca así los límites al poder del Estado y se convierte en un instrumento de control social, que brinda seguridad social.

Pero el problema no se agota en el acto de aplicar la ley, sino que, para ello, previamente debe hacerse sabedor de cuál es el sentido y espíritu de la ley para

desentrañar el verdadero significado de la norma que encontramos plasmada abstracta, para saber cuáles son verdaderamente los límites a la autoridad y a los mismos particulares. Realmente cada poder constitucional –legislativo, ejecutivo y judicial- expone su interpretación de la Constitución y demás leyes (y, por consiguiente, de los ideales políticos y realidad sociológica que la informan), por ello es importante contar con directrices objetivas para no perderse en la oscuridad y poder interpretar y aplicar la ley de la mejor forma posible. Esas "directrices" o "principios universales" o "criterios supremos ideales universales" del Derecho son a los que me refiero en esta obra que he llamado "*límites racionales*".

Y, aunque es posible afirmar que el Poder Judicial tiene la última palabra en la decisión y resolución de una causa determinada, desgraciadamente, a pesar de contar con criterios objetivos universales –y de contar con herramientas científicas (Técnica Jurídica)- para la interpretación y aplicación de normas jurídicas, no es inmune a influencias políticas poderosas capaces de forzarle a revisar su interpretación de la Constitución y demás leyes, precisamente porque el acto de juzgar implica juicios de valor, implica procesos profundamente racionales, que sólo el hombre puede hacer, y el hombre a pesar de ser maravilloso y notoriamente superior a las demás especies vivientes sobre la Tierra – por estar dotado de inteligencia y voluntad, que lo hace digno-, también es, a la vez, imperfecto, y puede incurrir en errores.

Así, descubrir qué es justo en un momento determinado para "*dar a cada quien lo suyo*" es una tarea inmensa; pienso que, a pesar de ser imposible alcanzar a plenitud la Justicia, siempre debe, eso sí, *tender* a lograrse, con todos los esfuerzos humanos materiales y espirituales posibles, para vivir mejor cada día en sociedad.

Puesto que los límites al poder público los marca el Derecho vigente, y este último nace de los principios universales a que nos referimos en esta obra, deberán tenerse muy presente como orígenes inmediatos y fines últimos, para entender el espíritu de la ley, pues constituyen el alma misma del orden legal. Una vez entendido el sentido, significado y alcance de ese Derecho, puede ser aplicado correctamente por aquellos que detentan el poder en las tres esferas, Ejecutivo, Judicial y Legislativo.

El tema de la "felicidad del hombre" ha sido tratado por grandes pensadores a lo largo de la Historia y, aun hoy, no es posible entender con precisión su significado en su total esencia, ni la fórmula mágica para alcanzarla; sin embargo, por aproximación, conocemos algunas de sus formas y características: *tiende* el hombre a buscar su logro pleno y es indiscutible que esta ligada a conceptos como el "bienestar", la "armonía", la "Justicia", etc. El Derecho es fuente de bienestar, armonía y Justicia.

Hoy más que nunca existe la necesidad de encausar a la humanidad hacia una era de perfeccionamiento integral -material y espiritual-, que permita al hombre vivir mejor cada día, que tienda a alcanzar su felicidad y salvación.

La creación de un orden jurídico justo, equitativo, que abra vías a un progreso (nacional y mundial) seguro y continuo; que tienda a proteger la igualdad de los hombres; a la satisfacción del mayor número posible de necesidades de los pueblos de todas las

naciones; que permita el sano desarrollo de todas las facultades humanas -en un ambiente de respeto a su dignidad, sus derechos y a su libertad-, para que alcancen los hombres -en lo individual y social- y los Estados su propio fin -trazado por su misma naturaleza-, permite a la humanidad, vivir en armonía con todos los demás seres humanos y todo lo que le rodea. De aquí la gran importancia que tiene el hecho de que el Derecho positivo, como instrumento de control social, sea producto del esfuerzo humano fundado en los principios más elementales, que tienen validez perenne universal, como la Justicia, y otros criterios generales de sumo valor.

Esta obra, aborda los temas del profundo estudio de grandes filósofos y juristas en relación a los tan citados principios universales (que son eternos, elementales, inmutables, inalienables) del Derecho. Nos adentraremos, a través de los varios capítulos que comprenden esta Tesis, en los diferentes conceptos e ideas del fascinante mundo del Derecho; trabajo que he elaborado de la forma más clara posible y, a la vez -no en detrimento de su claridad-, profunda y reflexiva; en el cual he puesto todo mi esfuerzo, dedicación y entrega, para que sea de utilidad y del agrado del lector.

México, Distrito Federal, a 28 de noviembre del año 2003.

INTRODUCCION.

Presentar una Tesis sobre los innumerables tópicos que comprende el Derecho, es uno de los tremendos requisitos que se imponen a un estudiante que, habiendo cursado los cinco años de la Licenciatura de Derecho, quiere obtener su Título.

Escribir sobre Derecho, opinar sobre el Derecho, definir el Derecho, cuando apenas se ha empezado a comprender sus problemas; cuando se ha leído acaso a alguno de los más destacados filósofos y juristas -que después de gastar su vida entera en el estudio, sólo han llegado a definir su indefinición-, me parece una tarea inmensa, pero un verdadero reto y un gran honor, además de que es requisito indispensable para lograr obtener el Título Profesional.

"Límites Racionales al Poder Político y al Derecho Positivo del Estado" es el título de mi Tesis Profesional que hoy orgullosamente presento sobre el tema que he elegido.

Desde el primer Estado que nos presenta la Historia, hasta los inquietos e impermanentes Estados de nuestros días, ha existido una pugna que puede ser sintomática por constante. Se observa una reacción incansable de los pueblos contra la tendencia pertinaz al abuso y al desbordamiento del poder por los gobernantes o por los que de alguna forma detentan el poder, en el ámbito nacional e internacional, que trae como consecuencia, la mayoría de las veces, injusticias, concentración de la riqueza y el poder (monopolio), miseria extrema, hambre, falta de oportunidades -laborales, educacionales, de acceso a los centros de salud, etc.-, desigualdad social, analfabetismo, discriminación social, altos índices de delincuencia organizada, impunidad, desconfianza total en las instituciones públicas, pérdida del sentimiento de identidad de nación (del orgullo patriótico), inestabilidad social -política, cultural y económica-, terrorismo, guerras, entre muchas otras más.

Evidentemente, estos males que se viven, estas marcadas diferencias sociales, crean un malestar generalizado que provoca desconfianza, incertidumbre y riesgos considerables. La Historia nos ha demostrado que, cuando en la sociedad se palpa este ambiente en que desaparecen las clases medias para acomodarse en alguno de los dos extremos -clase baja o alta-, estamos frente a un signo manifiesto de marcada desigualdad social. Y es más que bien sabido que, cuando esto ocurre, en la sociedad nace una actitud rebelde tendiente a nivelar esas condiciones, siempre con violencia. Y en estas circunstancias, se propicia el espíritu a la resistencia civil; emerge la conducta social de desobediencia, del no respeto a la ley ni a las instituciones públicas ni a los gobernantes, y a hacerse justicia por propia mano.

El respeto al orden de Derecho es la medicina para curar estos males que aquejan al mundo entero, donde en algunos Estados se acentúa más este problema que en otros, pero, es innegable que esto lleva, paulatinamente, a la sociedad en general, cualesquiera, por el camino de la corrupción, la inseguridad y la degradación de las estructuras sociales y consiguientemente la del ser humano.

Vivir respetando el orden jurídico nos conduce, indiscutiblemente, a vivir en un verdadero "Estado de Derecho"; de aquí la gran importancia y el gran deber de los

Estados del mundo entero de crear un orden jurídico adecuado a su nivel de progreso histórico-cultural y moral, que sea eficaz, equitativo, buscando el Bien Común de sus habitantes, orientado a la Justicia, y de que se mantengan adecuadamente los mecanismos que garanticen el nacimiento y mantenimiento del Derecho. De esta forma, se garantice el cumplimiento -en caso necesario mediante la fuerza pública- de esas leyes literalmente, en aras de encontrar la seguridad y la paz que todos necesitamos, para que la humanidad pueda entonces desarrollar sanamente todas sus facultades en un ambiente de Seguridad Jurídica, y alcance así, y solamente así, su fin personal -el éxito individual y social-, en todos los aspectos de la vida. El Hombre sólo alcanza su fin pleno solamente en sociedad.

Nos debemos preguntar: ¿Qué límites debe reconocer el poder del Estado para no caer en abusos? Y la respuesta es: Debe reconocer los límites que le impone su régimen legal-constitucional. Los que le imponga su Constitución General.

Pero, cuando una sociedad o Nación todavía no tiene una Constitución, queda en pie el problema: ¿Qué límites deben reconocer los llamados a dar Constitución a un Estado?... ¿Qué principios racionales deben guiar la actividad de una Asamblea o Congreso Constituyente, como órgano creador de la primera Constitución de una nación que se va a constituir en Estado?... ¿Hasta dónde llegan sus facultades al delimitar la libertad de los partícipes y las atribuciones de los órganos del Poder?... ¿Es medida su propio criterio... o la voluntad ciega y dispersa de la multitud?... ¿Esos límites, deben ser únicamente respetados por la Asamblea Constituyente... o, también por el Poder del Estado ya legalmente constituido?... ¿Existiendo ya la ley como principio rector fundamental de los órganos del Estado... siguen constituyendo esos principios, a pesar de esto, límites para la autoridad en los actos públicos en las tres esferas del Poder?...

Rudolf Stammler, autor neokantiano, al abordar los temas sobre los problemas del Derecho, encuentra una clara distinción entre el *concepto* y la *idea* del Derecho. El *concepto* simplemente tiende a deslindar -dice- en tanto que la *idea* tiene por objeto orientar. El *concepto* es una resultante de un ordenamiento de los datos que proporcionan al espíritu las sensaciones (los sentidos), hasta reducirlos a un sólo término. La *idea*, en cambio, tiende a referir los datos así catalogados a una finalidad (un fin, un valor).

Al elaborar este trabajo, expongo las ideas y conceptos de varios eminentes estudiosos del Derecho, hilvanadas con algunas aportaciones personales en los diferentes temas abordados. Bien podría encerrar entre "comillas" buena parte del contenido total de esta obra, pues mi trabajo se ha concretado, prácticamente, a organizar -con un enfoque determinado, que constituye esto sí, mi aportación personal- las ideas emitidas por aquellos que han logrado desentrañar, a lo largo de la Historia, el complejo sentido del Derecho y de la Política.

Pretendo en este trabajo, mediante un profundo y fino análisis de las ideas, tesis y teorías de diferentes autores, desentrañar en forma integral -cósmica- a manera de Teoría de Derecho Natural, los Principios Universales o Criterios Supremos de Valoración del Derecho que deben guiar la actividad del poder estatal (constituyente y constituido) para la interpretación y aplicación de las leyes, y para la creación de normas jurídicas justas, más

y más acomodadas a la realidad fáctica reinante en los diferentes núcleos sociales, en las tres esferas del poder, es decir, en la actividad legislativa, en la ejecutiva y en la de los órganos jurisdiccionales; buscando, afanosamente, la fórmula precisa para la creación del Derecho, como instrumento de control social, que logre el desarrollo social armónico integral óptimo, que garantice el verdadero progreso social, la mejor vida y auténtica felicidad del Hombre en las naciones. A esos Criterios Universales les he dado el nombre de "*límites racionales*".

Busco un concepto claro del problema y de su solución probable. Si logro despertar en el lector algún grado de reflexión para que adopte una actitud **en pro de la Justicia**, habré logrado mi misión.

No puedo aspirar a más.

CAPITULO I.- "EL DERECHO"

I. 1.- Vida Humana, Sociedad y Derecho.

Todo lo que nos rodea, en tanto tiene sentido, está referido a la vida humana, que es, en sí, un objeto independiente y fundamental, porque todos los otros objetos se dan en ella y en ella convergen. Todos los objetos son dados en la vida, y no a la inversa.

Es el Hombre el centro de la vida y de todo cuanto en ella existe; todo fue ordenado a su servicio, a la consecución de su finalidad temporal y ultraterrena. Cuantas veces se ha intentado o se intenta referir o subordinar al Hombre a una entidad cualquiera fuera de su propia y especial naturaleza -autoridad, Derecho, riqueza, poder, etc.-, se provocan a la larga conmociones resultantes de ese querer subvertir la ordenación natural y suprema del mundo creado. Ese principio de subordinación que hace de todas las cosas meros instrumentos del Hombre, se manifiesta por ser el hombre una "*substancia individual de naturaleza racional*"¹, un auto-fin, una persona. Su racionalidad, mientras lo diferencia específicamente de los demás seres vivos, le da carta de dominio casi absoluto sobre ellos.

Immanuel Kant² (1724-1804) traduce a términos filosóficos la concepción de la persona, implícita en el Evangelio, como un "*fin en sí misma*", del hombre con un destino,

¹ Esta es la definición más antigua -y universalmente aceptada- de "*persona*" en sentido ontológico, que expuso aquel filósofo al que se considera como el último de la Antigüedad: Boecio. "Quocirca si persona in solis substantiis est, nec in universalibus, sed in individuis constant, reperta personae est igitur definitio: *Persona est naturae rationalis individuae substantia*". (Boecio, "*Liber de persona et duabus naturis*", Cap. III, en PL, 64, 1343).

Citado por Hervada, Javier, "*Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*", Editorial E.U.N.S.A., Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España, Segunda Edición, 1995, pp. 431.

Platón considera al Hombre como "*un ser capaz de ciencia*" (en su obra "*Definiciones*", 415 a, Edición de Burnet, Oxford, 1899-1906), determinación que Aristóteles repite, considerándola como lo propio del hombre. En su obra la "*Política*", Aristóteles afirma que "*el hombre es el único animal que posee razón*", y que la razón sirve para indicarle lo útil y lo dañoso y, por lo tanto, también lo justo y lo injusto. "*Política*" I, 2, 1253 a 9; cf. VII, 13, 1332 b, 5. Editorial W.L. Newman, Oxford, 1887-1902.

Citado por Abbagnano, Nicola, "*Diccionario de Filosofía*", Fondo de Cultura Económica, México, 1963, pp. 613.

² Kant (en su obra "*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*" pp. 44 y 45) nos dice que "...el hombre, y en general, todo ser racional existe como fin en sí mismo, no solo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin... Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). Estos no son pues meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que con fines objetivos, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto, no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada con valor absoluto; más si todo valor fuere condicionado y, por tanto contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo. Si pues ha de haber un principio práctico supremo y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, habrá de ser tal, que por la representación de lo que es fin para todas necesariamente, porque es fin en sí mismo, constituya un principio objetivo de la voluntad y, por tanto, pueda servir de ley práctica universal. El fundamento de este principio es: la naturaleza racional existe como fin en sí misma... El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio...". A Kant se le ha llamado el mayor filósofo alemán de la edad moderna, o de la cultura moderna. Con él se abre una nueva era para la filosofía alemana dejando en sombra todo lo anterior en la historia de la filosofía y dominando todo lo que le sigue. Su filosofía es rica en pensamientos señeros; su concepto del ser y de la libertad, su crítica de todo el pensamiento humano, animada de un hondo amor a la verdad, produjeron una impresión indeleble.

González Soler, María D., "*Cuestiones y Textos de Historia de la Filosofía del Derecho: Moral y Política*", Del Renacimiento a Kant, Capítulo XXII "Kant" pp. 575-613.

con una tarea individual que nadie puede hacer por él, porque es intranferible. Nadie puede escapar a su propio destino, en el sentido de que nadie puede realizar el destino de otra persona, porque en la prosecución de ese destino estriba la salvación personal. Quien realiza su propio destino, se eleva, se supera, es decir, se salva; quien huye de su destino, lo abandona o lo descuida: se condena, en el sentido que tiene este concepto dentro del pensamiento religioso.

El Hombre tiene, pues, su destino y los medios adecuados para alcanzarlo; pero ese destino lo va a perseguir libremente, no se le impone. Como persona, no tiene una ruta predeterminada que tenga que seguir necesaria y fatalmente, como ocurre con los cuerpos en el Universo ³. El Hombre va libremente hacia su fin o se aparta de él; y en esta libertad, que es lo fundamentalmente humano, lo fundamentalmente personal, el Hombre actúa como motor, como el sujeto que produce y crea estos actos que, por tanto, le son imputados, y de los que se hace responsable. La persona no es la máscara, no es el papel representado, es el actor mismo, cuya actuación es autónoma, y no se halla prefijada por las normas que encuentra establecidas al aparecer en la vida.

"El Hombre, merced a su razón, conoce sus fines y es capaz de elegir los medios a ellos conducentes, por medio de una luz racional que orienta a la voluntad para lograr el cumplimiento de su fin", decía Santo Tomás de Aquino ⁴. Pero a la vez limitado en sus capacidades, no puede muchas veces alcanzar por sí solo esos medios, debe buscarlos en la cooperación de sus semejantes. Naturalmente y por creación, el Hombre está ordenado

³ El maestro Eduardo García Maynez nos expone con detalle la diferencia entre las normas de conducta y las leyes de la naturaleza, para no confundir dichos términos. Nos dice que las normas de conducta tienen un doble sentido, uno amplio y otro estricto; en sentido amplio se refiere a una regla de comportamiento obligatoria o no, y en sentido estricto son las que confieren derechos o imponen deberes: en ambos casos son reglas de conducta dirigidas al ser humano, para que las cumpla, pero puede cumplir o no con lo prescrito en esas normas, ya que el ser humano está dotado de libertad y voluntad; y para el caso de incumplimiento, la norma prevé una sanción específica, independientemente de que el Estado tiene la facultad legal de obligar al individuo a cumplir a la fuerza con lo establecido en dicha norma. A diferencia de las normas de conducta, las leyes de la naturaleza, son juicios enunciativos cuyo fin estriba en mostrar las relaciones indefectibles que en la naturaleza existen; es decir, expresan leyes físicas que indican relaciones de tipo causal, que no pueden dejar de ocurrir, "Entre dos sucesos hay un nexo de causalidad cuando, al presentarse el primero, en las condiciones que la ley enuncia, no puede el segundo dejar de ocurrir". Por lo tanto, ley de la naturaleza, es un juicio que expresa relaciones constantes entre fenómenos.
García Maynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Prólogo de Virgilio Domínguez, Editorial Porrúa, S.A. Cuadragésimoquinta Edición, México, D.F. 1993. (Primera Edición 1940) pp. 3-6.

⁴ Encontramos en la extensa obra del filósofo italiano Santo Tomás de Aquino (1224-1274), exposición detallada, de temas de gran importancia, como la Filosofía y Teología (la fe, la moral, la existencia de Dios, la existencia del hombre, la naturaleza de Dios); Teoría de la Creación; Psicología; El Conocimiento; Teoría Moral; Teoría Política, dentro de esta última aborda temas como el origen natural de la sociedad humana y del gobierno; la sociedad humana y la autoridad política queridas por Dios; la Iglesia y el Estado; la Ley; la Soberanía; las Constituciones, etc., con un enfoque totalmente teológico y con una marcada influencia del pensamiento de Aristóteles, pero completándolo con algunos matices modernos tomistas, de acuerdo con las exigencias de la fe cristiana, Santo Tomás argumenta, en relación al origen de la sociedad humana, que toda criatura tiene su propio fin, y que mientras algunas criaturas alcanzan su fin de un modo natural, necesario e instintivo, el hombre ha de ser guiado por su razón para conseguirlo. Pero el hombre no es un individuo aislado que pueda alcanzar su fin simplemente como un individuo, mediante la utilización de su propia razón individual; el hombre es, por naturaleza, un ser social o político, nacido para vivir en comunidad con otros hombres. Necesita de la sociedad más de lo que la necesitan otros animales, porque, mientras que la naturaleza ha proporcionado a los animales vestido, medios de defensa, etc., ha dejado al hombre desprovisto de ellos, en una condición en la que ha de proveer por sí mismo, mediante el uso de su razón, y eso lo puede hacer mediante la cooperación con otros hombres. Es necesaria la división del trabajo, por la cual un hombre puede dedicarse a la medicina, otro a la agricultura, otro a la caza, etc.; Pero el signo más evidente de la naturaleza social del hombre es su facultad de expresar sus ideas a otros hombres por medio del lenguaje. Otros animales pueden expresar sus sentimientos mediante signos muy generales, pero el hombre puede expresar sus conceptos e ideas de un modo completo (totaliter). Eso pone de manifiesto que el hombre está naturalmente adaptado a la vida en sociedad, más que cualquier otro animal, mucho más incluso, que las hormigas y las abejas. La sociedad es, pues, natural al hombre.

Copleston, Frederick, "Historia de la Filosofía", Colección Convivium, Volumen II, Editorial Ariel, Tercera Edición, Barcelona, España, 1978. Capítulo XL, pp. 399-401.

a la vida colectiva. Impulsado por su propia insuficiencia, busca y acepta, por el *consensus*, hacerse socio de aquellos que, como él, necesitan del bien general que resulta de la suma de todas las aptitudes. Existen una *exigencia* y un *deber* de sociedad. El Hombre no puede conseguir su fin sino en sociedad. La sociedad no es otra cosa que la mutua ayuda organizada. Es un deber la vida en sociedad, porque cada hombre, a la vez que busca su propio bien –y así lo exige– en ella, debe poner sus aptitudes al servicio de los demás. El Hombre que se sustrae al deber de cooperar al perfeccionamiento del género humano, se sustrae a su vocación de Hombre. El lenguaje, la propia insuficiencia, la necesidad y aun la generosa aspiración a la sociabilidad, que empuja al Hombre -antes de toda reflexión- a vivir en sociedad, prueban la adopción de su naturaleza a ese fin. "El Hombre es por naturaleza un animal social", decía Aristóteles ⁵. Y Santo Tomás de Aquino agregó: "Todo ciudadano no es solamente de sí y para sí, sino de la ciudad y para la ciudad". Pero la sociedad no es un fin en sí misma, sino el medio que encontraron los hombres, de acuerdo con su naturaleza, para buscar su propio bien, el bien de todos, el bien común.

El uso de los bienes de la vida se encuentra limitado, para cada hombre, por las exigencias de su fin propio, así como por las exigencias del fin que los demás hombres deben a su vez alcanzar. Todos los hombres tienen aptitud para disponer de tales bienes. La medida en que pueden participar en ellos, aunque fijada en cierta forma por el fin a conseguir, no podría fácilmente fijarse si quedase a la apreciación y al arbitrio de cada uno. Es necesario precisar los **límites** de esa participación mediante el reconocimiento de una norma por todos. Y se presenta aquí el fenómeno del Derecho.

I. 2.- Sentido del Derecho.

Se ha opinado que el Derecho no puede ser objeto de la ciencia, por la constante mutabilidad de su contenido y por su necesaria adaptabilidad a los diversos tiempos, sociedades y culturas. Pero en el Derecho hay algo permanente y algo variable. Aunque su contenido pueda variar indefinidamente, tiene principios inmutables universales, con validez absoluta, cuya aceptación no se discute, debido a su entidad objetiva y a su carácter formal puramente lógico.

Al respecto, el maestro Eduardo García Maynez ⁶ nos dice que el Derecho, el que es creado y plasmado en leyes escritas por el hombre al que llamamos *Derecho positivo* ⁷,

⁵ Aristóteles (384-322 A.C.) Filósofo de la Antigüedad, ateniense (pero no de origen, puesto que nació en Estagira), discípulo de Platón. Su obra es extensa, abarcando temas diversos acerca de lo que es la Verdad: naturaleza y origen del Saber; concepto de Metafísica; el Bien y la Comunidad, la Moral, la Ética, la Virtud, Voluntad y Libertad, la Razón, etc., todo en torno a la vida del hombre y lo que lo rodea como el Estado, formas de gobierno, Política, etc. Aristóteles ve que sólo en la comunidad se encuentra el hombre en su forma perfecta y acabada, y sólo en ese ámbito social se realiza el bien en gran escala, desembocando necesariamente, por ese simple hecho, a estudiar los rasgos de la existencia del Estado. El hecho de que los hombres se asocien no es un acto de capricho, en forma que pudiera decirse que el Estado descansa sobre un pacto artificial; sino que los hombres han seguido en ese proceder un rasgo fundamental y esencial de su naturaleza: "el hombre es por naturaleza un animal social" (Pol. A, 2; 1253., a. 2). "La idea, la esencia del hombre está ya de antemano de tal manera configurada, que naturalmente se siente impelido a la formación de la sociedad estatal".

Hirschberger, Johannes, "Historia de la Filosofía", Volumen 13, Tomo I, Editorial Herder, S.A., Barcelona, España, 1977, pp. 208-209.

⁶ Op. Cit. pp. 40-50.

⁷ El Derecho positivo es aquel que elabora con un técnico el Hombre; pero no es tal sólo por el hecho de que haya sido puesto por medio de una fuente apropiada (mediante un principio extrínseco *habente potestatem*), sino que es necesario, además, que sea aplicado efectivamente (que sea *eficaz*) aplicado y observado. En eso reside su *positividad* y su *obligatoriedad*: en tener carácter

tiene su fundamento en los principios del *Derecho natural*⁸, Derecho cuyos preceptos no los encontramos plasmados en forma escrita, como los del Derecho positivo, sin embargo, existe como tal, precisamente porque es un orden intrínsecamente justo, y existe al lado y por encima del Derecho positivo; contiene normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos como en el Derecho positivo. El Derecho natural es la norma constante e invariable que garantiza infaliblemente la realización del mejor ordenamiento de la sociedad humana; el Derecho positivo se ajusta más o menos, pero nunca por completo al Derecho natural, porque contiene elementos variables y accidentales que no son reconducibles a éste. El Derecho natural es la perfecta racionalidad de la norma, o sea la perfecta adecuación de la norma a su fin, que es garantizar la posibilidad de la vida asociada; el Derecho positivo es una realización imperfecta o aproximativa de esa normatividad perfecta, pero que siempre debe tender a esa perfección. Por ello dicen algunas corrientes que el Derecho natural es el único auténtico, y que el positivo solo podrá justificarse en la medida en que realice los dictados de aquel, cuyos principios son abstractos e inmutables. El Derecho natural contiene los Principios Generales del Derecho más profundos, fundamentales y universales.

Bergbohm⁹ dice: "*Sólo una determinación del concepto (del Derecho), sólo un concepto puede ser el justo: el que comprenda, en realidad, todos los Derechos de todos los pueblos y tiempos; porque el concepto formal del Derecho es uno solamente. La materia, el contenido del Derecho, las ideas reguladoras y principios, tienen historia; el concepto (la Idea) del Derecho, no la tiene. Las transformaciones fenoménicas del concepto genérico, tal como se reflejan especialmente en los pensadores representativos de las diversas épocas, no son más que elaboraciones más sutiles de sus elementos estables, que se hacen de vez en vez más claros al saber de los hombres por medio de la observación y el pensamiento... El concepto universal del Derecho, como no sufre, como tal, restricción alguna ni por notas que precisen el tiempo, ni el lugar, ni el autor de su validez objetiva, sin ser reducido a un concepto más especial, no es tampoco alterado por estas fluctuaciones... El concepto del Derecho desde un punto de vista formal fue, y es, siempre y en todas partes, el mismo*".

Para Giorgio Del Vecchio¹⁰ el Derecho es, fundamentalmente, un criterio, un deslinde de los distintos radios de actividad. Lo característico en lo jurídico es la "coordinación" de la actividad entre varios sujetos: la nota de *alteridad* es, en el pensamiento de Del Vecchio, algo fundamental, pues el Derecho sólo norma relaciones interindividuales. El Derecho, ya lo decía Santo Tomás a propósito de lo justo, "...sólo se

histórico por ser Derecho válido, escrito y vigente de determinada comunidad en un momento histórico dado, pero además en ser efectivamente seguido y aplicado, con independencia de si es intrínsecamente justo o no lo es.

⁸ Los representantes principales de la Escuela Clásica del Derecho Natural fueron: Hugo Grocio (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1679), Samuel Pufendorf (1631-1694) y Christian Thomasius (1655-1728).

⁹ Citado por Cathrein, Víctor, *Filosofía del Derecho: El Derecho Natural y el Positivo*, Traducción directa de la Segunda Edición Alemana por Alberto Jardón y César Barja, Instituto Editorial REUS, Séptima Edición, Madrid, España, 1958, pp. 25.

¹⁰ Del Vecchio, Giorgio, jurista italiano, que en su obra *Filosofía del Derecho* (Traducción de Luis Recasens Siches, 2 Edición, tomo I), nos dice, respecto de las diferencias existentes entre las normas de la moral, los convencionalismos sociales (normas de urbanidad, de trato social o cortesía), las de la religión y normas de Derecho, que estas últimas "poseen normas de estructura bilateral", es decir, imperativo-atributivas, esto es que, frente a un sujeto obligado, habrá otro quien puede exigir el cumplimiento de dicha obligación. De aquí se desprende que el Derecho, por naturaleza, norma relaciones interindividuales, no se concibe un orden jurídico para una sola persona; éste nace a partir de la necesidad de regular la conducta externa del individuo con otros individuos en la sociedad.

Citado por García Maynez, Eduardo, Op. Cit, pp. 27.

concibe en tanto que se piensa en dos o más seres humanos, en tanto que hay necesidad de coordinar actividades sociales”.

Si el campo dentro del cual el hombre puede proyectar su actividad fuera infinito, sin que pudieran darse interferencias entre las respectivas actividades desplegadas por cada uno de los hombres, probablemente no habría necesidad de pensar en el Derecho. Pero el campo del individuo es limitado, y vienen los choques entre los diferentes intereses, surgiendo un impedimento, para acabar con el cual, es preciso encontrar un criterio normativo aceptable para todos. De otra manera, vendría un continuo equilibrarse de fuerzas en pugna y el triunfo de la fuerza misma.

Esta finalidad que persigue todo Derecho, de coordinar la actividad interindividual para hacer posible la coexistencia humana -actividad que sólo se puede coordinar, porque se trata de seres racionales y libres-, con principios que satisfagan racionalmente; ese “querer entrelazante” del Derecho, es lo que exige que ciertos deberes o que ciertas formas fundadas en estos deberes, no queden al arbitrio de cada sujeto, sino que se fijen conforme a valores colectivos.

Stahl ¹¹ considera al Derecho, bajo un punto de vista teológico, como una consecuencia de la caída del hombre. El hombre, guiado por sus pasiones, no obedece espontáneamente la ley de la razón, siendo preciso, por consiguiente, concebir al Derecho como un principio coactivo.

“La naturaleza humana –objeto a esta idea el autor krausista Heinrich Ahrens ¹²- no es absolutamente perfecta, puesto que es limitada, pero tampoco es radicalmente mala, dado que está unida al principio divino. El hombre es naturalmente capaz del bien y del mal. El Derecho no presupone necesariamente una voluntad viciada o una naturaleza pervertida. El Derecho es más bien una idea de elevación y de perfeccionamiento, un principio universal que resulta del Orden y Plan Divino del mundo, en el que todos los seres libres y finitos son llamados a realizar, por su actividad voluntaria, las condiciones necesarias para elevarse siempre a grados más altos de cultura intelectual y social. La razón del Derecho se encuentra en la naturaleza a la vez limitada e infinita del hombre, que lo impele sin cesar a completar lo finito y a perfeccionarse en lo infinito, por su naturaleza misma y siempre en libertad...”

El Derecho considera los *fin*es que han de realizarse y los *medios* de realización. Ambos constituyen su materia; pero son los *medios* el objeto del Derecho en el sentido estricto de la palabra. La vida, la libertad, la salud, la dignidad humana, el honor, la propiedad, etc., son bienes que hay que proteger y conservar por medio de acciones y prestaciones, que constituyen el objeto inmediato del Derecho. El Derecho es, en su esencia, un principio *formal*, porque expresa la *forma*, la manera como deben regularse y

¹¹ Citado por Ahrens, Heinrich. “Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho”, Sexta Edición, Traducida por D. Pedro Rodríguez Hortalano y D. Mariano Ricardo de Asensi, Madrid, España, 1876, pp. 131.

¹² Ahrens, Ob. Cit. pp. 132.

Heinrich Ahrens (1806-1881). Antiguo Profesor belga, fiel seguidor y propagador de las ideas del krausismo del siglo XIX. Profesor de Filosofía y de Derecho Natural en las Universidades de Bruselas y de Gratz; Profesor de Filosofía y de Ciencias Políticas en la Universidad de Leipzig.

ordenarse las relaciones entre los hombres, para que cada uno pueda alcanzar, en el fin y en el bien de la sociedad, su fin y su bien propios.

A la vez que principio de orden, "...el Derecho es también **principio de armonía**, porque, al establecer una conformidad de relaciones entre todas las personas y entre éstas y las cosas, armoniza la vida social"¹³. Platón fue el primero que comprendió esta idea de armonía como un carácter distintivo de la Justicia que, según él, es la virtud por la que las otras se enlazan, coordinan y armonizan entre sí. "Ella es la misma -añade Platón- en el individuo y en el Estado. Del mismo modo que el Hombre lleva una vida justa cuando cultiva cada fuerza del alma en sí misma y en armonía con las otras, así también la justicia del Estado consiste en mantener todas las fuerzas, todas las partes del cuerpo social, en relaciones armónicas"¹⁴.

Constituido así el Derecho, por las relaciones esenciales de la vida, no puede desaparecer, como han querido algunos, a medida que la moralidad se perfecciona. El Derecho es una idea eterna que se armoniza con la moralidad, pero que es siempre distinto de ella.

Las palabras: ordenación, regla, ley, Constitución, norma, tienen una doble significación, expresan a la vez algo que es (perteneciente al mundo del ser) y algo que debe ser (perteneciente al mundo del deber ser); una conducta que es de hecho regular -la normalidad-, y la exigencia de una determinada conducta conforme a la regla -la normatividad-. Existe una conexión necesaria, con necesidad real, entre el mundo del ser y el mundo del deber ser (como analizaremos más adelante en esta obra en el Capítulo VI, en el punto VI. 2.).

De las diversas posibilidades de la realidad, el Derecho selecciona una, la que considera como la que *debe ser*. La disposición que establece como principio que no debe robarse, sólo tiene sentido porque, en la realidad, se roba. De otro modo, no sería posible, en absoluto, la comparación de una conducta dada con una conducta exigida. Carece de sentido una norma, cuando aquel a quien se dirige está imposibilitado, bien para obrar conforme a la exigencia, o bien para comportarse de manera opuesta a lo que ella reclama. Tan desatinado es disponer que no es lícito a los hombres morir, como por el contrario, ordenárselo¹⁵.

¹³ Ahrens, Ibidem, pp. 138.

¹⁴ Citado por Ahrens, Ibidem, pp. 132.

Platón (427-347 A.C.) Filósofo de la Antigüedad, discípulo de Sócrates, perteneciente a la más antigua nobleza de Atenas, en cuyas obras (siendo las más sobresalientes la "República", "Filebo" y las "Leyes") trata como tema principal a la Justicia, pero de hecho se barajan todos los aspectos de la Filosofía, la Teoría del Conocimiento, la Metafísica, la Ética, la Filosofía Jurídica y Política; trata, igualmente, el tema de lo recto y lo Verdadero; Platón nos dice que el hombre no alcanza la felicidad exclusivamente con la sabiduría, sino que necesita desarrollar todas sus facultades, incluso las que se encuentran en el plano terrenal, para ser completo; y, una vez que alcanza esta armonía, se alcanza la felicidad individual y social; dice que el Derecho es fuente de Justicia, y ésta logra la armónica y equilibrada formación del hombre total.

Hirschberger, Johannes. Op. Cit, pp. 83-86, 128-130.

¹⁵ Heller, Hermann, "Teoría del Estado", Editorial Fondo de Cultura Económica, Edición y Prólogo de Gerhart Niemeyer, Traducción de Luis Toribio, México, Edición 1990, pp. 201-202.

Primitivamente, la creación jurídica vino perteneciendo, en mayor o menor grado, a toda comunidad organizada, y la ejecución era cosa que incumbía casi a todos, que podían hacerse justicia por propia mano. En el estado actual de la evolución social, el ordenamiento jurídico tiene a su disposición una organización especial a cuyos órganos incumbe la tarea específica de garantizar el nacimiento y el mantenimiento del Derecho. En el Estado moderno, estos órganos de creación ¹⁶ y ejecución ¹⁷ del Derecho son, inmediata o mediatamente, órganos del Estado. No quiere esto decir que los órganos del Estado determinen de modo completamente libre los contenidos jurídicos y que sólo ellos puedan asegurar su observancia. Es evidente que el contenido y la observancia de las normas jurídicas se halla también asegurada en amplia medida por ordenaciones no jurídicas de carácter natural, social, psíquico y normativo, por las situaciones económicas de intereses, por las costumbres, por los usos (las conductas sociales que se estilan y que son aceptadas), por las reglas sociales convencionales (de trato social o cortesía), por la religión y la moral y, asimismo, por los órganos de otras instituciones distintas del Estado. Nos dice Hermann Heller que ningún Estado podría subsistir sin estas garantías naturales y sociales de su ordenación jurídica ¹⁸.

En rigor, la familia, la propiedad y el contrato, así como los diversos grupos territoriales y personales, son históricamente anteriores al nacimiento del Estado y, por consiguiente, no han sido creados por virtud de la correspondiente función jurídica de aquél, sino que son, en su origen, resultado de fuerzas sociales que el Estado no ha organizado. Pero desde el momento en que la sociedad encomienda a órganos especiales, primero la jurisdicción (el acto de juzgar y sentenciar), luego la ejecución de sus sentencias y, finalmente, la legislación (la creación de las normas jurídicas), desde este momento aparece perfectamente justificado atribuir carácter estatal al Derecho. Pues, a partir de entonces, el Estado viene a ser realmente la *fuerza de validez formal del Derecho*, por cuanto él establece y asegura el Derecho positivo mediante sus órganos y señala las condiciones para la validez del Derecho consuetudinario (de la *normalidad*) ¹⁹.

Mientras se contraponga, sin género alguno de mediación dialéctica entre ambos, el Derecho al poder de la voluntad del Estado, no podrá comprenderse de modo cabal ni lo específico del Derecho ni lo característico del Estado y, por consiguiente, tampoco la relación que entre uno y otro existe. Son, sobre todo, incomprensibles la *validez* y la *positividad* del Derecho sin una correlación entre el Estado y el Derecho. *"Hay que concebir al Derecho -dice Heller- como la condición necesaria del Estado actual, y el Estado como la necesaria condición del Derecho del presente. Sin el carácter de creador del poder que el Derecho entraña, no existe ni validez jurídica normativa, ni poder estatal; pero, sin el*

¹⁶ En los Estados modernos, el órgano encargado de la función de creación de leyes es el Legislativo o Poder Legislativo, que se conforma –en México– por el Congreso de la Unión (en la competencia federal), y por el Congreso local (en el ámbito de competencia de los Estados de la Federación), a través de un proceso legislativo contemplado en la Constitución Federal en el artículo 73, que les da, a las leyes, la validez formal exigida para sean positivas y obligatorias. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, Tomo I, México, D.F., 1999, pp. 627.

¹⁷ En nuestro país, el órgano Judicial o Poder Judicial que comprende un conjunto de órganos del Estado Mexicano y de los Estados de la Federación, son quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, de "decir el Derecho", de "juzgar". Esos órganos son juzgados y tribunales en el ámbito del fuero común y federales. Ver art. 94 Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo IV, pp. 2440-2448.

¹⁸ Heller, Hermann, Op. Cit. pp. 203-205.

¹⁹ Ibidem, pp. 204-205.

carácter de creador de Derecho que tiene el poder del Estado, no existen positividad jurídica ni Estado”²⁰.

La relación entre el Estado y el Derecho no consiste ni en una unidad indiferenciada, ni en una irreductible oposición. Por el contrario, esa relación debe ser estimada como una relación dialéctica, es decir, como una “...relación necesaria de las esferas separadas y admisión de cada polo en su opuesto...”, según expresión de Cohn (Cohn *“Theorie der Dialektik”*, pp. 52 ss., 264 s., 287)²¹. Dice Heller que “...al carácter formador de poder del Derecho, corresponde el carácter creador de Derecho del poder...”²².

I. 3.- Fin del Derecho.

La vida del Hombre y de la sociedad flota, en cierto modo, entre las necesidades y los medios de satisfacerlas. Al Derecho incumbe arreglar la manera como deben ser satisfechas esas necesidades que se refieren a los bienes esenciales de la vida del hombre en la sociedad.

Bergbohm dice, respecto al fin del Derecho, que no se puede olvidar “...que el Derecho no es algo que exista por sí y para sí, sino para los hombres, y en virtud de las relaciones y conductas humanas”. Rudolf Stammler llama al orden jurídico “...un medio al servicio de fines humanos”²³.

Un objeto remoto o metajurídico del Derecho, según Hans Kelsen²⁴, es “...la perfección del hombre y de la sociedad humana. El Derecho, que encuentra su razón de

²⁰ Idem, pp. 208-209.

Al margen y más allá de las interpretaciones subjetivas del formalismo, de la metafísica y de la pesada carga positivista heredada de los estudiosos y pensadores del siglo XIX, el gran autor Hermann Heller intentó explicar el ser y el hacer del Estado moderno en función de los factores reales observables en el conjunto de la sociedad. Su obra es un combate implícito contra el oscurantismo de los sistemas pseudocientíficos de conocimiento; de modo manifiesto, es una toma de posición en favor de la razón metódica. En su libro *“Teoría del Estado”* –que citamos en diversos puntos en esta obra–, Heller comenta el todo social y el juego de influencias y determinaciones que el aparato social establece. En la realización política, las relaciones sociales alcanzan un delicado punto de inflexión; a ello atiende en todo momento su obra, aportando grandes e importantes avances en la ciencia social de nuestro tiempo. El mismo prologuista del libro, Gerhart Niemeyer, dice: “El político Hermann Heller, hombre de apasionada voluntad para la acción social, estaba convencido de que sólo una fundamentación científica profunda podía ser garantía de una duradera permeación de la vida política por una doctrina del Estado”.

²¹ Citado por Hermann Heller, *Ibidem*, p. 209.

²² *Ibidem*, pp. 212.

²³ Citados por Cathrein, Victor, *Ob. Cit.*, pp. 73.

Rudolf Stammler es, sin duda, uno de los juristas y filósofos del Derecho más importantes de nuestro tiempo. Sus escritos son grandemente interesantes y acreditan un profundo trabajo intelectual. Merecen particular consideración *“Wirtschaft und Recht”*, Leipzig, 1896; *“Die Lehre von richtigen Recht”*, Berlin, 1902; *“Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft in Systematische Rechtswissenschaft. Kultur der Gegenwart, herausgegeben von Hinneberg”*, 1906; *“Die Anwendung des Rechts”*, 1908; *“Theorie der Rechtswissenschaft”*, 1911.

²⁴ Citado por Ahrens, Heinrich, *Ob. Cit.*, pp. 132.

Hans Kelsen (1881-1973). Autor Vienés; antiguo Profesor de las Universidades de Viena y Colonia; es probablemente el teórico del Derecho más influyente del siglo XX, y el más discutido. Elabora una teoría positivista del Derecho en la que pretende dar una caracterización completa de los elementos constitutivos del sistema jurídico y una descripción del modo en que este sistema se articula. Su propósito es presentar al Derecho como realidad pura, distinta e independiente de otros órdenes normativos como

ser en la naturaleza limitada e imperfecta del hombre, tiene por objeto perfeccionar, hasta donde sea posible, la vida humana; ensanchar incesantemente sus límites y completar, por la vida común, la insuficiencia de la vida individual, para que el hombre, que no es más que una parte de la humanidad, se convierta en un ser completo y adquiera, por su propia actividad y por la de los demás, las condiciones necesarias al cumplimiento de su fin". Este gran principio de la perfección y del perfeccionamiento, ya concebido por G. Leibniz ²⁵ como el fin del Derecho, no es sino aquel gran criterio colectivo que pedíamos para rescatar la delimitación de las esferas de actividad del dominio del arbitrio individual, y que, como principio ético, es común a la moral y al Derecho.

F. Dan ²⁶ nos dice que "El Derecho es el orden de paz de una sociedad humana en sus relaciones exteriores con los hombres y con las cosas, exigido por la razón".

Kant, en su laudable empeño por sacar a flote el reconocimiento cada vez más completo del principio de la personalidad subjetiva en sus caracteres constitutivos: la razón y la libertad, hace de la libertad personal el objeto propio e inmediato del Derecho. Para él, el Derecho no tiene otra misión que la de garantizar el ejercicio de la voluntad libre. Con tal opinión, Kant parece desandar todo lo avanzado hasta su tiempo, para volver al punto de partida: el choque de las esferas individuales en libre actividad. Y, si admitimos que el Derecho vino a delimitar el campo de la libertad individual para hacer posible la convivencia humana, la posición de Kant puede parecernos, además, antitética.

El gran maestro mexicano Rafael Preciado Hernández, en su cátedra de Filosofía del Derecho a mediados del siglo XX, disienta de Luis Recasens Siches ²⁷, en cuanto que este último acepta como fin esencial del Derecho, que forma parte de su ser mismo, la Seguridad Jurídica ²⁸, dejando en el terreno de lo metajurídico a la Justicia y al Bien Común. Y, a juicio de Recasens, los tres fines son específicos del Derecho, pero escalonadamente;

puede ser la moral, la religión o la política, y como realidad diferente también de los meros hechos sociales y psicológicos. A partir de esa delimitación del objeto jurídico, elabora su teoría de la ciencia jurídica, guiada por el postulado de la pureza metódica. Este postulado implica que el científico del Derecho ha de describir las normas jurídicas con un enfoque puramente objetivo, atendiendo tan solo al dato que especifica esas normas: su validez jurídica. El concepto de validez es la clave de bóveda de la doctrina jurídica de Kelsen y tiene su sostén último en el postulado de la norma fundamental. La obra de Kelsen es también toda una filosofía política, que tiene sus presupuestos en toda una ética relativista y que, paradójicamente, desemboca en una fundamentación de la democracia. Su doctrina revisa a profundidad cuestiones tales como la libertad, la justicia, la ideología y la democracia, con un enfoque de filosofía política y social y de la justificación de la existencia del Derecho, eminentemente pragmática y ligada a la idea de seguridad jurídica.

²⁵ Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716), filósofo, teólogo, matemático, diplomático, físico, historiador, visionario y jurista de la Edad Media. Uno de los hombres más profundos y a la vez más universales de todos los tiempos. Como filósofo del Derecho tiene una especial importancia, junto con Hugo Gracío, en el estudio a profundidad del Derecho natural y la Justicia.

Guillen Vera, T. "Estudio preliminar a Leibniz, G.: Los elementos del Derecho natural", Editorial Tecnos, Madrid, 1991. Traducción y notas de T. Guillen Vera. pp. XXXVIII-XLI.

²⁶ Citado por Cathrein, Victor, Ob. Cit. pp. 100.

²⁷ Luis Recasens Siches, autor español del siglo XX estima que es tan importante la seguridad en la vida social que su consecución es el motivo principal (histórico o sociológico) del nacimiento del Derecho.

Recasens Siches, Luis, "Vida Humana, Sociedad y Derecho", Fundamentación de la Filosofía del Derecho, México, 1952. Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., pp. 47, 220-221.

²⁸ En la vida social, el hombre necesita, por una parte, tener la seguridad de que los demás respetarán sus bienes (tangibles como los bienes materiales, o no tangibles como la vida, la libertad, la salud, sus derechos subjetivos, etc.) y, por otra, saber cómo ha de comportarse él respecto de los bienes de los demás. Esta seguridad referente a las relaciones con los semejantes es la que se denomina "Seguridad Jurídica".

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo IV, México, D.F., 1999. pp. 2885.

para que se pueda realizar el de grado superior, se necesita realizar el inferior ²⁹. La Seguridad Jurídica será *valor fundante*, y la Justicia y el Bien Común, *valores fundados*. La Seguridad no le da el matiz total al Derecho en sí mismo; por ser un concepto formal, tiene que apuntar a alguno de los contenidos, o sea, de la Justicia o el Bien Común, de manera que no se concibe un orden jurídico en que la actividad social, regida por normas de Derecho, no esté orientada hacia esos valores. Es un contrasentido el orden jurídico injusto porque, desde el momento en que todo un orden jurídico, el espíritu de sus leyes, de sus instituciones y autoridades, estuviese orientado, no a la Justicia, no a realizar el Bien Común, sino a perjudicar a la mayoría de los miembros de la sociedad, desde ese momento ya no sería un orden jurídico; sería el orden de la violencia, de la fuerza, pero no un orden de Derecho ³⁰. Para el maestro Preciado Hernández los fines últimos del Derecho son la Justicia ³¹ y el Bien Común.

El Derecho positivo desempeña, para Francisco Suárez, un papel específico que no puede reducirse sólo a la misión de reflejar los principios del Derecho natural. Ciertamente que no puede apartarse de ellos y que recibe de ellos la razón de su fin y existencia; pero aporta algo nuevo. El fin del Derecho natural es el bien en sí, la honestidad, la moralidad; el fin del Derecho positivo es el Bien Común. Ciertamente que el Bien Común representa un momento previsto y ordenado en el Derecho natural; pero, en cuanto funciona como principio regulador de las leyes humanas, adquiere cierta autonomía ³². Para los formalistas sólo hay un Derecho, el positivo, es decir, la voluntad del legislador, porque la sanción les parece esencial; para ellos, fuera del orden emanado del legislador no hay Derecho posible.

La discrepancia entre el Derecho ideal (principios del Derecho natural) y el Derecho legislado (humano, o positivo) se explica, en la mayoría de los casos, en función de la estrechez o limitación de la conciencia valorativa. Al lado de aquella limitación general, procede hablar, por consiguiente, de "la estrechez del sentido de la Justicia". El aludido fenómeno explica las múltiples apreciaciones, muchas de ellas contradictorias, que suelen hacerse acerca de la esencia de lo justo. Y esa limitación da origen a las incompatibilidades y discrepancias que con tanta frecuencia se suscitan entre las exigencias de la legalidad y los dictados de la Justicia ³³.

²⁹ Véase en esta misma obra el tema "Límite: La Seguridad Jurídica" en el punto VII. 6.

³⁰ No podemos concebir un orden jurídico sin miras a la Justicia, al Bien Común, o a la Seguridad Jurídica, ya que el "Derecho" como ciencia, arte, retórica, filosofía, etc., es perfecto. La idea del "Derecho" se entiende como una ciencia muy extensa y con raíces y conceptos filosóficos profundos, que va más allá de la ley creada por el hombre, ya que ésta, es una parte del Derecho, esta elaborada como reflejo de los principios del Derecho natural y con miras a la perfección humana; tiende a ser perfecta la creación de normas jurídicas humanas, pero bien puede llegar a no serlo, porque es creación del hombre, que es un ser imperfecto. El todo es el Derecho, la parte es la ley, que es creación humana. El Derecho natural es la perfecta racionalidad de la norma, o sea, la perfecta adecuación de la norma a su fin, que es garantizar la posibilidad de la vida asociada. La ley o derechos positivos son realizaciones imperfectas o aproximativas de esta normatividad perfecta.

Abbagnano, Nicola. "Diccionario de Filosofía", Fondo de Cultura Económica, México, 1963 pp. 298.

³¹ Preciado Hernández, Rafael, Versión Taquigráfica de sus "Lecciones de Filosofía del Derecho"; Editorial Jus, México, Sexta Edición, 1970, pp. 243-245 y 217-231.

³² El maestro mexicano Eduardo García Maynez, al explicar la diferencia entre Derecho natural y Derecho positivo, nos dice que ésta consiste en el distinto fundamento de su validez: el natural vale por sí mismo, en cuanto intrínsecamente justo, el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo se encuentra condicionada por la existencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia, esta validez existe si concurren los requisitos que la Constitución dicta para la creación de leyes, mediante el proceso legislativo establecido en los artículos 71 y 72 de la Constitución Federal. Todo precepto vigente es formalmente válida.

García Maynez, Eduardo, Ob. Cit. p. 40.

³³ Una posición intermedia ante este problema está constituida por la doctrina del gran teólogo y jurista de Granada, España Francisco Suárez (1548-1617). En su "Tratado de las Leyes y de Dios Legislador", dice que los preceptos del Derecho natural se

El fin de la *Seguridad Jurídica*, me parece en lo personal, sumamente importante, pero demasiado estrecho para la misión tan amplia y elevada del Derecho. El *Bien Común* puede ser una consecuencia lógica y necesaria de la *Justicia* tenazmente buscada y plenamente obtenida. A mi juicio, el fin específico, esencial e inmediato del Derecho, es la **Justicia**, que supone la Seguridad Jurídica y que posee virtud suficiente para asegurar el perfeccionamiento, el máximo de libertad y el *Bien Común* a todos los hombres.

Podemos aquí apreciar el profundo sentido de ese principio expresado en todas las legislaciones positivas: "*El Derecho consiste en dar a cada uno lo que es debido*" ("*summum cuique tribuere*"). Ya Platón había concebido como una parte de la *Justicia* el que cada uno reciba lo que le conviene, entendiendo por esto, no sólo lo que cada uno es por sí mismo o lo que produce por su actividad individual, sino también lo que debe serle administrado por otros o por el Estado, lo que debe ser añadido a la insuficiencia de sus medios, por la cooperación de sus semejantes, para su integral desenvolvimiento.

I. 3.1.- La Ciencia de la Jurisprudencia.

Al hablar de lo que es *debido dar a cada quien*, hacemos referencia a algunos elementos primordiales de la idea de *Justicia*. Generalmente es aceptada la definición de *Justicia* que da Ulpiano: "*Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo*". Esta definición contempla a la *Justicia* como una virtud moral, la cual, sin embargo, para ser realizada supone un discernimiento acerca de lo que *es suyo de cada quien*. Este discernimiento corresponde propiamente a la *Jurisprudencia*, o "*prudencia de lo justo*", que es una virtud propia del entendimiento. A veces suele llamarse *Justicia* a la virtud intelectual de discernir entre lo que es suyo de cada quien. Así, el maestro Preciado Hernández trata a la *Justicia*, como "*criterio ético*"³⁴.

El Derecho es la ciencia que tiene como objeto discernir lo justo de lo injusto; le interesan por tanto, no la *Justicia* como virtud moral o de la voluntad (esto es asunto de la *Ética* y de las ciencias de la educación), sino los criterios conforme a los cuales es posible realizar ese discernimiento. Por eso, consideran muchos autores, opinión que comparto, resulta más claro del contenido y objeto de esta disciplina el nombre de *Jurisprudencia* –en latín "*iuris prudentia*"– que el de *Derecho*. La discusión acerca de si la *Justicia* es o no el fin propio del Derecho, en el fondo, se reduce a la discusión acerca de si es posible contar con criterios objetivos, independientes de la voluntad del legislador o del juez, para conocer lo que es justo o injusto en situaciones concretas, o dicho de otro modo, lo que *"es suyo"* de cada una de las partes relacionadas en determinada situación.³⁵

dividen en dos grupos, las normas que forman el primero, o Derecho natural preceptivo, son necesarias e inmutables; las que integran el segundo, o Derecho natural dominativo, tienen su fundamento en la libre decisión humana, en cuanto representan una regulación lícita al lado de otras posibles. El Derecho dominativo, sólo es materia del otro Derecho preceptivo, y consiste, como diríamos, en cierto hecho, o en tal condición o disposición de las cosas. Más, consta que todas las cosas creadas, principalmente las incorruptibles, tienen en la naturaleza muchas condiciones que son mudables y pueden ser suprimidas por otras causas. García Maynez, *Ob. Cit.* p. 50, y González Soler, María D., *Ob. Cit.* pp. 206-231.

³⁴ Preciado Hernández, Rafael, *Ob. Cit.* pp. 217-231.

³⁵ Preciado Hernández afirma que hay un fundamento ontológico, objetivo, del "*summum*" de cada persona. En efecto, puede afirmarse "que es suyo de cada persona humana su cuerpo y su espíritu, y todas sus potencias y facultades; y suyos también son los actos que realiza con conocimiento de causa y voluntad libre". De esta afirmación, pueden desprenderse otros criterios que

Dentro del obrar humano, la razón y la voluntad tienen misiones complementarias. A la voluntad corresponde el **querer** la acción; de la razón es propio **saber** realizar correctamente la acción. Por eso la prudencia da la regla de la acción y es la que guía a la fuerza de voluntad. No es una excepción el obrar jurídico, si la acción jurídica o acción justa consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, lo cual es obra de la Justicia (radicada en la voluntad), el saber obrar correctamente (saber dar a cada uno lo suyo en el momento adecuado) es propio de la prudencia jurídica o *Jurisprudencia*. En definitiva, como en el resto del actuar humano, la actividad jurídica requiere **saber** y **querer**; *saber* dar a cada uno lo suyo y *querer* darlo. **Querer**, es propio de la voluntad justa; **saber**, es propio de la razón prudente. La actividad jurídica debe ser obra del hombre "*justo y prudente*".³⁶

I. 3.2.- Concepto de Jurista.

El mundo del Derecho es el mundo de los juristas, de modo particular el mundo del foro, cuyo centro es la actividad del juez, que es el jurista por antonomasia. En el ámbito de la realidad humana, el mundo del Derecho es una *praxis* que se desarrolla en el seno de las relaciones sociales. No faltan los juristas académicos, los expertos en Derecho que lo estudian a nivel teórico; pero ese mundo teórico no es el mundo del Derecho por excelencia. Sin duda, esa actividad teórica es de gran importancia y utilidad, pero es una actividad subsidiaria de la *praxis jurídica*, cuyo verdadero centro es la actividad forense y judicial.

Jurista es quien se dedica al *ius*, al Derecho; en concreto el que sabe discernir el Derecho y, por consiguiente, "*dice*" lo que es Derecho. El oficio del Jurista es un arte o ciencia práctica; Ulpiano define -con palabras de Celso- el oficio de jurista como arte, el *ars boni et aequi*, el "*arte de lo bueno y de lo justo*"³⁷. El jurista "*declara*" el Derecho: el juez "*sentencia*" acerca de cuál es el Derecho en el caso concreto, el abogado "*alega*" lo que entiende ser el Derecho de su cliente "*abogando*" por él, el letrado o doctrinario "*manifiesta*" el Derecho. En eso consiste ser jurista: en la *ius dictio*, en la declaración del Derecho, en discernir, dictar y pronunciar la sentencia que contiene el Derecho, lo que es *justo*.

El Jurista debe ser *justo y prudente*. El oficio de Jurista, responde a una necesidad social: Que cada hombre y cada institución tengan lo suyo, aquello que les pertenece y corresponde. La vida social es dinámica por naturaleza, y lo suyo de cada uno puede estar en situación de interferencia, por lo que se genera un dinamismo ordenado a establecer o restablecer la situación debida, que podemos describir con una fórmula de probada expresividad: "*dar a cada uno lo suyo*". En relación con ese dinamismo aparece el oficio de Jurista.

ayudan a determinar lo suyo de cada quien: el principio de imputabilidad, según el cual, el acto y sus consecuencias deben imputarse a su autor, y el principio de responsabilidad, que indica que el autor debe responder del acto y de sus consecuencias. Preciado Hernández, *Ibidem*, pp. 217-218.

³⁶ Hervada, Javier, *Ob. Cit.*, pp. 81.

³⁷ Citado por Hervada, Javier, *Ibidem*, pp. 74-75.

Si podemos calificar de necesidad social el establecimiento de la situación debida -*tener cada uno lo suyo*-, es porque tal situación constituye un *orden o armonía* -proporción- *sociales*, en el que cada cosa esta en la correcta relación respecto de su titular, lo cual da lugar a un orden o armonía en la comunidad humana. Estamos ante el "*orden social justo*" o simplemente "*orden justo*". Cualquier ruptura o alteración de esa correcta relación produce una anomalía, un desorden o desarmonía sociales: el orden injusto, la situación o -la estructura injustas.

Si hablamos de orden y armonía, calificamos a dicha situación social de un bien (que esta en estrecha relación con los valores del hombre), lo cual quiere decir que es concorde con la persona humana. En efecto, no se trata sólo de un orden *satisfactorio*, que satisface determinados deseos o estimaciones de los hombres, sino de un orden *necesario* para la persona y la sociedad. Tal armonía es una exigencia de la persona humana, por su calidad de *ser* que domina su propio *ser* y su entorno: esto es, en su calidad de *ser* que tiene cosas verdaderamente suyas. En cuanto a la sociedad, nada mejor que traer a colación unas conocidas palabras de Dante: "*servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*"; esa armonía o proporción, "*...guardada, conserva la sociedad de los hombres y, corrompida, la destruye*"³⁸.

Por tanto, la armonía u orden social que proviene de la correcta relación de las cosas respecto de sus titulares -el orden justo-, no es un simple hecho, sino que pertenece a la categoría del *deber ser*: **Debe darse a cada uno lo suyo**.

I. 3.3.- El Oficio del Jurista.

El oficio del Jurista atiende a remediar una necesidad social. Declarar el Derecho se inserta en el proceso de establecimiento del orden social justo, entendiendo por tal, que cada persona vea *reconocido* y *respetado* su derecho de modo que esté en pacífica posesión y disfrute de lo suyo. Lo que se trata de implantar es un orden social, o por mejor decir, una dimensión del orden propio de la sociedad humana.

En este sentido, la ciencia del Derecho es una *ciencia social*, un saber acerca de la ordenación de las relaciones sociales. El interés del Jurista no es el hombre considerado en su individualidad, no es la realización personal del hombre o búsqueda de su perfección personal; no mira la armonía interna de la persona ni su realización en las virtudes, todo lo cual es presupuesto para la vida social, pero no la vida social misma. La armonía que busca el jurista es la armonía social, la propia de las relaciones sociales y, en concreto, aquella que se alcanza cuando los miembros de la sociedad humana tienen reconocido y respetado aquello que es suyo, lo que les pertenece.

La función del Jurista es pues, una función social, una operatividad en orden a la socialidad humana, de modo que ésta se estructure y se desenvuelva conforme a Derecho. Deducimos, entonces, que lo propio del jurista en cuanto tal, no es la justicia en su dimensión personal -la armonía virtuosa de la persona- o sea, la realización personal del hombre como justo, sino la obra de la Justicia, el resultado social o armonía social que es

³⁸ Citado por Hervada, Javier, *Ibidem*, p. 91.

fruto de la Justicia. En este sentido, la ciencia del Derecho tiende a los resultados, es una ciencia de resultados sociales, que es lo que está en el orden de su finalidad.³⁹

I. 4.- Dualidad del Derecho: Objetivo y Subjetivo.

*"Bajo un aspecto **objetivo**, el Derecho es un principio que fija y arregla las condiciones en que los hombres pueden, individual y socialmente, alcanzar sus objetos racionales. Bajo el punto de vista **subjetivo**, implica, por parte de un sujeto, una aptitud, una demanda, una pretensión; y, por parte de otro, una obligación respecto a esas condiciones a que el uno puede aspirar"*⁴⁰.

Nos dice García Maynez que en el Derecho encontramos, entre muchas clasificaciones atendiendo a diferentes aspectos, dos de suma importancia: Derecho objetivo y Derecho subjetivo⁴¹; el primero es un conjunto de normas sistematizadas; trátase de principios impero-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades; es la norma que permite o prohíbe. El segundo es la función del objetivo; éste es el permiso derivado de la norma, o sea, la facultad que se deriva de la norma.

En su intención originaria, el dualismo de Derecho objetivo y subjetivo expresa la convicción de que éste procede lógicamente y temporalmente al primero. La idea es ésta: primeramente nacen los derechos subjetivos; más tarde, surge el Derecho objetivo como orden estatal que protege, reconoce y garantiza los derechos subjetivos originados independientemente de él.

Dernburg dice que los derechos en sentido subjetivo -dice Dernburg- existían históricamente mucho antes de que se desarrollase conscientemente un orden estatal. Por eso es un criterio erróneo y antihistórico suponer que los derechos en sentido subjetivo no son otra cosa que concesiones del Derecho en sentido objetivo.

Kelsen se pronuncia contra este dualismo del Derecho, en el que descubre una contradicción lógica de la teoría, ya que éste afirma como existentes al mismo tiempo el Derecho objetivo (norma heterónoma, vinculación, coacción) y la personalidad jurídica (subjetividad: autonomía, libertad, autodeterminación).

La lógica vigorosa de Kelsen nos hace aceptar de pronto tal contradicción; pero creo que en el fondo, no existe. La distinción nominal entre Derecho subjetivo y objetivo tiene su fundamento en la distinción formal lógica. El Derecho objetivo no contradice ni menos niega los derechos inherentes a los sujetos jurídicos; los reconoce y sólo busca su coordinación mediante la norma, consiguiéndose así esa armonía unitaria que se llama orden jurídico. *"Todas las ordenaciones normativas sociales -dice Heller- constituyen*

³⁹ Hervada, Javier, *Ibidem*, pp. 84-85.

⁴⁰ Ahrens, Heinrich, *Ob. Cit.* p. 139.

⁴¹ *Ob. Cit.*, pp. 36-37.

limitaciones, no desconocimiento ni negación del albedrío. El Derecho objetivo supone una restricción del albedrío en el sentido de lo injusto".⁴²

I. 5.- El Derecho, creador de la Unidad de Poder.

El problema de la validez del Derecho ha de considerarse también en conexión con el carácter formador del poder que el Derecho tiene. Para que alguien tenga efectivamente poder, es decir, para que sus órdenes sean cumplidas de modo constante, es preciso que quienes lo sostienen, o al menos los de más influjo, estén convencidos de la legitimidad de su poder. El poder político es una relación social, pero no es necesariamente una capacidad política personal. El gobernante más incapaz ejerce poder y recibe obediencia mientras se cree en la legitimidad de su autoridad. La coacción misma tiene como supuesto la adhesión de aquellos a quienes trata de forzar la ordenación de la autoridad.⁴³

Todo grupo de dominación precisa a la larga de la convicción de que sus principios y preceptos jurídicos posean una fuerza obligatoria general, capaz de ligar también a los sometidos. Los mismos ideólogos del poder, que pretenden haberse librado de toda ideología y hacen marchar siempre a Dios con los más fuertes batallones, se ven obligados a aceptar el gran valor que el Derecho tiene para formar poder. Por esa razón, el destino de una clase dominadora está sellado en cuanto deja de creer en sus principios jurídicos y no está ya convencida, con limpia conciencia, de que sus principios de Justicia tengan general fuerza obligatoria aplicable también, moralmente, a los dominados.⁴⁴

Decir que la voluntad del Estado es la que crea y asegura el Derecho positivo, es exacto si además, se entiende que esa voluntad extrae su propia justificación, como poder, de principios jurídicos. En este sentido, el Derecho es la forma de manifestación éticamente necesaria del Estado, en cuya voluntad soberana -su cualidad de poder "supremo"-, basa su legitimidad.

El Derecho es la forma de manifestación necesaria, tanto desde el punto de vista moral-espiritual, como técnico, de todo poder permanente. Si no se acepta la forma jurídica, no es posible que una situación transitoria de dominación se convierta en una situación de dominación relativamente permanente. Las perspectivas de poder de una unidad de voluntad son también mayores y más durables, cuanto mayor y más durable sea la probabilidad de que se realice de manera efectiva, por parte de los súbditos, la conducta que se espera. La duración y la acción del poder se incrementan considerablemente por medio de una organización u ordenación normativa, de acuerdo con la cual llevan sus relaciones para con el poder tanto los súbditos como los órganos, armonizándose unos y otros entre sí, mediante la observancia y el mandato. Todo poder político es poder jurídicamente organizado.⁴⁵

⁴² Heller, Hermann, *Ob. Cit.*, p. 203.

⁴³ Heller, Hermann, *Ibidem.*, p. 209.

⁴⁴ Heller, Hermann, *Ibidem.*, p. 210.

⁴⁵ Heller, *Ibidem.*, pp. 210-211.

Heller ⁴⁶ nos dice que "...no hay forma alguna de Estado o de gobierno en la cual un mandato signifique, en sí ya, un valor jurídico positivo, y la frase "lo mejor en el mundo es un mandato" (de Schmitt) podrá entusiasmar a los estetas del poder fatigados de la cultura, pero es absolutamente falsa para cualquier especie de poder político. Pues el poder, como es sabido, consiste sólo en mandatos que se obedecen; y la obediencia, siempre y en todas las formas de dominación, depende esencialmente de la creencia en que el mandato está justificado".

La forma técnicamente perfecta de una formación consciente de unidad de poder es la militar. Se distingue ésta de la forma jurídica, en que la militar es mera forma técnica, pues sólo recibe su legitimación y sus objetivos de la voluntad política. La forma jurídica pretende ser justa, en tanto que la forma militar sólo pretende ser técnicamente precisa y practicable. Ambas formas actúan creando poder; pero la militar lo hace sólo en virtud de su técnica, por la que organiza únicamente actividades militares en una unidad de acción; en tanto que la forma jurídica lo hace, además, mediante su pretensión de legitimidad, al organizar actividades espirituales y físicas de toda clase, incluidas las militares, en una unidad de acción política universal.

La forma militar representa la más precisa y practicable forma de organizar el poder, porque supone el máximo de certidumbre y seguridad respecto a lo que se exige. La forma jurídica necesita de tanta más precisión y practicabilidad cuanto más numerosas y complejas sean las relaciones sociables. Este aspecto técnico del Derecho que se manifiesta unas veces en la determinación racional del contenido jurídico y otras en la certidumbre de la ejecución, es lo que constituye la llamada seguridad jurídica. No cabe duda que la forma jurídica no puede nunca alcanzar aquella regularidad casi mecánica de la conducta de los subordinados, en que se basa la precisión de la formación de poder de carácter militar, que elimina en buena parte la autodeterminación individual; en tanto que, en la forma jurídica, se deja a los subordinados un amplio margen de espontaneidad.

47

A diferencia de la conducta de los subordinados a un poder militar, en que están enseñados a obedecer casi mecánicamente las órdenes de sus superiores, en el Derecho los subordinados deben obrar por "*deber jurídico*". Este concepto es el comportamiento requerido por el Derecho, la conducta obligada de conformidad con una norma. Todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico; de acuerdo a lo anterior se puede caracterizar el deber jurídico, como la conducta prescrita por el Derecho, el comportamiento que debe observarse. La imposición de deberes ha constituido uno de los rasgos más característicos del Derecho, su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose así, en obligatoria. La imposición de un deber emanado de una norma, se convierte en una razón para que el sujeto obligado haga u omite hacer, y para el caso en que se realice lo contrario o no se realice lo que la norma manda, ésta misma tiene prevista una sanción, independientemente de que el órgano estatal correspondiente, tiene los medios necesarios para poder hacer cumplir la ley a la fuerza (coercibilidad). Lo ideal es que los obligados

⁴⁶ Heller, Hermann, *Ibidem*, p. 248.

⁴⁷ Heller, Hermann, *Ibidem*, p. 211.

cumplan con lo prescrito en la norma, por deber de conciencia, es decir, con convicción plena que lo que establece la norma es lo correcto, lo justo.⁴⁸

Von Ihering⁴⁹ escribe (respecto de la coacción del Derecho): *"La definición corriente del Derecho lo concibo como el conjunto de normas coactivas válidas en un Estado, y a mis ojos ha encontrado en estos términos una expresión perfecta... La coacción del Estado en el cumplimiento de las leyes es el criterio absoluto del Derecho; un precepto del Derecho sin coacción jurídica es una contradicción en sí misma, una luz que no alumbra..."*

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que nacen del Derecho positivo (por seguridad jurídica), éste las hace válidas e independientes del proceso interno de valoración moral del ser a quien va destinado el cumplimiento de la misma; es decir, importa que su conducta externa sea conforme a lo que prescribe la norma jurídica. El Estado tiene a su disposición la "fuerza pública", para hacer cumplir las obligaciones que nacen del ordenamiento jurídico, en los términos que éste estipula.

En la dinámica de las relaciones de dominación histórico-sociales, una situación de poder se convierte en un *status* político únicamente gracias al Derecho. Sin los caracteres dogmáticos y técnicos del Derecho, faltaría al Estado, en el cambio incesante de los innumerables procesos de integración, permanencia y estructura, es decir, no tendría en general, existencia.

Toda sociedad, más o menos conflictiva o armónica, igualitaria o desigual, es siempre producto de la tensión y también coordinación de fuerzas y poderes múltiples. No solamente el Estado tiene poder, más sí el *supremo poder*. El poder político y los "otros poderes" es así tema de obligada referencia y reflexión; tanto para analizar y conocer los condicionamientos fácticos de aquel como para saber más acerca de los modelos de organización y de articulación de esos otros poderes que el Estado, el poder político debe proponer e incluso legítimamente imponer. Los otros poderes están allí con su fuerza, mayor o menor, con la que el Estado no puede dejar de contar: para apoyarse en ella y/o para intentar limitarla, potenciarla, controlarla o, incluso en caso extremo y concreto, anularla. El poder político, logrado el monopolio formal de la coacción-sanción (Derecho), no puede evadirse ni dejar de asumir esa superior función de organización y articulación de esos poderes que le proporcione suficiente fáctica legitimación e incluso justificable racional legitimidad. Y por supuesto que todas esas interrelaciones y propuestas son por entero diferentes en Estados totalitarios y en Estados democráticos.

⁴⁸ Nos dice García Maynez, en relación al deber jurídico, que los juristas para quienes el deber jurídico no difiere esencialmente del moral inspiranse en la doctrina ética kantiana. La legislación positiva, como conjunto de reglas de conducta emanadas de la voluntad del legislador, no puede, por sí misma, ser mirada como fuente de auténticos deberes. Para que un precepto legal posea obligatoriedad es indispensable, de acuerdo con la *"Fundamentación Metafísica de las Costumbres"*, que derive de la voluntad del sujeto que ha de cumplirlo y tenga, a la vez, valor universal. O, expresado de otro modo: para que una regla de acción me obligue, debe ser autónoma, es decir, tener su origen en mi voluntad. Si no deriva de ella, sino del albedrío ajeno, la regla es heterónoma y, por ende, no me obliga. Pero como el hombre puede, en uso de su autonomía, aceptar las órdenes del legislador, convencido de su validez universal, la observancia de la ley llega de esta guisa a convertirse en contenido de un deber. Los súbditos, procediendo autónomamente, están capacitados para transformar los mandatos legales en normas verdaderas. Esto ocurre cuando les reconocen validez y se someten voluntariamente a ellos. Sólo que en este caso, el individuo, más que cumplir con las normas de Derecho positivo, cumple con la moral o, más precisamente, acata la ley por razones morales. De aquí la distinción, trazado por Kant, entre obligaciones éticas directas e indirectas. La jurídica resulta ser, de acuerdo con esta tesis, una obligación ética indirecta.

García Maynez, Eduardo, Ob. Cit. p. 260.

⁴⁹ Citado por Cathrein, Víctor, Ob. Cit. p. 84.

El poder no es, pues, sólo el poder político. Todo tejido social está traspasado por poderes difusos, penetrado por una capilaridad del poder que exige en verdad respuestas multivalentes; y en esa pluralidad de poderes hay desde los grandes poderes sociales, hasta los agentes o "actores" sociales sin poder. Sin el menor propósito de descripción exhaustiva hay, pues, que recordar en este punto algunos de esos *otros poderes*. Los de hoy principal acción y determinación, vistos en relación más o menos pacífica o conflictiva tanto con el poder político como entre ellos mismos: poderes "**económicos**", nacionales o transnacionales, corporaciones profesionales vinculadas a ellos, etc.; poderes "**informáticos**" referidos a aquellos centros que controlan los datos y la información sobre cosas y personas, por ejemplo relativos a la salud, a los componentes genéticos, psicológicos, etc.; poderes "**mediáticos**", medios de comunicación, omnipotentes creadores de imagen y de opinión; poderes "**fácticos**", entendiéndolo por tales quienes, como las fuerzas militares y de orden público, ejercen de hecho la fuerza física, la violencia "institucionalizada"; poderes "**burocráticos**", de técnicos y expertos, que afectan al sector público y a la Administración, pero que también pueden constituir poderes privados bajo control individual o de poderosos grupos minoritarios; poderes "**espirituales**", de Iglesias, confesiones religiosas, sectas, etc.; poderes "**científico-culturales**", mayores o menores en función del prestigio, reconocimiento o influencia social de Academias, Universidades, intelectuales colectivos o personales, etc. Todo esto está siempre allí, vertebrando o desgarrando el tejido social.

Algunas observaciones breves han de hacerse aquí de la obra de Elías Díaz ⁵⁰, respecto de éstos u otros similares "poderes"; así, por ejemplo, nos dice que: no es, ni debe ser idéntico en todos ellos el grado de relación e implicación con el poder político estatal; algunos son poderes más públicos, otros son poderes más privados, aunque otra cosa es lo que debieran ser; que estos poderes con frecuencia están entre sí muy interrelacionados, en formas mixtas de acción múltiple, y que también lo están en mayor o menor medida y significación muy diversa con el poder político; que estos poderes son más o menos visibles o invisibles, transparentes u opacos, sometidos o no a mayor o menor crítica y control; que en algunos hay, y puede y debe haber, mucho mayor participación democrática que en otros.

I. 6.- Conducta Humana, Poder y Derecho.

I. 6.1.- El Individuo y la Sociedad.

Que el hombre no puede vivir más que asociado a sus semejantes no es, desde luego, una constatación reciente, como tampoco lo es la conciencia de la variedad y complejidad de los problemas suscitados por su naturaleza social. Esta naturaleza, en efecto, no sólo hunde sus raíces en las necesidades y exigencias fisiológicas de la especie humana, sino que desarrolla además un papel decisivo en la propia formación de la personalidad del hombre, que solo toma conciencia de su individualidad en relación con los demás hombres, dependiendo del reconocimiento que de los otros obtenga.

⁵⁰ "Curso de Filosofía del Derecho". Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, España, 1998, pp. 92-93.

No es empresa fácil, dada la disparidad de opiniones que reinan entre los estudiosos sobre el tema, suministrar una noción exacta de *Sociedad*. La Sociología, en cuanto estudio sobre bases científicas de la sociedad, de la acción social y de los sistemas sociales, tienen un origen demasiado reciente (surge, como es sabido, en la mitad del siglo XIX con Augusto Comte) y, por otro lado, los fenómenos sociales son demasiado complejos y mudables como para que haya habido oportunidad y tiempo de que se forme una *communis opinio*. Ha sido muy fuerte la tentación de tomar prestados de otras disciplinas más antiguas y organizadas sus modelos interpretativos para traspasarlos y utilizarlos en el estudio de los fenómenos sociales. Así, quien adoptaba el modelo ofrecido por la **física** concebía la sociedad como mecanismo (*modelo mecanicista*), esto es, como la resultante de las acciones atómicas llevadas a cabo por los individuos para la consecución de los fines particulares perseguidos por cada uno de ellos; en cambio, quien aceptaba el modelo de la **biología** veía en la sociedad un organismo al que los individuos están subordinados igual que las células están subordinadas a las funciones generales del organismo (*modelo organicista*).

Estos dos puntos de vista recogen una realidad y encubren una ideología. En un plano puramente descriptivo, en efecto, es innegable que algunos grupos (como las sociedades familiares y los clanes), caracterizados por intereses convergentes y por la aceptación de una misma tabla de valores, se acercan mucho al modelo organicista, mientras que otros (como las modernas sociedades estatales), caracterizados por intereses en competencia y por una pluralidad de sistemas valorativos, se aproximan más bien al modelo mecanicista. En el plano ideológico, la aceptación del primero o del segundo modelo revela la preferencia concedida bien a sociedades de desiguales, fundadas en la subordinación de las partes al todo, bien a sociedades de iguales, fundadas en relaciones de coordinación entre los variados fines perseguidos por los individuos y las actividades orientadas a realizarlos, en una palabra, revela la preferencia concedida a formas de organización de la sociedad autocráticas o democráticas.

El contraste entre estas dos concepciones es indicativo de la tensión implícita en la relación entre individuo y sociedad, relación que se presenta bajo el signo de la contradicción y de la ambivalencia. Y, realmente, por una parte yo tengo necesidad de los otros; no solo el desarrollo de las facultades superiores de mi personalidad, intelectuales y morales está condicionado por el contexto social al que pertenezco, sino que mi propio venir al mundo y mi propia supervivencia física presuponen la existencia de una sociedad, aunque sea la más elemental. Ahora bien, si yo tengo necesidad de los demás, eso quiere decir que dependo de ellos, esto es, que estoy sujeto a los demás. Por otra parte, desde el momento en que me sirvo de los demás para satisfacer mis necesidades, aquellas que de otro modo no podría cubrir, tiendo a *instrumentalizarlos* para la consecución de mis fines particulares. Esta conflictividad potencial, típica de las relaciones sociales, si bien por un lado da origen al Derecho como instrumento dispuesto para la resolución de los conflictos, por otro lado hace también que el Derecho mismo, como veremos mejor en seguida, se cargue de ese carácter de ambivalencia característico de las relaciones entre los individuos y la sociedad.

I. 6.2.- Comportamientos Desviantes y Control Social.

La necesidad de asegurar la supervivencia del hombre y la consecución de sus fines esenciales exige la instauración de un orden social, esto es, de un condicionamiento de las acciones individuales con objeto de conseguir aquellos fines. Cuáles sean éstos, qué objetivos se proponga o se deba proponer el orden social, no es algo que nos interese aquí, puesto que, en último análisis, la primera cuestión depende de las condiciones históricas concretas de una sociedad en particular y la segunda de nuestras preferencias personales. Lo que importa subrayar ahora es que cualquier ordenamiento presupone una cierta uniformidad de comportamientos que en alguna medida hace previsibles, esto es, típicas, las reacciones de los individuos ante situaciones igualmente típicas. La actividad del hombre es, sobre todo, "actividad proyectiva". Ahora bien, ningún proyecto podría ser útilmente formulado más que con la previsión de que ciertos datos permanecerán constantes dentro de unos límites de tiempo razonable; resulta evidente que, entre estos datos, ocupa un lugar privilegiado el comportamiento de los demás componentes del grupo.

La conformidad de los modelos individuales con los modelos universalmente reconocidos y aceptados se obtiene, ante todo, mediante aquellos procesos dinámicos que se designan con el nombre de *socialización* (o *culturalización*) y de *interiorización* (o *introyección*). La socialización consiste en aquel proceso educativo –que no se limita a los años de la llamada edad evolutiva sino que se desarrolla durante toda la vida del hombre– a través del cual primero el niño, el joven después y el adulto por fin, se hacen aptos para asumir las tareas correspondientes a los roles sociales que poco a poco vayan asumiendo (roles de estudiantes, de padre, de trabajador, de médico, etcétera), integrándose así en el contexto del grupo. El proceso de socialización conduce a la llamada interiorización de las normas sociales, merced a la cual el individuo hace suyas las normas que la sociedad prescribe a sus miembros y los valores en los que aquellas se inspiran, de forma que la obediencia a tales normas no se considera ya como el resultado de una constricción que previene del exterior, sino como la satisfacción de una necesidad interior que encuentra su gratificación en sí misma.

Sin embargo, los procesos de *socialización* y de *introyección* no son suficientes para asegurar que todos los componentes del grupo se conformen en todos los casos a los modelos de comportamiento deseados; la falta de conformidad con tales modelos da lugar a los distintos fenómenos de la *variación* (o *innovación*) y de la *desviación* (o *anomia*). La **variación** es un comportamiento no conforme que, sin embargo, se juzga favorablemente por el grupo, que termina aceptándolo, con lo que modifica en consecuencia sus propios modelos de conducta, y es la base del proceso evolutivo social; las variaciones están en el origen de las transformaciones de los usos sociales. La **desviación**, en cambio, es un comportamiento no conforme que el grupo no aprueba y que va desde la falta de respeto a ciertas reglas de educación y de etiqueta hasta las acciones criminales que ponen en peligro la propia supervivencia del grupo. Sin embargo, no todas las desviaciones suscitar la reacción del grupo, sino sólo aquellas que despiertan particular desaprobación o alarma; solamente frente a estas últimas reacciona el grupo para prevenir o impedir el comportamiento desviante o para eliminar o reducir las consecuencias consideradas nocivas. El conjunto de instrumentos y técnicas dirigidos a

presionar sobre los individuos para obtener de ellos la conformidad de su comportamiento con ciertas reglas de conducta constituye lo que se llama **control social**.

Los medios a través de los que se ejercita el *control social* son numerosos y dispares y van desde la negación del cariño por los padres a los hijos desobedientes, la desaprobación y el menosprecio, hasta la marginación, el linchamiento y la pena de muerte; pero no hay que olvidar que tal control, como veremos claramente enseguida, se realiza también de formas gratificantes, que van desde el aprecio del grupo hasta la concesión de especiales premios o beneficios. Conviene advertir, de todas formas, que todos los instrumentos de control social tienen esto en común; se pueden reducir esquemáticamente a una situación típica, de acuerdo con la cual a un determinado comportamiento del individuo se hace seguir una cierta consecuencia o reacción por parte del grupo o por elementos cualificados del mismo. Cuando se trate de un comportamiento aprobado por el grupo, la consecuencia a él ligada, será favorable al agente; cuando, en cambio, se trate de un comportamiento socialmente reprobado, la consecuencia será desfavorable.

Independientemente de las formas en que el control social se realiza, su mecanismo es, pues, idéntico y consistente en derivar la consecuencia "B" del comportamiento "A", en donde "B" puede asumir tanto un valor positivo, si se concreta en una situación favorable y por ello deseable para el sujeto que realiza el comportamiento condicionante, como un valor negativo, si se concreta en una situación desfavorable y por ello a evitar por el propio sujeto. Para inducir a los componentes del grupo a seguir un cierto comportamiento (o, lo que es lo mismo, a abstenerse del comportamiento contrario), se pueden utilizar, por tanto, dos técnicas: la *técnica promocional*, consistente en ligar consecuencias favorables al comportamiento socialmente deseado, o la *técnica disuasoria*, que consiste en ligar consecuencias desfavorables al comportamiento desviante.

I. 6.3.- El Derecho como Instrumento de Control Social.

Digamos inmediatamente que el Derecho no es más que un *instrumento de control social*, una de las muchas técnicas con las que se realiza el control social, y quizá no la más importante aunque sí ciertamente la más típica.

Veamos en qué difiere el Derecho de los otros medios de control social y, para hacerlo, partamos de la consideración de los sistemas sociales. Por "sistema social" se entiende un grupo más o menos numeroso de personas que conforman habitualmente su comportamiento a un sistema relativamente estable de normas de conducta. Los sistemas sociales se distinguen en *sistemas elementales* y *sistemas estructurados*. Sistemas sociales *elementales* son aquellos en los que la unión de varios individuos para la consecución de los fines comunes se realiza de manera espontánea e informal sin originar una diferenciación interna de las tareas y funciones ni, sobre todo, esa diferenciación fundamental entre la minoría de los gobernantes y la mayoría de los gobernados que da lugar al fenómeno del poder; sistemas sociales *estructurados* son aquellos en los que se dan tales condiciones. El poder es algo distinto de la potencia o de la mera fuerza, presentes estas últimas también en las sociedades elementales y hasta en las subhumanas; **poder** es

la fuerza organizada y revestida de alguna forma de legitimación; es potencia institucionalizada. El problema de si el poder tiene un origen endógeno (es decir, surge de un proceso espontáneo de diferenciación dentro del grupo) o un origen exógeno (esto es, se deriva del sometimiento de una población vencida por una unidad étnica conquistadora) interesa a los historiadores y a los sociólogos, así como interesa a los estudiosos de las doctrinas políticas el examen de las ideologías, en las que el poder ha buscado de vez en cuando su legitimación. Lo que aquí importa subrayar en este momento es que los sistemas sociales *elementales* no se identifican necesariamente con las sociedades primitivas (o, como hoy se dice, de interés etnológico), pues, realmente, tampoco en estas últimas faltan a veces formas institucionalizadas de poder, así como también en el seno de los sistemas sociales *estructurados* surgen y operan grupos espontáneos informales que, con distintos objetivos y de diversas maneras, rehuyen las formas institucionalizadas de organización.

Como consecuencia del nacimiento del fenómeno del poder, es característica de los grupos sociales *estructurados* la institucionalización de la reacción de la gente a la desviación. Esto no quiere decir que todas las reacciones a cualquier comportamiento desviante estén institucionalizadas; continúan subsistiendo formas no institucionalizadas de reacción al lado de las formas institucionalizadas, la cuales, por lo demás, no afectan a cualquier comportamiento desviante, sino sólo a aquellos comportamientos que amenazan intereses considerados como merecedores de una especial tutela por quienes detentan el poder.

El proceso de institucionalización de la reacción contra el comportamiento desviante se suele desarrollar en dos fases sucesivas: en un primer momento, comporta la designación dentro del grupo de una categoría de sujetos a lo que se le pide la aplicación de las sanciones contra los violadores de las normas sociales; en un momento sucesivo, se llega a la determinación, con carácter de tipicidad y abstracción, de la especie y entidad de las propias sanciones así como a la determinación de los casos y modalidades en los que deben aplicarse dichas sanciones por los órganos que tienen confiada tal tarea. El Juez, que juzga según equidad o que aplica las costumbres sociales, precede históricamente a la figura del legislador. Cuando semejante proceso de institucionalización de las normas se ha perfeccionado nos encontramos en presencia de un ordenamiento jurídico.

De este modo, el fenómeno jurídico aparece estrechamente ligado al fenómeno social, en cuanto que no puede darse Derecho en donde no exista sociedad, es decir, que las acciones jurídicas se presentan como un subconjunto de las acciones sociales. Es verdad, por tanto, que *ubi ius, ubi societas*; no es verdad, en cambio, lo contrario, ya que no todas las sociedades producen Derecho (refiriéndonos al Derecho que conocemos: el puesto, el Positivo), sino sólo aquellas sociedades (aunque se trate incluso de sociedades de ladrones) que hayan alcanzado un cierto nivel de estructuración interna caracterizada por el nacimiento del fenómeno del poder y por la consiguiente institucionalización de las sanciones.

La concepción del Derecho como técnica de control social, caracterizada precisamente por un alto grado de institucionalización de la reacción frente a los comportamientos desviantes, nos permite distinguir el Derecho, por un lado, de los

preceptos morales y, por otro, de los usos o convencionalismos sociales o normas de etiqueta o cortesía.

El Derecho se distingue de la moral en cuanto que esta última comprende el sistema de las normas interiorizadas, es decir, aquellas normas que han sido aceptadas por el individuo y son sentidas por él como obligatorias por sí mismas, independientemente de la previsión de que su violación sea seguida por una reacción del grupo. Este punto de vista ha sido específicamente sostenido por aquellos filósofos desde Christian Thomasius hasta Immanuel Kant, que han puesto el acento en la exterioridad del Derecho respecto a la interioridad de la moral en el doble sentido de que el Derecho se ocupa de las acciones externas, mientras la moral mira a la intención del agente, y de que el Derecho comporta sanciones externas a la violación de sus preceptos, mientras la moral comparte sanciones puramente internas como la satisfacción por el deber cumplido y el remordimiento por el precepto violado.

Mientras que el problema de la distinción entre Derecho y Moral ha ocupado sobre todo a los filósofos, el de la distinción entre el Derecho y los usos sociales ha interesado predominantemente a los sociólogos, quienes se han basado en el hecho de que las sanciones jurídicas, son sanciones institucionalizadas mientras que las que siguen a la violación de los usos sociales no lo son. Las sanciones sociales se confían a la iniciativa incontrolada de los particulares y presentan por ello un grado de aleatoriedad, de inconstancia y de arbitrio mucho mayor que las sanciones jurídicas, las cuales, por estar institucionalizadas, disfrutan de un mayor grado de certeza, bien en lo que se refiere a su carácter y entidad, o bien en lo que se refiere a su efectiva aplicación. La certeza de la reacción contra lo ilícito (Seguridad Jurídica) es uno de los valores sociales más importantes realizados por el aparato jurídico.

En este punto, ha de observarse que los tres tipos de sanción (moral, social y jurídica) inciden sobre una conducta cuando ésta -al mismo tiempo- viola una norma sentida por el agente como precepto moral, es reprobada por la opinión pública y constituye un ilícito para el ordenamiento jurídico. Esta hipótesis no se verifica, sin embargo, cuando la norma no es común a los tres sistemas normativos; el objetor de conciencia, por ejemplo, será condenado por los tribunales del Estado, pero, lejos de sentir remordimiento, experimentará un sentimiento de satisfacción por haber obedecido con su sacrificio personal a una norma que en su escala de valores personales se encuentra en un lugar muy alto y será mirado, no con reprobación, sino con respeto por aquel sector de la opinión pública que comparte sus ideales pacifistas o que, aun aceptando como una necesidad la defensa del país de eventuales ataques, no es indiferente a los valores humanos en los que el objetor de conciencia se inspira.

I. 6.4.- Fuerza y Consenso.

Hasta hace algunos decenios, era opinión común que el Derecho no es más que un conjunto de normas cuya eficacia está reforzada mediante la amenaza del uso de la fuerza contra los agresores. Se sostenía que lo propio de un ordenamiento jurídico es el hecho de imponer mediante la coacción la observancia de sus normas, poniéndose de

relieve, por lo demás, que debe considerarse como característica fundamental del Derecho, no tanto la coacción del acto (que en algunos casos puede faltar, como cuando el autor del acto ilícito no resulta identificado) como la posibilidad abstracta de la coacción (o coercibilidad).

Más recientemente se ha abierto camino en la ciencia jurídica la opinión de que el Derecho no es tanto un conjunto de normas reforzadas por la amenaza del uso de la fuerza como el conjunto de las normas que *regulan* el uso de la fuerza. En otras palabras, la fuerza no se considera ya por los sostenedores de esta teoría (Kelsen, Olivecrona, Ross) como el instrumento usado, o simplemente esgrimido, para asegurar la observancia de las normas jurídicas, sino que ella misma constituye el objeto de la reglamentación jurídica, la cual, precisamente, no tendría más función que la de establecer las condiciones de legitimidad del uso de la fuerza, designando a los sujetos a los que se pide que la utilicen y determinando los casos y modalidades en los que puede y debe utilizarse.

Es evidente que los sostenedores de las dos teorías utilizan el término "fuerza" dotándolo de muy distintos significados. Y, realmente, cuando se dice que "...el Derecho es el conjunto de normas impuestas por la fuerza", se alude a la fuerza creada por el Derecho; cuando, en cambio, se afirma que "...el Derecho es el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza", se alude a la fuerza utilizada de conformidad con el Derecho. Ello resulta más claro si se presta atención a los dos significados con que se emplea la palabra "poder" en castellano; según el primer significado, poder (en el sentido del alemán Können) es el poder político, esto es, la fuerza institucionalizada que crea el Derecho; según el segundo (en el sentido del alemán Dürfen) es el poder jurídico que usa la fuerza de conformidad con el Derecho.

Por lo demás, la adhesión a una u otra manera de entender la relación entre el Derecho y fuerza responde a una elección de naturaleza ideológica. Pues, realmente, la teoría que ve en el Derecho un conjunto de preceptos reforzados por la amenaza de la fuerza pone el acento sobre la función **represiva** del Derecho como técnica de control social tendente, precisamente, a la represión de los comportamientos desviantes. Por su parte, la teoría que ve en el Derecho un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, subraya la función **garantista** del Derecho, es decir, la certeza que éste suministra de que ninguna forma de constricción, física o de otra naturaleza, puede ser utilizada más que en los casos y modos permitidos por el ordenamiento jurídico. En realidad, la función *represiva* y la *garantista* constituyen las dos caras de la misma moneda. En efecto, el Derecho sólo debe asegurar a cada individuo una esfera de libertad, dentro de la que éste actúe con plena autonomía; a condición de reprimir las actividades de los demás individuos que constituyan una interferencia indebida en esta esfera de libertad. Puesto que la esfera de libertad, o espacio jurídico de todo individuo puede ser más o menos amplia, según plazca a los que detentan el poder político, el Derecho se presenta con características intrínsecas de ambivalencia.

Pues, en efecto, el sistema jurídico, si por un lado constituye un medio eficaz para garantizar la libertad individual y favorecer la consecución de altas metas de justicia y bienestar social, por otro representa un poderoso instrumento para el control del individuo, con el cual pueden abusar fácilmente los que manejan las palancas del poder para anular

aquella misma libertad y reforzar sus propias posiciones de grandeza y superioridad económica y social. Se refleja, pues, en el Derecho, aquella ambivalencia que ya vimos que era propia de la relación entre el individuo y la sociedad, relación que es a la vez de "integración" y de "tensión". A menudo el Derecho ha sido definido como "un sistema de límites" y la definición puede aceptarse con la advertencia de que el problema de fijar tales límites –esto es, de determinar la amplitud de las libertades individuales en relación con las exigencias de coexistencia y cooperación propias del grupo- es un problema de opciones políticas y no un problema jurídico.

De todas formas, no todo el mundo está de acuerdo en pensar que la coacción (o más exactamente, la coercibilidad) sea un componente esencial de la noción del Derecho. Los que rechazan tal noción ponen de manifiesto que, en la inmensa mayoría de los casos, las normas jurídicas son respetadas por sus destinatarios espontáneamente y no por el temor de incurrir en las sanciones previstas para los desobedientes. Hay una parte de verdad en este argumento, llamado de la *adhesión espontánea*, aunque sólo una parte. Ya sabemos que el orden social presupone un mínimo de estabilidad, de *normalidad*, de *previsibilidad*, sin el que sería imposible toda forma de convivencia pacífica y de cooperación. Ahora bien, el orden social debe hacer frente a la amenaza siempre posible de los comportamientos desviados, que en todo momento pueden perturbarlo y, en último término, destruirlo; el orden social debe tener a su disposición los instrumentos aptos para garantizar una cierta uniformidad de conducta y para reducir y -en la medida de lo posible- eliminar los comportamientos desviados.

La organización social y el poder, que es la fuerza conformadora de aquella, se apoyan esencialmente en dos fundamentos: el **consenso** y la **fuerza**. Estos dos elementos pueden estar distribuidos de diferentes formas en los diversos regímenes políticos, pero ningún régimen puede despreciar ninguno de los dos; así como la dictadura no puede prescindir de un mínimo de consenso, al menos por parte de quienes detentan la fuerza de las armas, tampoco la democracia puede despreciar el uso de la fuerza para imponer la voluntad de la mayoría a minorías recalcitrantes. Como ya vimos, los procesos de *socialización* y de *interiorización* –los cuales se apoyan hoy además en las instituciones escolares y educativas, en los llamados medios de comunicación de masas (prensa, cine, radio, televisión)- tienden a procurar este consenso; pero precisamente porque tales medios no son suficientes para eliminar el fenómeno de la desviación, surgen los mecanismos de control social, entre los que el Derecho ocupa, como sabemos, un puesto privilegiado caracterizado por un alto nivel de organización. Y si es verdad que el Derecho se asienta sobre todo en el consenso, es igualmente cierto que, en última instancia, debe poder contar con la fuerza necesaria para imponer a los desobedientes el respeto a sus normas.

Fuerza y consenso se encuentran entre sí en una relación inversamente proporcional, de forma que cuanto más extenso es el segundo, más se puede prescindir de la primera; la primacía de uno u otro elemento constituye uno de los parámetros más significativos para la calificación de un régimen político, ya que en los regímenes democráticos se cuenta sobre todo con el consenso de los ciudadanos, mientras que en los regímenes dictatoriales se confía en mayor medida en la fuerza de los aparatos represivos.

I. 6.5.- El Derecho como Norma, como Ordenamiento y como Relación.

De todo lo dicho, se desprende claramente que el Derecho es, ante todo, *norma agendi*, regla de comportamiento. Esto es, precisamente, el punto de vista llamado "normativista" ("teoría normativista"), desarrollado de forma primordial en la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen.

Pero, como sabemos, lo característico de la norma jurídica es el estar institucionalizada, es decir, el ser no el producto espontáneo e irreflexivo de un grupo informal -como lo son los usos sociales-, sino la creación mas o menos artificial y consciente de un grupo estructurado institucionalizado. El Derecho, el positivo, nace cuando un sistema social ha alcanzado elevados niveles de especialización interna en las funciones asignadas a los componentes del grupo y se otorga una adecuada organización para la instauración y el mantenimiento de un cierto orden. Desde este punto de vista, llamado precisamente "institucional", el Derecho se identifica con el ordenamiento mismo de una sociedad estructurada. La "teoría institucional" ha sido sostenida en Francia por Maurice Hauriou y en Italia por Santi Romano.

Una tercera teoría pone el centro en el dato de que la función propia del Derecho es regular las relaciones *intersubjetivas*. La intersubjetividad, para los sostenedores de esta teoría, constituye el elemento calificativo del Derecho que nos permite distinguir la actividad jurídica de la moral por una parte y de la economía por otra. La moral, en efecto, es eminentemente subjetiva por su naturaleza: no fundamenta pretensiones, sino que solamente impone deberes de cuyo cumplimiento debe responder cada uno solo ante su propia conciencia. La economía pone al hombre en relación con las cosas -que se encuentran limitadas o escasas-, consideradas como meros instrumentos para la satisfacción de nuestras necesidades y frente a las que no tiene ningún sentido hablar de derechos o de deberes. Solo el Derecho pone al hombre en relación con los demás, en una relación que es bilateral y reciproca; *bilateral* en el sentido de que el derecho de uno le corresponde un deber del otro sujeto; *reciproca* en el sentido de que uno no puede obligar a otro más que en la medida en que a su vez puede ser obligado por él. La Teoría del Derecho como "relación" es, indudablemente, la más antigua y es la preferida generalmente por los filósofos, desde Santo Tomas a Kant; recientemente ha sido desarrollada en Italia por Alessandro Levi.

Las tres teorías del Derecho -como *norma*, como *ordenamiento* y como *relación*- lejos de excluirse mutuamente, en realidad se integran y complementan en una visión mas plena y comprensiva de la experiencia jurídica. Decir que una norma es jurídica en cuanto que regula una relación o que una relación es jurídica en cuanto que esta regulada por una norma, obviamente, es la misma cosa. Por otra parte, si es cierto que una norma es jurídica en cuanto a que a su violación corresponde una reacción institucionalizada, es igualmente cierto que tan sólo puede decirse que una reacción esta institucionalizada cuando no es arbitraria, sino que está regulada por una norma.

No está de más poner de relieve que la preferencia expresada hacia una u otra de las teorías mencionadas depende con bastante frecuencia de motivos ideológicos. En efecto, no deja de ser significativo que la *teoría normativista* sea la mas difundida entre los

profesionales del Derecho, quienes en su trabajo cotidiano tienen que relacionarse sobre todo con normas; ni que la *teoría del ordenamiento* (o de la institución) sea favorablemente acogida por los sociólogos, llevados naturalmente a poner de manifiesto las conexiones existentes entre los fenómenos sociales y los fenómenos jurídicos; ni que la *teoría de la relación* haya encontrado mayor consenso entre los filósofos, quienes están preocupados sobre todo por fundamentar la distinción entre el Derecho por una parte y la Moral y la Economía por otra. Cualquiera de las tres teorías, además, privilegia un valor específico realizable con el aparato jurídico; la teoría normativista se preocupa de garantizar la certeza del Derecho, la teoría de la institución se preocupa especialmente del orden de la estabilidad social, mientras que la teoría relacionista tiende a poner de manifiesto la igualdad ideal de los sujetos que dan vida a la relación.

Desde un punto de vista científico las tres teorías hasta aquí examinadas se presentan como simples modelos de interpretación de la experiencia jurídica que, al igual que los modelos adoptados en el estudio de los fenómenos físicos, no son más que nuestra manera de representarnos la realidad y de introducir un orden en la infinita variedad de nuestras experiencias. Estos modelos no tienen en sí nada de absoluto, no nos dicen qué es "realmente" el Derecho, sino que simplemente nos suministran un instrumento más o menos útil que nos permite dar una sistematización conceptual idónea a ciertos datos de la experiencia. Como todos los modelos, también los modelos jurídicos tienen la característica de ser relativos y complementarios; *relativos* en cuanto que solo recogen un aspecto particular de la experiencia; *complementarios* en cuanto que cada uno de ellos nos suministra la explicación de ciertos aspectos de la realidad jurídica que no se dejan explicar fácilmente por las otras teorías.

I. 7.- Definición del Derecho.

El concepto e idea del Derecho es complejo, extenso y ampliamente profundo, pero resaltando sus rasgos característicos más importantes y uniendo los elementos esenciales de las tres teorías examinadas en el punto anterior, podría formular una definición del Derecho como ***"Un orden general normativo supremo y soberano (público), de carácter histórico, científico y filosófico, con preceptos imperativo-atributivos metodológicamente sistematizados que realizan la coordinación objetiva de las posibles acciones externas entre personas en determinado espacio y tiempo, según un principio ético universal que los determina con exclusión de todo impedimento, en prosecución de la Justicia, tendiente a satisfacer todas las necesidades humanas -individuales y sociales- exigidas por su especial naturaleza, y garantizar la armónica y sana convivencia social en libertad, seguridad y bienestar común, a cuya violación sigue una reacción legitimada e institucionalizada"***.

CAPITULO II.- "EL ESTADO"

II. 1.- El Concepto del Estado.

*"El Estado es como la familia -dice Víctor Cathrein-, una sociedad necesaria por naturaleza, resultado necesario de los instintos y facultades de la naturaleza humana. Lo demuestra el hecho de que vemos, siempre y en todas partes, al hombre viviendo en Estados, por pequeños e imperfectos que éstos sean. No hay un solo pueblo conocido de la Historia o de la etnología que no se haya organizado políticamente..."*⁵¹

La concepción inmanente del Estado no puede ser una interpretación suprahumana (sentido teológico) ni infrahumana (sentido materialista), sino que tiene que ser precisamente humana, pues sólo para el comprender humano significan algo esas formas psicofísicas de la realidad que se llaman "Estado" o "cultura".

La formación social que se llama Estado debe ser diferenciada tajantemente, no sólo desde un punto de vista objetivo, sino además metodológico, de toda estructura de sentido. El Estado no es espíritu objetivo, y *"...quien intente objetivarlo -ha dicho Heller- verá que no le queda nada en las manos. Pues el Estado no es otra cosa que una forma de vida humano-social: vida en forma y forma que nace de la vida..."*⁵².

Para Kelsen no existe diferencia esencial entre Estado y Derecho, expresiones que en el fondo se refieren al mismo objeto, o sea, a la normatividad jurídica. Para él, cuando se habla de Derecho, se trata simplemente de expresar una situación normada; en tanto que, cuando se habla del Estado, se trata de la misma situación, pero como criterio de la norma. En la teoría kelseniana, el Estado es el orden jurídico y nada más. Cuando se toman las normas jurídicas como una totalidad, estamos frente a la figura del Estado, y esto nos conduce al concepto de la personalidad, que Kelsen explica diciendo que el Estado es la persona jurídica en sentido colectivo por autonomasia, y un nuevo caso de imputación normativa.⁵³

Al punto de vista de Kelsen se opone la teoría tradicional llamada *de las facetas del Estado*, una de las cuales da hacia el orden sociológico y la otra hacia el jurídico. El Estado, según esta teoría, no es un dato puramente jurídico, sino además una realidad sociológica. Si se aceptara la teoría de Kelsen, tendríamos que aceptar que la organización gentilicia romana y la propia "República" de Platón son Estados, pues allí están todos los elementos de un orden normativo, sólo que no hay la realidad a la que pueda aplicarse.

La doctrina Aristotélico-Tomista⁵⁴ tiende a explicar la naturaleza de la sociedad estatal como un organismo social, estableciendo las famosas relaciones entre el todo y la

⁵¹ Heller, Hermann, Ob. Cit. pp. 52-53.

⁵² Heller, Hermann, Ibidem, p. 59.

⁵³ Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. Editora Nacional, Edición 1972, pp. 3-6.

⁵⁴ La palabra "Aristotélico-Tomista" hace alusión a la corriente del pensamiento de Aristóteles, que acogió y profundizó posteriormente, en su tiempo, Santo Tomás de Aquino.

parte. El organismo humano es un todo concreto; en cambio, el organismo social es un todo discreto en el que cada una de las partes tiene capacidad para subsistir independientemente del todo.

Maurice André Hauriou trata de explicar el Estado a través de su "*Teoría de la Institución*" que comprende, en síntesis, una idea de empresa o de obra que se realiza y perdura mediante la creación de órganos capaces de realizar esa idea y de provocar entre los elementos que contribuyen, una situación de verdadera comunión, de interdependencia a base de coordinación.

Teniendo como elementos constitutivos del Estado, tres: **Territorio, Población y Gobierno** (poder), hay quienes pretenden hacer derivar el Estado de sus condiciones geográficas, o considerarlo como expresión de la raza, del espíritu del pueblo o de la nación, o concebirlo como mera función del Derecho, o reducirlo a los órganos del poder.⁵⁵

La tierra no es nunca un factor político, sino sólo una condición, ciertamente importante, de la actividad política de la población, que puede influir sobre su territorio e incluso transformarlo de acuerdo con sus exigencias económicas o en vista de sus fines políticos. Evidentemente, las relaciones del Estado con el espacio son muy importantes; pero éste no puede explicar por sí solo ni la unidad, ni la peculiaridad de un Estado. Ningún hecho geográfico tiene importancia política con independencia del obrar humano. Vogel expresa la relación del Estado con la tierra en forma gráfica y acertada, al decir que el territorio del Estado "es sólo su base". Y Kelsen habla, en su "*Teoría General del Estado*", del territorio como el ámbito espacial de la actividad jurídica del Estado.⁵⁶

La delimitación de la vigencia del orden jurídico o estatal, según Kelsen, no sólo se produce en sentido espacial y temporal; tiene, además, una tercera dimensión: el ámbito de personas sujetas a dicho orden.⁵⁷

Es errónea la idea corriente de que el Estado está formado por hombres o representa una multiplicidad de seres humanos⁵⁸. El orden estatal no abarca al hombre entero ni al

⁵⁵ El Estado no es una mera realidad natural, constituye un conjunto de meras funciones jurídicas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la comunidad política. El Estado crea Derecho, aplica una Constitución; el Estado contrata, representa a sus nacionales, tiene jurisdicción, ejecuta sanciones; el Estado celebra Tratados, es sujeto del Derecho Internacional; el Estado, en suma, es titular de derechos y obligaciones. Las teorías que ven en el Estado sólo los aspectos naturales -si esto es posible- no pueden explicar la unidad, la jurisdicción, la personalidad ni la representación del Estado, es decir, no explican cómo funciona el Estado. Aun más, conceptos como *poder*, *legitimación*, *soberanía* y otros que se refieren al Estado, deben mucho de su significado a las normas jurídicas que presuponen. Qué estériles serían tales conceptos si tuvieran que prescindir de toda referencia a normas. Es importante distinguir que la diferencia estricta entre el concepto de Estado y concepto de Nación; el primero es un concepto jurídico-político, el segundo es un concepto sociológico, o sea, de identidad de cultura, de idioma, costumbres; identidad de grupo, etnia, realidad histórica, folklore, etc.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo II, pp. 1320-1328.

⁵⁶ Kelsen, Hans, "*Teoría General del Estado*", pp. 180-185.

⁵⁷ Kelsen, Hans, *Ibidem*, pp. 196-197.

⁵⁸ Toda ley tiene un ámbito temporal y un ámbito espacial de vigencia; esto significa que sólo obliga por cierto tiempo, y en determinada porción del espacio. En lo que toca al ámbito temporal, es posible que una ley se aplique no sólo a los hechos jurídicos ocurridos a partir de la iniciación de su vigencia sino a las consecuencias normativas de hechos anteriores, inicialmente regidos por otra ley (de acuerdo a las excepciones al principio de irretroactividad en la aplicación de la ley que establece el artículo 14 Constitucional, 1 párrafo, y esto es posible, cuando no es en perjuicio, o cuando es en beneficio). Ello implica la coincidencia de los supuestos de ambas leyes, así como la divergencia de sus disposiciones y la perduración de las consecuencias normativas nacidas bajo el imperio del primer precepto. Los problemas relacionados con la aplicación de leyes que tienen diferente ámbito temporal de vigencia suelen ser llamados "conflictos de leyes en el tiempo". Paralelamente a éstos se habla de

hombre en cuanto tal, sino únicamente algunos actos singulares del mismo, determinadas acciones y omisiones. El hombre no pertenece al Estado, no es parte integrante del Estado. El hombre pertenece al "Pueblo del Estado" sólo en cuanto está sometido al imperio de éste, es decir, sólo en cuanto que su conducta forma parte del orden jurídico estatal. El Pueblo es sólo el "ámbito personal de vigencia del orden estatal jurídico". Y aun ese ámbito es muy limitado, pues integran el pueblo del Estado todos aquellos, y sólo aquellos, que buscan protección y complemento a su insuficiencia en la unidad de ese orden jurídico estatal y que, por tanto, se someten a su imperio, esto es, que son sus súbditos. Prácticamente, sin embargo, el ámbito personal está delimitado por el ámbito espacial, con las prolongaciones que éste recibe del Derecho Internacional.

Algunos filósofos y juristas, especialmente en Alemania, han llegado a la posición, extrema para algunos, de considerar que es la "razón natural" la que forma al Estado (posición que desarrollaremos en temas posteriores). Lierman hace notar que, es el Estado el que puede llegar a crear, por medio de matrimonios repetidos y fomentando los vínculos culturales de religión, de idioma, políticos o de otra índole, un aspecto físico unitario de su pueblo, una comunidad de sangre que puede llamarse "raza secundaria o cultural".

El pensamiento demo-liberal relativizaba el Estado al pueblo; y el nacionalismo extremado, en cambio, el pueblo al Estado. En ambos casos se convierte erróneamente al Estado en función de una voluntad solidaria del pueblo.

El Derecho es el elemento de coordinación y de orden que hace posible la convivencia humana. Los individuos, las familias, los organismos profesionales, las sociedades todas llamadas *intermedias* (civiles y mercantiles), tienen una finalidad propia que persiguen primordialmente. Pero hay también un fin común a todos los hombres y a todos los organismos inferiores: la Justicia, la igualdad, el orden jurídico, el Bien Común; para cuya consecución -que todos igualmente quieren-, es preciso delimitar, coordinar, unificar, no sólo las voluntades y las pretensiones subjetivo-jurídicas (cosa que ya hace el Derecho), sino también la actuación de esas pretensiones en la conducta externa. A la unidad teleológica, alcanzada mediante la aceptación común de un principio ético-jurídico, debe corresponder la unidad de acción. A la realidad del Derecho, "querer entrelazante", "coordinación objetiva de las posibles acciones", responde lógicamente la existencia de un órgano de poder que realice la coordinación **fáctica** de las acciones en ejecución. Heller descubre en toda organización tres elementos "*que se reclaman recíprocamente*": 1. El obrar social de un conjunto de hombres basado en una conducta recíproca; 2. Una ordenación normativa en cuyo sentido se oriente regularmente ese obrar social, y 3. Unos órganos especiales que establezcan y aseguren esa ordenación.⁵⁹

La unidad potencial de la organización estatal, su permanencia como unidad real de acción en el sucederse de los partícipes, sólo se constituye mediante la unidad de su

"conflictos de leyes en el espacio": el supuesto ineludible de los últimos es la co-existencia de preceptos legales relativos a los mismos hechos, pero que pertenecen a sistemas jurídicos cuyos ámbitos espaciales de vigencia son distintos. En rigor, los llamados "conflictos de leyes en el espacio" no solamente se refieren a la determinación del ámbito espacial, sino a la del "personal de vigencia" de los preceptos legales, pues, no se trata únicamente de inquirir qué ley debe aplicarse en tal o cual lugar, sino de saber si a una cierta persona debe aplicarse su propia ley o la extranjera. Otras veces el conflicto existe entre preceptos de diferentes provincias de un mismo Estado, o entre leyes de distintas partes de una Federación.

García Maynez, Ob. Cit, pp. 403-404.

⁵⁹ "Teoría del Estado", p. 249.

ordenación normativa, gracias a la cual se crea en el tiempo -no obstante el cambio de los miembros-, una conexión tradicional que asegura la permanencia de una estructura eficaz. Sin la ordenación objetivada (Derecho), en cuanto a disposición concreta del obrar que forma la unidad, no es posible una organización duradera y mucho menos la estructura de efectividad que se llama "Estado".⁶⁰

La unidad de la ordenación objetivada es la unidad ideal de una conexión normativa de sentido, y la unidad de la organización es la unidad de una conexión activa efectuada. Pero el Estado no es un orden normativo, ni con él puede identificarse. Tampoco puede ser identificado con los órganos que actualizan su unidad de decisión y acción. Las llamadas teorías "realistas" quieren reducir el Estado a las personas que poseen el poder y cuya realidad física es tangible, identificándolo así con los órganos de dominación (Jellinek)⁶¹. Tales teorías olvidan el hecho de que toda organización de dominación sólo es real y efectiva cuando, entre dominadores dotados de poder y de súbditos, existe perfecta unidad. La organización estatal es un "status" renovado constantemente por organizadores y organizados.

Al decir que el Estado es una *unidad real*, quiero significar que es, ante todo, al igual que cualquiera otra organización, una conexión real de efectividad, un poder engendrado por varios factores, pero que, por su parte, actúa unitariamente y cuyos actos no pueden ser imputados ni a los órganos exclusivamente, ni a la ordenación entrelazante en sí misma (Derecho) y, ni siquiera a todos los actuales partícipes (gobernantes en turno). La organización es un *centro unitario de efectividad* que no cabe identificar con sus elementos integrantes. La unidad actual de organización, dentro de una pluralidad de colaboraciones, se funda primariamente en la unidad del órgano, órgano al que se llama comúnmente "**autoridad**".⁶²

*"El Estado no puede ser concebido -dice Heller-, ni como una función de la tierra, ni como fenómenos de expresión del pueblo, ni puede, en manera alguna, ser disuelto en el Derecho o refundido en los órganos de la autoridad. Todos esos fenómenos naturales y culturales son condiciones, en parte históricas y en parte universalmente necesarias, del nacimiento y permanencia de la unidad estatal. Pero ni en conjunto, ni mucho menos aisladas, pueden tales condiciones revelarnos la ley sustantiva del Estado"*⁶³. La unidad estatal, en su legalidad propia, es más que una mera función de una, e incluso de todas estas condiciones, y algo distinto de ellas.

Comparto la opinión de Heller, de que el Estado no es objetivizable, puesto que el Estado no es una substancia, sino una *forma*; no es un ser, sino un *modo de ser*; no es una cosa, sino un *orden de cosas*, un "estado" de cosas.

⁶⁰ Heller, Hermann, *Ibidem*, p. 252.

⁶¹ Básicamente se concibe al Estado como una corporación, como una persona jurídica. Esta corporación es una corporación territorial, esto es, actúa y se manifiesta en un espacio, una determinada circunscripción territorial. Otra de las características del Estado, igualmente esencial, es que actúa, se conduce, de forma autónoma e independiente. Este último dato se describe como poder originario, autoridad soberana o, simplemente, como la soberanía. De allí la ampliamente compartida noción del Estado como "corporación territorial dotada de un poder de mando originario" (Jellinek). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano"*, Tomo II, pp. 1320-1328.

⁶² Heller, Hermann, *Ob. Cit.*, pp. 251-256.

⁶³ "Teoría del Estado", p. 216.

No defino el Estado ⁶⁴; pero, por aproximación, puedo dar una descripción razonablemente aceptable de uno de ellos, por sus características más importantes -y comunes a todos-, diciendo que es: **"Una forma de vida dentro de un orden jurídico soberano y con órganos de unidad política, bajo un poder de dominación, libremente aceptados (o impuestos) por una determinada colectividad humana, contenida en un territorio geográfico delimitado"**.

II. 2.- Sentido del Estado.

La función del Estado consiste en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un "status vivendi" común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica que, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante.

El Estado es un centro real y unitario de acción, que existe en la multiplicidad de centros de acción reales y autónomos, ya individuales, ya colectivos; pero, lo mismo que las demás organizaciones, sólo puede "organizar" de manera inmediata actividades, no opiniones; actos de voluntad, y no convicciones internas de voluntad. No hay que caer en el error de estimar que la unidad del Estado es una unidad de voluntad; pero, en cambio, sí hay que considerarla como una unidad real de acción. ⁶⁵

Pero, a la vez, el Estado, lo mismo que cualquiera otra organización, tiene que mantener, extender y reproducir de manera permanente una comunidad de voluntad y valores que vendrá a servirle de cimiento, lo que realizará de modo mediato valiéndose de instituciones de toda clase, y especialmente por la influencia ejercida en la enseñanza y en la formación de la opinión pública. La unificación volitiva, en virtud de la cual nace en el individuo la voluntad eficaz para lo colectivo, se produce, sobre todo, como un proceso de ordenación y acomodación psicológica dentro de cada individuo, que se ve presionado en cada momento por la conveniencia social y en el estado *habituai* de una conciencia del nosotros más o menos clara y firme, que la educación de numerosas generaciones ha engendrado. ⁶⁶

Sin esta unificación volitiva interindividual, que no es ciertamente un contrato jurídico, sino un entenderse de realidad psicológica, no es posible organización alguna. Pero con ella sola no puede cobrar realidad la organización estatal como ente de unificación de voluntades, ni mucho menos como unidad de dominación. De hecho, sin excepción, en todas las organizaciones hay una serie escalonada de grados de dominación que van, desde el consentimiento espontáneo y el obrar voluntario, hasta la observancia producida

⁶⁴ No obstante la enorme importancia que tiene el Estado, sus tratadistas no se han puesto de acuerdo sobre su naturaleza, origen, funciones y fines.

⁶⁵ Heller, Hermann, Ob. Cit. pp. 252-253.

⁶⁶ Heller, Hermann, Idem. p. 253.

por una imposición autoritaria, que, en último término, ya no es unificación de voluntades, sino solamente unificación de la conducta externa por medio de la coacción física.⁶⁷

Como es de esencia de todo poder social, el poder del Estado, como unidad de acción, no puede ser referido ni a los que tienen el poder ni a los sometidos al mismo. El que las varias actividades de los súbditos vengan finalmente a dar lugar a una unidad de acción, se explica porque esas actividades acumuladas son actualizadas/coordinadas unitariamente por un gobernante. Pero el que éste a su vez posea el poder, sólo se explica por las actividades de los súbditos cuya cooperación es la única causa -con plena independencia de toda norma- de que se pueda atribuir el poder al Estado. Sin embargo, el poder del Estado debe ser claramente diferenciado de las actividades particulares que lo crean.

El género próximo⁶⁸ del Estado es, pues, la organización, la estructura de efectividad organizada y planeada para la unidad de decisión y acción. La *diferencia específica*, con respecto a todas las demás organizaciones, es su calidad de dominación territorial **soberana**. El Estado es soberano únicamente porque puede dotar a su ordenación de una validez peculiar frente a todas las demás ordenaciones sociales, es decir, porque puede actuar sobre los hombres, que con sus actos le dan realidad, de muy distinta manera a como lo hacen las otras organizaciones -o asociaciones intermedias-.⁶⁹

Por cuanto es el Estado centro y unidad de ordenación, se le atribuye la soberanía. Consiste ésta en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, y de imponer además la decisión a todos, miembros del Estado y aun simples habitantes del territorio. Lo que significa que el Estado es un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo, y es, a la vez, la organización normalmente más poderosa dentro de su territorio.

El Estado, como organización territorial soberana, es creador supremo de las normas, *constituyente* en su caso, y tiene el monopolio del poder de coacción física legítima, la *ultima ratio*, en lo humano, de todo poder. Esta supremacía social del poder del Estado aparece como soberanía en la suprasubordinación de su órgano supremo sobre todos los demás órganos e individuos. El poder del Estado, considerado desde un punto de vista existencial y en la relación con otros poderes que se encuentran en su territorio, es un poder superior porque está sobre ellos, del mismo modo que una organización económica puede ser superior a otra. Pero es el poder supremo como sujeto de la soberanía, porque está supraordinado a todos los restantes poderes dentro de su territorio y dicta las normas jurídicas supremas. Según esto, la soberanía del Estado no es más que la consecuencia necesaria de su función social. El poder del Estado tiene que ser, desde el punto de vista del Derecho, el poder político supremo; y, desde el punto de vista del poder, el poder

⁶⁷ Heller, Hermann, *Ibidem*, pp. 254-255.

⁶⁸ Para definir algún concepto, algunos tratadistas acuden al método aristotélico, esto es, a la indicación del género próximo y a la diferencia específica.

⁶⁹ Heller, Hermann, *Ob. Cit.*, p. 255.

normalmente más fuerte, sobre individuos, órganos y poderes, dentro del territorio, pues de lo contrario, ni sería soberano ni poder del Estado.⁷⁰

El Estado, en tanto organización, impone a los individuos que hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas y lo logra a través del único método que posee: el Derecho, estableciendo normas jurídicas. Desde este punto, el Estado no es más que el orden jurídico que "organiza" la comunidad. El Derecho, en este sentido, es un sistema de motivación de conducta humana. La función de motivación del Derecho resulta, primordialmente, de la manera como el Derecho ordena o prohíbe comportamientos: a través de sanciones. La coacción es, así, ese elemento enormemente persuasivo que anula, o mejor dicho "altera" el cuadro de las motivaciones del comportamiento social de los individuos. La pena con la que el Derecho reacciona contra ciertos actos, es la sanción, y a través de este acto un "mal" es infligido al individuo "responsable", aun en contra de su voluntad, y si es necesario mediante el uso de la fuerza física. Al establecer sanciones (tales como la privación de la vida, de la libertad, de algunos derechos, remate de bienes materiales, etc.) el orden jurídico que constituye el Estado induce a los individuos a actuar, de cierto modo, de conformidad al deseo o deseos de aquellos que establecen las normas, al deseo de los gobernantes. Es de esta forma que términos como "súbdito", "gobernado", así como "poder", "dominio", "autoridad" adquieren sentido. En esta instrumentación de fuerza radica el poder del Estado, poder que no es sino el orden jurídico en función⁷¹.

II. 3.- Génesis del Estado.

Es un hecho que el hombre vive en sociedad, que el hombre es un animal político, que es necesaria la vida en sociedad y que siempre ha habido una diferencia -en torno al ejercicio del poder- entre gobernantes y gobernados. Grecia, cuna de la ciencia política, constituirá el marco en el que se desarrollarán las relaciones entre los diferentes grupos sociales, despertando a la vida política también el problema del origen del poder, como ha puesto de manifiesto Claude Mossé en su "*Histoire des Doctrines Politiques en Grèce*"⁷². De forma que, antes de Grecia, no puede hablarse propiamente de una teoría política, ya que las antiguas culturas orientales fueron impotentes para elaborar una teoría del Poder y del Estado.

Los grandes reinos orientales -Egipto, Babilonia, Asiria y Persia- no pasaron de la época tribal ni tuvieron otra organización que la teocrática. Y si bien puede considerárseles como las primeras potencias mundiales, sus formas de organización son un simple reflejo de la estructura de su religión. Los reyes sagrados no son otra cosa que "arrendatarios de los dioses" y todas las instituciones se relacionan con el culto. En esa época el poder y las normas jurídicas emanan de la dominación de la divinidad y cristalizan la esencia de la

⁷⁰ Heller, Hermann, *Ibidem*, pp. 264-265.

⁷¹ No es sorprendente que la teoría política del siglo XVI fuera expuesta por juristas y, además, en términos de jurisprudencia dogmática. Jean Bodin, Althusius, Hugo Grocio, San Jael Putendorf, fueron las figuras centrales, todos juristas. Jean Bodin, el gran teórico de la soberanía, no sólo fue versado jurista, sino también, distinguido profesor de Derecho Romano. Con posterioridad, los filósofos políticos habrían de seguir hablando el lenguaje del Derecho: Thomas Hobbes (*De Corpore Politico*), "*Leviathan*"; John Locke (*Essays Of Civil Government*); David Hume (*Essays: Moral and Political*); Jean Jacques Rousseau (*Du Contrat Social*); Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "*Diccionario Jurídico Mexicano*"; Tomo II, pp. 1320-1328.

⁷² Citado por Lorca, Navarrete, José F., "*Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*", Editorial Pirámide, p. 355.

tribu. Fue necesario, pues, que surgiera la idea de la libertad referida no a la vida espiritual, sino a la vida política (como lo atestigua la literatura jurídico-política griega) vinculada a la de "demokratia", para que la teoría del poder, comenzando por su origen, se planteara en la historia de la humanidad.

De este modo, los comienzos de la teoría del poder o de la soberanía se encuentran en la "Política" de Aristóteles y en el cuerpo clásico doctrinal y normativo del Derecho Romano, no sin advertir que de las distintas soluciones dadas desde entonces, las dos extremas son las que consideran que el poder procede inmediatamente en su configuración concreta: a la voluntad de Dios, o que procede de la voluntad del hombre.

Dentro de estas últimas, en la "Política" de Aristóteles nos encontramos con ideas fundamentales acerca del poder y sobre la polis que, compenetradas en el pensamiento total, dan en la noción de soberanía. Así, dirá Aristóteles "... y llamamos ciudad, para decirlo en pocas palabras, a una muchedumbre de tales ciudadanos suficientes para vivir con autarquía" ("Política" L. III, 1, 1275 b). Y a partir del capítulo 4 del Libro IV de la "Política" (1325 b) trata Aristóteles de examinar las condiciones que ha de reunir la ciudad que se proponga estar constituida "**lo mejor posible**": "...La ciudad es una comunidad de individuos semejantes para vivir lo mejor posible, y como la felicidad es lo mejor y consiste en un ejercicio y uso perfecto de la virtud, de la cual unos pueden participar y otros pocos o nada, esto es, causa evidentemente de que haya varias formas distintas de ciudad y de régimen político, pues, al perseguir ese fin de distintas maneras y con distintos medios se producen diferentes géneros de vida y de régimen político" (L. IV, C. 7, 1328 a-b) ... "la ciudad es buena cuando lo son los ciudadanos que participan de su gobierno, y todos los ciudadanos participan del gobierno que nosotros proponemos..." (L. IV, C. 13, 13332 a). De este modo, la ciudadanía significa esa participación directa en el ejercicio del poder, en las funciones deliberativas y judiciales de la ciudad.

Es precisamente en estos trazos de la "Política" donde Aristóteles se distancia de Platón, criticando la teoría convencional del "Estado ideal" que se ocupa tan sólo de la construcción de un Estado de acuerdo con normas ideales, y no de la cuestión, habitualmente más urgente en la política real, de cómo mejorar un Estado determinado que no concuerda con la norma ideal, sino que quizá es de todo punto inferior a ella, Estado de todo punto corrompido. Lo que no puede hacerse realmente sin sentar una norma, pero menos aún sin una rica experiencia y el conocimiento de casos análogos de la realidad, como lo muestran los libros IV-VI de la "Política".

Encontramos, pues, en la "Política": **a)** La noción de la sustantividad del Estado; **b)** la idea de un poder supremo, que en la democracia corresponde a la ciudadanía, y cuya residencia en uno, en unos pocos, o en todos, servirá de base a las tres diferentes radicales formas de gobierno; **c)** la idea de una organización o constitución que hace efectiva la elaboración y el ejercicio del poder, y **d)** la noción del freno jurídico, que surge de la afirmación según la cual: la soberanía debe pertenecer a las leyes fundadas en la razón. Con lo que, al cabo, Aristóteles es en este sentido adelantado de los planteamientos democráticos como planteamientos racionales del Derecho y la política. La noción romana de lo que entendemos por "potestas" se sintetiza en la idea de una voluntad suprema y alcanza su expresión típica en fórmulas como: "Quod principi placuit, legis habet

vigorem", o "*Princeps legibus solutus*". Esto quiere decir, en sentir de la opinión prevalente, que la ordenanza del príncipe tiene fuerza de ley, porque el pueblo, por el intermedio de la "*lex regia*", le ha concedido todo su poder. Por mor de una ficción jurídico-política, nos encontramos con el supuesto generador del poder político, cuya fuerza soberana reside originariamente en el pueblo: de él viene la ley. "*Lex est -dice Gayo- quod populus jubet atque constituit*".⁷³

II. 3.1.- Distintas Concepciones Sobre el Origen del Poder.

Desde que naciera el pensamiento político en la Grecia Clásica, decenas de filósofos han dado a luz diferentes teorías para gobernar a los pueblos. Sin embargo, su aplicación práctica casi nunca ha tenido que ver con lo que imaginaron sus autores.

A menudo, la puesta en práctica de las grandes teorías políticas tiene poco que ver con las intenciones de sus autores. Muchas de sus ideas acabaron por aplicarse en circunstancias diversas, que ellos nunca imaginaron. Así se explica, por ejemplo, el uso de las ideas de Rousseau: los racionalistas jacobinos de la Revolución Francesa se atribuyeron filiación roussoniana y, en homenaje, llevaron los huesos de J. J. Rousseau al panteón. Restaurados los borbones, se ignoraron las posibilidades de una interpretación conservadora de sus teorías y sus huesos sufrieron de nuevo las consecuencias, esta vez en negativo: fueron trasladados a una fosa. Medio siglo después, los románticos comenzaron a predicar en su nombre el sentimiento nacional y las costumbres populares y los ya famosos huesos terminaron en su emplazamiento actual.

La Grecia Clásica, como ya dije, es el lugar en el que por primera vez el pensamiento político constituye un sistema. Antes, en Oriente, incluidos los pueblos de la Biblia, apenas se había pasado de imágenes o preceptos –y más bien enfocados a su estructura teológica-. Esto explica que hoy sigamos utilizando el griego cuando hablamos de política, utilizando términos como "democracia" o "tiranía", aunque estemos muy lejos de aceptar como "naturales" cosas que entonces eran indiscutibles, como la esclavitud o la limitación del Estado a la ciudad, la polis clásica.

Dos obras de entonces han quedado como arquetipos de mucho de lo que vino después: La "*República*"⁷⁴ de Platón, primera descripción de un Estado ideal, donde "gobernantes filósofos" ejercen su autoridad sobre un pueblo adoctrinado con "nobles mentiras" –los mitos religiosos, económicos y/o políticos-, descripción en la que algunos han querido ver anacrónicamente una prefiguración de los regímenes totalitarios de nuestra época; y La "*Política*" (hacia el año 334 a.C.) de Aristóteles, quien, al revés que su maestro –Platón-, parte de los regímenes realmente existentes y los cataloga usando una terminología, la que hoy seguimos utilizando: tres formas de gobierno –monarquía, aristocracia y democracia-, con sus correspondientes excesos –tiranía, oligarquía y demagogia-.

⁷³ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. p. 357.

⁷⁴ Año 380 A.C.

También fueron griegos los filósofos estoicos que en la época del Imperio Romano difundieron la idea de la "humanidad", común a todas las personas, libres y esclavas; y la existencia de un Derecho Natural, antecedente de lo que más tarde se llamarán Derechos Humanos".

El cristianismo "complicó", mucho las ideas y conceptos de entonces, al proclamar una noción inconcebible entonces para un Platón o un Aristóteles: el ser humano es ciudadano de dos reinos, uno de este mundo y otro celestial. Esta idea encontró su formulación clásica en *"La Ciudad de Dios"* (413-416) de San Agustín, que fue simplificada identificando al primer reino con el Estado secular y al segundo con la Iglesia Romana. Y entonces comenzaron los problemas pues, al revés de lo que creyeron algunos políticos conservadores añorantes de una supuesta unidad religiosa y de las jerarquías sociales de la Edad Media, desde muy pronto hubo luchas entre el emperador, los reyes y los papas. Para rebajar la autoridad del contrario se llegaron a formular ideas que, siglos más tarde y en otras circunstancias, serían auténticamente "revolucionarias". Así, por ejemplo, en 1083 el canónigo alemán Manegold de Lautenbach anticipó la idea contractual de poder al decir que "*...si el emperador o el rey infringe el convenio sobre cuya base fue elegido, el pueblo queda liberado del deber de la obediencia*". Y un siglo más tarde, el tratadista inglés John de Salisbury declaró lícito el asesinato del príncipe convertido en tirano.

Finalmente fue Santo Tomás de Aquino (1226-1274) quien, bajo la gran influencia de las ideas Aristotélicas, declaró que el Estado no era "un mal necesario", como habían pensado muchos cristianos a partir de San Agustín, sino un instrumento al servicio del bien común de los hombres, quienes viven por naturaleza en sociedad. Proclamó la primacía del Derecho Natural y la limitación del poder de los monarcas, para evitar los abusos. Convenientemente modernizadas, sus ideas han sido reivindicadas en la Edad Contemporánea por varios Papas y por los autores modernos llamados "neotomistas".

La Edad Moderna se abre con *El Príncipe* (1513) de Maquiavelo, una apología amoral y cínica, hasta entonces inimaginable, de la máxima de que el fin –la conservación del poder- justifica todos los medios. Para Maquiavelo se trataba sólo de una obra de ocasión en la que el autor, convencido de la impotencia política de una sociedad italiana corrompida, renunciaba por el momento a su ideal de una República a la imagen de la romana.

Nicolás Maquiavelo (1469-1527) elabora una concepción realista del Estado; mediante el gobierno de la fuerza prepotente, para la seguridad y el engrandecimiento del que manda. Su obra "*El Príncipe*", surgida en el portentoso desorden –político, cultural y espiritual- del Renacimiento –e inspirada en la conducta de Cesare Borgia, hermano de Lucrecia, hijo del Papa Alejandro Borgia-, traza una política de acción para la supremacía de y para su tiempo; pero de tal arraigo en la naturaleza de los hombres, que goza de una actualidad tan asombrosa, que estamos por asegurar que cada uno de sus capítulos podría servir de comentario a otros tantos temas de nuestra cotidiana realidad política. Desde la necesidad de que los principios estén claramente establecidos, sin asomo de dudas, por el gobernante y, sobre todo, que se procure firmemente su observancia, hasta la necesidad de afirmar sólidamente los fundamentos de su autoridad; un largo y fino análisis que muestra el interés de Maquiavelo por los Estados reales que deben durar y dominar, nos

dejan en la cavilación de sí, conocedor tan profundo de Maquiavelo como lo es el autor Pasquale Villari ⁷⁵, tendría o no razón cuando afirmaba que "...nunca ha existido nadie menos maquiavélico que Maquiavelo". Sigue habiendo quien cree que sus ideas no han perdido vigencia.

Maquiavelo cuestionaba si para lograr alcanzar el poder, mantenerse en él, y dominar en todas las formas posibles una nación gobernando un Estado, era más importante ser amado o ser temido, concluyendo que ambos factores son esenciales para poseer obediencia y dominio sobre los súbditos; pero que, si debía ser uno u otro, era preferible ser temido que amado.

O es que acaso la política ha de estar condenada a ser por siempre una actividad tan profundamente amoral, de modo que, al cabo, tengamos que caminar por su sendero con el instinto de conservación del león y la zorra, según se desprende del famoso capítulo XVIII de "El Príncipe". Es que Maquiavelo separa la política de las exigencias morales, religiosas y jurídicas, ya que, para él, en la política lo esencial es el poder, que se convierte en poder absoluto: el absolutismo político del Príncipe:

"Cuan loable es un príncipe –escribe Maquiavelo en el capítulo XVIII de "El Príncipe"- mantener la fe jurada y vivir de un modo íntegro y no con astucia, todos lo comprenden: sin embargo, la experiencia de nuestros días nos muestra príncipes que han hecho grandes cosas y, no obstante, han hecho poco caso de la buena fe y han sabido atraerse con astucia las mentes de los hombres de modo que, incluso, han acabado triunfando de los que se fundaban en la lealtad. Debéis, pues, saber que hay dos maneras de combatir: una con las leyes, y otra con la fuerza; la primera es propia del hombre, la segunda lo es de los animales; pero, como muchas veces la primera no basta, conviene recurrir a la segunda. Por tanto, a un príncipe le es necesario saber hacer buen uso de una y de otra. Esto es lo que con palabras encubiertas enseñaron a los príncipes los antiguos autores, los cuales escribieron que Aquiles y muchos otros príncipes de la Antigüedad fueron confiados en su niñez al centauro Quirón, para que los custodiara bajo su disciplina. Tener por preceptor a un maestro mitad bestia y mitad hombre no quiere decir otra cosa sino que un príncipe necesita saber usar una y otra naturaleza; y que la una sin la otra no es duradera.

Así pues, viéndose un príncipe en la necesidad de saber obrar competentemente según la naturaleza de los animales, debe entre ellos imitar a la zorra y al león a un tiempo; porque el león no se defiende de las trampas, y la zorra no se defiende de los lobos. Es necesario, pues, ser zorra para conocer las trampas, y león para destrozar a los lobos. Por tanto, un príncipe prudente no puede ni debe mantener fidelidad en las promesas, cuando tal fidelidad redunde en perjuicio propio, y cuando las razones que la hicieron prometer ya no existen. Si los hombres fueran todos buenos, este precepto no sería bueno; pero, como son malos y no observan su fe con respecto a ti, tú tampoco tienes que observarla con respecto a ellos...", ⁷⁶

Fuera de Italia, el problema principal de las monarquías consistían en la deslegitimación del pluralismo institucional heredado de la Edad Media (como

⁷⁵ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Idem, p. 357.

⁷⁶ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Loc. Cit. pp. 357-358.

Parlamentos, Cortes y Fueros), a lo que en Francia se sumaba la necesidad de situar al Estado por encima de las guerras de religión para impedir su desintegración.

Como se ve, la perspectiva realista y la inspiración naturalista de la política de Maquiavelo implicaba la separación entre política y la ética; la autonomía de la política, en suma. La política independizada de la ética se convierte en una técnica de adquisición, conservación e incremento del poder. Todo ello sustentado en una antropología pesimista análoga a la que mostraría Thomas Hobbes un siglo y medio después.

Es en Italia donde se publica en 1576 el primer "clásico" de la Edad Moderna, "Los Seis Libros de la República" de Jean Bodino, entendiendo por República la "cosa pública", es decir, el Estado a secas. Aquí se formula la idea moderna de la soberanía como atributo exclusivo del Estado, independientemente de la forma de gobierno que adopte – monarquía o república-, idea prácticamente inalterada hasta nuestros días. Una importante consecuencia es que la agrupación bajo un mismo gobierno ya no se basará en la unidad religiosa o cultural, sino en la sumisión a un mismo poder soberano. En un segundo momento Bodino limita el poder absoluto del monarca, apelando al derecho de la propiedad y al derecho natural.

Juan Bodino (1530-1596) nos brinda en la obra citada ("De Republica Libri Sex") las dos condiciones del Estado o República: ser un agregado formando comunidad, pero "*avec puissance souveraine*" que es una "*puissance absolue et perpetuelle*". La función de la soberanía, según Bodino, es hacer la ley, a la que no se somete. Por eso, el tirano que hace la ley sigue siendo soberano.

Para Bodino la política se califica por su utilidad que, al mismo tiempo, se alza en pilar decisivo de su obra "*De la República*" que, publicada en 1577, fue traducida por el propio Bodino al latín, y que lo situó en uno de los representantes más brillantes de la filosofía política del Renacimiento.

A Bodino corresponde el mérito de haber enunciado el concepto de "**soberanía**". Si bien según la usual actitud voluntarista de los absolutistas, ésta es el supremo poder sobre los ciudadanos y los súbditos, no limitada por la ley y que se traduce en la facultad de hacer la ley, además de obligar con ella. Las doctrinas de Maquiavelo y de Bodino ofrecerán las bases teóricas del absolutismo político que reafirmará Hobbes.

Bodino no se quedó sólo en la secularización de la idea del Estado. Movidos por razones distintas, análogas a la de los publicistas papales de la Edad Media, hubo jesuitas españoles que escribieron volúmenes enteros para demostrar que el único poder que provenía directamente de Dios era el de Papa, y que el de los monarcas era de origen inferior, secular. En 1612 el teólogo jesuita Francisco Suárez llegó así a elaborar una teoría de la soberanía popular muy alabada, aunque naturalmente no tenga nada de democrática.

A pesar de que se reconocía la naturaleza de las revoluciones inglesas del siglo XVII (con la decapitación del Rey Luis XVI y la dictadura de Oliverio Cromwell), no puede negarse que produjeron por primera vez una enorme cantidad de folletos deteniendo toda clase de ideas, hasta las más radicales del sufragio universal y del colectivismo

agrario. Más allá de la isla, la influencia doctrinal de esta revolución se mide por el distinto uso que hicieron de la vieja idea del "contrato" los dos principales autores de cada uno de los bandos enfrentados –el del Rey y el del Parlamento–, Thomas Hobbes y John Locke.

Adviértase en Thomas Hobbes (1588-1679) una clara tendencia constructiva, que le conduce a dar al Estado una estructura material-orgánica, haciendo de él una criatura física, un hombre artificial, "*Leviathan*", que surge de las mismas necesidades humanas. Es el Estado un hombre mayor y más fuerte que el natural para cuya defensa y protección fue proyectado. Son los hombres núcleos de apetitos, que, al satisfacerse, chocan; de ahí la rivalidad, la guerra -*bellum omnium contra omnes*-, tal es el estado de la naturaleza, estado de anarquía y de luchas. Del estado de naturaleza se sale creando un poder capaz de hacer la ley y de imponerla, dando así vida a una situación en la que el Derecho natural de cada hombre a todas las cosas se somete a la ley de limitación de ese Derecho, ley que permitirá hacerlo efectivo. Todo lo cual se consigue constituyendo aquel poder merced a la renuncia que cada individuo haga de su derecho a realizar lo que quiere, en un hombre o cuerpo de hombres. Lo esencial es que la renuncia sea general y concurrente. Así surge el Estado, que es un cuerpo nuevo, distinto: *Leviathan*, una especie de Dios mortal, una persona autorizada por una multitud de hombres, en virtud de un pacto recíproco, para que use, a su arbitrio, el poder de todos, con el fin de asegurar la paz y defensa comunes. Y de esta manera, escribe Hobbes en su obra "*Leviathan*", Libro I, Capítulo XIV:

*"El Derecho natural, que los escritores llaman comúnmente **juris naturalis**, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente, de hacer toda cosa que en su propio juicio y razón conciba como el medio más apto para aquello... Una ley de Naturaleza (Lex naturalis) es un precepto o regla general encontrada por la razón, por la cual se le prohíbe al hombre hacer aquello que sea destructivo para su vida, o que le arrebathe los medios de preservar la misma, y omitir aquello con lo que cree puede mejor preservarla... Y dado que la condición del hombre es condición de guerra de todos contra todos... se sigue que en una tal condición todo hombre tiene derecho a todo, incluso al cuerpo de los demás. Y, por tanto, mientras persista este Derecho natural de todo hombre a toda cosa no puede haber seguridad para hombre alguno (por muy fuerte y sabio que sea) de vivir todo el tiempo que la naturaleza concede ordenadamente a los hombres para vivir. Y es, por consiguiente, un precepto o regla general de la razón que todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espere obtenerla, y que cuando no puede obtenerla, puede entonces hacer y usar las ayudas y las ventajas de la guerra...*

El único modo de erigir un poder común -se expone en "*Leviathan*", II, capítulo XVII- es conferir todo su poder y fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que pueda reducir todas sus voluntades, por pluralidad de voces, a una voluntad. Lo cual equivale a elegir a un hombre o asamblea de hombres, que represente su persona, y cada uno poseer y reconocer a sí mismo como autor de aquello que pueda hacer o provocar quien así representa a su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad común, y someter así sus voluntades, una a una, a su voluntad y sus juicios a su juicio. Esto es más que consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos ellos en una e idéntica persona hecha por pacto de cada hombre, como si todo hombre debiera decir a todo hombre: **autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a este hombre, o**

a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se llama República, en latín Civitas. Esta es la generación de ese gran Leviathan o más bien (por hablar con mayor reverencia) de ese Dios mortal a quien debemos bajo el Dios inmortal, nuestra paz y defensa. Pues mediante esta autoridad, concedida por cada individuo particular en la república, administra tanto poder y fuerza que por terror a ello resulta capacitado para formar las voluntades de todos ellos en el propósito de paz en casa y mutua ayuda contra los enemigos del exterior..."⁷⁷

Locke y Hobbes, parten de una imagen muy distinta del Estado natural: para el "Leviathan" de Hobbes (1651), al principio sería la lucha entre individuos asociales y egoístas, de "todos contra todos", mientras que en los "Tratados sobre el Gobierno Civil" (1690) de Locke, el ser humano es tan solidario como egoísta y originariamente reinaba la paz y la cooperación (se refiere a las características del hombre en los comienzos del Estado ya como concepto jurídico político y no sociológico). El siguiente paso en el pensamiento de Hobbes es el cálculo utilitario por el que el individuo delega irreversiblemente todos sus derechos en el soberano a cambio de paz y seguridad; en Locke, en cambio, se trata de un acuerdo basado en el mantenimiento del gobierno representativo, con división de poderes y garantía de los derechos irrenunciables a la vida, la libertad y la propiedad. En caso contrario estaría legitimada la resistencia (contra los abusos del gobernante), o en otras palabras, la revolución.

Así como las ideas de Locke, a través de las revoluciones americana y francesa, enlazaron perfectamente con el liberalismo censitario del siglo XIX, las de Hobbes no resultaban muy apropiadas para defender el absolutismo monárquico, más necesitado de la irracionalidad, de la tradición y el sentimiento, que de otra cosa. A la larga, las ideas de este filósofo terminaron incorporadas al radicalismo utilitarista de la clase media, algo que no le habría hecho mucha gracia a su autor. De manera inmediata, las ideas políticas del siglo XVIII francés –de la teoría de la división de poderes en Montesquieu (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a la apología de la tolerancia en Voltaire– no pueden entenderse sin la influencia directa de los autores ingleses.

Jean-Jacques Rousseau ⁷⁸ (1712-1778) construye su doctrina del poder o de la soberanía merced al encadenamiento lógico de estas nociones esenciales: "estado de

⁷⁷ Citado por Larca, Navarrete, José F., *Ibidem*, p. 359.

⁷⁸ Uno de los grandes entre los grandes de la ilustración francesa, aunque al mismo tiempo su superador, es Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), rival de Voltaire y delador de los enciclopedistas. Así como los enciclopedistas, Rousseau quiere el progreso, la libertad y el bien de la humanidad, pero lo quiere por otros medios. Ha resumido todo su anhelo en la consigna: "retourmons à la nature" ("retornemos a la naturaleza"). Soñaba con una naturaleza embelezante, paradisiaca. Para él, la naturaleza es doquier perfecta y el hombre debe reconquistarla para ser él también feliz y perfecto. La naturaleza es para Rousseau la palabra mágica y el centro de gravedad de su filosofía sobre la cultura y la sociedad. La humanidad ha de volver a la sencillez de la naturaleza, a las sobrias virtudes cívicas, a la dicha del hogar y de la familia. Son especialmente enemigos del bien general de la humanidad los conflictos dominantes entre Estados y clases sociales, así como todas las formas superpuestas de las instituciones del poder eclesiástico y civil. Todas estas creaciones artificiales de la cultura soterraron al hombre primitivo y mataron el desarrollo espontáneo de sus sentimientos naturales básicos, siempre buenos, orientados al amor obsequioso y eficiente hacia los otros hombres. Pero no sólo es puesta en entredicho la cultura falseada y viciada, sino la cultura en general y también, universalmente hablando, la sociedad como portadora de la cultura. Todo ello es malo. Por ello ¡vuelta a la naturaleza!, aquí son todos los hombres iguales y libres y no son más que hombres, por tanto hombres buenos y pacíficos hermanos. Rousseau lo expone en forma clásica en su "Contrat Social ou Principes du Droit Politique" (1762). El amor a la libertad y a la igualdad le lleva a rechazar de plano la teoría absolutista de Hobbes y la monarquía constitucional por el patrón inglés, tal como lo defendía Montesquieu, y aboga, en cambio, por una radical democracia y soberanía del pueblo. No hay propiamente, en la concepción de Rousseau, representación del pueblo; éste actúa directamente, y si realmente todo el poder está en él, hará su voto cada y cuando sea

naturaleza", "contrato social", "sociedad civil", "voluntad general". La síntesis de estas nociones se concreta en la afirmación de la soberanía del cuerpo político, el pueblo. Como el propio Rousseau sintetizara en el Libro I, Capítulo VI del "Contrato Social", en el que se expone su fórmula del *Pacto Social*:

"... Si se elimina del **pacto social** lo que no le es de esencia, nos encontramos con que se reduce a los términos siguientes: Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo. Este acto produce inmediatamente, en vez de la persona particular de cada contratante, un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su **yo** común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de **ciudad** y toma ahora el de **república** o de **cuerpo político**, que es llamado por sus miembros **Estado**, cuando es pasivo: **soberano**; cuando es activo: **poder**, al compararlo a sus semejantes; respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de **pueblo**, y se llaman en particular **ciudadanos**, en cuanto son participantes de la autoridad soberana, y **súbditos**, en cuanto sometidos a las leyes del Estado..."⁷⁹

Así, subjetivamente esta voluntad general representa la voluntad de todos o de la mayoría de los ciudadanos; objetivamente, la voluntad general representa el bien de todos por igual. Rousseau parte de una ficción jurídico-política al presuponer una rectitud moral en la voluntad general como corolario de la, también supuesta, uniformidad de cada una de las voluntades individuales dirigidas al mismo objetivo o res pública.

"La doctrina de Rousseau -escribe Ahrens- es el grito de dolor de un pueblo esclavizado; es una protesta enérgica contra un despotismo decrepito contra todos los privilegios que salen del Derecho común, contra el orden social que, desprendido de sus raíces naturales en el pueblo, había caído en podredumbre, contra toda una sociedad depravada..."

En la teoría de Rousseau el pueblo opone, en alguna manera, a la frase de Luis XIV: "El Estado soy yo", la declaración: "El Estado somos nosotros". En el fondo, no es sino otro género de despotismo, el de las masas, opuesto al absolutismo de uno solo.⁸⁰

En el siglo XVIII, la idea del progreso se transforma en idea política, pues ya no se trata de demostrar su existencia en el pasado, como de remover los obstáculos que

menester por medio de un referendun, según el patrón ginebrino (Rousseau era ginebrino de nacimiento); de lo contrario, no serían ya los hombres naturales y las personalidades reales y originarias las que constituirían el Estado, sino rígidas instituciones de la cultura como partidos, clases, corporaciones, que le crecen al pueblo como excrecencias empíricas y artificiales quitándole su libertad. El Estado es así el pueblo mismo; no hay que ver en él más que una libre agrupación social (contrato social), sostenida y sustentada por la voluntad de los ciudadanos (*citoyen*), los cuales, a su vez, no son otra cosa que hombres iguales, libres y buenos. Esta voluntad social de los hombres ideales (*volonté générale*) es la auténtica voluntad del Estado, no la voluntad de una mayoría, por muchos que haya iras de ésta, y aunque estuvieran todos (*volonté de tous*). La "*volonté générale*" es algo así como una razón pura práctica. Se ha dicho que Rousseau expresó "el indefinido anhelo de toda la humanidad" que no podía ser acallado por las teorías vacías de sentimiento del racionalismo y del materialismo de la época. Con ello vino a constituirse en heraldo nato de la revolución francesa y en predicador de los derechos del hombre.

Hirschberger, Johannes, Ob. Cit. pp. 147-153.

⁷⁹ Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. p. 360.

⁸¹ Ahrens, Heinrich, Ob. Cit. p. 43.

impiden su despliegue en el presente. Sin embargo, las ideas políticas más originales de aquel siglo, las de Jean Jacques Rousseau, significan una reivindicación del sentimiento y de lo natural, encarnados en la figura del hombre como un "buen salvaje" que habría sido corrompido por el racionalismo de la civilización; es decir, por el progreso. El título de su obra principal "*El Contrato Social*" (1762), es equivoco, pues para nada se trata de una relación utilitaria entre individuos aislados constituyendo la sociedad, sino alrevés, pues la comunidad roussoniana de ciudadanos es única y coetánea a sus miembros, que no la crean ni tienen derechos sobre ella, a la manera del liberalismo clásico. Es, sobre todo, una personalidad moral y colectiva basada en la sociabilidad, la fe, las costumbres, y los sentimientos. Políticamente, la comunidad se pronuncia a través de la "voluntad general", una de las ideas de más larga prole, que exige la democracia directa y no admite delegación de voto alguna. La obra de Rousseau, es lo bastante contradictoria, a veces confusa, como para que sus ideas hayan sido reclamadas por revolucionarios y conservadores y sigan todavía vivas.

La teoría de Rousseau, puramente destructiva, no ha podido edificar nada, porque, constituyendo a la masa del pueblo, y alguna vez a cada individuo, como soberano, y quitando toda independencia, fortaleza, dignidad y estabilidad al gobierno, serviría siempre de instrumento para derribar todos los fundamentos objetivos del orden social.

La concepción de la voluntad común como origen del Derecho y de todas las instituciones políticas, es el primer gran error de la doctrina del "*contrato social*". Indudablemente el Hombre pone en acción su pensamiento por medio de la voluntad. Pero la voluntad debe fundamentar su acción en las ideas que la razón concibe sobre lo verdadero, lo bueno y lo justo. Cuando la simple voluntad queda erguida en principio cardinal, engendra necesariamente el absolutismo de uno solo o de las masas, porque la voluntad no es más que un principio de acción y no se la puede poner en el lugar de un principio racional. Por otra parte, la voluntad por sí sola es impotente para formular en tiempo alguno un vínculo social, por ser ella la más personal (subjetiva) que hay en el hombre; en tanto, que los principios racionales de la verdad, del bien y de la justicia (objetivos), que no pertenecen en propiedad a nadie y son las leyes del orden natural (Derecho natural), forman un vínculo moral y social entre los hombres.

Fernando de Cevallos ⁸¹, el "*Monje Gerónimo*", del Monasterio de San Isidro del Campo, en 1775, publicaba su obra "*La falsa Filosofía o el ateísmo, deísmo, materialismo y demás nuevas sectas*", en cuyo Libro Segundo, rechaza la doctrina contractualista con algunos argumentos. Criticando a Hobbes y a Montesquieu ⁸², escribe "... ambos extremos

⁸¹ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 363-364.

⁸² Montesquieu, como se conoce a Carlos Luis de Secondant, nació en 1689 en el Castillo de la Brède (o Chateau de la Brède), cercano al puerto de Burdeos, en el seno de una vieja familia aristocrática francesa, por lo que de origen era Barón de la Brède. Su condición, propia de un sector de cierta jerarquía de la nobleza, le permitió disfrutar de una infancia privilegiada y, de parte de su juventud, con la holgura de una familia acaudalada de esos tiempos. En 1696, después de la muerte de su progenitora, fue enviado como pensionista con los Oratorianos de Jully, Colegio en donde permaneció formalmente de 1700 a 1711. Cuando dejó el colegio, para continuar con la tradición familiar de desempeñar cargos hereditarios, abrazó desde muy joven, la carrera judicial. Debido a las buenas relaciones familiares, adquirió una plaza de Consejero en el Parlamento de Burdeos y posteriormente logró heredar, a los 27 años, el puesto de Presidente Togado del Parlamento de Guyena, que le legó un fío suyo -con la única condición de que asumiese el nombre de "Montesquieu". Esa actividad la combinó con sus estudios históricos y científicos de los que obtuvo varios escritos; inicialmente, da lectura en junio de 1716, en la Academia de Burdeos de la cual es miembro, a un libro publicado con el título de "*Disertación sobre la Política de los Romanos en la Religión*"; en 1718 divulga un texto titulado "*Discursus sobre el papel que desempeñan las Glándulas Renales*"; seguido en 1719 por el "*Proyecto de una Historia Física de la Tierra*

son arrojados del entusiasmo: pero este segundo (Montesquieu) pinta la naturaleza como le convino haber sido; y los primeros (Glaucó, Epicuro, Hobbes) la **finjen** como nunca debe ser. Más una y otra son mentes de ociosos". Y agrega, en crítica al pensamiento de Rousseau y de Hobbes, "... en realidad no hubo algún tiempo en que el género humano fuese tan feliz, y el estado de la naturaleza consistiese en un ejercicio de amor y de orden; ni tampoco se ha verificado el que la condición humana haya sido un estado de guerra de 'todos contra todos'. De nuestra naturaleza en su perfección apenas gozaron por unos instantes los padres comunes del género humano. La envidia del Diabolo solicitó introducir el pecado en el mundo, y al momento se siguió de él la confusión, la guerra intestina entre la carne y el espíritu, la muerte y todo el ejército de los males así del alma como del cuerpo. Este es el primer origen de las penas entre los hombres, no alguna capitulación arbitraria, como **finjen** Epicuro, Horacio, y los vanos filósofos de nuestra edad. Ni antecedió a este algún mundo eterno y habitado por gente vaga, que fatigados por una guerra recíproca, y cansados de su misma libertad, proyectaron juntarse con ciertas condiciones que se llamaron leyes, y bajo ciertas penas que les obligasen mejor a conservarse entre sí mismos y defenderse de los extranjeros. Esta es una hipótesis destituida de todo apoyo y fundada en la impiedad y en las fábulas..."

Con Fernando de Cevallos aflora en cierta medida la refutación del *contrato social*, como algo puramente ficticio. Incide además en la doctrina tradicional acerca de la naturaleza sociabilidad del hombre, con constante contradicción y repulsa hacia semejante hipótesis explicativa del origen de la sociedad.

Por otro lado, la teoría de la llamada "*voluntad general*", que no es realmente más que la suma de las voluntades individuales, consultadas por el sufragio universal, conducirá siempre al despotismo de las mayorías, transformable a su vez, fácilmente, en despotismo

Antigua y Moderna"; en 1720, su dedicación a los estudios de física se mantiene, pues publica su "*Discurso sobre la Causa de la Pesantez de los Cuerpos y sobre la Transparencia de los Cuerpos*". En 1721 cambia su interés por las ciencias físicas, para abordar aspectos más generales de la ciencia, como lo demuestran sus "*Observaciones sobre la Historia Natural*" y su "*Ensayo acerca de las causas que pueden influir sobre los Espíritus y los Caracteres*". La miopía que lo afecta obstaculiza sus investigaciones de la naturaleza, pero no impide que continúe con sus estudios, de los cuales, resulta un escrito con el título de "*Cartas Persas*", que publica en Amsterdam, sin consignar su autoría, obra donde satiriza la situación social de Francia poniendo de relieve la decadencia de la nobleza y los parlamentos. En 1722, a la edad de 37 años vendió el puesto que había heredado para dedicarse enteramente a sus estudios y obtener de ellos los consecuentes escritos. Son varios los temas de su interés, entre ellos los de filosofía política. Entre sus primeras vocaciones está estudiar a la Antigüedad y a la Edad Media, por lo que realiza viajes tanto a Inglaterra como a otras partes del continente europeo, incluido París, entre 1722 y 1731. Producto de ello publica en 1725 "*El templo de Gnida*" y "*Discursos sobre los deberes de los Magistrados*". En su condición de aristócrata ilustrado, asume una posición consecuente con la creencia en la "Ilustración", que no es otra cosa que el predominio de la razón, y en el imperio de la ley en el universo, que significa la existencia de ciertas regularidades en su proceso; aunque puede diferenciar perfectamente las leyes naturales y las del cuerpo político.

En la búsqueda de la explicación de esas regularidades, entiende a la ley natural de la sociedad como el ejercicio de la razón, la cual tiene que operar en distintos medios y lugares y, como resultado, constituir diversas instituciones de gobierno que sean consecuentes con el medio en el que se encuentran.

Así, Montesquieu se constituyó en un promotor de la libertad política, puesto que detestaba el despotismo porque era un gobierno en el que habían sido aplastados todos los poderes intermedios entre el rey y el pueblo, y el Derecho no era otra cosa que la voluntad del poder soberano; pero también temía los excesos de una democracia mal construida, por lo que se pronunció por una separación de los poderes del Estado.

Para Montesquieu, la humanidad se sitúa en un término medio entre la concepción de Thomas Hobbes, de que el hombre es malo por naturaleza y la de J. J. Rousseau, de que el hombre es bueno, pues depende de muchas causas extrañas que lo hacen que se comporte de diferentes maneras. Así, Montesquieu adquiere una posición relativista, derivada de sus estudios, lo que le lleva a tener una concepción clara de los complejidades de la filosofía política que, según su pretensión, fuese aplicable a la mayor diversidad posible de circunstancias.

De este modo, en la vinculación entre el ser humano y su medio ambiente, la razón tiene que entender la forma de relacionarse con el clima, el suelo, la forma de gobierno, el comercio, la religión y las costumbres de las sociedades.

Con esas concepciones se va consiguendo la obra célebre por la que más se le reconoce: "*De l'Esprit des Loix*" ("*El Espíritu de las Leyes*"), publicado inicialmente en Ginebra en 1748.

de uno solo, usufructuario del sufragio universal, en los países en que las masas están poco ilustradas, por defecto de una larga educación política.

Si en Francia fue considerada la voluntad de los individuos, reunidos en sociedad para la garantía de su personalidad y libertad, como la fuerza creadora del Derecho y del Estado, en Alemania hubo un movimiento filosófico tendiente a establecer un poder superior a todas las voluntades individuales, como fuente de todas las instituciones jurídicas y políticas. En ambas tendencias sirve de punto de partida el mismo principio, diferentemente concebido: el principio de la voluntad, ya sea individual o general de los hombres.

Frente a las doctrinas ya señaladas, nos encontramos con la teoría tradicional católica acerca del origen del poder. Teoría que hunde sus raíces en la postura paulina: "*Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit: Non est enim potestas nisi a Deo: quae autem sunt, a Deo ordinate sunt*" (Epístola de los Romanos, XIII, 1, que establece la obligación a toda persona de estar sujeta a las potestades supremas de Dios, porque no hay potestad que no provenga de Dios, y El es quien ha establecido todas las que hay en el mundo), se continúa con San Agustín, para quien el poder tiene su origen en Dios, "*no es de naturaleza humana porque -dice San Agustín-, Dios no quiso que fuese hombre el 'señor' del hombre*"⁸³, y es construida sobre moldes aristotélicos por Santo Tomás de Aquino. En ella se insertan los nombres de la escolástica española clásica, tales como los de Francisco de Vitoria en sus "*Relaciones*"; la posición de relieve excepcional del jesuita Juan de Mariana⁸⁴ en su "*De rege et regis institutione*", donde la ley es "*regla indeclinable y divina*", garantía contra el monarca mismo y los abusos de los hombres, en construcción de su doctrina del "tiranicidio"; o la figura más representativa de Francisco Suárez⁸⁵, cuya doctrina expuesta en su "*Defensio fidei catholica adversus anglicanas sectas errores*" (1613) o en su "*Tractatus de Legibus ac de Deo legislatore*" ("*Tratado de las leyes y de Dios legislador*") reafirma los postulados tradicionales.

Precisamente la conocida polémica entre Suárez y Jacobo I de Inglaterra -que pretendía en derecho divino de los reyes, y por tanto igual al del Romano Pontífice- ha sido utilizada por el espíritu racionalista del siglo XIX, a la hora de fundar la democracia, que quedaría, entonces, como única forma de gobierno de Derecho natural.

En su "*Tratado de las leyes*" concretamente en su Libro III, capítulos II y III, Suárez establece la doctrina de que el origen del poder, de las organizaciones y por ende del Estado, por la sola naturaleza de la cosa, no reside en ningún hombre en particular, sino en el conjunto de los hombres. Es que por naturaleza todos los hombres nacen libres y por eso ninguno tiene jurisdicción política sobre otro. Luego el poder de dominar o regir políticamente a los hombres, Dios no se lo dio inmediatamente a ningún hombre en particular, ni prefiriendo esta o aquella forma de gobierno, sino en cuanto es autor de la *ley natural*, la cual exige que los hombres vivan en una comunidad política, bajo un principio jurídico y bajo un poder público. El Estado es, así, una resultante de la naturaleza social de

⁸³ "Ciudad de Dios", Libro XIX, Capítulo XV.

⁸⁴ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. p. 364.

⁸⁵ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ibidem. p. 365.

los hombres, que se expresa a través de un acto de consentimiento. El poder reside, en virtud de sólo el Derecho natural, en la comunidad humana.

En su "Defensa de la fe", Suárez expone igualmente este pensamiento, cuando también en su Libro III, Capítulo II, escribe: "*La soberanía civil, mirada en sí misma la dio Dios inmediatamente a los hombres reunidos en ciudad o comunidad política perfecta, no por una institución especial y positiva, ni por una donación completamente distinta de la producción de tal naturaleza, sino por natural consecuencia en fuerza de su primera creación. Por consiguiente, en fuerza de tal donación, ese poder no reside en una persona ni en una determinada agrupación de muchas, sino en todo el pueblo perfecto o cuerpo de la comunidad*" (L. III, C. 2, 5.)

"De esto, finalmente -sigue diciendo Suárez-, se concluye que, de ley ordinaria, ningún rey o monarca tiene o tuvo la autoridad política inmediatamente de Dios o por institución divina, sino mediante la voluntad e institución humana" (L. III, C. 2, 10.). Y agrega "... porque la misma razón natural dicta que la soberanía política es una consecuencia natural de toda comunidad humana perfecta, y que, por fuerza de la razón misma, pertenece a toda la comunidad, a no ser que, por una nueva institución, se transfiera a otro, ya que, por exigencia de la razón, ni tiene lugar otra determinación, ni exige otra más inmutable". (L. III, C. 2, 8.)

Santo Tomás de Aquino⁸⁶ concibió los problemas jurídicos sobre las fórmulas de Aristóteles, de los estoicos, de Cicerón y Ulpiano. En la cumbre tomística de la escala mística está la "ley eterna", emanación de la razón divina. El orden jurídico se concibe por la inclinación a la Justicia, según la ordenación al Bien Común -ordenación racional- en que consiste o debe consistir la ley positiva, esto es, la norma jurídica, y como a su vez el hombre está ordenado a la comunidad, cuanto a ello se refiere pertenece a la "ley natural". De aquí la doctrina tomista del Estado. **Esencialista**, por su dimensión teológica; **racionalista**, como forma objetiva de existencia activa propia, en la comunidad social, y **prudencialista**, como medio normativo de cumplimiento de fines, incluido, por excelencia, el fin del Bien Común.

Toda la crítica kelseniana⁸⁷ de la doctrina tomista ha sido consecuencia de la postura normativista (positivista eximada), pero la gran tesis aquinatense, nublada temporalmente en el siglo XVII, por la Escuela de la Naturaleza y del Derecho de Gentes, en el siglo XIX por el Sociologismo y a principios del siglo XX por el Positivismo, volvió a renacer con el neotomismo del siglo XX. Los autores católicos que revisan y actualizan estas doctrinas sostienen que el poder va directamente de Dios al gobernante designado por la

⁸⁶ Citado por Lorca Navarrete, José F., *Idem*, p. 365.

⁸⁷ Es frecuente que la preocupación metódica de los tratadistas se concentre más que en la técnica jurídica, es decir, en los instrumentos para conocer, elaborar o interpretar el Derecho, en una delimitación del campo de la ciencia del Derecho respecto de otras disciplinas que le son afines, como ocurre con la sociología, la filosofía, la ética, la historia, etc.; inclusive con el desec, inalcanzable por otra parte, de establecer una ciencia pura del Derecho. La teoría kelseniana, que significó en muchos aspectos una corriente renovadora de los estudios jurídicos, cuando habla del método jurídico, se refiere en realidad más que a los instrumentos para alcanzar el conocimiento del Derecho, a una delimitación del objeto del conocimiento, pretendiendo su aislamiento respecto de otros productos culturales. Así lo afirma expresamente el propio Hans Kelsen, cuando sostiene que el principio fundamental del método de la "Teoría Pura del Derecho" es pues, "...eliminar de la ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños...". Kelsen, Hans, "Teoría Pura del Derecho", p. 15.

sociedad. Así lo sostuvieron en el siglo XIX Taparelli, Meyer, Liberatore, Cathrein, etc. Y en este tenor se mantienen las enseñanzas de los últimos pontífices. Así, León XII ⁸⁸, en su Encíclica "Diuturnum Illud", dice:

"Muchos de nuestros contemporáneos, siguiendo las huellas de aquellos que en el siglo pasado se dieron a sí mismos el nombre de filósofos, afirman que todo poder viene del pueblo. Por lo cual, los que ejercen el poder, no lo ejercen como cosa propia, sino como mandato o delegación del pueblo, y de tal manera que tiene rango de ley la afirmación de que la misma voluntad popular que entrega el poder, puede revocarlo a su antojo. Muy diferente es en este punto la doctrina católica, que pone en Dios, como en principio natural y necesario, el origen del poder político..."

Doctrina sostenida por la carta "Notre Charge Apostolique" de San Pío X ⁸⁹ ante los errores difundidos por Le Sillon: *"Sin duda Le Sillon hace derivar de Dios esta autoridad que coloca primeramente en el pueblo, pero de tal manera que la autoridad sube de abajo hacia arriba, mientras que, en la organización de la Iglesia, el poder desciende de arriba hacia abajo..."*.

Doctrina reafirmada finalmente por S.S. Juan XXIII ⁹⁰ en su Encíclica "Pacem in Terris" al abordar en la parte segunda de la misma las "Relaciones entre los hombres y los poderes públicos en el seno de las distintas comunidades políticas", donde se contienen afirmaciones que inciden sobre algunas consideraciones hechas hasta ahora. Así, cuando proclama la necesidad y el origen divino de la autoridad, al mostrar *"...cómo la convivencia entre los hombres no puede ser ordenada y fecunda si no la preside una legítima autoridad que salvaguarde la ley y contribuya a la actuación del bien común en grado suficiente. Tal autoridad, como enseña San Pablo, deriva de Dios..."*. Con lo que Juan XXIII dibuja con vivos colores no sólo el origen divino del poder o autoridad, sino también la dignidad de toda autoridad para poder mandar eficazmente, sin duda precedida del término "legítima", que le acompaña. Es que además con ese calificativo nos pone sobre el tapiz jurídico el problema de los límites de dicha autoridad: al mismo tiempo que recorta su justificación o fundamentación última en el hecho de que *"salvaguarde la ley y contribuya a la actuación del bien común en grado suficiente"*. Más el mismo Juan XXIII nos suministra una afirmación que va a servirnos como de hilo conductor con el siguiente apartado relativo a las formas del poder. *"Del hecho -dice- de que la autoridad se derive de Dios, no se sigue el que los hombres no tengan la libertad de elegir las personas investidas con la misión de ejercitarla, así como de determinar las formas de gobierno y los ámbitos y métodos según los cuales la autoridad se ha de ejercitar..."*

Según la Filosofía de Hegel (1770-1831) ⁹¹, todo lo existente es racional ("lo real es racional"), pero el Estado es "absolutamente racional". Es *"...la idea ética o el espíritu ético hecho realidad"*. La misma naturaleza del Estado da como resultado *"...que éste tenga el derecho absoluto sobre el individuo, cuya obligación más elevada es pertenecer a este*

⁸⁸ Citado por Lorca Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 365-366.

⁸⁹ Citado por Lorca Navarrete, José F., Ibidem, p. 366.

⁹⁰ Citado por Lorca Navarrete, José F., Loc. Cit. p. 366.

⁹¹ Citado por Kelsen, Hans, "¿Qué es la Justicia?", Editorial Ariel, S.A. Edición Española a cargo de Albert Calsamiglia, Barcelona, España, 1992, pp. 108-109.

Estado como miembro"; esta pertenencia implica una obediencia incondicional a la autoridad reconocida del Estado. El individuo, dice Hegel, sólo existe a través del Estado: "...su verdad, su existencia real y su posición ética le vienen dadas por ser miembro de este Estado". Según un punto de vista religioso acerca del mundo, la naturaleza es una manifestación de Dios; pero en cambio, según Hegel, el Estado es la manifestación consciente de Dios. La naturaleza no es más que una manifestación inconsciente y, por tanto, incompleta. "El Estado –explica Hegel, en su obra "Philosophy of Right", trd. De S. W. Dyde, G. Bell, Londres, 1896, sección 258.- es el espíritu que habita en el mundo y se realiza en él de modo consciente; en la naturaleza, en cambio, se realiza sólo como otro sí mismo o como espíritu dormido. Sólo es el Estado cuando (el espíritu divino) está presente con su conciencia, cuando se sabe así mismo como objeto existente".

Desde un punto de vista racionalista, el Estado sólo existe en la mente de los individuos que adecuan su conducta al orden social que llamamos Estado, el cual no es una entidad real como la de los objetos físicos. Sin embargo, según Hegel, el Estado tiene, si cabe, una realidad más objetiva que la de la naturaleza física, ya que es una realización del Espíritu Absoluto en el reino de la conciencia. Hegel dice: "El Estado es la presencia de Dios en el mundo; su motivo o causa es el poder de la razón realizándose a sí misma como voluntad. Cualquier Estado participa en la esencia divina de la idea, que es un 'Dios real'. El Estado no es ninguna obra de arte; sólo la razón divina podía crearlo. La nación como Estado, es el espíritu (divino) realizado de modo sustantivo y directamente real... Por tanto, es el poder absoluto que existe sobre la Tierra..." (Hegel, G.W.F. "Philosophy of Right", sección 258, 331.). Lo cual equivale a decir que el Estado es la presencia del poder de Dios, es el "Dios terrenal".

Por otra parte, Heinrich Ahrens (1806-1881) distingue entre el **origen** y la **razón** de la existencia del Estado. Para él, la razón es el principio del Derecho en virtud del cual el Estado existe, la fuerza creadora o el origen interno del Estado. Los modos diversos por los que se manifiestan ese principio y esa fuerza en la historia, constituyen el origen externo e histórico del Estado en general o de un Estado particular.

"La fuente, la razón, la disposición para la vida del Estado se encuentra en el interior del hombre, y es la idea de la justicia, la que, como fuerza instintiva, empuja a los hombres a modelar los diversos géneros de su unión en una forma de Derecho... Dondequiera que los hombres viven para un fin común, así sea en la vida nómada, siguen en sus relaciones ciertas reglas de Derecho y reconocen una autoridad que dirige y decide... La idea del Derecho es, pues, la razón de existencia y la fuerza de creación del Estado..."⁹²

De dos modos principales puede manifestarse el origen externo o histórico del Estado. Por una preparación natural y lenta dentro de los cauces jurídicos, o por una revolución de carácter violento. "Las instituciones se resienten siempre desde su origen -escribe Ahrens- ... Lo que la fuerza crea, fácilmente se destruye por la fuerza. El respeto de las formas en el Derecho público es, en cambio, garantía de un progreso continuo y duradero"⁹³. Los pueblos de la América Central ofrecen un ejemplo terrible de desmoralización social, que han producido revoluciones que sin cesar renacen, al igual que en los pueblos del Medio

⁹² Ahrens, Heinrich, Ob. Cit. p. 497.

⁹³ Ahrens, Heinrich, Ibidem. p. 152.

Oriente. Ciertamente es que los pueblos no pueden seguir muchas veces su destino sin las fuertes sacudidas de una revolución; se necesita alguna vez romper obstáculos que, instituciones rancias, inveteradas o tiránicas, oponen a todo progreso. Pero una revolución va siempre acompañada de grandes males.

Una marcha lenta, apacible, bien que sembrada de dificultades, pero ejerciendo constantemente la voluntad, es preferible a un trastorno que gaste todos los resortes morales y políticos. Si la revolución se presenta alguna vez como una solución inevitable y desgraciada, no se justifica que el espíritu revolucionario eleve este hecho a la altura de un principio y de él haga una regla; pues siempre hay que considerar a los movimientos revolucionarios violentos como una de las mayores plagas de la civilización. *"No hay en Derecho público -sigue diciendo Ahrens- más que un principio tutelar, salvaguardia del Derecho mismo, a saber, que todo Derecho debe realizarse en la forma del Derecho; que lo que es justo, debe revestirse de las formas de la Justicia"*.

La primera idea política nueva de la revolución Francesa, como antes de la americana, fue la idea misma de **revolución**. Durante siglos, los cambios revolucionarios y la palabra *revolución* se habían interpretado como restauración de viejos derechos vulnerados. La novedad, a partir de 1789, fue la idea de que se podía comenzar de nuevo, sin más guía que la razón y la Justicia. Y como el nuevo comienzo arrancaba con la redacción de una Constitución nueva, esta fue la idea que dividió a los espíritus: a un lado, los tradicionalistas, que consideraban una locura irracionalista ignorar el pasado y encerrar las leyes fundamentales del reino en "un texto que podía llevarse en el bolsillo"; al otro lado, los que lo hacían, regulando por escrito los poderes del Estado y los derechos políticos de los ciudadanos formalmente iguales ante la ley. A su vez, los constitucionales se dividían entre ellos: aunque todos los liberales exigían el ser propietario para ejercer derechos políticos, se diferenciaban por la cuantía o la naturaleza de la propiedad necesaria, principalmente para ejercer el derecho al voto, además de por el peso que otorgaban a la Corona en la Constitución, pues no todos aceptaban la parlamentarización del Régimen, esto es, que el gobierno dependiese de las mayorías en las Cámaras y no de la voluntad real.

Ya antes de 1848 el liberalismo clásico se vio superado por las ideas democráticas, que no sólo exigían el sufragio universal (masculino), sino que además impulsaban ideas republicanas. Ante la experiencia de la Segunda República Francesa de 1848, que desembocó en la restauración imperial de Napoleón III, el liberalismo democrático comenzó a desconfiar de que el sufragio universal garantizase automáticamente la libertad de todos. De esta manera, el 1859, el economista y filósofo británico John Stuart Mill publicó *"Sobre la Libertad"*, un clásico de la literatura política, que dice que **la libertad es irrenunciable** aunque decida democráticamente lo contrario una mayoría. Por otro lado, Mill rompió con el liberalismo clásico del *laissez faire* ("dejar pasar", "dejar hacer"), al recurrir a la teoría de la utilidad social para justificar el intervencionismo de un Estado benefactor, aproximándose así a los socialistas.

Aunque hay precedentes doctrinales, el término **socialismo** aparece hacia 1830 como vagamente opuesto al individualismo y designando las diversas soluciones reformistas o utópicas de la llamada "cuestión social". En esta situación, que juzgaban confusa, los

alemanes Karl Marx y su compañero Friedrich Engels, se propusieron en el "Manifiesto Comunista" de 1848 salvaguardar la autonomía política de la clase obrera a costa de afirmar la falta de autonomía de la política misma, que consideraban dependiente de la lucha de clases, y fundamentar su aspiración al poder, guiada por los comunistas, en su idea de la historia como inevitable sucesión de modos de producción. Así, el proletariado sucedería a la burguesía como ésta había sucedido a los señores feudales. Sin embargo, la revolución no significaría la abolición del Estado; éste solo perecería, como la propiedad privada, tras un período de "dictadura del proletariado", dando paso entonces a una sociedad formada por "libres productores asociados".

Cuando Marx fundó la "Primera Internacional Obrera", en el año 1864, tropezó con las ideas anarquistas del revolucionario ruso Micjail Bakunin, que aun coincidiendo con la meta final de movimiento socialista marxista, juzgaba peligroso participar en la lucha política tradicional y todavía más la idea de una dictadura, aunque fuese del proletariado. Pero sobre todo, renegaba del aplazamiento de la destrucción del Estado, cosa que según él, debería de constituir el primer acto de la revolución. Bakunin murió en 1876, decepcionado por la pasividad de las masas, pero sus ideas refluieron en el apoliticismo de los movimientos sindicalistas y en varias intentonas revolucionarias hasta el siguiente siglo.

Desde 1870, el marxismo era la única corriente ideológicamente coherente del socialismo. Pero sucedía que la crisis final del capitalismo que esperaban los lectores de la última y más famosa obra de Marx, "El Capital", publicada de 1867 a 1894, no acababa de llegar, mientras que las nuevas ideas de los nacionalismos imperialistas de finales de siglo, seducían a conservadores y liberales. En 1899 el político socialista alemán Eduard Bernstein, influido por el socialismo moderado de los fabianos ingleses, sometió a revisión las tesis centrales de la doctrina marxista, concluyendo que era posible llegar al socialismo a través de reformas y que la revolución violenta no era necesaria. La reacción airada en su contra del principal teórico del momento, el político alemán Karl Kautsky, puso a salvo las ideas, pero no cambió nada de la práctica, que era reformista.

De los auténticamente revolucionarios, solo Lenin tuvo ocasión en 1917, de aplicar las ideas marxistas, dando un ejemplo de las consecuencias que tenía su uso en circunstancias muy diferentes para las que habían sido pensadas: el atraso y aislamiento de Rusia hicieron del partido algo más que una vanguardia, burocratizándolo e identificándolo con el Estado. Y el Estado, en vez de desaparecer, se fortaleció, transformándose en una dictadura, y no precisamente del proletariado, asumiendo la tarea de la acumulación capitalista que habría correspondido históricamente a la burguesía. Estos cambios se integraron en un híbrido cuerpo de doctrina, el "marxismo-leninismo", completado después por las aportaciones, por un lado de Stalin, y por otro de Mao Tse Tung, que algunos autores han agrupado con los fascismos bajo el discutible epígrafe de "ideologías totalitarias".

Las ideas fascistas se fraguaron entre las dos guerras mundiales, en Italia primero y en Alemania después. Aunque hay quien considera el nacional-socialismo alemán como un caso completamente aparte del fascismo italiano, es posible una síntesis de los dos ideologías, respetando sus diferencias. Ambas tienen sus fuentes en el pensamiento reaccionario, el irracionalismo político y los nacionalismos anteriores a la Gran Guerra de

1914 (Primera Guerra Mundial). Ambas se pretenden tan antisocialistas y antiliberales como la extrema derecha, y al mismo tiempo más revolucionarias que cualquier izquierda: "ni capitalismo, ni comunismo", como dijo el falangista José Antonio Primo de Rivera.

La unidad orgánica y espiritual de la comunidad nacional como valor supremo exige un jefe único (*Duce, Führer, Caudillo*), la prohibición de sindicatos de clase y partidos, y la tutela más completa de los gobernados. En el caso italiano, el Estado totalitario es el que crea, en palabras de Benito Mussolini, "...la unidad moral y la voluntad de la nación", mientras que los alemanes no conceden al Estado nacionalsocialista más que el papel de instrumento al servicio de la realidad fundamental, que no es la nación, sino el *Volk*. Este pueblo alemán es "raza", y el racismo es lo específico de la ideología hitleriana desde la redacción de "*Mein Kampf*" (única obra escrita de Adolf Hitler, de 1925, que significa "Mi Lucha"), lo que explica los desvaríos ideológicos "megalómanos" de una política antisemita que llevó a la barbarie del Holocausto a mediados del siglo XX.

En el largo período posterior conocido como la "Guerra Fría" ya hubo quien -a pesar del incierto panorama de entonces- proclamó el "*fin de las ideologías*", como hizo el sociólogo estadounidense Daniel Bell en 1960. Pero fue la caída del muro de Berlín en 1989 lo que propició su versión definitiva con la tesis del "*fin de la historia*" del ensayista Francis Fukuyama, que no significaba tanto que la historia hubiese terminado, sino como que hoy ya "...nadie puede imaginar un mundo distinto al de la democracia liberal y de la sociedad de libre mercado y al mismo tiempo mejor...".

La llamada "globalización de la economía" y la consiguiente merma de las soberanías nacionales habrían contribuido a neutralizar las diferencias entre los idearios políticos, que ahora confluirían, con independencia de la vieja terminología de "derecha" e "izquierda", aspirando a ocupar un mismo espacio de centro, aunque históricamente hubiesen partido de extremos opuestos.

Desde su aparición, ya se puso en duda que la tesis del "*fin de las ideologías*" pudiese predicarse seriamente fuera del privilegiado mundo occidental. Ahora, además, hay autores, como el politólogo alemán Ulrich Beck -autor con el que coincido plenamente-, que sostiene que el fin de la Guerra Fría significa todo lo contrario del fin de las ideas políticas; más bien, creo que significa la necesidad de "reinventar la política".

Contemplando la realidad del mundo actual, sigue siendo utópico pensar, hoy, como hicieron Saint Simon o Karl Marx en el siglo XIX, que está próximo el momento en que las ideas políticas desaparezcan como superfluas en una sociedad sin más problemas que la "administración de las cosas".

Por el contrario, creo seriamente que el clima mundial que hoy reina, es de reacomodo de intereses de poder mundiales diversos en todas las estructuras en el complejo entramado social global, enfocado por supuesto en la naturaleza de los núcleos sociales de buscar llenar esos vacíos de poder que nos han dejado los acontecimientos recientes de la historia (en materia política, que abarca hoy, principalmente, intereses económicos).

Los diferentes núcleos sociales que detentan poder global (llámese naciones, o simplemente fuertes grupos económicos que ejercen gran influencia en los intereses del mundo), juegan un papel decisivo en el cauce de la historia de la humanidad.

Hoy más que nunca debemos tomar conciencia, como humanidad, de cuáles son nuestros fines últimos a perseguir en este mundo tan complicado, y luchar con todas las herramientas disponibles materiales y espirituales, para orientar a la especie humana, a buscar nuevas formas de vida individual y política (pública), que permita al hombre encontrar equilibrio en el desenvolvimiento -lo más cordial y pacífico posible-, de todas las estructuras sociales para trascender en la historia.

Esto requiere, como primer motor, tomar conciencia global del momento histórico mundial en cuanto a la tecnología científica disponible, en cuanto a cómo conciliar las fuerzas en pugna que deben estar al servicio de la misma humanidad y no al servicio de intereses de un sector social particular, o a las fuerzas de la destrucción, de la disolución, la muerte y del mal.

Requiere de decisiones muy fuertes para aquellos que detentan el poder de las naciones, que podrían traer derramamiento de sangre en algún sector del mundo, en aras de buscar el beneficio común del mismo hombre y de proteger los bienes más preciados que tiene la especie humana.

Este libro, mi tesis profesional, es una teoría enfocada a la pretensión de "*reinventar la política*", en el afán de buscar una nueva forma de vida en el mundo, con una visión cuántica en todas sus direcciones antropológicas, que impulse a encontrar soluciones viables para encontrar una "mejor vida" y la salvación de la humanidad, teniendo como piedra angular, la protección de los valores humanos universales más trascendentales, que requiere toda doctrina política en cualesquiera momento histórico -si es que se quiere aplicar-, para justificar éticamente su postura ideológica.

II. 3.2.- Las formas del Poder.

Aparece, pues, el problema de las formas de poder con un carácter eminentemente circunstancial e histórico, que acaso cuenta con un tope o necesidad última: el que sea cual fuere la forma que revista el ejercicio del poder, no sea un obstáculo, antes al contrario, constituya su norte y fin específico, **la salvaguardia de la ley y la consecución o actuación del Bien Común en grado suficiente**. Es por ello que Juan XXIII hace la juiciosa advertencia de que "*no se puede establecer de una vez para siempre cuál es la estructura mejor según la cual debe organizarse los poderes públicos, ni tampoco se puede determinar el modo más apto según el cual debe desarrollar su propia y específica función*". A partir de tal idea hemos de intentar, sin embargo, ofrecer los esfuerzos por el logro de una forma de poder que llene los dos fines señalados. En puridad se trata también de consideraciones -más que de afirmaciones absolutas que en este caso no proceden-pretendidamente generales.

Escribe Werner Jaeger ⁹⁴ -probablemente el autor que más ha escrito sobre Platón y Aristóteles- que "...el modo como Platón describe las constituciones políticas es una obra maestra de psicología. Es la primera interpretación general de este tipo de la ciencia de las formas políticas de vida, de dentro o afuera, que conoce la literatura universal...". Ya Platón había trazado este perfil de las formas políticas, que señalara tanto en "El Político" (291 d, e) como en el Libro I, XII, 338 d, de la "República", distinguiendo la tiranía, la democracia y la aristocracia. Aunque siempre bajo la consideración de que se tratan todas ellas de formas imperfectas de gobierno, como lo atestigua el que la entera temática de la "República" ande indagando la forma justa e ideal de régimen político que Platón cree encontrar en su "ciudad de los filósofos".

Aristóteles aparece guiado en este punto no precisamente por un interés exclusivamente teórico, sino más bien por la capacidad funcional para realizar la Justicia de un concreto régimen político. De ahí la estima que muestra por Hipodamo de Mileto, que, en su opinión, "...fue el primero que, sin ser político, intentó hablar del **régimen mejor**..." ("Política", L. II, C. 8, 1267 b) ⁹⁵.

Y de ahí también sus críticas a la "República" platónica, de la que desaprueba la comunidad de mujeres y bienes (L. II, C. 2, 1261 a, 1263 a-b). De esta forma confiesa su propósito de trazar un régimen político "...más asequible para las ciudades actuales..." ("Política", L. II, C. 6, 1265 a).

Aristóteles parte del hecho de que el poder del Estado se encuentra siempre en manos de uno sólo, o de unos pocos o de muchos, designando a las tres formas correspondientes del ejercicio del poder estatal como *monarquía*, *aristocracia* y *república*, señalando al mismo tiempo sus formas degradadas: "De los gobiernos unipersonales, solemos llamar **monarquía** al que mira al interés común; al gobierno de unos pocos, pero más de uno, **aristocracia**, sea porque gobiernan los mejores (*aristoi*), o porque se propone lo mejor (*aristón*) para la ciudad y para los que pertenecen a ella; y cuando es la masa la que gobierna en virtud del interés común, el régimen recibe el nombre común a todas las formas de gobierno: **república** (*politeia*).... Las desviaciones de los regímenes mencionados son: la **tiranía** de la monarquía, la **oligarquía** de la aristocracia, la **democracia** de la república. La tiranía es, efectivamente, una monarquía orientada hacia el interés del monarca, la oligarquía busca el de los ricos, y la democracia el interés de los pobres; pero ninguna de ellas busca el provecho de la comunidad..." (L. III, C. 7, 1279 a-b).

Como se desprende de todo lo dicho hasta ahora de la concepción aristotélica, se deriva que Aristóteles plantea claramente que la formación del hombre para la moralidad se apoya sobre el hecho de que su ser es sociable por naturaleza. Por eso estima que la sociedad organizada es la institución natural para la consecución del fin moral, y consiguientemente, su doctrina de la ética, culmina en la política o teoría del Estado. Frente a las opiniones de los sofistas o similares -que sólo veían en el Estado la restricción de la libertad personal, considerando, por tanto, al Estado como un mal necesario o como algo que sería mejor que no existiera- mantiene decididamente la tesis de que el Estado se origina por una ley de desarrollo, que existe en la esencia del hombre. El órgano más

⁹⁴ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. p. 368.

⁹⁵ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Idem, p. 368.

perfecto para el cumplimiento del supremo fin de la vida es, según Aristóteles, el Estado, tal como se ha ido formando naturalmente, pasando ascensionalmente sucediendo en su pequeño territorio las tentativas y formas más variadas de régimen y de comunidad política. En poco más de un siglo los griegos tuvieron la ocasión de experimentar los regímenes políticos más diversos: monarquía, aristocracia, democracia, con todos sus intermedios y formas degeneradas correspondientes: tiranía, oligarquía, demagogia. Dentro de su pequeñez, el pueblo griego vino a ser una especie de maqueta, en que se probaron las teorías filosóficas y políticas más diversas, que después ha vivido el resto del mundo durante muchos siglos.

Tampoco podemos olvidar que tanto la "República" de Platón como la "Política" de Aristóteles son obras de dos grandes genios sistemáticos que, siguiendo la tradición griega, aspiran a encuadrar los fenómenos particulares dentro de una visión cósmica de toda la realidad. En todos los pensadores griegos, con el concepto cosmológico están íntimamente trabadas la Ontología, la Biología, la Antropología, la Física, las Matemáticas, la Teología, etc., así como también la Ética y la Política. En todos ellos su preocupación por hallar un principio para comprender el orden cósmico se refleja en buscar un principio semejante para fundamentar el orden moral y político. Así vemos que la "República" de Platón no es un simple tratado político, sino una enciclopedia, en que entra toda su concepción filosófica: su teoría de las Ideas, su Teología y su Antropología, que son en realidad las bases sobre las cuales apoya el de la familia y la comuna hasta la amplia organización que abarca de nuevo estas unidades.

Ahora bien, según Aristóteles, el fin del Estado no es exclusivamente la protección o la utilidad, sino también la continua educación de sus ciudadanos: es el medio concreto de realizar el ideal ético para el mayor número posible de individuos conjuntamente. Según Aristóteles, no puede conseguirse en absoluto el desenvolvimiento total ni la moralidad para el individuo y la comunidad sin la cooperación del Estado. De un modo especial la virtud de la Justicia está ligada a la existencia del Estado. Pues el medio capital para la virtud es el hábito; y éste no puede conseguirse sin una autoridad razonable, que tenga al propio tiempo el poder de obligar coercitivamente a lo que sea preciso.

Pero del mismo modo que en la naturaleza, también en el Estado acontece que la ley natural orgánica sólo puede alcanzar **lo mejor** (hacia lo cual tiende) cuando existen plenamente las condiciones favorables. Por consiguiente, no todo Estado puede tener la mejor constitución, sino aquel cuyo material humano es el más adecuado para ello. Y tendrá esta calidad aquel en el que se dé el más perfecto equilibrio y simetría entre las funciones de las diversas partes. De este punto de vista se desprende en Aristóteles la valoración de las formas de constitución de los Estados desarrolladas históricamente.

Grecia vivió en pocos años una experiencia política sumamente intensa. Con celeridad de vértigo ellos mismos fueron edificio de sus teorías morales y políticas. Lo cual está en evidente relación con todo lo que hemos venido diciendo respecto a la vinculación de la política con la moral. La rigurosa subordinación de la vida del individuo al Estado, que era la suprema ley de la Grecia antigua, había sido acogida por Platón como exigencia del Estado filosófico; desde la Política se trasciende totalmente sobre el plano de la Ética. Aristóteles no abandona esta dirección, aun en el período de madurez cuando

elabora sintéticamente sus doctrinas, y la ética es concebida como disciplina independiente. Renuncia ahora a la utopía del perfecto Estado platónico presidido por la contemplación de un rígido y único fin ideal, que había dominado el pensamiento político de su juventud, y elabora la teoría de una nueva ciencia empírica del Estado a base de un penetrante estudio de sus múltiples formas posible.

El concepto clave de este pensamiento exige que el mejor Estado sea aquel que garantiza a los ciudadanos **la mejor vida**. Con esto, la subordinación platónica de la ética a la política sólo se mantiene exteriormente, porque en realidad es la ética la que imprime toda la fuerza ideal. De ella deduce el filósofo la norma de la mejor forma de gobierno y la de la vida mejor.

Desde este planteamiento, ha deducido el autor G. Fassó ⁹⁶ un carácter en el pensamiento aristotélico de enorme trascendencia al incidir abiertamente en uno de los rasgos que caracterizan al Estado de Derecho: la soberanía de la ley.

Recuerda Fassó que, según Aristóteles, para que los hombres practiquen la virtud no son suficientes los razonamientos. Para enseñar a los hombres a vivir rectamente son necesarias reglas que amenacen con castigos a los desobedientes, y como ninguna autoridad, salvo la del Estado, tiene la potestad de atribuir a sus órdenes fuerza coactiva, *"...es necesaria la ley en cuanto norma racional (logos), que proviene de una sabiduría y de un intelecto y tiene fuerza para obligar..."* (*"Ética a Nicómaco"*, Aristóteles, 1180 a).

La ley es, en efecto, para Aristóteles el medio para hacer prácticamente eficaces los preceptos racionales de la ética; es la ética misma, esto es, la racionalidad práctica en cuanto se abastece de fuerza. He aquí, según Aristóteles, la gran función de la política, cuyo fin y cuya materia es precisamente la legislación: las leyes son un producto de la actividad política, y su tratamiento, instrumento último de la ética, hace necesario el estudio de tal actividad. De esta manera, se encadena la *"Ética a Nicómaco"* con la *"Política"* (*τά πολιτικά*, que significa *"lo que se refiere a la polis, el Estado"*).

Más a la consideración de la política como ética, que se deriva tanto del ideal educativo dórico como de la exigencia meramente especulativa y universalista que había inspirado la doctrina política de Platón, Aristóteles -observa Fassó- añade otra, en conformidad con la mentalidad ateniense y de inspiración empirista, que hoy llamaríamos "sociológica". En ella se inscribe, como hemos visto, su teoría de la necesidad natural del Estado, a través de la observación empírica del comportamiento del hombre, el cual vive siempre asociado. Y desde ella se explica el fenómeno del poder político y las formas de gobierno. Sin embargo, en su valoración de las formas que el Estado puede asumir, no olvida el elemento jurídico, que, por el contrario, acaba por ponerlo de relieve de todo preeminente. Aristóteles dice que todas las formas de gobierno, presentan defectos, y por ello lo que importa es que, cualquiera que sea la forma de que se trate, sean soberanas las leyes, y que los gobernantes ejerzan la soberanía solamente en aquellas materias en que las leyes no hayan podido disponer con precisión todos los casos particulares por la dificultad de prever con una norma general.

⁹⁶ Citado por Lorca, Navarrete, José F., *Ibidem*, p. 371.

Escribe Fassó que, en sustancia, Aristóteles afirma con esto la exigencia que se encuentra en la base de lo que en los tiempos modernos llamamos "Estado de Derecho"; el Estado en el que la vinculación de los gobernantes a la ley asegura a los ciudadanos una esfera precisa de libertad. Con expresión que se haría famosa, ya que sería también recogida a fines del Medievo por Marsilio de Padua, Aristóteles llega a decir que "...donde no son soberanas las leyes no hay verdadero y propio Estado" y añade que "...para que un Estado sea considerado como tal es necesario que la ley sea absolutamente soberana, y que aquellos que ostentan los cargos públicos se limiten a aplicarla a los casos singulares" ("Política", Aristóteles, IV, 4, 1292 a).

De este modo, Aristóteles, en el aprecio que demuestra por la soberanía de las leyes, revela la necesidad, para la tutela de la libertad de los ciudadanos, del dominio de las leyes por encima del poder de los hombres. Desde Solón -que se jactaba de haber reunido fuerza y Justicia con el imperio de la ley, y de haber practicado la Justicia con leyes igualmente para el plebeyo que para el noble-, hasta los grandes oradores del siglo IV antes de Cristo -Lisias, Licurgo, Demóstenes-, fue ensalzada la soberanía de la ley en Atenas como garantía de la *isonomía*, de la igualdad, precisamente, frente a la ley. Es decir, del Derecho como sistema general de garantías, esencia del régimen constitucional de nuestros días, como resultado del recuento de los pasos decisivos dados en el plano teórico, como expresión de ideas filosófico-jurídicas. En concreto, la unión del Derecho a la idea de la libertad es tributaria al correr de los siglos de los nombres de John Locke y Montesquieu, con la limitación del poder por las leyes, con la distribución de funciones en el Estado -división de poderes- como fórmula primaria de una garantía de libertad y piedra angular de toda concepción de un Estado de Derecho.

Siguiendo las huellas aristotélicas, Santo Tomás acoge las formas de gobierno que acabamos de señalar, si bien alcanza perfiles más nítidos la formulación que ahora veremos, hará de la forma mixta de gobierno, su pensamiento central en esta materia. Para Santo Tomás la separación entre un gobierno justo (monarquía, aristocracia y democracia) y un régimen injusto (tiranía, oligarquía y demagogia, respectivamente) se define por su capacidad de actuación del **Bien Común**, de forma que, por ejemplo, el "...que estableciera un gobierno con miras a su propia comodidad y ventaja, sin tener en cuenta el bien común de sus súbditos, este gobernante se llamaría un tirano.... Cuando el régimen injusto no es dirigido por uno sino por varios, pero no por muchos, se llama oligarquía, que es el dominio de uno pocos sobre la plebe a la cual oprimen por afán de riqueza; de suerte que la tiranía y la oligarquía sólo se diferencian en ser uno o varios tiranos" ("Sobre el Reino", Santo Tomás de Aquino, L. I, C. I).⁹⁷

Para Santo Tomás, pues, el poder político ha de ser limitado y utilizado en pro del Bien Común. Si el gobernante no actuara así, se convertiría en tirano, perdiendo toda legitimidad y derecho a hacerse obedecer -como expondremos más adelante-. El titular del poder es la comunidad entera, que lo cede en lo que toca al ejercicio, dada la imposibilidad de ejecutarlo por sí misma. De donde las distintas formas de gobierno que hemos visto que son, en suma, las distintas maneras de llevarse a cabo esa cesión. Entre ellas Santo Tomás aboga por una mixta que recoja elementos de las tres aristotélicas, como pasamos a señalar. La preocupación fundamental, empero, de Santo Tomás en relación

⁹⁷ Citado por Larca, Navarrete, José F. Ibidem, p. 372.

con las formas de gobierno es la existencia de un gobernante que encamine su acción de gobierno hacia el Bien Común y nunca en provecho propio.

Desde entonces se han intentado innumerables clasificaciones. Como con respecto a casi todas las clasificaciones teóricas en el campo de las ciencias sociales, vale a este respecto el principio de que la realidad es tan variada, que cualquier clasificación no puede constituir sino una ayuda necesaria para poder comprenderla conceptualmente. Ante esta grave dificultad parece más oportuno seguir el método de sentar los principios que han de regir en toda humana convivencia; para proceder, en todo caso, a una comprobación de en qué formas se observan tales principios y en cuáles no. Aflora, aquí, la misión del filósofo, que es la de esclarecer orientando, con lo cual, no cabe duda, va ínsita una postura crítica que rechaza cualquier querer desentenderse de la realidad que nos rodea.

Podríamos expresar estos principios de la manera siguiente:

a) Es fundamental, para enjuiciar una forma de gobierno o poder, el atender a su capacidad funcional para realizar el máximo de Bien Común. Puesto que según la experiencia histórica puede satisfacer esta función tanto la monarquía como la aristocracia y la democracia; de suyo, ninguna forma de gobierno es peor que la otra.

b) Puesto que el Bien Común es el resultado de un gran número de factores, todas las formas de poder llevan consigo ventajas e inconvenientes, según favorezcan más o menos a uno u otro de esos factores. Sabemos, de antemano, que en la noción de Bien Común integralmente entra en juego la capacidad de actuación de la comunidad estatal acerca de la Justicia, la seguridad del orden (Seguridad Jurídica), la efectividad y garantía de los derechos naturales. De modo general, Juan XXIII ha estampado la afirmación de que *"en la época moderna se considera realizado el bien común cuando se han salvado los derechos y los deberes de la persona humana. De ahí que los deberes principales de los poderes públicos consistirán, sobre todo, en reconocer, respetar, armonizar y tutelar y promover aquellos derechos, y en contribuir, por consiguiente, a hacer más fácil el cumplimiento de los respectivos deberes"* ⁹⁸.

c) La neutralidad valorativa de las distintas formas de gobierno no implica una falta de compromiso acerca de una determinada opción política, sino que se trata de bucear en la experiencia de la naturaleza humana y contrastar su comportamiento. En base a esta experiencia, la doctrina tradicional del *Derecho natural* ha llegado junto con Aristóteles, Santo Tomás, Francisco Suárez, etc., a la conclusión de que la mejor forma de gobierno es la mixta.

Así decía Santo Tomás: *"Para la buena constitución del poder supremo en una ciudad o nación es preciso mirar a dos cosas: la primera, que todos tengan alguna parte en el ejercicio del poder, pues por ahí se logra mejor la paz del pueblo, y que todos amen esa constitución y la guarden, como se dice en la 'Política'. La segunda mira a la especie de régimen y a la forma constitucional del poder supremo... La mejor constitución en una ciudad o nación es aquella en que uno es el depositario del poder y tiene la presidencia*

⁹⁸ Citado por Larca, Navarrete, José F., *Ibidem*, p. 374.

sobre todos, de tal suerte que algunos participan de ese poder y, sin embargo, ese poder sea de todos, en cuanto que todos pueden ser elegidos y todos toman parte en la elección. Tal es la buena constitución política, en la que se junta la monarquía –por cuanto es uno el que preside a toda la nación–, la aristocracia –porque son muchos los que participan en el ejercicio del poder– y la democracia, que es el poder del pueblo, por cuanto éstos que ejercen el poder pueden ser elegidos del pueblo y es el pueblo quien los elige...” (“Summa Theologica”, Prima Secundae, q. 105, a. 1).

Tomando como base esta forma de gobierno mixta, el autor Messner ⁹⁹, prefiere hablar de la combinación de tres principios: el **democrático** -que evitaría el abuso del poder estatal al estar determinado por los límites éticos de los derechos de todos los miembros de la comunidad-, el **autoritario** -que evitaría de demagogia irresponsable muchas veces deducida del exclusivo interés de los partidos- y el **aristocrático** -ya que no todos los ciudadanos, como advierte Santo Tomás, tienen la voluntad y la capacidad suficiente de atender de un modo especial al interés de la comunidad-. Sin duda, se trata de una combinación de principios que es compatible con la mayoría de las formas de poder conocidas. Tan sólo situándonos en las formas extremas topamos con una imposibilidad de plasmación de los mismos. Tal ocurre con cualquier forma dictatorial o totalitaria negadora de las más puras esencias de la persona humana, las cuales son su libertad y dignidad.

II. 4.- El Fin del Estado.

La gran mayoría de los Estados modernos se propusieron, como fin predominante, la protección de la sociedad, de las personas y de las cosas contra la violencia, el mantenimiento del orden y hacer resolver las disputas entre los particulares por una autoridad judicial. Este hecho histórico pareció a muchos autores una razón suficiente para rechazar toda teoría social y para colocar al Estado y su fin en la corriente de la historia, declarando como legítimo todo fin perseguido por los Estados, según la conciencia instintiva o reflexiva de los pueblos en una época determinada.

Sin embargo, el grave problema de precisar el fin del Estado no puede descargarse sobre una vaga conciencia general, que no es más que el espejo donde se reflejan las ideas verdaderas o falsas, completas o incompletas de una época. “*Importa ilustrar la conciencia de una nación -dice Ahrens- como la de un hombre, por medio de los principios verdaderos, para trazarle el justo camino en el ejercicio de su actividad*” ¹⁰⁰. Y más que nunca, es hoy necesario precisar los justos principios sobre el fin del Estado, y hacerlos penetrar en la conciencia social y en el espíritu de las masas, para poner un justo término a los deseos y las exigencias extravagantes que se dirigen a los poderes del Estado.

Hay una relativamente moderna clasificación de los fines del Estado en *personalistas* y *transpersonalistas*, según que en un caso determinado se considere que el Estado es un medio al servicio de los valores de la persona, o que ésta debe sacrificarse inclusive en aras de aquél.

⁹⁹ Citado por Larca, Navarrete, José F., *Ibidem*, p. 375.

¹⁰⁰ Ahrens, Heinrich, *Ob. Cit.*, p. 508.

La teoría de los valores explica esta clasificación: hay valores que se llaman **valores cosas** que, desde el momento en que están plasmadas, adquieren independencia del sujeto que los produce. Hay otros valores que no se plasman en cosas, que sólo dejan una huella en la persona, que constituyen la persona misma y hacen de ella una estructura en sí misma valiosa: son los **valores morales**. Será un Estado auténticamente personalista, aquel que establezca una subordinación de los valores cosas a los valores morales.

Para clasificar una teoría o un sistema político, en lo que se refiere a los fines del Estado, hay que atender fundamentalmente a que dentro de tal estructura se afirmen o se nieguen los valores morales. Si afirma los valores personales y proporciona los medios para la realización de ellos, será una teoría, un sistema o un Estado personalista. Pero si dificulta la técnica para realizar los valores personales, si niega prerrogativas esenciales de la persona, si da preferencia a la protección o creación de otros valores que no son la persona humana, será transpersonalista.

Exceptuando casos perfectamente delineados -que nos muestra la historia-, como el de los regimenes fascistas, soviéticos y nazis, difícilmente se puede calificar en su integridad a un régimen político como personalista o transpersonalista. Se podrá juzgar, a lo sumo, de la tendencia de esta o aquella medida, de tal o cual propósito, de una ley, institución o acto en particular.

El personalismo está claramente precisado en el Evangelio: no es más que el cristianismo puesto en términos filosóficos. No hay una doctrina tan categórica en la afirmación de los valores morales o supremos como la católica, para la que la santidad es el valor supremo en la escala de los valores personales. Desde el punto de vista del Evangelio, bien pueden perderse la ciencia, el arte, el Estado mismo y todas las cosas estimadas como valiosas, con tal de que se salven los hombres, con tal de que la humanidad llegue a su destino.

La autoridad es para la sociedad, y no a la inversa; y la sociedad es el medio que encontraron los hombres, de acuerdo a su naturaleza para alcanzar su total desenvolvimiento, su fin en el plano terrenal y en el plano de lo divino. La razón de la existencia de la autoridad, es la necesidad que la multitud asociada siente de un principio ordenador y unificante que mantenga en ella la paz y el libre ejercicio del Derecho, y haga converger el esfuerzo y acción de los asociados al Bien Común. De aquí, en la autoridad, un doble deber u oficio que pudiéramos llamar estático y dinámico: por una parte, mantener el equilibrio social, la paz, la tranquilidad pública, mediante la defensa de todo Derecho y de todo legítimo interés; por otra parte, ayudar, fomentar y promover, si es necesario, la tendencia eficaz de los asociados al Bien Común, supliendo lo que le falte al estuerzo e iniciativa privados. En otros términos: "*deber de protección y de tutela jurídica y deber de cooperación y asistencia*".

No puede aceptarse la antigua doctrina de los individualistas, que reducían la misión de la autoridad a funciones meramente negativas, como la de fijar el Derecho y asegurar su cumplimiento, absteniéndose de toda intervención en la vida social, en cualquiera de sus manifestaciones. El principio de "dejar pasar", "dejar hacer", no puede constituir el

cauce de la actividad del Estado. Ahrens dice que "...así como la libertad de los hombres debe estar sometida a ciertos principios generales, así también el movimiento social que, abandonado a su propio impulso, podría adquirir en cierta dirección un predominio peligroso, debe estar mantenido en cierto equilibrio que el poder del Estado debe en cada momento restablecer, controlando el excesivo desarrollo de unas partes y aumentando los medios de ayuda a favor de las partes deprimidas o que han quedado rezagadas"¹⁰¹.

Una derivación extrema del individualismo es el anarquismo, que ha llegado a negar, en forma por demás equivocada, la legitimidad de la existencia del poder del Estado, al que considera como un mal necesario, sólo en tanto que no desaparezcan las perturbaciones jurídicas originadas por la incultura de los pueblos.

Tampoco puede aceptarse el absolutismo centralista que, partiendo de la doctrina de que el Estado tiene por fin a sí mismo, legitima la tendencia de la autoridad a invadir la esfera de acción de los organismos y miembros inferiores, a acaparar las funciones todas de la vida social, en las que puede intervenir, no sólo con función supletoria, indirecta y secundaria, sino absoluta, directa y primaria. Aplicada esta doctrina en toda su rigidez al orden económico da lugar al socialismo... la historia se ha encargado de poner a la humanidad de manifiesto que esta corriente no es eficaz ni funcional.

El oficio y misión general de la autoridad, como fuerza ordenadora y directiva, consiste en dirigir la sociedad al fin que le es propio. El fin de la sociedad no es la mera coexistencia armónica de los derechos individuales, obtenida por la restricción de la libertad, ni el bien público, ni el del Estado mismo -como contrapuesto al individual-, sino el Bien Común, o sea, un bien del cual todos y cada uno tienen derecho a participar en la medida proporcional, conforme al principio "suum cuique".

"En el conjunto de fines principales que forman el destino humano -nos dice Ahrens-, hay uno que, a causa de su importancia práctica, ha impulsado a los hombres a una primera organización, permaneciendo a la vez como el lazo permanente exterior de ellos... éste fin fundamental no es otro que el Derecho, principio que ha dado nacimiento al Estado y permanece como regla de su acción... Podemos, pues, señalar al Estado un doble fin: un fin inmediato, directo, el Derecho; y un fin indirecto, pero final, consistente en el bien común..."¹⁰².

Tres direcciones señala Ahrens¹⁰³ a la actividad del Estado, en su misión de Bien Común, a través del Derecho:

a) Asegurar reconocimiento y respeto a la naturaleza propia, a la independencia y a la autonomía de todas las esferas de vida que persiguen fines distintos del jurídico y político. A esta primera función del Estado la llama Ahrens *función reguladora del principio de autonomía*.

¹⁰¹ Ahrens, Heinrich, *Ibidem*, p. 510.

¹⁰² Ahrens, Heinrich, *Ibidem*, p. 509.

¹⁰³ Ahrens, Heinrich, *Loc. Cit.* op. 511-517.

b) Remover los obstáculos, por grandes que sean, para ser vencidos por fuerzas individuales, que impiden el libre desenvolvimiento de las actividades particulares; imponer a la libertad de todos, y someter, para el mantenimiento de la paz interior, todas las disputas a los tribunales. A esta función se le llama *función reguladora de las condiciones de coexistencia*.

c) Favorecer directa y positivamente todo el desarrollo social, creando condiciones generales que hagan posible el perfeccionamiento que todas las personas físicas y morales deben alcanzar, ante todo por el empleo de sus facultades y fuerzas propias pero sin invadir nunca las distintas esferas de actividad, en la persecución de sus fines especiales.

La misión del poder del Estado, de la autoridad, puede decirse que se concreta a cuidar de que la acción de todos los asociados tienda **libre y eficazmente** a realizar el fin de la sociedad. Para que la acción de los asociados sea *libre*, se requiere la protección y la tutela de sus derechos; para que sea *eficaz*, se requiere la asistencia y cooperación, supletorias, de la insuficiencia privada.¹⁰⁴

II. 4.1.- La Justificación del Poder.

La justificación del poder se desprende directamente de un criterio teleológico que implica la realización de los fines asignados al poder y al Estado en cuanto depositario del poder. Podemos señalar dos fines genéricos, lo suficientemente amplios para acoger en su seno una auténtica constelación de fines secundarios o más minuciosos. Estos dos fines, como ya ha quedado indicado en el punto anterior, son:

1. La salvaguarda de la ley y el Derecho en el seno de la sociedad o comunidad.
2. La actuación plena e íntegra del Bien Común en esa sociedad o comunidad.

Veamos, pues, los principios orientadores que pueden establecerse en esta materia.

A. La Salvaguardia de la Ley y el Derecho.

Se trata de un fin que aparece desde un punto de vista íntimamente ligado con el problema de los límites del poder. Porque va siendo doctrina común en los autores y pensadores elaboradores de la teoría política, poner el acento en la necesidad de que el mismo poder político constituido se someta a sí mismo al Derecho, único modo de que a la postre reine la Justicia en la sociedad toda. De este modo se ha puesto cerco a las posibles veleidades del poder político mediante el control político y constitucional del mismo. Puede

¹⁰⁴ El espíritu de este principio, se plasmó en el Estado Mexicano, en el artículo 25 Constitucional, que prevé lo relativo a la rectoría del desarrollo del Estado y a la participación de la iniciativa privada: "...bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente... La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios... La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución..."

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edición 2000, Editorial Editores Mexicanos Unidos, S.A. Artículo 25, pp. 21-22.

decirse que la concepción romana de contemplar en el poder una fuerza que va siendo limitada por el Derecho a la medida en que éste la pone al servicio de los ideales de Justicia que caracterizan a lo jurídico, es doctrina valedera en todos los tiempos y lugares. Así lo ha visto el autor Adriano Pagietti ¹⁰⁵ en su "La Giuridicità come limite del Potere", al estimar que el ordenamiento jurídico se distingue del arbitrio, en este caso diríamos de la dictadura, porque no se determina por la imposición de la fuerza, sino por el respeto de los límites de su poder, ofreciendo como característica suya el respeto en la libertad. José María Rodríguez Paniagua ¹⁰⁶, quien señala que "cuando los límites del cumplimiento por convicción de los deberes jurídicos sean demasiado bajos, de tal manera que haya que apoyarse primordialmente en la coacción, el orden de conjunto en que se apoyan deja de ser Derecho, por dejar este orden de ser humano. En efecto, es humano someterse a una autoridad que dirija la vida colectiva; pero no es humana una colectividad en que la gran mayoría de sus miembros no pueden discernir por sí mismos su destino y su papel dentro de esa vida colectiva". Es que la humanidad entera ha reducido su historia a la apasionante tarea de domesticar la fuerza bruta del poder con los instrumentos del Derecho.

Así, el poder, fenómeno político anterior al Derecho, se justifica cuando sirve al Derecho. De suerte que en este servicio adquiere su justificación y su medida.

Los nombres de los filósofos John Locke (1632-1704) y de Charles-Louis de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu (1689-1755) ¹⁰⁷ se alzan en las paredes maestras del ingente edificio del actual Estado de Derecho, al centrar en la libertad y en el control equilibrado de los poderes, las bases de sus teorías, inspirando ya en los siglos XVIII y XIX los principios constitucionales que vendrían a poner fin a los regímenes absolutistas.

El contractualista, John Locke, en el tránsito de un estado de naturaleza al orden civil, busca ante todo la salvaguardia –sometiéndose a un gobierno– de las personas, sus libertades y propiedades, de manera que el poder de la sociedad política o de los legisladores instituidos por ella, no puede pretender otra cosa que el Bien Común ("Ensayo sobre el Gobierno Civil" C. IX, 131).

Lo que caracteriza, según Locke, el estado de naturaleza no es un conjunto de factores circunstanciales que constituían el ámbito de la vida de los hombres primitivos, sino el hecho negativo de no haberse congregado aún bajo las normas de una sociedad política. De manera que la constitución de la sociedad política es el hecho crucial, el hito histórico que separa el estado natural del estado político. Cuando una persona no tiene más norma para su comportamiento que la ley de la naturaleza o de la fuerza, aún cuando tal persona viva en épocas modernas, se halla en estado de naturaleza. Es, pues, la incorporación a la sociedad civil lo que hace que se abandone aquel estado. Veamos, en lo que sigue, la hilvanación lógica de los conceptos:

a) Del "estado natural": "Para comprender bien en qué consiste el poder político – escribe Locke– y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber, un estado de

¹⁰⁵ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 375.

¹⁰⁶ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Idem, pp. 375-376.

¹⁰⁷ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ibidem, pp. 376-377.

completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona. Es también un estado de igualdad" ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. II, 4) " Pero, aunque ese estado natural sea un estado de libertad no lo es de licencia aunque el hombre tenga en semejante estado una libertad sin límites para disponer de su propia persona y de sus propiedades, esa libertad no le confiere derecho a destruirse a sí mismo, ni siquiera a algunas de las criaturas que posee..." ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. II, 6) "Y para evitar que los hombres atropellen los derechos de los demás, que se dañen recíprocamente, y para que sea observada la ley de la naturaleza, que busca la paz y la conservación de todo el género humano, ha sido puesta en manos de todos los hombres, dentro de ese estado, la ejecución de la ley natural..." ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. II, 7), pero "...por otro lado -observa Locke-, la malquerencia, la pasión y la venganza los arrastrarán demasiado lejos en el castigo que infligen a los demás, no pudiendo resultar de todo ello sino confusión y desorden, por lo que, sin duda alguna, Dios debió fijar un poder que evitase la parcialidad y la violencia de los hombres. Concedo sin dificultad que el poder civil es el remedio apropiado para los inconvenientes que ofrece el estado de naturaleza" ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. II, 3).

b) De ahí que surja lo que Locke denomina **"estado de guerra"**, cuidando expresamente de distinguirlo del "estado de naturaleza", evitando la confusión que entre amos estableciera Hobbes, al que se refiere críticamente sin nombrarlo ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. III, 19), pensando en el capítulo XIII del "Leviathan". Dice Locke "...el estado de guerra es un estado de odio y de destrucción..." ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. III, 16) ...de ahí se deduce que quien trata de colocar a otro hombre bajo su poder absoluto se coloca, con respecto a éste, en un estado de guerra..." ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. III, 17).

c) La "libertad": La libertad natural del hombre consiste en no verse sometido a ningún otro poder superior sobre la tierra, y en no encontrarse bajo la voluntad y la autoridad legislativa de ningún hombre, no reconociendo otra ley para su conducta que la de la naturaleza", mientras que "...la libertad del hombre en sociedad consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado, ni al dominio de voluntad alguna, ni a las limitaciones de ley alguna, fuera de las que ese poder legislativo dicte de acuerdo con la comisión que se le ha confiado" ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. IV, 21).

d) De la "sociedad política o civil": "Según el propio juicio de Dios, el hombre había sido creado en una condición tal que no convenía que permaneciese solitario; lo colocó, pues, en la obligación apremiante, por necesidad, utilidad o tendencia, de entrar en sociedad, al mismo tiempo que lo dotaba de inteligencia y lenguaje para que permaneciese en ella y se encontrase satisfecho en esa situación" ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. VII, 77). "Ahora bien: no pudiendo existir ni subsistir una sociedad política sin poseer en sí mismo el poder necesario para la defensa de la propiedad, y para castigar los atropellos cometidos contra la misma por cualquiera de los miembros de dicha sociedad, resulta que sólo existe sociedad política allí, y -subraya Locke -...allí exclusivamente, donde cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural, entregándolo en manos de la comunidad para todos aquellos casos que no le

impiden acudir a esa sociedad en demanda de protección para defensa de la ley que ella estableció. Vemos pues, que al quedar excluido el juicio particular de cada uno de los miembros, la comunidad viene a convertirse en árbitro y que interpretando las reglas generales y por intermedio de ciertos hombres autorizados por esa comunidad para ejecutarlas, resuelve todas las diferencias que pueden surgir entre los miembros de dicha sociedad en cualquier asunto de Derecho.... Así resulta fácil discernir quiénes viven juntos dentro de una sociedad política y quiénes no... Aquellos que no cuentan con nadie a quien apelar, quiero decir, a quien apelar en este mundo, siguen viviendo en el estado de naturaleza" ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. VII, 87). De manera que para Locke, sólo "...las personas que viven unidas formando un mismo cuerpo y que disponen de una ley común sancionada y de un organismo judicial al que recurrir, con autoridad para decidir las disputas entre ellos y castigar a los culpables, viven en sociedad civil unos con los otros" ("Ensayo sobre el Gobierno Civil", C. VII, 87).

e) De este modo, por el intermedio del consentimiento o contrato se opera el tránsito del "estado de naturaleza" a la "sociedad civil" o política. Su finalidad no es otra que la de dotarse de una ley y de unos órganos que la elaboren, la interpreten y apliquen como garantía de la libertad y, de ese concepto lockiano de la propiedad del que deriva el liberalismo económico, y que se muestra sumamente fecundo y omnicompreensivo. De ahí la formulación de su teoría de la "división de poderes" como engranaje necesario para comprender la finalidad de la sociedad política y del gobierno.

Padre del liberalismo, Locke pasa por ser el primer escritor político que situando a la libertad como clave de su concepción enderezó una sistemática ofensiva contra los Estados totalitarios en su libro "Two Treatises on Civil Government", y en concreto en el segundo de ellos que es el que contiene –como estamos viendo– su doctrina política. Y tras haber advenido a la constitución de la sociedad política entra Locke a configurar su tesis de la existencia de los poderes legislativo y ejecutivo que después Montesquieu completó con el poder judicial, ya que Locke los clasificó en legislativo, ejecutivo y federativo, siendo este último el que concierne a la dirección de los asuntos exteriores. Así aparece ya en el párrafo siguiente (88, del libro VII) en que narra el tránsito del estado de naturaleza por el intermedio del contrato al de la sociedad civil o política, al escribir que "...de este modo, el Estado viene a disponer de poder para fijar el castigo que habrá de aplicarse a las distintas transgresiones, según crea que lo merecen, cometidas por los miembros de esa sociedad. Esto es el poder de hacer las leyes. Dispone también del poder de castigar cualquier daño hecho a uno de los miembros por algunos que no lo es. Eso constituye el poder de la paz y de la guerra...". De donde se deriva la finalidad de la sociedad civil que "es evitar y remediar los inconvenientes del estado de naturaleza que se producen forzosamente cuando cada hombre es juez de su propio caso, estableciendo para ello una autoridad conocida a la que todo miembro de dicha sociedad pueda recurrir cuando sufre algún atropello, o siempre que se produzca una disputa y a la que todos tengan obligación de obedecer" (VII, 90). Finalidad que, a mayor abundamiento, explicita Locke en el capítulo IX al insistir en sus afirmaciones anteriores acerca de la inseguridad del estado de naturaleza en el que los hombres se encuentran constantemente expuestos a ser atropellado por otros hombres (IX, 123), por lo que la "...finalidad máxima y principal que buscan los nombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de **salvaguardar** sus bienes: esa salvaguardia es muy incompleta en el estado de naturaleza" (IX, 124). Y tras matizar cada uno de los poderes, concluye Locke estableciendo las características de las

leyes que, sin duda, inciden en la esencia de un Estado de Derecho como sistema general de garantías condensado en un régimen constitucional de nuestros días.

He aquí, en toda su extensión, la exposición de Locke en donde se advierte claramente lo genuino de un Estado de Derecho como control y garantía al mismo tiempo, cohesionando las leyes con el control y correcto funcionamiento de los distintos poderes del Estado:

*"Sin embargo, aunque al entrar en sociedad renuncian los hombres a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo de que disponían en el estado de naturaleza y hacen entrega de los mismos a la sociedad para que el poder legislativo disponga de ellos según lo requiera el bien de esa sociedad, y habida cuenta de que el propósito de todos los que la componen es sólo salvaguardarse mejor en sus personas, libertades y propiedades (ya que no puede suponerse que una criatura racional cambie deliberadamente de estado para ir a peor), no cabe aceptar que el poder de la sociedad política o de los legisladores instituidos por ella, pretenda otra cosa que el **bien común**, hallándose obligados a **salvaguardar** las propiedades de todos mediante medidas contra todos los defectos arriba señalados, que convierten inseguro e intranquilo el estado de naturaleza. Por esa razón quien tiene en sus manos el poder legislativo o supremo de un Estado, hállese en la obligación de gobernar mediante –he aquí cómo Locke las caracteriza– leyes fijas y establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo; no debe hacerlo por decretos extraordinarios. Es preciso que establezca jueces rectos e imparciales encargados de resolver los litigios mediante aquellas leyes. Por último, empleará la fuerza de la comunidad dentro de la misma únicamente para hacerlas ejecutar, y en el exterior para evitar o exigir reparación de los atropellos extranjeros, y también para asegurar a la comunidad contra las incursiones violentas y la invasión. Y todo esto debe ser encaminado al único objeto de conseguir la paz, la seguridad y el bien de la población". (IX, 131)*

Es lugar común al estudiar a Montesquieu tratar de realizar un cotejo con las tesis de J. Locke, discutiéndose la originalidad de las suyas propias y hasta dónde llega la posible influencia de las del filósofo inglés. De lo que no cabe duda es que, como en el caso de Locke, ante Montesquieu estamos frente al pensador político que con su principio de la división de poderes hace rebrotar la antigua teoría del Estado mixto que, de forma semejante, miraba a lograr el equilibrio –la moderación– entre los distintos elementos del Estado para evitar el predominio de uno de ellos y que, enseguida, vendría a convertirse en paradigma, santo y seña de un Estado constitucional de Derecho.

Como sucediera con Hobbes o Rousseau, también se ha pretendido encontrar una explicación psicológico-ambiental de las tesis de Montesquieu. Hobbes pretende ser comprendido desde lo tempestuoso de su nacimiento y difícil niñez. De él se ha escrito, incluso, que fue un auténtico gafe que trasladó a su doctrina el drama de su vida: niño prematuro, nacido del terror de su madre, terror inglés ante la aproximación de la Armada Invencible. Su obra está llena de ese elemento freudiano del terror. Hobbes se encuentra en París cuando asesinan a Enrique IV. Es testigo de la ejecución de Carlos I. Huye a Francia de los ingleses, a Inglaterra de los franceses y ese terror que domina su vida, inspira su obra.

En Rousseau, se suele anudar su concepción antropológica optimista del buen salvaje y su corrupción por la sociedad, al fuerte choque psicológico sufrido al trasladarse a

París desde su ciudad natal de Ginebra. Rousseau nació y pasó la mayor parte de su niñez y de su adolescencia en esa encantadora ciudad de Ginebra, a la orilla del lago Lemán, donde éste vierte sus aguas sobre el rumoroso cauce del río Ródano y desde donde se divisa a lo lejos las blancas aristas de los Alpes oberlandeses. Es una comarca apacible y soleada; excepcional por las aguas transparentes del lago y por las plácidas colinas surcadas por jardines y viñedos. No muy lejos de las lindes suburbanas, yacen apaciblemente los rebaños, y la música de las esquilas se confunde en las tardes sin angustia con el tañer de las campanas. Todo allí -según esta evocación- es reposante y tranquilo. La vida corre pausadamente al mismo ritmo del paisaje. En toda ciudad Suiza hay mucho de montaña y de campiña y Ginebra debió ser, hace doscientos años, una pequeña ciudad penetrada de aire campesino y montañas. Pero Rousseau se traslada en plena juventud a París y toma inmediato contacto con la bulliciosa y refinada vida de la gran metrópoli de la cultura europea; pero toma contacto también con el vicio, la perversión, el lujo y la miseria; sobre todo, con el artificio, sofisticación y apariencia.

Este tipo de evocación sugestiva explicadora del sentido y el pensamiento filosófico está presente también en Montesquieu. Como pone de relieve el autor J. Vallet¹⁰⁸ al referirse al lugar de nacimiento de Montesquieu en Guyene, en el *Chateau de la Brède*, cerca de Burdeos, "...se ha dicho que pocos lugares, por su clima y su suelo, inspiran sentimientos más moderados que el 'Pays Bordelais'. Clima generalmente templado, atmósfera ligeramente húmeda con una influencia algo sedante. Una llanura ondulada, al sur de Burdeos y al oeste del Garona, con horizontes circulares que no cubren nada o casi nada de la bóveda celeste. ¿Influyó ese entorno en su benévola ironía que -se dice- delataba la sonrisa del filósofo bordelés?..."

Montesquieu no fue como Locke, contractualista. Es el pensador que a través de una investigación científica y empírica rastrea el desarrollo de las leyes de la sociedad como pudimos señalar en temas anteriores, relativo al fenómeno jurídico dentro del planteamiento sociológico. Sin embargo, sus tesis concluyen con la misma finalidad y empeño que encontramos en las de J. Locke.

Estas tesis se encuentran fundamentalmente -no exclusivamente- en su obra más emblemática "*El espíritu de las leyes*" (*De l'Esprit des loix*), obra en la que, a través de la observación empírica directa, estudia y analiza las leyes de la vida social y política. He aquí sus principales tesis:

a) Las leyes, son definidas como "...las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas" ("*El espíritu de las leyes*", C. I, 1). Y las cosas de cuya naturaleza derivan relaciones entre fenómenos que son las leyes, consisten, de elementos físicos, pero también de elementos históricos.

b) Por eso "...es mejor decir que el 'gobierno más conforme a la naturaleza' es aquel cuya disposición particular se adecua mejor a la disposición del pueblo para el cual ha sido establecido" ("*El espíritu de las leyes*", C. I, 3, 9).

¹⁰⁸ Citado por Lorca, Navarrete, José F., "Temas de Teoría y Filosofía del Derecho", pp. 381.

c) Gobiernos moderados y libertad: La predilección de Montesquieu por los gobiernos moderados va unida a la idea de la "libertad". Como observaba J. Vallet, al ser moderados los gobiernos no existe inconveniente en que el Estado pase de un gobierno a otro, como de la monarquía a la república o de la república a la monarquía, pero sí lo ve "cuando cae y se precipita de un gobierno moderado al despotismo". Y entre los gobiernos moderados, prefiere a aquellos que son libres, pues la libertad política, si bien no se halla sino en los gobiernos moderados, "...no siempre se halla en los Estados moderados; no existe sino cuando no se abusa del poder". ("El espíritu de las leyes", C. XI, 4). "La libertad política no consiste en hacer lo que se quiere. En un Estado, es decir, en una sociedad en la que existen leyes, la libertad no puede consistir más que en el poder hacer aquello que se debe querer. La libertad es el derecho a hacer todo aquello que permiten las leyes". ("El espíritu de las leyes", C. XI, 3). Idea que va al corazón mismo del Estado de Derecho, al considerar que la libertad viene garantizada por las leyes. Y "...para formar un gobierno moderado, es preciso combinar los poderes, temperarlos, hacerlos actuar; dar, por decirlo así, un lastre a uno para ponerlo en estado de resistir al otro". ("El espíritu de las leyes", C. V, 19).

d) División de poderes y finalidad: "Cuando, en una misma persona o en un mismo cuerpo de magistratura, el poder legislativo va unido al poder ejecutivo, no existe libertad, porque es de temer que el mismo monarca o el mismo senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente... Tampoco habría libertad si el poder de juzgar no estuviera separado del poder legislativo y del ejecutivo. De estar junto al legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario: ya que el juez sería legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor". ("El espíritu de las leyes", C. XI, 6), y apostilla "...para que no se pueda abusar del poder es necesario por disposición de las cosas que el poder frene al poder" ("El espíritu de las leyes", C. XI, 4).

Más junto a estos razonamientos, es posible detectar, en la historia de las ideas, ejemplos en los que el instinto de poder ciego y descontrolado ha dado en lo que el autor Uscatescu ¹⁰⁹ ha calificado como "pasión de poder", mostrando cómo ejemplos más representativos los de Nicolás Maquiavelo y Friedrich Nietzsche. Ambos teorizan la voluntad de poder en el principio y fin de la edad moderna. Uno con lucidez y realismo; otro con un trágico espíritu profético. Pero ambos desde zonas elementales de la vida y del espíritu, sin intentar penetrar en la ontología (el ser) del poder: la consideración maquiavélica de que en política el hombre es un medio, culmina trágicamente en la moral de los fuertes de "Also sprach Zarathustra" ("Así habló Zarathustra"), de Friedrich Nietzsche ¹¹⁰ (1844-1900), que coordina conceptos y enlaza ideas que culminarán en su obra póstuma, "Der Wille zur Macht" ("La voluntad del poder"), por medio de la ya citada "Also sprach Zarathustra". "Así habló Zarathustra", cuyas cuatro partes vieron la luz entre los años 1883-1884, y en las que la moral del superhombre (Uebermensch) también niega toda racionalidad.

En su entusiasmo juvenil Nietzsche idealizó la figura del dramaturgo de la música Ricardo Wagner. Después dirigió su mirada hacia el ideal del libre espíritu, del filósofo libre. Finalmente, en su tercer período creyó Nietzsche haber establecido, mediante una formulación más exacta, la meta final del hombre. Surge así el superhombre, el hombre que está "por encima de los hombres". Para ello, en un principio, siguiendo la teoría de Charles

¹⁰⁹ Citado en "Temas de Teoría y Filosofía del Derecho", pp. 383.

¹¹⁰ Citado por Lorca Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 383-384.

Darwin ¹¹¹ sobre el origen y evolución de las especies, llegó a imaginar que la meta suprema de la humanidad podría vislumbrarse en una nueva especie de seres vivos, más elevada que la de los hombres. Sin embargo, acabó por entender por *superhombre* un hombre que sobrepasa con mucho a los demás hombres. Y, abandonando toda suerte de referencias a modelos del pasado, Nietzsche piensa que es llegado el momento en que la humanidad se puede esforzar en la realización de ese ideal supremo que es el *superhombre*. Y ahí tiene cabida su teoría sobre la "*Voluntad del Poder*" (obra de 1888), para comprender, como dicho queda, su perspectiva, ya que ésta constituye el impulso básico de la misma. Las ideas, por lo demás, se coordinan sin solución de continuidad: primero se celebra la muerte de Dios, después ensalza la aparición del *superhombre*. En "*La Gaya Ciencia*", afirma Nietzsche:

"Es que Dios ha muerto, que **la creencia en el Dios cristiano ha caído en descrédito...** sufriremos muy frecuentemente quizá el efecto de las consecuencias inmediatas que para 'nosotros' no son –contrariamente a lo que podía esperarse– aflictivamente ni ensombrecedoras, sino más bien una luz, una felicidad, un alivio, una alegría, una confortación, una aurora de una nueva especie que difícilmente se describe... En efecto, nosotros los filósofos, los 'espíritus libres', ante la noticia de que el viejo Dios 'ha muerto', nos sentimos como conmovidos por los rayos de una nueva aurora. Nuestro corazón, ante esta noticia, desborda de reconocimiento, de asombro, de presentimiento (párrafo 343, pp. 225-226, Ed. Gallimard, 1967).

Presentimiento nietzscheano que puede hilvanarse con aquel texto de "*Así habló Zaratustra*" (Primera Parte: "De la virtud dadivosa"):

"El hombre y la tierra de los hombres no están agotados, ni explotados, todavía.

¹¹¹ Charles Robert Darwin (1809-1882). Autor inglés. Recibió durante su niñez la educación, principalmente literario-clásica, que se daba en las escuelas inglesas de la época, pero adquirió al mismo tiempo fuera de la misma, algunos conocimientos empíricos de historia natural gracias a sus aficiones de coleccionista. Inició su carrera de medicina en Edimburgo en el año 1825, pero la abandonó dos años más tarde, pues como él mismo confiesa en sus memorias, las clases le disgustaban. En compensación hizo amistad con algunas personas aficionadas a la historia natural y asistió a sesiones de sociedades científicas. Por indicación de su padre se orientó hacia la carrera eclesial y al ser necesario un título universitario para ingresar en la Iglesia Anglicana se matriculó en Cambridge. Tampoco aquí adelantó mucho en los estudios que había ido a aprender, pero inició una estrecha amistad con el botánico Henslow, quien le propuso embarcarse como naturalista sin sueldo en el "Beagle" para visitar diversas islas en el Atlántico, del Pacífico y las costas de América del Sur. Durante este viaje (1831-1836) acumuló información geológica, botánica y zoológica, que fueron base de sus posteriores estudios.

Volvió a Inglaterra y contrajo matrimonio en 1839 y trabajó activamente en asuntos científicos. Obligado por el mal estado de su salud se retiró al campo en septiembre de 1842. Residió en la población de Down, hasta su muerte en 1882, dedicado al estudio de las ciencias naturales y a la preparación de diferentes libros, sobre todo su obra excepcional sobre el origen de las especies.

Las obras de Darwin modificaron por completo la Biología de su tiempo y dejaron sentir su influencia en todos los ámbitos del pensamiento. Estos escritos, aunque carecían de belleza literaria, cautivaron por la claridad de la exposición y por la modestia de los juicios emitidos: nunca asentó afirmación alguna sin dar minuciosa cuenta de los hechos en que se fundaba, y es evidente su deseo, de que sean estos hechos los que convengan al lector y no sus palabras.

Entre sus publicaciones citaremos: "*Journal of researches into the natural history and geology of the countries visited during the voyage of H.M.S. Beagle round the world*", 1839., "*On the Origin of Species by Means of Natural Selection of the Preservation of Favoured Races on the Struggle for Life*", 1859., "*The Variations of Animals and Plants under Domestication*", 1868., "*Different forms of Flowers*", 1877., "*The Power of Movement in Plants*", 1880.

En su obra "*El Origen de las Especies*", Darwin desarrolla y propone una teoría de la evolución que, en sus líneas generales, puede resumirse como sigue: En la mayoría de los organismos se producen muchos más individuos de los que llegan a completar su desarrollo. De ello deduce que los organismos entran en competencia para sobrevivir y que sólo lo consiguen los que presentan unos caracteres más eficientes. Darwin habla de "lucha por la vida" y de "selección natural". Esta selección natural determina la conservación de ciertas variedades, las cuales a su vez irán seleccionando nuevos caracteres más eficaces, que darán lugar en último término a la formación de nuevas especies. Esta teoría fue objeto, desde su aparición, de apasionadas discusiones entre naturalistas y filósofos que en ocasiones abandonaban el terreno puramente científico para adentrarse en el terreno humano-personal, dando lugar a violentos ataques contra la figura de Darwin.

¡Estad alerta y prestad atención, hombres solitarios! Del porvenir llegan vientos con silencioso batir de alas y a oídos finos se anuncia buena nueva.

Los que hoy son solitarios y vivís apartaos, un día seréis un pueblo; de vosotros que os habéis elegido, surgirá un pueblo elegido y de él el superhombre.

¡Día llegará en que la tierra será asiento de la salud! ¡Ya la envuelve un efluvio nuevo portador de salvación y una esperanza nueva! ... Y llegará un día en que seréis más amigos y los hijos de una única esperanza, entonces estará con vosotros por tercera vez, para celebrar en vuestra compañía el Gran Mediodía.

El Gran Mediodía habrá llegado cuando el hombre haya recorrido la mitad del camino que conduce del animal al superhombre y celebre su marcha hacia el ocaso como su suprema esperanza, por ser la marcha hacia un nuevo día.

*Entonces, el hombre bendecirá su ocaso porque tras él ha de venir un nuevo orto; y el sol de su conocimiento estará en su cenit. **Han muerto todos los Dioses: ¡viva el superhombre!***¹¹²

Por el contrario, serán los nombres de Rousseau y Kant junto con los de Locke y Montesquieu, a los que ya nos hemos referido, en los que, esencialmente, tendremos que detenernos dentro del curso de la historia de las ideas jurídico-políticas en pos del perfilamiento del proceso de pensamiento que contempla al Estado y al Poder como algo que se justifica por la realización del Derecho y la Justicia.

En Rousseau, la concepción no se ofrece expresamente como una doctrina del fin del Estado; pero se infiere la idea en cuanto éste se define como órgano de poder para hacer efectivos los derechos absolutos y primordiales del individuo ineficaces en el estado de naturaleza. Recuérdese la esencia del pacto social; se trata de "...encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes". ("Contrato Social", L. I., capítulo VI). Por otra parte, el pacto encierra tácitamente este compromiso, único que puede dar fuerza a los demás, y que aquel que rehuse obedecer a la voluntad general será a ello obligado por todo el cuerpo: lo que no significa otra cosa que se le obligará a ser libre: porque tal es la condición que, dándose cada ciudadano a la patria, le garantiza de toda dependencia personal. La República es el Estado regido por leyes, y la función social del Estado es la elaboración de las leyes, el establecimiento de un orden regular de Derecho.

Para Kant una ciudad (*civitas*) es la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes jurídicas; se funda el Estado, según el filósofo, en la naturaleza racional del hombre, que exige en éste un poder respetado, individual, para determinarse libremente a obrar, sin límite alguno exterior, a no ser la exigencia que para lo mismo tienen los demás hombres. Con el objeto de garantizar, por medio de una coacción posible, la coexistencia de las libertades individuales (el Derecho) existe y se organiza el Estado. Dependientes, el concepto y el fin del Estado, de la idea del Derecho, y concebido éste

¹¹² Citado en "Temas de Teoría y Filosofía del Derecho", Editorial Pirámide, pp. 384.

como norma exterior de la vida social, que se hace eficaz por la fuerza, encaminada a afirmar la coexistencia y armonía de las libertades individuales, el Estado es el órgano del Derecho.

Con Rousseau y Kant estamos pues ante dos ejemplos en los que palpita el anhelo de hallar una justificación al fenómeno o hecho físico del poder. Justificación que, en congruencia con las consideraciones que encabezaban este apartado dedicado a la legitimación política, anda pareja con el domeñamiento jurídico del mismo. Pero a las tesis de Rousseau y Kant les falta todavía el matiz auténtico que ha de sellar en definitiva la justificación que venimos buscando. Matiz trascendente y metafísico orientado por el punto de vista ya conocido de Aristóteles, Santo Tomás y Francisco Suárez. Es el problema que se plantea Suárez en el *"Tratado de las leyes y de Dios legislador"*: *"La cuestión –decía– es si los hombres, hablando por sólo la naturaleza de las cosas, pueden mandar a los hombres obligándoles con leyes propias. La razón de dudar de esto es que el hombre, de su naturaleza, es libre y a nadie sujeto, sino sólo a su Creador: luego el principio humano es contra el orden natural y encierra tiranía"*. La pregunta, pues, es ésta: ¿Cómo hacer, entonces, que el principado humano, es decir, el Estado y su poder, no encierre tiranía? El que encierra tiranía es el que se concreta en la noción y el hecho del poder entendido como fuerza y como fuerza del más fuerte; o sea, el que supone una organización que hace del poder político una fuerza física. Lo característico del poder y del Estado que lo detenta es su contemplación, diríamos *ética*, de las relaciones existentes con los miembros de la sociedad. El Derecho, por ello mismo, como expresión de ese poder político, es una creación constantemente renovada, que tiene por motor íntimo la conciencia humana y su voluntad, destruyendo el supuesto de la sumisión a la fuerza por la fuerza, para afirmar el de la obediencia al poder no por la fuerza o por disponer de la fuerza, sino por ser poder del Derecho y en el Derecho, esto es, por ser poder justo.

B. La Realización del Bien Común.

Intimamente ligado con este fin justificativo del poder, se halla el segundo fin relativo a la realización del Bien Común en el seno de la sociedad. Bajo esta perspectiva se dice que el poder político es el poder de jurisdicción que corresponde al Estado para la satisfacción plena de funciones sociales fundamentales. Como hemos visto, pues, la autoridad estatal, el poder político, existe por razón del Bien Común de la comunidad política, y no del interés privado de un gobernante o de un partido o una clase dominante. Su esencia y justificación consisten, pues, en servir a la comunidad. Como nos recuerda Juan XXIII en su encíclica *"Pacem in Terris"*: *"La prosecución del bien común constituye la razón misma de ser de los poderes públicos, los cuales están obligados a actuarlo reconociendo y respetando sus elementos esenciales y según los postulados de las respectivas situaciones históricas"*.¹¹³

Siendo ello así, vemos cómo este segundo fin significa un paso adelante con respecto al primero, señalado a la hora de justificar el poder político. Ya que, hablando en términos generales, el ejercicio del poder político es algo más que la mera ejecución de las leyes en el sentido de un mero cumplimiento de la letra de la ley. Consiste más bien en el empleo de los poderes que corresponden al Estado, según su mejor saber y entender, con

¹¹³ Citado por Lorca, Navarrete, José F., pp. 386.

respecto al Bien Común en sus exigencias interiores y exteriores. De lo contrario, no se podría tampoco hablar de un *arte de gobernar*, el ejercicio del poder quedaría convertido en una mera técnica de la administración. De hecho, todos los pensadores que han visto en el Estado un ser con existencia propia, con una propia finalidad y un valor moral, empezando por Platón y Aristóteles, opinan que el poder estatal está vinculado ciertamente al Derecho y a la ley, pero que dentro del marco del Derecho constituye el ámbito de su actividad todo lo que exige efectivamente y con amplitud de miras a la realización del Bien Común.

Pero aquí podríamos hacernos una pregunta: ¿Qué es el Bien Común? Como la Justicia o la libertad, el Bien Común es una magia difícil de concretar, de precisar, y que sólo por aproximación a sus principios regulativos se puede hacer una indicación de lo que debe encerrarse en ella. En la Encíclica "*Populorum Progressio*" se nos ha brindado la fórmula más omnicomprensiva sintetizada en lo que se ha calificado de *humanismo integral*, esto es, el desarrollo de todos los hombres y de todo hombre. Idea que ya se condensaba en la "*Mater et Magistra*", en donde se dejaba establecido que el Bien Común consiste y tiende a concretarse en el conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona. De forma que, si en la época moderna se considera realizado el Bien Común –como ya se ha dicho– cuando se han salvado los derechos y los deberes de la persona humana, los deberes principales de los poderes públicos consistirán, sobre todo, en reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover aquellos derechos, y en contribuir, por tanto, a hacer fácil el cumplimiento de los respectivos deberes. Por esta razón, se apostilla en la "*Pacem in Terris*", que aquellos magistrados que no reconocen los derechos del hombre o los atropellan, no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carece de obligatoriedad lo que ellos prescriben.

He aquí cómo, sin solución de continuidad, hemos dejado abierta la problemática que connota el siguiente punto en esta obra relativo a la legitimidad política. En puridad, se trata de examinar los límites del poder, cuestión con la cual se apuran las consecuencias de todo lo que ha quedado dicho acerca del origen, formas y justificación del poder. Bastará volver sobre las ideas esenciales para ver claramente cuáles son las limitaciones del poder político y de dónde proceden. Si el poder tenía un origen divino, que se concretaba en una forma mixta de gobierno, y que se justificaba al actualizar los dos fines anteriormente señalados, sus limitaciones intrínsecas no pueden provenir sino de la ausencia de dichos fines o la defectuosidad en la actualización de los mismos. Y, justamente, son las consecuencias de este alejamiento en la realización de sus fines lo que va a ocupar nuestra atención en dicho tema.

II. 5.- Los límites del Poder del Estado y las formas de resistencia.

El planteamiento, pues, sería el siguiente: si la obediencia y el acatamiento de los ciudadanos al poder constituido obra sentido y justificación en tanto el poder desarrolla los fines humanos y las funciones esenciales del hombre en sociedad, el poder se limita a sí mismo y pierde toda su fuerza moral, para reclamar dicha obediencia por parte de los

miembros de la comunidad, cuando aquellos fines no son realizados, naciendo entonces el impulso legítimo a la resistencia, que no a la obediencia.

En el trasfondo último de dicho planteamiento aparece la misión misma de la Filosofía del Derecho y el por qué de sus funciones. Si la Filosofía del Derecho se ocupa de los problemas que se derivan de esa parcela reguladora de la sociedad que es el Derecho; si a la Filosofía del Derecho no le son ajenos conceptos tales como delito, falta, intencionalidad, responsabilidad y culpabilidad... Si todo esto es cierto, la Filosofía del Derecho se nutre de la ética, se ayuda de la lógica y se apoya en la sociología. Y en el instante en que al filósofo del Derecho le inquieta y le agujonea una noción ideal del Derecho, mediante una permanente reflexión acerca de la Justicia de los derechos positivos –de la ley puesta-, surge constantemente renovada aquella función en la que la filosofía jurídica se funde con la filosofía política –como la contempló Aristóteles- con el amojonamiento preciso entre aquel justo legal y un justo natural. Y así resulta que los filósofos del Derecho vuelcan sus cavilaciones no sólo sobre el Derecho que **es**, sino también –y aquí radica el meollo de la cuestión- cuál **debiera ser**.

Y esta inquietud –como aspiración siempre latente- se articulará, lógicamente, según los instantes históricos, la clase de ordenamientos jurídicos vigentes y, aun, los distintos regímenes políticos en cada caso. No es, pues, lo mismo el grado y la medida con que se manifiesta la oposición ante una ley injusta. Es decir, el deber de obediencia a la ley y, por ende, la desobediencia a la misma, se encuentra en íntima conexión con la clase de régimen político del cual emana la ley. Bajo esta consideración y en función de una elemental distinción entre regímenes democráticos o no democráticos, es como puede perfilarse matizadamente toda suerte de oposición a la ley que no llena un contenido de Justicia según lo revela la conciencia crítica individual. Ya no se trata –solamente- de la manifestación del conocido drama clásico de la elección entre la conciencia y la ley, sino –como lo ha visto Bruno Montanari ¹¹⁴-, de un modo más actual y contingente, del problema de la *calidad* de la elección.

Cuando en 1973 Sergio Cotta ¹¹⁵ se preguntaba: *¿Resistenza: in nome di che cosa?*, lo que intentaba era concretar un fundamento objetivo de la resistencia a la ley, así como analizar, de un lado, los horizontes filosóficos y culturales que constituyen el fondo en que se manifiesta toda objeción a una ley y las motivaciones particulares en que se apoyan, y de otra parte, profundizar en la *calidad* del posible fundamento. Todo lo cual se encuentra influido por las tensiones propias del binomio autoridad-libertad, agravadas por una creciente crisis de valores y la precariedad de las condiciones materiales de la existencia humana.

Así pues, desde la simple protesta legal hasta la objeción de conciencia, la desobediencia civil, derecho de resistencia o la doctrina extrema del tiranicidio (dar muerte al tirano), nos encontramos con una situación en la que se adoptan decisiones que se encuentran en contraste con las obligaciones jurídicas o políticas establecidas. Como escribe Montanari, "*all'obbligo di tenere un certo comportamento conforme a determinate e disposizione legislative, el soggetto (il cittadino) risponde in coscienza non poso*".

¹¹⁴ Citado por Lorca Navarrete, José F., pp. 388.

¹¹⁵ Citado por Lorca Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 389.

Los ejemplos, por tanto, se multiplican floreciendo en el campo abonado del sentimiento jurídico y de la repulsa a la injusticia, por decirlo con palabras conocidas en la historia jurídica. La objeción, la desobediencia o la resistencia, surgen por doquier. Desde los movimientos pacifistas, la condena de la esclavitud, la objeción fiscal, los actos terroristas como los de reciente acontecimiento en Estados Unidos, o la desobediencia civil –lindando con la propia resistencia- a las reconversiones industriales que, inevitablemente condenan al paro a numerosos trabajadores. El tema, como puede verse, es de una actualidad insultante, aunque sus ecos se pierden en la noche de las injusticias humanas. El rastreo, sin embargo, de sus manifestaciones más notorias viene ocupando los afanes de los filósofos del Derecho y la política, dando lugar a un enriquecimiento de los conceptos, de las figuras, que corre paralelo, naturalmente, con la numerosa bibliografía al respecto. No era ajeno, en este sentido, el esfuerzo del gran jurisprudente el profesor Luis Legaz Lacambra por aquilatar el contenido de *"La obligatoriedad jurídica"* en los albores de los *"Anales de Filosofía del Derecho"* (1953), con aquel arranque evocador del diálogo platónico *"Crítón"*, en el que se ensalzaba el deber del ciudadano de obedecer a las leyes.

Y aunque no sea el más remolero, sí pasa por ser el más alegado, el planteamiento del autor Henry Thoreau ¹¹⁶, impregnado de un talante radical y libertario, nacido en el Estado de Massachusetts, el día 12 de junio de 1817, graduado en Harvard, autor de un ensayo sobre la *desobediencia civil* de gran difusión e influencia mundial que apareció impreso por vez primera en el año 1849. Tras su muerte, acaecida el 6 de mayo de 1862, sus ideas tributarias de los contractualistas (pactistas) –Locke, Rousseau- estarían presentes en las actitudes de Mahatma Gandhi y en Martin Luther King –ambos proclamaban pacíficamente la lucha por la igualdad social a través de la idea de protestar contra las injusticias *sin violencia*; el poder de ambos personajes, fue rebasado precisamente por el poder de la violencia; los dos fueron asesinados cruelmente por intereses políticos disfrazados de "racismo"-. El ensayo constituye un alegato contra la política chauvinista de Estados Unidos y su guerra contra México (1846-1848), que le sirve de pretexto para, desde una posición anarquizante y radical, trazar de forma más apasionada que sistemática, su doctrina sobre la desobediencia civil que aparece virtualmente confundida con la objeción fiscal o belicista, que da en un imperialismo por él denostado.

Para Henry Thoreau *"...un gobierno es, en el mejor de los casos, un mal recurso"*, y dirá *"la única obligación que tengo derecho a asumir es la de hacer en cada momento lo que crea justo"*. De aquí que *"...todos los hombres reconocen el derecho a la revolución, es decir, al derecho a negar su lealtad y a oponerse al gobierno cuando su tiranía e ineficacia sean desmesuradas e insoportables"*. Y haciendo uso de un radicalismo declamatorio, sentencia: *"Este pueblo debe dejar de tener esclavos y de luchar contra Méjico aunque le cueste su existencia como tal pueblo"*. En apoyo de las minorías declara que *"...un hombre con más razón que sus conciudadanos ya constituye una mayoría de uno"...., bajo un gobierno que encarcela a alguien injustamente, el lugar que debe ocupar el "justo" es también la prisión... Una minoría no tiene ningún poder mientras se aviene a la voluntad de la mayoría; en ese caso ni siquiera es una minoría. Pero cuando se opone con todas sus fuerzas es imparables. Si las alternativas son encerrar a los justos en prisión o renunciar a la guerra y a la esclavitud, el Estado no dudará cuál elegir. Si mil hombres*

¹¹⁶ Citado por Lorca Navarrete, José F., Obra citada pp. 390.

dejaran de pagar sus impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacita al Estado para cometer actos de violencia y derramar la sangre de los inocentes. Esta es la definición de una revolución pacífica, si tal es posible”.

El testimonio de Thoreau ejerció una poderosa influencia en el todo el siglo XX, pero en especial en movimientos colectivos e individuales generados en el clima de los años sesenta. A estas actitudes prácticas fueron uniéndose los intentos de construcciones sistemáticas de la desobediencia civil, que ya ponían el acento en la exposición casi didáctica de la misma (precisando su definición, repasando en sus requisitos formales y en el deslinde con otras conductas afines), o bien, intentaban profundizar, frente a las tesis positivistas y las concepciones analíticas del Derecho, en la consideración ética y las raíces morales de la misma.

Así, en España el profesor José María Rodríguez Paniagua -ya citado-, publicaba en el número 5 de la *Revista Española de Derecho Constitucional* (mayo-agosto 1982) su trabajo sobre *“La Desobediencia Civil”* y que después vendría a formar parte de sus *“Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho”*. Tras señalar los requisitos que deben darse en la desobediencia civil, la define de la siguiente manera: *“Como resumen de todo lo dicho podríamos definir la desobediencia civil (en sentido estricto) como la infracción manifiesta, y generalmente no violenta, del Derecho que afecta sólo a determinadas normas, con intención de mejorar esas mismas normas (desobediencia directa), o bien otras diferentes (desobediencia indirecta)”*.

Una réplica del trabajo del profesor español, la constituye el del italiano Giovanni Cossi¹¹⁷ *“Saggio sulla Disobediencia Civile”* (*Storia e critica del dissenso in democrazia*). Siguiendo a Bobbio, considera que la desobediencia civil es una forma particular de desobediencia que tiene por finalidad poner de manifiesto públicamente la injusticia de la ley, con el propósito mediato de inducir al legislador a cambiarla.

Dentro de la segunda tendencia se enmarca la obra de Peter Singer¹¹⁸ *“Democracia y Desobediencia”*, que constituyó su tesis profesional presentada en el año 1971. Con la mirada puesta en planteamientos evocadores de las tesis de Kant y Kelsen, el pensador inglés escribe: *“Nuestra obligación fundamental de obedecer la ley es una obligación moral y no una obligación legal. No puede ser una obligación legal, porque esto nos llevaría de regreso al infinito: puesto que las obligaciones legales se derivan de leyes, tendría que haber una ley que dijese que tenemos que obedecer la ley... Si hay alguna obligación de obedecer la ley, debe ser en última instancia una obligación moral”* y -sigue diciendo el mismo autor- *“...me limitaré a decir que, tal como yo uso el término ‘moral’, una persona actúa de acuerdo con consideraciones morales, toda vez que actúa ateniéndose a consideraciones que estaría dispuesta a hacer valer universalmente y que, para ella, son más importantes que cualesquiera otras consideraciones igualmente universales... en vez de hablar de una obligación moral de obedecer la ley, sería mejor hablar de razones morales para obedecer la ley”*.

¹¹⁷ Citado por Lorca Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 391.

¹¹⁸ Citado por Lorca Navarrete, José F., Idem. pp. 391.

Despejada la cuestión, Peter Singer plantea otra problemática no menos ardua y omnipresente en el fundamento último de la desobediencia civil, a saber, examinar qué razones para obedecer las leyes pueden existir en las sociedades democráticas y en las no democráticas, para ver si hay algunas razones importantes que sean válidas en las unas, pero no en las otras, y hacer la comparación. Para lo cual es decisivo el papel activo que desempeñan los miembros de una sociedad democrática, de manera que la desobediencia civil puede, en su sentido moralizante y ético, ejercer un influjo ejemplarizante. Lo que ilustra Singer en nota a pie de página al recoger el testimonio de Martin Luther King en su "Carta desde la cárcel de Birminham" (junio de 1963): "Un individuo que infringe una ley que su conciencia le dice que es injusta, y de buena gana acepta la penalidad de quedarse en la cárcel para hacer que la comunidad tome conciencia de su injusticia, está expresando, en realidad, supremo respeto por la ley".

Será, sin embargo, John Rawls¹¹⁹ en su "Teoría de la Justicia" y, siguiendo sus huellas Ronald Dworkin en su obra –amén de otros escritos– "Los Derechos en serio", quienes, de consumo, van a ultimar la sistematización de la teoría de la desobediencia civil, desde una abierta crítica al positivismo utilitarista de Jeremy Bentham que consideran reencarnado en H. L. Hart. Dworkin, rechazando el positivismo desde una perspectiva metodológica.

Para Rawls, la teoría de la desobediencia civil está sólo para el caso de una sociedad casi justa, para una sociedad bien ordenada en su mayor parte pero en la que concurren, sin embargo, algunas violaciones graves de la Justicia. Y como se supone que un Estado cercano al ideal de Justicia requiere un régimen democrático, esta teoría se refiere a la función y consecuencia de la desobediencia civil frente a la autoridad democrática legítimamente establecida. No es aplicable a otra forma de gobierno y, salvo de modo accidental, tampoco a otras clases de disidencia o resistencia. Por ello, Rawls estima que el problema de la desobediencia civil, tal como lo interpreta, se plantea solamente dentro de un Estado democrático más o menos justo, a los ciudadanos que reconocen y aceptan la legitimidad de la Constitución. Para Rawls, la teoría constitucional de la desobediencia civil tiene tres partes. En primer lugar, define esta clase de disidencia y sus diferencias respecto de otras formas de oposición a la autoridad democrática. Estas comprenden desde las manifestaciones ilegales hasta la acción militante. En segundo lugar, establece las bases de la desobediencia civil y las condiciones en que tal situación está justificada en un régimen democrático más o menos justo. Y, finalmente, explica la función de la desobediencia civil en un sistema constitucional y la conveniencia de este modo de protesta en una sociedad libre.

A lo primero define la desobediencia civil como "...un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente, con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa".

En conformidad con esta definición, la desobediencia civil ocupa una posición intermedia entre la protesta legal y la objeción de conciencia y las diversas formas de resistencia. En esta gama de posibilidades, representa una forma de diseño situada en el límite de la fidelidad a la ley.

¹¹⁹ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 392.

A lo segundo, la desobediencia civil hay que limitarla a supuestos de injusticia manifiesta y sustancial, así las transgresiones del principio de libertad igual y del de igualdad de oportunidades.

A lo tercero, esto es, en cuanto a las funciones de la desobediencia civil, como emprendiéndola se intenta apelar al sentido de Justicia de la mayoría y dejar constancia de que, según una opinión sincera y meditada, se están violando las condiciones de libre cooperación, la fuerza de esta apelación depende del concepto democrático de la sociedad como sistema de cooperación entre personas iguales.

En una sociedad democrática, pues, se reconoce que cada ciudadano es responsable de su interposición de los principios de Justicia y de su conducta a la ley de éstos. Realmente cada poder constitucional –legislativo, ejecutivo y judicial– expone su interpretación de la Constitución y los ideales políticos que la informan. Aunque es posible que el poder judicial tenga la última palabra en la decisión de una causa determinada, no es inmune a influencias políticas poderosas capaces de forzarle a revisar su interpretación de la Constitución. Y aunque una desobediencia civil justificada parezca amenazar la concordia cívica, la responsabilidad no recaerá en quienes protesten, sino en aquellos cuyo abuso de autoridad y de poder justifique tal oposición. **Porque utilizar el aparato coercitivo del Estado a fin de mantener instituciones manifiestamente injustas es, en sí, una forma de violencia ilegítima que los hombres, a su debido tiempo, tienen derecho a repeler.**

Ronald Dworkin ¹²⁰, siguiendo a Rawls, confiesa que los capítulos de su libro "Los Derechos en serio" fueron escritos por separado, durante un período de gran controversia política sobre qué es el Derecho y quién y cuándo debe obedecerlo. Y será en el capítulo VIII donde se ocupe de la desobediencia civil, iniciándolo con la siguiente interrogante: *¿Qué trató de dar el gobierno a quienes desobedecen las leyes de reclutamiento por motivos de conciencia?*, con lo que viene a confundir a la desobediencia civil con la objeción de conciencia.

A esta pregunta, Dworkin presenta tres respuestas posibles:

1. Si la ley es dudosa, y, por consiguiente, no está claro si permite que alguien haga lo que quiera, él debe suponer lo peor y actuar sobre la base de que no se lo permite.
2. Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio, es decir, puede hacer lo que quiera si cree que es más defendible la afirmación de que la ley se lo permite que la afirmación de que se lo prohíbe.
3. Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio incluso después de una decisión en contrario de la suprema instancia competente.

Y vuelve a preguntarse Dworkin: *¿Cuál de estos tres modelos se adecua mejor a nuestras prácticas sociales y jurídicas? Parece –contesta Dworkin– que el tercer modelo o alguno que se le asemeje mucho constituye la enumeración más equitativa de cuál es el deber social de un hombre de nuestra comunidad. Un ciudadano debe lealtad al*

¹²⁰ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 393.

Derecho, no a la opinión que cualquier particular tenga de lo que es el Derecho, y su comportamiento no será injusto mientras se guíe por su propia opinión, considerada y razonable, de lo que exige la ley". Así, "...cuando es incierta en el sentido de que se puede dar una defensa plausible de ambas posiciones, un ciudadano que siga su propio juicio no está incurriendo en un comportamiento injusto". Ya que "...del hecho de que nuestra práctica facilite la decisión judicial y la de mayor utilidad en la configuración del Derecho no se sigue que haya que recurrir a un proceso cada vez que los ciudadanos actúen guiados por sus propias luces".

Y es en este último quicio en que se fundamenta la desobediencia civil, lo que conlleva la dificultad de su *status*, como lo ha puesto de manifiesto en España en profesor Elías Díaz en su obra "De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular". Tras mostrar su disconformidad con la conclusión a que llega el maestro de la Filosofía Jurídica española F. González Vicén ¹²¹, en su trabajo "La Obediencia al Derecho", de que "...mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia", afirma el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid: "La desobediencia por razones de conciencia y su alta justificación ética constituye siempre una muy difícil decisión para toda responsable y realista teoría del Derecho y de la justicia. De ahí la complejidad y dificultad del estatus atribuible hoy a la desobediencia civil. Se trata por de pronto de un valor básico, un valor ineliminable, la conciencia ética individual, a través de la cual se expresa en principio la idea misma de la justicia de cada cual. El Derecho podrá exigir obediencia, bajo amenazas de sanción, pero -producido democráticamente, por la voluntad popular- habrá de tener muy en cuenta el más amplio reconocimiento posible de esa libertad y de las exigencias éticas de la conciencia individual. De no ser así, hasta la propia validez y vigencia del Derecho quedará más pronto o más tarde gravemente amenazada".

Con tintes de más gravedad y de no menos actualidad retoña el añejo problema de la resistencia extrema al tirano, **la de dar muerte al tirano: la teoría del tiranicidio**. Ya no estamos dentro de los linderos acotados por el régimen democrático, más sigue incólume el valor cualitativo de la conciencia crítica individual e incluso colectiva, de una comunidad. El interés del tema se puso de manifiesto a propósito del frustrado intento del tiranicidio del general Augusto Pinochet -actualmente preso y siendo investigado por crímenes de lesa humanidad (genocidio)-. En torno a la pregunta *¿Es lícito matar al tirano?*, un caracterizado y selecto grupo de intelectuales expusieron sus opiniones, presentando a la luz pública un tema que parecía más bien propio de elucubraciones esotérico-teológicas que una realidad a valorar. Desde la Filosofía del Derecho, el gran profesor Elías Díaz insistía en la dificultad de legitimar el tiranicidio, concibiéndolo como una "**legítima defensa colectiva**". Esta era su respuesta al test formulado por *Diario 16* del día 14 de septiembre de 1986 (página 3):

(A Elías Díaz) *¿Es lícito matar al tirano?* Frente a esta cuestión, dice que cree que es necesario, para empezar, hacer varias consideraciones. La primera de ellas es tratar de definir lo que es el *tiranicidio*, que no es ni más ni menos que el último nivel de resistencia frente al poder ilegítimo. Hay dos niveles previos: la desobediencia y el derecho a la resistencia.

¹²¹ Citado por Lorca Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 394.

En segundo lugar, habría que reseñar que este tema ha suscitado una larga discusión a lo largo de la historia. La teología protestante, concretamente los monarcómanos, ya tuvo en el tiranicidio su caballo de batalla. También defendieron el tiranicidio católicos como Molina y Juan de Mariana. "De Rege", de este último, fue un libro polémico sobre este asunto y fue muy perseguido tras el asesinato de Enrique IV.

El siguiente punto a considerar es la complejidad del tema que aquí se debate, frente al cual no caben soluciones abstractas ni generales. Por otro lado, los demócratas, hemos de estar siempre a favor de la vida y la paz y en contra de la violencia máxima que es la muerte, pero sin olvidar nunca el derecho a la legítima defensa.

Situación que parece haberse dado de nuevo en el sendero de apertura democrática surgido como por ensalmo en los países situados en el este de Europa. Tras la caída del muro de Berlín, y la *perestroika* operada en Polonia, Hungría, Checoslovaquia, Unión Soviética, etc.; la resistencia opuesta por el matrimonio Ceaucesco en Rumania en esos históricos días finales de 1989, ha vuelto a traer a primer plano las motivaciones, razones y justificación de la muerte de los tiranos, ahora descubiertos como sojuzgadores de su pueblo. Y de igual forma, se ha creado un precedente ante la apertura de este espinoso tema en los medios de comunicación (mundiales) y la investigación a fondo de dichos crímenes y la persecución de los responsables, por crímenes cometidos durante administraciones del pasado, como se ha venido puesto de manifiesto en diferentes países del mundo en los dos últimos años. México, ha sido tocado ya, muy recientemente, por esta ola que empuja este movimiento mundial que exige Justicia. El presidente Vicente Fox, ha declarado públicamente su postura a favor de la exhaustiva investigación y persecución de los crímenes políticos de lesa humanidad cometidos en diferentes administraciones, como consecuencia del reclamo público que ha venido exigiendo, en forma enérgica, respuestas por las personas "desaparecidas", que formaban grupos que se sublevaron, en su momento, contra las injustas políticas de represión del Estado mexicano.

Igualmente, ha sido un punto de vista fundamental en la consideración de la resistencia política por parte de la doctrina del Derecho natural la acentuación del carácter ético del deber de obediencia que el pensamiento cristiano ha deducido de las palabras de San Pablo, de que es obligatoria la obediencia, como consecuencia de la ordenación divina del poder. El tema fue naturalmente objeto de atención por parte de Santo Tomás¹²², quien en "*Summa Theologica*" se extendía en las siguientes consideraciones: "*Las leyes humanas son justas: por razón del fin, cuando se ordenan al bien común; por razón de su autor, cuando la ley establecida no excede de la potestad del legislador, y por razón de la forma, cuando se imponen las cargas a los súbditos con igualdad de proporcionalidad y en orden al bien común (...). Las leyes injustas pueden serlo por dos razones: Primera, porque contrariamente a las anteriores, se oponen al bien humano; o por razón de su fin, por ejemplo, cuando un soberano impone leyes onerosas a sus súbditos mirando a la gloria y los intereses propios más que la utilidad común; o por razón de su autor, cuando un hombre dicta leyes que traspasan la potestad que le ha sido otorgada. O también por razón de la forma, por ejemplo, cuando se reparten las cargas a la multitud de una manera muy desigual, aun cuando se ordenen al bien común (...). Por*

¹²² Citado por Lorca Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 396.

eso tales leyes no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden (...). Segunda, por ser opuestas al bien divino; por ejemplo, las leyes de los tiranos que obligan a la idolatría o a cualquier cosa contraria a la ley divina" (Prima secundae, q. 96, a. 4).

Trátase de una doctrina luego fielmente recogida por los representantes de la escolástica española como pone de manifiesto, Venancio Carro, con respecto a "Domingo de Soto y su doctrina jurídica". ¿Qué pueden, pues, hacer los ciudadanos en el caso de que el gobierno abuse del poder estatal, oprimiendo a los ciudadanos con leyes y disposiciones injustas? Según la doctrina tradicional del Derecho natural, los ciudadanos pueden, en este caso, ejercitar la resistencia –que es una forma de oposición pacífica frente a la tiranía, ya que "...la ley tiránica, por lo mismo que no es conforme a la razón, no es 'ley' propiamente, sino más bien una perversión de la ley" (Summa Theologica, Prima secundae, q. 92, a. 1). Santo Tomás nos ofrece los remedios contra la tiranía, al tenor del siguiente texto: "Algunos creyeron que cuando los excesos de la tiranía son intolerables, los varones fuertes tienen el derecho de matar al tirano, arriesgando su vida por la liberación de la multitud, de acuerdo a los ejemplos que nos legó el Antiguo Testamento. Pues Aioth mató a cuchillo a Hoab, rey de Eglon, que oprimía bajo la tiranía al pueblo de Dios, constituyéndose en juez de su pueblo".

Pero este procedimiento no concuerda con la doctrina de los Apóstoles. Pues enseña San Pedro que los súbditos deben obediencia no sólo a los gobernantes buenos, sino también a los malos. Pues es una gracia de Dios el saber soportar, por Dios y con paciencia, las tristezas que los afligen injustamente (...). Por tanto, es de suponer que Aioth más bien mató al tirano como enemigo que como gobernante del pueblo, por más que fuera un tirano (...). Además sería un peligro permanente tanto para la multitud como para los gobernantes si bastara la presunción particular para que algunos tuvieran derecho de atentar contra la vida de los supremos magistrados, por más que fueran tiranos (...). Por tanto, parece conveniente que la sociedad se defienda contra el tirano por la autoridad pública y no por la presunción de algunos. En primer lugar, porque suponiendo que alguna multitud tiene la potestad de nombrar rey, tiene también la de destronar al rey que eligió o la de restringir la potestad cuando él mismo se sirve o abusa de la misma para gobernar tiránicamente (...). Pero cuando el derecho de nombrar rey pertenece a algún superior (Emperador), al él mismo hay que recurrir para remediar las maldades del tirano (...). Pero si fallaran o fueran insuficientes todos los recursos humanos para desprenderse del tirano, hay que recurrir a Dios, rey de los reyes, que puede siempre darnos el auxilio oportuno en la tribulación, el cual tiene la potestad de ablandar, por la mansedumbre, el corazón cruel del tirano, según la sentencia de Salomón (Prov. XII, 1): "El corazón del rey está en manos de Dios, y lo inclinará hacia donde El quisiera" (...). Pero para que el pueblo merezca de Dios este beneficio, es preciso que se abstenga del pecado, pues como castigo de los pecados permite Dios que gobiernen los impíos, según lo declara el Señor, por boca de Oseas, XIII, 2: "En medio de mi indignación te concedí un rey"; y por boca de Job, XXXIV, 30, dice: "El (Dios) es el que permite que entre a reinar un hipócrita o tirano, por causa de los pecados del pueblo". Parece, pues, que la doctrina de Santo Tomás frente a la tiranía no incide abiertamente en el tiranicidio, siendo por ello, sumamente juiciosa la observación que al respecto hace el autor Galán Gutiérrez: "Cabe establecer, por una parte, que Santo Tomás ni enseñó ni pudo enseñar una doctrina inmoral no corrosiva; por tanto, que Santo Tomás

no pudo ser un liviano apologista del tiranicidio. Pero, por otro lado, se debe también suponer que no podía tampoco él aconsejar siempre e incondicionalmente, para las horas difíciles de la historia, soluciones que equivaliesen a una abdicación absoluta de la conciencia ante un injusto e intolerable opresor...". De ahí que el propio Santo Tomás en el libro I, capítulo X de la obra citada "Sobre el Reino", se refiera a la poca duración de la tiranía ya que:

1. Siendo odiado el tirano no faltará ocasión de que se levanten contra él.
2. Porque este gobierno no se conserva con amor.
3. Y como se sostiene sólo por el temor, este fundamento es muy frágil. Ya que los que están sujetos sólo por el temor se levantan del mismo modo que el agua apresada salta con mayor era el dique de contención.

Como afirma Recasens Siches ¹²³, "...en Santo Tomás se encuentra ya una teoría sobre el derecho a la resistencia contra la autoridad injusta, y no ciertamente como elemento accidental, sino como pared maestra de su sistema jurídico-político.... Tischleder confiesa que es una cuestión discutible, pero él cree que en armonía con todo el pensamiento tomista hay que admitir que este derecho a la resistencia activa corresponde a todo aquel que tenga corazón para sentir la miseria de su pueblo sujeto a tiranía". El padre jesuita Juan de Mariana, en su "De Lege et Regis Institutione et Disciplina", capítulo IV; Domingo de Soto, en su "De Iustitia et Iure", libro V, cuestión 1 "De Homicidio", artículo 3; el padre Juan Márquez, en el párrafo 2 del capítulo VIII del libro 1 de "El gobernador cristiano, deducido de las vidas de Moysén y Josué, príncipes del pueblo de Dios", son los nombres hispánicos que elaborarían decididamente una doctrina del tiranicidio.

Así pues, con la doctrina de la resistencia frente a las leyes tiránicas por injustas, desconocedoras de la esencial dignidad de la naturaleza humana, no quedamos, en esta obra, sino emplazados para el examen de los derechos naturales como derechos fundamentales del hombre, quicio necesario de toda forma de gobierno "justa", ya que como tantas veces hemos insistido, con Juan XXIII en su "Pacem in Terris", en toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como *fundamento* el principio de que todo ser humano es **persona**, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia, de voluntad libre y de dignidad y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también principios absolutamente eternos e inalienables.

Estos derechos fundamentales del hombre, que acoge el iusnaturalismo, existen mucho antes de su reconocimiento por parte del Derecho positivo, y son valores fundantes del mismo; por lo tanto, a partir de ellos, aquilatamos la gran importancia del estudio a fondo de la doctrina del Derecho natural, como la que acoge filosóficamente esos principios universales y como la que orienta objetivamente –por ser conocimientos e ideas universales– a la propia humanidad a conducir el cauce de la evolución humana en ese sentido, para la búsqueda de una *vida mejor* y de su autoconservación.

El tema central de esta obra es el estudio de esos principios universales filosóficos a los que hemos llamado aquí "*límites racionales*"; pero, antes de entrar de lleno al estudio de

¹²³ Citado por Lorca, Navarrete, José F., Ob. Cit. pp. 398.

dichos principios o criterios de valoración del Derecho –tema medular-, es necesario exponer conceptos e ideas previas, con el afán de comprender con mayor claridad el fondo ideológico de este trabajo. Pasaremos, en los capítulos siguientes, primeramente, a abordar el tema de lo que es la "Constitución" como el documento normativo máximo y "primer escalón positivo" en la jerarquización del orden jurídico de las naciones (en la *Pirámide del Derecho*); documento solemne de gran importancia jurídica, pues en ella se plasman positivamente los Principios Generales del Derecho natural, de donde se desprenden todas las demás normas jurídicas humanas de la historia. En segundo lugar, expondremos en otro capítulo el concepto del "Poder Constituyente", como órgano que cumple con el mandato del pueblo de una nación que se constituye en "Estado" mediante una acción política, para la elaboración de la Constitución, que dará nacimiento al Estado como ente jurídico-político y regirá, subsecuentemente, su vida pública. En otro capítulo expondremos algunas ideas directrices acerca de la Democracia, entrando posteriormente, en el penúltimo capítulo, al estudio de algunos conocimientos generales de filosofía previos al estudio medular de esta obra que se consagra en el capítulo final. En el último capítulo entraremos de lleno al tema central, a la postura ideológica que defendemos -donde daremos cierta continuidad a la exposición que desarrollamos en este particular punto-, a manera de "teoría del conocimiento de criterios universales de valoración del Derecho" o principios directrices de la doctrina del Derecho natural, para dar una solución probable de los problemas sociales nacionales y mundiales, que surgen a partir del defecto o ineficacia en la forma del ejercicio del poder estatal en la historia, con miras de buscar que los actos públicos tiendan a la búsqueda de la auténtica Justicia y se proyecte ésta sobre las estructuras de las distintas sociedades en forma de bienestar general y en un ambiente de Justicia y de Seguridad Jurídica.

CAPITULO III.- "LA CONSTITUCION"

III. 1.- ¿Qué es la Constitución?

Cuando los hombres integrados como grupos sociales buscan en la mutua ayuda y en la organización su perfeccionamiento, determinando por sí o mediante sus órganos representativos, la forma, la estructura y el funcionamiento de su unidad estatal, esos hombres y grupos se "constituyen" en un todo orgánico, en una entidad completamente diferente de ellos, en una nueva forma de vida. La Constitución de un Estado coincide con su organización, en cuanto que ésta consiste en el acto concreto de dar forma a la cooperación de quienes participan en el todo, mediante la coordinación. Al adquirir la realidad social ordenación y forma de una especial manera, es cuando "el Estado" aparece en su existencia y modo concretos. Esta es la Constitución "real" que todo país ha poseído en su tiempo. No hay grupo humano que pueda concebirse, ni siquiera en sus comienzos, sin criterios precisos de división de competencias, es decir, sin normas de organización o constitucionales.¹²⁴

La Constitución del Estado, no obstante la dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes, tiene un carácter relativamente estático. "No es proceso, sino producto -dice Heller¹²⁵-; no actividad, sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida. Vida en forma y forma nacida de la vida". La Constitución no normada es sólo un contenido parcial de la Constitución total; la "normalidad" (que pertenece al mundo del ser) tiene que ser reforzada y completada siempre por la "normatividad" (que pertenece al mundo del deber ser). Al lado de la norma empírica de provisión, ha de aparecer la norma valorativa de juicio. La afirmación de Jellinek de que el Derecho no es "...originariamente más que un uso de carácter fáctico", se encuentra totalmente alejada de lo real. En la realidad, sobre la infraestructura de la Constitución no normada, pero influida esencialmente por ella, se yergue la Constitución formada por normas legales positivas, al lado de la tradición y del uso.

"No sólo según una acepción vulgar -dice Heller¹²⁶-, -sino también en el lenguaje jurídico-, suele entenderse por Constitución del Estado, la estructura de un "status" político total, sino únicamente una estructura normativa de sentido; no un ser, sino un deber ser...". Kelsen hace consistir el Estado y la Constitución en un deber ser exclusivamente; Schmitt¹²⁷ pretende eliminar de la Constitución toda normatividad, diciendo que la Constitución es la manera de ser del Estado, por cuanto la unidad política de un pueblo. Ni el logicismo normativo de Kelsen, ni el decisionamismo schmittiano se dan cuenta de la función que desempeña la norma jurídica. Al afirmar Schmitt¹²⁸ que la Constitución no puede ser concebida como normación, sino que tiene que ser concebida como "decisión" sobre la especie y forma de la unidad política, parece no comprender el elemento normativo de la

¹²⁴ Heller, Hermann, "Teoría del Estado", Editorial Fondo de Cultura Económica. Edición y Prólogo de Gerhart Niemeyer. Traducción de Luis Toribio, México, Edición 1990, pp. 268.

¹²⁵ Heller, Hermann, "Teoría del Estado", pp. 268-270, 294-295.

¹²⁶ Heller, Hermann, Ob. Cit. pp. 278.

¹²⁷ Citado por Heller, Hermann, Idem., pp. 278-279.

¹²⁸ Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", Editorial Editora Nacional, S.A, Edición 1981, pp. 10-12, 23-29, 50.

Constitución del Estado. Naturalmente que en la base de la normación, no sólo de la Constitución, sino de cualquier ley, existe una decisión más o menos política del que crea la norma. Pero en cuanto la decisión adoptada pretenda validez que obligue a la voluntad, ya sea para el mismo que decide, ya para otros, tiene que ser objetivada como norma (jurídica positiva). Distinguimos, pues, la Constitución del Estado como estructura de efectividad política de su correlato objetivado en el campo jurídico como Constitución jurídica objetivada.

Según Aristóteles, la Constitución es el ser del Estado. Para este autor, la Constitución Política es la organización, el orden establecido entre los habitantes de la ciudad (La "Política", libro III, c. 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.) *"Es la organización regular de todas las magistraturas, principalmente de la magistratura que es dueña y soberana de todo"... La Constitución misma es el gobierno..."* ("Política", libro III, c. 4, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951).

Sieyes ¹²⁹, el clásico doctrinario francés del siglo XVIII, declara que *"...la Constitución comprende a la vez la formación y la organización interior de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca"*.

Algunos autores como Manuel García Pelayo ¹³⁰ se han referido a que necesariamente el vocablo Constitución, de por sí tan poco concreto, va seguido de un adjetivo: por ejemplo Constitución jurídica, real, política, normativa, material, formal, empírica, ideal, etc. *"...más, como sucede que lo que aparece como adjetivo es en realidad sustantivo; el resultado es que a tales contraposiciones se les escapa la 'Constitución' como un todo"*. Tan es cierta la posición de García Pelayo, que hasta Schmitt, para dar un enfoque más concreto, establece su célebre clasificación de las Constituciones por su sentido absoluto, relativo, ideal y positivo. ¹³¹

James Bryce ¹³² no solamente es conocido por su célebre clasificación de las Constituciones en *rígidas* y *flexibles*, sino que además considera que la Constitución es *"...el complejo total de leyes que comprenden los principios y las reglas por los que la comunidad esta organizada, gobernada y defendida"* ("Constituciones flexibles y Constituciones rígidas", Editorial Castellana, Madrid, España, 1952. pp. 26 y ss).

El concepto jurídico de la Constitución, en su sentido más amplio, abarcaría la situación jurídica total del Estado: las normas contenidas en el texto constitucional y los demás preceptos jurídicos conformes con ellas. El concepto jurídico de la Constitución material en sentido estricto, extrae de la ordenación jurídica total del Estado, un contenido parcial valorado como ordenación fundamental.

¹²⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, Tomo I, México, D.F., 1999, pp. 658.

¹³⁰ "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo I, p. 658.

¹³¹ Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", pp. 3-45.

En la obra citada, Carl Schmitt hace la clasificación de: "Concepto absoluto de Constitución" (La Constitución como un todo unitario) Pág. 3; "Concepto relativo de Constitución" (La Constitución como una pluralidad de leyes particulares) Pág. 13; "El concepto positivo de Constitución" (La Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política) Pág. 23 y "Concepto ideal de Constitución" (La Constitución, llamada así en un sentido distintivo y a causa de un cierto contenido), Pág. 41.

¹³² "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo I, p. 658.

En definitiva, debe considerarse a la Constitución, como la *ley fundamental* y *suprema* del Estado, que atañe tanto a las atribuciones y límites a la autoridad como a los derechos del hombre y pueblo de una nación constituida en Estado. Además, "...la Constitución estipula los derechos y deberes tanto de los gobernantes como de los gobernados en orden a la solidaridad social" (Leon Duguit) ¹³³.

El régimen constitucional es la raíz primera del de las instituciones públicas, por cuanto la organización de la sociedad política es siempre el "*alma de la polis*". (Isócrates) ¹³⁴.

También se ha dicho que la Constitución es el primer poder ordenador del Estado, ya que de la norma suprema se derivan las leyes orgánicas, leyes ordinarias, códigos, estatutos orgánicos y hasta reglamentos administrativos. Los pueblos griegos de la civilización del Mar Egeo proclamaron Constituciones (véase qué de ellas dice Aristóteles en La "*Política*") y los romanos tuvieron su "*Rem Publicam Constituere*" del que se derivaba el Derecho público y privado del pueblo romano. Sin embargo, Hauriou ¹³⁵ afirma que del Derecho público se derivan dos ramas: el Derecho Constitucional (Derecho político) y el Derecho Privado, postura en que, por supuesto, muchos autores –incluyendo el autor de esta obra– no están de acuerdo, por ser la "Constitución" la raíz primera y suprema de la idiosincrasia del pueblo de un Estado.

Respecto a la definición de "institución" que Hauriou sostiene, dice que "...es el conjunto de actos o de ideas que los individuos encuentran ante ellos, y que se imponen...". En su consecuencia deberá entenderse por "institución constitucional" el conjunto de ideas que regulan la manera o forma de ser del Estado.

Según el autor Doverger ¹³⁶, el vocablo "Constitución" proviene de la Edad Media. Así se denominaban a las reglas que regían la vida conventual. Siguiendo a este autor, existe un Derecho constitucional formal y un Derecho constitucional material; el primero se encuentra recogido en la Norma Suprema del Estado, cuando el Derecho público del mismo se presenta escrito; el segundo ya no es por el lugar en que se encuentra, sino por el contenido que expresa. Así será Derecho Constitucional, si el precepto o norma se refiere:

1. A la estructura del Estado;
2. A la organización del gobierno;
3. A los regímenes políticos;
4. A los problemas de autoridad;
5. A la división de poderes, y
6. A las garantías individuales y sociales.

Es decir, el Derecho constitucional, derivado del vocablo Constitución se refiere a las instituciones políticas.

¹³³ "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo I, p. 658.

¹³⁴ Obra citada, p. 658.

¹³⁵ Idem pp. 658-659.

¹³⁶ Ibidem, p. 659.

En los tres últimos siglos, se ha empleado la palabra Constitución en un sentido muy restringido: considérase como "Constitución" la ley fundamental del Estado que aparece en forma de un documento escrito.

Generalmente y, dado el desarrollo que habían venido alcanzando las ideas y las prácticas absolutistas, podemos considerar la objetivación **escrita** como "...un amplio e importante avance -dice Heller- en el proceso de la emancipación relativa de las formaciones del espíritu..."¹³⁷. En virtud de la fijación material, el contenido objetivado (el Derecho) se hace mucho más independiente de sus actualizaciones subjetivas transitorias. Un contenido de sentido del lenguaje es más claro y seguro mediante la escritura. Es indudable que una Constitución escrupulosamente hecha y observada conduce grandemente a la unidad y al orden. Y Heller, al respecto, dice: "*La fijación del Derecho por escrito es necesaria, sobre todo, en los casos en que, por haberse producido grandes cambios y bruscas alternativas en las relaciones del poder, no existe una tradición incontestable...*".¹³⁸

No pueden desconocerse, sin embargo, el retroceso que las Constituciones escritas significan para la espontánea convivencia y civilización de la vida de los pueblos. Nos hace notar la historia que el pueblo inglés, ha sido, desde mucho tiempo atrás, el mejor gobernado, y podría afirmarse, aunque paradójicamente en cierta forma, que el gobierno mejor constituido es el que no tiene Constitución. Y Vázquez de Mella afirma: "*La planta constitucionalista, como es una flor de cementerio que sólo brota alrededor de los sepulcros, siempre crece en la medida que un pueblo se pudre*".

La Constitución moderna no se caracteriza propiamente por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado deba ser regulada en un documento escrito único -como búsqueda al cumplimiento del espíritu de garantizar la seguridad jurídica-. Como es natural, en un documento semejante no pueden figurar todos los preceptos jurídicos de la organización estatal, sino sólo algunos fundamentales y supremos sobre la estructura básica del Estado, de los cuales todos los demás derivan su vigencia jurídica.¹³⁹

III. 2.- Concepto Ideal de Constitución.

Con frecuencia se designa como "verdadera" o "auténtica" Constitución a un tipo especial de ella que, por razones políticas, corresponde a un cierto ideal de Constitución. En las pugnas políticas, cada partido en lucha reconoce como verdadera Constitución sólo aquella que sea acorde con sus postulados. Y así se ha colocado indistintamente la esencia ideal de la Constitución: en que sea dada por escrito, en que establezca la separación de poderes, en que persiga ante todo la "*liberté*" o protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público, o bien la potencia y brillo del Estado, "*la*

¹³⁷ Heller, Hermann, "Teoría del Estado", p. 289.

¹³⁸ "Teoría del Estado", pp. 289-290.

¹³⁹ Idem p. 290.

glorie de l'Etat", según la clasificación de Montesquieu; en que se dé al pueblo una participación en el poder, etc.

Pero lo fundamental en una Constitución es que "constituya" a una nación en un cierto modo de ser y subsistir, creando el último principio unitario de la ordenación de conjunto; que organice, limite y normalice las facultades o actividades estatales, y que sea la norma última para un sistema de imputaciones normativas. La Constitución no es un pacto entre gobierno y pueblo o entre cualesquiera organizaciones que viven dentro del Estado, sino una *decisión política* adoptada por la nación, sea cual fuere su contenido, constando por escrito o quedando como parte del acervo consuetudinario.

"En la Constitución -decía Vattel en el siglo XVIII- se hace visible la forma bajo la cual actúa la nación como cuerpo político, cómo y por quién debe ser regido un pueblo, cuáles son los deberes y derechos de gobernantes y gobernados... En el fondo, la Constitución no es otra cosa que la determinación de la ordenación en la que una nación se propone alcanzar en comunidad los fines y ventajas de la sociedad política".

En las Constituciones modernas se distinguen claramente dos partes: la *dogmática* y la *orgánica*. En la primera parte, se declaran y salvaguardan los derechos de los ciudadanos y de las personas morales, de las instituciones, etc. (garantías individuales), y suelen delimitarse las atribuciones del poder político en sus diversas esferas. En la segunda, se dan normas para la estructuración del Estado y para sus diversas actividades, fines políticos, relaciones de los diversos poderes y ámbito de los organismos infraestatales, y de las relaciones de todos estos frente al individuo.

Para Kelsen, una Constitución sólo debe contener las orientaciones generales para la organización y vida del Estado, así como las limitaciones a las facultades y actividades de los órganos de autoridad. Una vez precisado qué es lo que compete a los órganos, se entiende que todas las actividades de los individuos son libertades al margen del Derecho.

Kelsen dice que ha dado en considerarse también como un Derecho subjetivo la libertad frente al Estado, que consiste en la carencia de normas que determinen ciertos aspectos de la conducta humana: el derecho a la libertad personal, a la libertad de prensa, de asociación, etc. Es evidente que en éstas no se tratan propiamente de derechos, pues una esfera libre, sustraída al Derecho, no puede ser calificada como Derecho. Efectivamente, como quiera que la libertad consiste en estar libre frente al Derecho, en hallarse sustraído al Derecho, por eso, jurídicamente, sólo puede ser determinada de un modo negativo. Toda conducta cuya opuesta no constituya el contenido de un deber jurídico, resulta libre para el hombre. Fuera del orden jurídico estatal -y aquella esfera que la teoría ha querido reellenar con derechos de libertad, cae fuera del orden jurídico- no puede haber ningún Derecho. Afirmar lo contrario sería salirse de la "pura teoría jurídica", para entrar en el Derecho natural. Por eso nadie tiene un derecho subjetivo positivo de la libertad frente al Estado; esto es, nadie tiene una pretensión jurídicamente calificada a una no intervención del Estado.

La práctica de las modernas Constituciones, que contienen generalmente un catálogo de los llamados derechos de la libertad, es muy discutible, ya que históricamente

tiene su origen en la concepción iusnaturalista de unas normas absolutas que limitan al Estado. Ahora bien, en cuanto se presentan como limitaciones que el Estado se impone a sí mismo, como normas que le prohíben ciertas intromisiones en la esfera de la libertad de los súbditos, son, por lo menos superfluas. Carece de sentido prohibir actos del Estado que, no encontrándose mandados de un modo expreso, no facultándose a los órganos del Estado para realizarlos, resultan jurídicamente imposibles. "El hombre -dice Kelsen- es libre para realizar aquella conducta cuya contraria no sea contenido de un deber jurídico"¹⁴⁰. El hombre puede hacer todo cuanto no está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico. El Estado -el hombre como órgano del Estado- sólo puede hacer lo que de un modo expreso le está permitido por el orden jurídico, pues solamente pueden valer como actos del Estado aquellos que han sido establecidos en las normas jurídicas.

Las Constituciones contemporáneas han ampliado profusamente las denominadas "garantías individuales" (en nuestra Constitución vigente están consagradas en los primeros 28 artículos) y han añadido las denominadas "garantías sociales" de las cuales nuestra Constitución vigente fue la primera del mundo en formularlas (en los artículos 3, 27, 28 y 123). Que reglamentan la educación, el agro, la propiedad y el trabajo.

Sin duda alguna, el precepto básico de una Constitución es aquel que fija la titularidad de la soberanía (en nuestra Constitución, regulada por el artículo 39, inspirada en el pensamiento de Rousseau, toda vez que hace residir la soberanía "esencial y originariamente en el pueblo").

Los preceptos de una Constitución deben ser estudiados a la luz de la realidad fáctica, precisamente de lo que es el Estado, resultado de la decisiva acción del pueblo soberano (de la nación). El estudio formal Constitucional nos conduce al alejamiento entre el deber ser y el ser político. Ni aun Kelsen, autor que se distingue por su pureza metódica positivista por excelencia, pudo desvincularse del enfoque sociológico de las instituciones proclamadas en la ley fundamental del Estado, cuando nos dice "la Constitución en sentido formal es cierto documento solemne... un conjunto de normas jurídicas que sólo

¹⁴⁰ Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra, Editora Nacional, Edición 1972, 202-204.

Contra los abusos del poder estatal en nuestro país, cuando se estima que sus leyes o actos violan las garantías individuales del gobernado, éstos pueden acudir al Poder Judicial Federal en demanda de Amparo y Protección de la Justicia Federal, a través del Juicio de Amparo. El principio que consagra que las autoridades están facultadas a hacer únicamente lo que la ley les permite, está claramente establecido en la tesis jurisprudencial que se cita a continuación.

"Autoridades". Las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite". Jurisprudencia: Apéndice 1975, 8º. Parte, Pleno y Salas, Tesis 46, p. 89. [En relación a lo que dispone el artículo 1º de la Ley de Amparo]

La legislación positiva, la ley -tesis jurisprudenciales y otros preceptos-, recoge el principio que establece que los actos de autoridad sólo son legalmente válidos cuando se ajustan a lo que la ley únicamente les permite. Al respecto, es interesante el hecho de que la misma ley prevé el que existan actos de autoridad que, a pesar de encontrarse fuera de toda legalidad de derecho, puedan darse de hecho en perjuicio del gobernado. Por eso, de la tesis jurisprudencial que citamos a continuación, hay que resaltar el espíritu iusnaturalista que la anima: en concreto el de que "de hecho" pueda darse una violación por parte de la autoridad a esas garantías individuales. El principio de no dejar a ningún sujeto fuera de toda posibilidad de acudir en defensa de sus derechos mediante el Juicio de Amparo, ya es en sí mismo, un reflejo de garantía individual. En resumen, resaltamos el hecho de que pueda darse el caso de un acto de autoridad, fuera del marco legal, que, a pesar de no encontrarse conforme a Derecho (legitimado), si viole las garantías del gobernado, es decir, que tenga consecuencias jurídicas perjudiciales que debe la autoridad restituir, en virtud de la fuerza pública de la que dispone.

"Autoridades. Quiénes lo son". "El término "autoridades" para los efectos del amparo, comprende todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen". Jurisprudencia: Apéndice 1975, 8º. Parte, Pleno y Salas, Tesis 41, p. 93.

pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales... cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas" ¹⁴¹. En este pasaje, Kelsen no se está refiriendo tan sólo a la diferencia entre el concepto formal y material de la Constitución, sino que lo interpretamos respecto a la distinción entre la realidad constitucional como aplicación de dicha ley y las meras declaraciones de textos que por no ser aplicadas implican letra muerta.

Enfoque básico, de los artículos referidos a la organización del Estado, es la división de poderes (sistema competencial), principio fundamental de la organización política y jurídica, junto con las amplias y nuevas garantías sociales de las Constituciones actuales.

III. 3.- Desarrollo Histórico de Instituciones de Derecho y Documentos Constitucionales.

El dato más remoto que encontramos, no precisamente de una Constitución en el sentido moderno, sino de la inquietud para delimitar facultades a los monarcas absolutos, lo encontramos en el año 1100 en Inglaterra. El Rey Enrique I, con el fin de obtener el apoyo del pueblo, expidió una carta muy importante en sí misma y que puede considerarse como antecedente de la "Magna Carta", concediendo diversas franquicias a sus súbditos, que en realidad no eran sino la confirmación de los privilegios y garantías de que, en virtud de la costumbre, gozaban los habitantes del Reino. Esta carta, llamada "de las libertades", encierra fundamentalmente las obligaciones que el mismo Rey se impone para respetar la libertad de la Iglesia.

En 1205, Juan Sin Tierra, considerado como uno de los peores monarcas de Inglaterra, por cruel, tirano y cínico en grado sumo, se vio obligado a aceptar la Magna Carta que le presentaban los Barones. Había ordenado fuertes impuestos que constituían verdaderas expoliaciones. Esto, unido a la tiránica política del Rey, creó una situación en extremo tirante entre él y sus súbditos, encabezados por las autoridades eclesiásticas y los Condes. En una isla del Támesis, entre Staines y Windsor, se reunieron los representantes del Rey y de los Barones para exigir de aquél la garantía de sus libertades. En un día, el 15 de julio de 1215, se discutió, aprobó y firmó la "Magna Carta", base de las libertades inglesas. La Carta del Rey Enrique I constituía su base, y las adiciones que contenía no fueron sino aceptación o reconocimiento de los usos y costumbres preestablecidos.

Todavía hoy existe la institución del "Habeas Corpus" como instrumento procesal de origen anglosajón que tiene por finalidad la protección de la libertad personal de los individuos, institución que ha tenido un enorme desarrollo en muchos otros países tanto de "Common Law", como ajenos a este sistema jurídico (como el Mexicano).

La importancia de la Magna Carta en la legislación inglesa es fundamental, pues constituye la base, no sólo de las garantías y libertades del pueblo inglés, sino de la organización política del Reino. No puede considerarse como una Constitución Política propiamente dicha, a la manera de las que actualmente rigen a todas las naciones; pero

¹⁴¹ Kelsen, "Teoría General del Estado", pp. 329-331.

los principios de la organización política que encierra han sido suficientes para el gobierno de la Gran Bretaña, sin necesidad de puntualizar ni detallar más dichos principios.

Pero estos documentos eran de hecho convenciones bilaterales, llamadas "stabilimenta", entre el príncipe y sus vasallos o "estamentos". Allí se da algo esencialmente distinto a una Constitución moderna en el sentido de una decisión política total. El primer ejemplo de intento de Constitución moderna escrita es el "*Instrument of Government*" de Oliverio Cromwell ¹⁴², de 1653. Cromwell se proponía dar una regla permanente, inviolable frente a las cambiantes resoluciones del Parlamento, pues consideraba que en todo gobierno necesita haber algo de fundamental, permanente e invariable. Pero los afanes de Cromwell quedaron malogrados.

La práctica moderna de las Constituciones escritas comienza cuando, al separarse de Inglaterra sus colonias de Norteamérica, declarándose Estados independientes, formularon por escrito sus Constituciones. Dependientes de cierta forma de la Corona Británica, gozaban en su administración interior de grandes libertades. Cada colonia tenía su propio gobierno y legislación, que manejaba los asuntos propios con muy escasa intervención que en parte modificaba o adicionaba la "Common Law" del gobierno de Inglaterra ¹⁴³.

Ante diversas medidas políticas opresoras dictadas por el gobierno inglés, las colonias se organizaron para oponer una resistencia en conjunto –pues comprendían que luchar por separado hubiera sido ineficaz-. Nueve Delegados de ellas se reunieron –sucesivamente-, primero en Nueva York (en 1765), en Filadelfia (en el año 1774, donde se encontraban reunidos representantes de doce colonias) y por último en Virginia (en 1775), en este último lugar con tendencia propiamente revolucionaria, pues no perseguían otro fin que el de independizarse de Inglaterra, independencia que se declaró en 1776. Un año después –en 1777- fueron expedidos y aceptados por todas las colonias los "*Artículos de Confederación y Unión Perpetua*", por lo que los trece Estados formaban una liga de fiel amistad entre sí (tanto ofensiva como defensiva), quedando establecido que cada Estado conservaría su soberanía, su libertad e independencia y todo el poder, jurisdicción y Derecho, que en virtud de la Confederación no se hubiera expresamente delegado al Congreso de los Estados Unidos ¹⁴⁴.

En 1787 fue convocada una Convención –la última, el día 14 de mayo de 1787- que se reunió en Filadelfia, y a la que acudieron representantes de la mayor capacidad intelectual y experiencia política que en cada Estado pudo encontrarse. Su intención inicial se limitaba a la revisión de los artículos de la Confederación; pero, una vez reunidos, decidieron preparar íntegramente una Constitución nueva que debía ser ratificada por los pueblos mismos de los Estados. La labor de esta Convención no consistía en reformar o modificar las bases preexistentes de una organización nacional, sino en crear una nueva nacionalidad. La Constitución que se formuló fue aceptada por la Asamblea el 12 de

¹⁴² Citado por Schmitt, Carl, "*Teoría de la Constitución*", p. 45.

¹⁴³ Cervantes y Anaya, Javier de, "*La Tradición Jurídica de Occidente. Antología de los Apuntes del Profesor Javier de Cervantes*". Preparado por María del Refugio González y José Luis Soberanes Fernández, U.N.A.M., México, D.F. 1978, pp. 167.

¹⁴⁴ Cervantes y Anaya, Javier de, Obra citada p. 168.

septiembre de 1787, y el 30 de abril de 1789 fue promulgada por George Washington, primer Presidente Constitucional de la nueva nación ¹⁴⁵.

No pueden negarse los méritos justamente atribuidos a los constituyentes norteamericanos, por la creación de una nueva nacionalidad y Constitución, máxime si se considera que tenían la trayectoria, la experiencia de las leyes e instituciones inglesas, que supieron elaborar con principios sólidos, adaptarla a un medio, una realidad y a un momento distinto del inglés ¹⁴⁶.

Presionado por un movimiento de la opinión general del pueblo francés, en Francia Luis XVI ¹⁴⁷ convocó, para el 1 de mayo de 1789, a los Estados Generales. La Asamblea abrió sus sesiones en Versalles el 15 de mayo de 1789, proclamando solemnemente –el día 17 de junio de 1789– que los Estados Generales quedaban constituidos en Asamblea Nacional Constituyente, jurando que no serían disueltos sino que hasta se hubiera votado una Constitución. El 14 de julio siguiente fue tomada la Bastilla, acontecimiento al que sucedió un levantamiento general en todo el país. La Constituyente comenzó por abolir las instituciones del antiguo régimen –supresión de los derechos feudales, reemplazando al Consejo del Rey por un Consejo de Estado–, y el 26 de agosto del mismo año se hacía la solemne *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, entre cuyos principios fundamentales se estableció que “*la soberanía reside expresamente en la nación*” y que ningún cuerpo ni individuo podía ejercer autoridad que no dimanara de aquella que exigiera el pueblo.

La Asamblea Constituyente descentralizó los poderes, transformó totalmente la administración de justicia, suprimió todos los antiguos impuestos, confiscó los bienes de la Iglesia, suprimió totalmente las relaciones entre la Iglesia y el Estado, estableció el divorcio y modificó el régimen de la propiedad, aboliendo los principios dimanados del feudalismo.

Al finalizar el siglo XVIII, la Europa Continental no conocía más que una forma de gobierno: la monarquía absoluta. Las viejas instituciones nacionales, tales como los Estados Generales en Francia, las cortes de España, los Estados o Dietas en los países germánicos habían desaparecido sucesivamente después del siglo XV. Tales instituciones diferían desde luego, esencialmente, del sistema representativo moderno.

Inglaterra sola, por un contraste singular con todo el Continente, mantenía y desarrollaba regularmente su Constitución secular, fundada sobre la tradición que se remontaba a los orígenes mismos del país.

La Constitución Federal de los Estados Unidos de América puede ser considerada como la primera en tiempo de las Constituciones modernas.

La Revolución Francesa, cuya influencia al exterior ciertamente ha sido exagerada, no debe ser considerada como punto de partida del movimiento constitucional que ha transformado a Europa después de un siglo. Los redactores de la Constitución Francesa se

¹⁴⁵ “*La Tradición Jurídica de Occidente: Antología de los Apuntes del Profesor Javier de Cervantes*”, p. 169-170.

¹⁴⁶ *Idem* p. 173.

¹⁴⁷ Citado por Cervantes y Anaya, Javier de, *Ibidem*, pp. 174-175 y 178.

inspiraron, desgraciadamente con gran desorientación e inexperiencia, en las constituciones inglesa y americana, y, más todavía, en las teorías de Rousseau y los sistemas "a priori" que estaban entonces en boga. Tal texto no debe ser tenido como el primer ensayo de aplicación de instituciones representativas y de Derecho Constitucional moderno sobre el Continente.

La conmoción social sin precedente que siguió a la caída de Luis XVI, echó por tierra el movimiento constitucional en sus principios. Las numerosas Constituciones que la Convención, el Directorio y, más tarde el Imperio, dieron o impusieron a los países conquistados, estaban calcadas sobre las de Francia y con ellas desaparecieron. No tenían de Constituciones sino el nombre, y salvo la abolición de los privilegios y las confiscaciones, pocos trazos hicieron en el Derecho Público moderno.

El período revolucionario e imperial no fue sino un episodio, y el movimiento constitucional interrumpido se reanuda hacia el fin del Imperio. Es en la época de "restauración" cuando, por primera vez, fueron puestos en práctica los principios del Derecho Público nuevo, que los reformadores en 1789 habían ensayado formular, sin que lograran nunca introducirlos en el dominio de la práctica. El funcionamiento regular de las dos cámaras, los ministerios responsables, la libertad de prensa, las garantías constitucionales, datan en realidad de 1814 (4 de junio).

Francia fue seguida por una parte de Europa. Todas las Constituciones de esa época, como la propia Carta Francesa, se inspiran en el modelo de Inglaterra que llamaba entonces particularmente la atención. La influencia de Francia es igualmente innegable: la Constitución de 1791 y la Carta de 1814 ciertamente sirvieron a la mayor parte de ellas, pero se les ha reprochado el no haberse apropiado de las instituciones de Inglaterra. No son sino desfigurados, por las adaptaciones de origen francés.

En 1848 hay todavía una insurrección más en París, la del 24 de febrero que, al cambiar la forma de gobierno de Francia, lanza el grito para una nueva agitación constitucional, que logra ganar, en pocas semanas, toda la Europa Central. La influencia francesa se manifestó esta vez a favor de dos innovaciones importantes: la República y el Sufragio Universal. Pero el ejemplo no fue seguido por todos: Suiza, Italia, los Países Bajos y Luxemburgo, Dinamarca, Alemania entera, Austria y Hungría debían pasar todavía uno de los períodos más críticos de su historia.

A partir de esta época, la influencia francesa deja de ser exclusiva. Los acontecimientos de 1866 y 1871, al hacer que se tambaleara el equilibrio europeo, tuvieron un efecto directo sobre el desarrollo constitucional.

La caída de Napoleón III y el advenimiento de la Tercera República Francesa de 1870, acontecida en pleno desastre, no tuvieron resonancia alguna en Europa. Francia misma permanece cinco años sin Constitución. Y las Leyes Constitucionales de 1875, votadas por el poder más limitado, y enmendadas después exageradamente, pueden ser consideradas como el texto constitucional más incompleto del mundo entero.

Después de esta época, el movimiento constitucional cambia cada vez más de sentido y dirección, y parece no tener ya por objeto sustituir el gobierno absoluto con instituciones representativas, o establecer garantías contra la arbitrariedad, sino dar cuerpo a las nuevas creaciones de la política y de la diplomacia.

Si de Europa pasamos a América, debemos hacer desde luego una distinción fundamental entre los países anglosajones y los de origen español, principalmente por sus diferentes tipos de Derecho. Los Estados Unidos gozan sorprendentemente de una Constitución Federal secular, intacta en su forma primitiva, no obstante las 27 reformas que ha sufrido hasta el día de hoy.

En cuanto a las repúblicas de origen español, desde México hasta la Argentina es difícil, por no decir imposible, tratar aunque sea a grandes rasgos los lineamientos generales de su desarrollo constitucional. En la mayor parte de estos Estados tal desarrollo ha sido obstruccionado por frecuentes revoluciones violentas y por las ambiciones personales de los políticos. La preocupación actual parece ser sobre todo la reforma del sistema electoral.

Sean cuales fueren sus resultados prácticos en cada país, es el constitucionalismo, en su lucha contra el absolutismo centralizador del poder, el que lleva por primera vez a cabo una distribución de funciones estatales entre varias organizaciones relativamente autónomas. En virtud de la ordenación fundamental basada en la división de poderes (en la que la legislación, como poder supremo, corresponde al pueblo, y el Ejecutivo al Jefe del Estado, a la vez el Poder Judicial aparece como una organización independiente de ambos), debía quedar vigilado que el poder del Estado no se ejerciera de modo abusivo y, asimismo, que ese poder se viera obligado, por la propia mecánica de la organización, a respetar la personalidad y la libertad de los ciudadanos.

En nuestro país, desde las Cortes de Cádiz, y posteriormente en los Constituyentes de 1821-1824, se planteó la necesidad de crear un instrumento procesal protector de la libertad personal similar al Habeas Corpus, e inclusive adoptar el propio Habeas Corpus; esto fue logrado por don Manuel Crescencio Rejón en la Constitución de Yucatán de 1840, al incorporar dicha institución en el "Juicio de Amparo". Pero no fue sino hasta 1847 cuando el Juicio de Amparo se erige a nivel federal a través del "*Acta Constitutiva y de Reformas*", la cual se elaboró con base en el proyecto contenido en el célebre "voto particular" de don Mariano Otero, recogiendo, en esa benemérita institución procesal mexicana, el Habeas Corpus, entre otros aspectos.

En México, actualmente las funciones del Habeas Corpus se contemplan en el procedimiento especial regulado por los artículos 17 y 18 de la Ley de Amparo en vigor, pues en ellos se reglamenta la posibilidad de que tratándose de actos que importen peligro de la privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 Constitucional (las penas de mutilación y de infamia, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales), el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado y; si no lo logra, después de resolver sobre la suspensión definitiva de los actos reclamados, consignará los hechos al Ministerio Público. Por ello, el

distinguido jurista Héctor Fix-Zamudio ha calificado correctamente a este procedimiento especial del Juicio de Amparo como "Amparo Habeas Corpus"¹⁴⁸.

III. 3.1.- La Institución de Derecho "Habeas Corpus".

Originariamente, el "Habeas Corpus" inglés procedía frente a detenciones por parte de autoridades no jurisdiccionales, inclusive la Corona, sin orden ni autorización de tribunal alguno, en cuyo caso el juez ante el cual se presentaba disponía la presentación física del detenido arbitrariamente, el cual quedaba a su disposición, exceptuándose de este derecho cuando la detención se hubiera llevado a cabo por los delitos graves, la alta traición y la detención por deudas civiles. Posteriormente se amplió en contra de órdenes de aprehensión dadas por jueces incompetentes; incluso hoy día, en Estados Unidos ha llegado a convertirse en un verdadero recurso penal de naturaleza federal.

Se sabe que el Habeas Corpus surgió en Inglaterra durante la Edad Media, aunque no se puede determinar el momento preciso ni sus caracteres en aquel entonces, por eso se dice que tuvo un origen consuetudinario, aunque más precisamente se debe decir *jurisprudencial*, dadas las peculiares fuentes del Derecho inglés. El primer gran documento legislativo que vino a regular la vida de esta institución inglesa fue el "*Habeas Corpus Act*" de 1640, perfeccionándose y consolidándose en otra ley de 1679, completándose con el "*Bill of Rights*" de 1689.

El Habeas Corpus fue recogido por todas las colonias británicas y especialmente los Estados Unidos, en donde ha tenido un desarrollo singular y por ende donde principalmente ha influido al Derecho mexicano. En efecto la jurisprudencia permitió que a través del recurso federal de *Habeas Corpus* se impugnaran sentencias penales de tribunales locales incompetentes; a partir de 1873 se permitió impugnar mediante el mismo los errores sustantivos de las sentencias (integración de los jurados, aspectos probatorios, falta de asistencia legal, parcialidad, etc.) y, desde 1879 resoluciones fundadas en leyes inconstitucionales; lo que ha llevado al Poder Judicial Federal de los Estados Unidos a centralizar prácticamente la justicia penal; ello ha ocasionado que en los últimos años se haya manifestado un sector importante de la doctrina -e incluso la Suprema Corte- en el sentido de limitar esa centralización por parte de los tribunales federales. El *Habeas Corpus*, como instrumento protector de la libertad personal, independientemente de los países de tradición jurídica anglosajona, ha sido adoptado por algunas naciones europeas e iberoamericanas, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, entre otros¹⁴⁹.

III. 3.2.- Documentos creados para la Protección de los Derechos del Hombre.

Para que el poder del Estado no ejerza, de modo abusivo y, para que ese poder se vea obligado, por la propia mecánica de la organización, a respetar la personalidad y la

¹⁴⁸ "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo II., pp. 1567-1568.

¹⁴⁹ Idem, pp. 1567-1568.

libertad de los ciudadanos, tanto la conciencia humana individual (igualmente las convicciones colectivas), como la vida constitucional en general, se han orientado, en la época actual, a una aspiración a la Justicia. El Estado constitucional moderno se halla en el ideario de la democracia liberal, que a su vez es una expresión de la creencia en principios personalistas (iusnaturalistas).

A este respecto, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica tiene una máxima fuerza expresiva de convicción. Habla de asumir entre los poderes de la tierra aquellos a los cuales está un pueblo facultado por *"las leyes de la naturaleza y de Dios, rector de la naturaleza. Consideramos que las siguientes verdades son autoevidentes: que todos los hombres han sido creados iguales; que todos han sido dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables; que entre tales derechos figuran los derechos a la vida, a la libertad y a la persecución de la felicidad. Que es para asegurar que esos derechos que los gobiernos son instituidos entre los hombres, y que tales gobiernos derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados..."*

En el preámbulo de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, leemos la siguiente manifestación: *"Los representantes del pueblo francés, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración, teniéndola siempre presente todos los miembros del cuerpo social, les recuerde constantemente sus derechos y deberes..."*. Y en el preámbulo de la Declaración Francesa de 1893, dice: *"El pueblo francés... ha resuelto exponer, en una declaración solemne, estos derechos sagrados e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos, pudiendo constantemente comparar los actos del gobierno con el objeto de toda institución social, jamás se dejen oprimir y envilecer por la tiranía; a fin de que el pueblo tenga siempre ante sus ojos, las bases de su libertad y de su felicidad; el magistrado, la regla de sus deberes; el legislador, el objeto de su misión"*.

En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se expresa la resolución de *"...reafirmar la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres..."*. En el artículo 1 (párrafo III) se habla del *"...respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma y religión..."*. Y en la "Declaración Universal de Derechos del Hombre", aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se manifiesta -en el preámbulo-: *"Considerando que la libertad, la Justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos de todos los miembros de la familia humana; ...Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha producido, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; ...Considerando esencial que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...; ...Considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de*

los derechos y libertades fundamentales del hombre, ...y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso..."

La Constitución italiana de 1946, en su artículo 2 declara: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad y reclama el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social..."

La Constitución de la República Francesa del 27 de octubre de 1946, declara: "Después de la victoria conseguida por los pueblos libres sobre los regímenes que han intentado esclavizar y degradar la persona humana, el pueblo francés declara de nuevo que todo ser humano, sin distinción de raza, de religión, ni de creencia, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano consagradas por la Declaración de 1789... Proclama, además, como especialmente necesarios a nuestro tiempo, los principios políticos, económicos y sociales siguientes:..."

Los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949, dice: "...1. La dignidad del hombre es inviolable. El deber de toda autoridad del Estado es respetar y proteger dicha dignidad. 2. Consiguientemente, el pueblo alemán reconoce derechos inviolables e inalienables del hombre como la base de toda comunidad humana, y de la paz y de la justicia en el mundo..."

Es perfectamente comprensible que el estrago producido por la horripilante perversión de todas las formas de Estado totalitario, en el siglo XX, que desembocaron en la Primera y en especial la Segunda Guerra Mundial, haya producido enorme refuerzo de la vocación por la Estimativa o Axiología Jurídica (como estudio de los derechos y principios elementales del ser humano para su desenvolvimiento) en el mundo, es decir, del estudio de los principios filosóficos universales iusnaturalistas, tendientes a proteger los derechos de la persona humana; especialmente porque los pueblos sufrieron la bestial tiranía del nazismo, del fascismo y de otras corrientes similares como la escalofriante opresión del totalitarismo soviético.

III. 4.- La Constitución en la Pirámide del Derecho.

El Derecho, como orden -el orden jurídico- es un sistema de normas jurídicas. ¿Qué es lo que fundamenta la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? Kelsen nos dice que una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden, si su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez.¹⁵⁰

Si se pregunta la razón por la cual un acto cualquiera de coacción es un acto jurídico, perteneciente a un determinado sistema de Derecho, la contestación es la siguiente: porque ese acto fue prescrito por una determinada norma individual, una sentencia judicial. Si se pregunta todavía por qué esta norma individual vale como

¹⁵⁰ Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", pp. 325-327.

elemento de un sistema jurídico determinado, la contestación es: porque se creó con apoyo o fundamento en las leyes llamadas "ordinarias" (Código Penal, por ejemplo). Y si se pregunta ulteriormente por el fundamento de la validez de esa ley ordinaria, se va a parar en definitiva a la Constitución del Estado, con arreglo a cuyas prescripciones fue creada dicha ley ordinaria por los órganos competentes y siguiendo el procedimiento establecido en la misma Constitución.

El Derecho tiene la peculiaridad de que él mismo regula su propia creación, de tal modo que la producción de una norma de Derecho constituye una situación que está regulada por otra norma jurídica superior; y la norma inferior creada por ésta, determina a su vez el modo de creación de otra norma subordinada a ella. En otras palabras, existe una *jerarquía* en el orden jurídico; y las normas emanadas de otras de mayor jerarquía serán elaboradas de acuerdo a los principios de estas últimas; no podrán ir nunca en contra de lo prescrito por las de mayor grado jerárquico. A medida que se crean más leyes y reglamentos derivados de otras leyes, se reglamentan un mayor número de casos concretos en la práctica.

Esta serie escalonada o graduada desemboca en la **norma fundamental**, sobre la cual se basa la unidad del orden jurídico. En cuanto que esta norma fundamental u originaria establece un órgano primario creador del Derecho, es decir, el órgano constituyente que ha de determinar la base del sistema jurídico, representa la **Constitución en sentido lógico-jurídico**. Y en tanto que el legislador así determinado establece las normas que regulan la legislación, aparece, en calidad de grado inmediato, la **Constitución en sentido jurídico-positivo**, a diferencia de la primera que es la Constitución presupuesta como norma fundamental.¹⁵¹

Por el término "*Constitución*", en el sentido material más amplio, hay que entender, según Kelsen, una norma o conjunto de normas que regulan la creación de las otras. La Constitución, en este sentido, es, por decirlo así, tan sólo el primer "escalón" positivo para la creación del Derecho; un marco que recibirá, por medio de las leyes creadas conforme a ella, un contenido material más concreto.¹⁵²

El problema de la soberanía está esencialmente ligado al problema de las relaciones posibles entre dos órdenes normativos. Un orden es supremo, es soberano, no está subordinado a ningún otro orden, cuando su norma fundamental no tiene una razón de validez o vigencia que sea común a otras normas, porque ella misma no fue establecida con arreglo a las determinaciones de una norma. La norma fundamental de un orden soberano no puede estar establecida positivamente; sólo puede ser una norma supuesta, determinada hipotéticamente.

Si inquirimos cuál es el fundamento de validez de una Constitución determinada, encontraremos quizá que fue establecida de acuerdo con lo previsto por otra u otras Constituciones precedentes. Y, finalmente, llegaremos a una Constitución que ya no fue establecida conforme a los preceptos de otra más antigua: a la primera Constitución, por así decirlo, en sentido jurídico-positivo, que fue establecida sólo de acuerdo con la **norma**

¹⁵¹ "Teoría General del Estado", pp. 325-327.

¹⁵² Kelsen, obra citada, pp. 329-331.

fundamental hipotética ¹⁵³ de carácter lógico, que fundamenta la unidad del orden estatal y concede carácter jurídico a los actos que integran este Estado. La norma fundamental es, así, la base y razón última de la unidad del Estado y de su soberanía.

Para Kelsen, el enunciado de la norma fundamental sería aproximadamente: "*Debe uno portarse como ordena el órgano que establece la primera Constitución*". Para los partidarios de la teoría del "pacto social", la norma fundamental es: "*pacta legitime facta esse servanda*".

Finalmente, otros autores opinan de acuerdo con la tesis tradicional católica, diciendo que el valor y supremacía de la Constitución deriva de aquel principio de Derecho natural: "*Potestati legitime imperanti, obtemperandum esse*".

¹⁵³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, p. 138 y ss. Y Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Traducción de Eduardo García Maynez, Editora Textos Universitarios, Edición 1969, p. 118 y ss.

CAPITULO IV.- "EL PODER CONSTITUYENTE"

IV. 1.- Concepto de Poder Constituyente.

La "nación" que se quiere constituirse en "Estado" o que quiere cambiar su forma política o su ordenamiento jurídico, lo hace en virtud de su facultad de decisión política y por su poder de auto-determinarse, y lo hace en virtud de una decisiva acción política del pueblo soberano, poder supremo al que se le ha dado el nombre de "Poder Constituyente". El poder constituyente es el que el pueblo delega en un núcleo selecto de personas que adoptan, sin límite alguno que no resulte de esa decisión política, las formas de ejercicio de dicho poder, para realizar la tarea de construir un orden jurídico constitucional.

El Poder Constituyente es la voluntad política de una nación, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar para sí misma la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia jurídico-política. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal. *"El Poder Constituyente -dice Schmitt- es unitario e indivisible... No es un poder más, coordinado con otros poderes; es la base que abarca todos los otros poderes y divisiones de poderes".* ¹⁵⁴

Schmitt nos dice que una Constitución es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad del Constituyente ¹⁵⁵. Con independencia de la cuestión de si la ley en general es, por su esencia, mandato o "ratio", puede decirse que la Constitución tiene que ser una decisión; y todo acto del Poder Constituyente, un mandato o un "acte imperatif". El Poder Constituyente es voluntad política; un ser político concreto. ¹⁵⁶

IV. 2.- Concepto de Asamblea o Congreso Constituyente.

El Congreso Constituyente es una reunión de representantes del pueblo que tiene como finalidad realizar el acto constituyente, que es, como ya se dijo, crear una Constitución, establecer un orden jurídico-constitucional. No confundamos los términos "Poder Constituyente" con el de "Congreso Constituyente"; el primero ejerce su poder por conducto del segundo para la creación del orden jurídico constitucional.

Al Congreso Constituyente suele denominársele también "Asamblea" o "Convención" Constituyente, y puede desempeñar también labores que no le son propias, pero que están directamente relacionadas con el acto constituyente, como puede ser la revisión de leyes y actos de gobiernos anteriores a su establecimiento.

El Congreso Constituyente, por mandato del Poder Constituyente (que es y solo puede ser del pueblo) discute y aprueba una Constitución. Generalmente a los Diputados

¹⁵⁴ Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", pp. 3-41 y 88.

¹⁵⁵ Schmitt, Carl, obra citada, p. 88.

¹⁵⁶ Idem, pp. 24-33.

Constituyentes los elige el pueblo a través del voto público regido por las leyes electorales que establecen la elección de los legisladores, aunque a veces, a dichas leyes electorales se les realizan algunas adiciones o enmiendas específicas para la elección de los Diputados Constituyentes. Pudiera darse el caso de que la ley de elección sea "específica" para un Congreso Constituyente, como aconteció en el Segundo Congreso Constituyente Mexicano de 1822-1823. Sin embargo, esto sólo puede acontecer en el caso en que haya existido previamente una Constitución y el pueblo, mediante la acción política correspondiente, quiera elaborar un nuevo orden jurídico-constitucional; ya de otro modo no sería posible la existencia de leyes previas.

El sistema de Congresos Constituyentes ha venido siendo superado en varios países como Suiza, Francia, República Federal de Alemania y España, y otros, en los cuales es el pueblo, a través de su voto, quien acepta o rechaza un proyecto de Constitución que se pone a su consideración. Así se pasa de la idea de Congreso Constituyente a Congreso Proyectista de una Constitución, idea que es más acorde con el pensamiento de que el Poder Constituyente es sinónimo de "pueblo" y "soberanía"; y de esta manera se camina hacia adelante en el anhelo de ir perfeccionando los sistemas democráticos de vida y de gobierno.

IV. 3.- El Poder Constituyente y el Estado.

Para entrar a desarrollar este punto, considero necesario plantear estas preguntas y dar su correspondiente contestación: ¿Es el Poder Constituyente órgano del Estado o antecedente necesario del mismo?... ¿Es creador y organizador del Estado, o el Estado crea al Poder Constituyente?...

Aquí la utilidad de la distinción entre los conceptos real-sociológico y jurídico-material de Constitución. Cuando una nación, obrando con conciencia política, se constituye en una unidad políticamente independiente y soberana, el Poder Constituyente -la voluntad de la nación- ciertamente es anterior, o coexistente al menos, del Estado, resultante de la actuación de esa voluntad. Pero cuando el Estado, ya "realmente" constituido en unidad política, quiere darse una Constitución en sentido material, o formal en documento escrito, delega su Poder Constituyente en órganos que han de precisar en normas su existencia jurídica. La nación -concepto sociológico- hecha Estado -concepto jurídico/político y titular del Poder Constituyente-, crea un Congreso Constituyente para que a su vez elabore una Constitución en su sentido jurídico-material, en su sentido formal, como documento escrito.

El *ser político* precede al momento constituyente. Lo que no existe políticamente, tampoco puede decidir de modo consciente. Cuando un pueblo obra con conciencia política, exigiendo una Constitución, se da por supuesta su existencia política. Hay que distinguir el acto por el que el pueblo se da a sí mismo una Constitución -el acto del Poder Constituyente-, de la fundación del Estado mismo.

Toda función Constituyente supone un sujeto Constituyente que, como tal, es una unidad de voluntad capaz de decisión y acción que produce una Constitución Política. La normación planificada (Constitución) de una ordenación fundamental unitaria (Estado),

característica del Estado moderno, supone la existencia de un Poder Constituyente real y con capacidad de obrar.¹⁵⁷

IV. 4.– La Nación: Titular originario del Poder Constituyente.

Según la concepción medieval, sólo Dios tiene una "*Potestas Constituens*"¹⁵⁸. El postulado "*Todo poder viene de Dios*", tiene como significado el "Poder Constituyente de Dios". Las monarquías sostuvieron durante mucho tiempo, como una verdad inobjetable, que el príncipe poseía el Poder Constituyente por un motivo meramente existencial, por derivación inmediata del poder universal de Dios. Pero ya en los tiempos de Marsilio de Padua, que no profesaban la creencia en el Poder Constituyente inmediato de un Dios trascendente, ese poder era el "*populus*", la "*universitas civium*".¹⁵⁹

Durante la Revolución Francesa, desarrolló el jurista Sieyes¹⁶⁰ la doctrina del pueblo (más exactamente de "la nación") como sujeto del Poder Constituyente, presuponiendo la voluntad consciente de existencia política. Conforme a esta doctrina, la nación es la base de todo acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, no subordinando nunca su existencia política a una formulación definitiva.

Al exponer la doctrina democrática del Poder Constituyente del pueblo (que se dirige contra la monarquía absoluta existente), Sieyes consideraba como antidemocrática la representación de la voluntad popular mediante la Asamblea Nacional, pues la voluntad del pueblo no puede ser representada -decía- sin que la democracia se transforme en una aristocracia.

En la actualidad se advierten dos tendencias perfectamente diferenciadas: la una, que sostienen los ideólogos de los países que viven bajo un régimen totalitario, incluyendo el Poder Constituyente dentro de la suma total de poderes que se arroga el jefe del Estado; la otra, que sigue atribuyendo a la nación, al pueblo, el Poder Legislativo y Constituyente, de acuerdo con el principio democrático según el cual, la Asamblea Constituyente ejerce tal poder a nombre y en representación del pueblo. No es sujeto o titular del Poder Constituyente, sino sólo un comisionado. Todo lo que hace es emanación inmediata de un poder político que se le ha transmitido, no frenado por ninguna división de poderes o control preconstitucional. Pero no es ella el soberano mismo, sino que obra siempre a nombre y por encargo del pueblo (de la nación), que puede en todo momento desautorizar a sus comisionados, por medio de una acción política.

Dice Schmitt¹⁶¹ que la forma natural de la manifestación inmediata de la voluntad de un pueblo, es la voz de asentamiento o repulsa de la multitud reunida, la aclamación. En los grandes Estados modernos, la aclamación, que es una manifestación natural y necesaria de vida de todo pueblo, ha cambiado su forma: se manifiesta como *opinión*

¹⁵⁷ Heller, Hermann, "Teoría del Estado", p. 297.

¹⁵⁸ Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", p. 89.

¹⁵⁹ Heller, Hermann, Obra citada, p. 297.

¹⁶⁰ Citado por Schmitt, Carl, obra citada, p. 91.

¹⁶¹ Schmitt, Carl, Idem, p. 96.

pública. Pero siempre puede el pueblo decir "sí" o "no", asentir o rechazar; y su sí ó no será tanto más sencillo y elemental, cuando la decisión de que se trate sea más trascendental para la propia existencia común.

IV. 5.- Ejercicio del Poder Constituyente.

Ninguna ley constitucional, ni tampoco una Constitución pueden señalar un determinado Poder Constituyente ni prescribir la forma de su actividad. Dado, sin embargo, que la necesidad de ejecutar y formular la decisión política adoptada directamente por el pueblo requiere una organización (un procedimiento, una Técnica especial), la moderna Democracia ha desarrollado ciertas prácticas y costumbres, como la de la llamada Asamblea Nacional Constituyente, elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual y de la Democracia. Pero no es ese el único procedimiento imaginable.¹⁶²

Ni el único ni el mejor, absolutamente hablando. La democracia –a mi juicio– es el sistema más difícil y a la vez más peligroso. Puede asegurarse que hasta nuestros tiempos ningún país ha alcanzado un régimen de democracia auténtica y pura. Este sistema presupone clara institución, recto sentido común y una preparación cívica en los ciudadanos que muchas veces no tienen, además de una honestidad y moralidad en los líderes o en los órganos que, desgraciadamente, muy pocas veces se ha comprobado. La inmoralidad de los líderes, que manejan a su antojo las pasiones de una masa inculta, cuyo desconocimiento de los hombres y de la política es –las más de las veces– supino, hace que la "Democracia" constituya para muchos pueblos, en la actualidad, la más grave enfermedad y el más serio peligro.

No dudo que la Democracia sea el régimen político ideal, pero ideal solamente, durante decenas de años o quizá durante siglos todavía. El criterio de las masas es difuso, es anárquico, **es irreductible**. Una verdad, una idea, en uno, puede ser un dogma; en dos, una opinión, en tres o más, ya no es nada. Porque el hombre es un "animal que piensa", que piensa libremente, y que es, por naturaleza, intelectualmente rebelde. Para que el criterio de la masa pueda localizarse, es preciso reducirlo a la unidad de una idea, de un sistema, de una opinión. Desde ese momento ya no es el criterio o la voluntad de la multitud lo que se impone, sino el criterio de aquél cuyos son la idea, el sistema o la opinión. Parece increíble y es inevitable que sean uno o una minoría quienes deban encauzar, unificar y a veces usufructuar la voluntad colectiva; y a eso no se le puede llamar "Democracia".

La Democracia, en mi opinión, no es solamente un sistema político que se reduce al ámbito del voto, sino un conjunto de ideas y postulados profundamente racionales tendientes a buscar el Bien Común de los pueblos, la Justicia, la Equidad, Igualdad, con miras a la protección de la Libertad, etc.; podrá ser, quizá, una fase necesaria de la evolución política y cultural de los pueblos, que vendrá a ser una deseada realidad en el mundo, cuando los hombres hayan alcanzado el máximo desenvolvimiento intelectual y moral; cuando la perfección haga que la distancia entre un hombre y un ángel sea casi imperceptible.

¹⁶² Schmitt, Carl, obra citada, p. 96-97.

El Poder Constituyente debe ser ejercido, no por el jefe de Estado (a no ser que fuese un Licurgo en quien la nación abandonase tranquila y confiadamente la legislación); no por el pueblo directamente por ser inaprehensible la voluntad general; ni aun indirectamente, creo yo, por elección de Diputados o Delegados al Congreso Constituyente, por los graves errores y abusos que se producen debido a la impreparación del pueblo (y de los integrantes mismos de la Asamblea) y a las maniobras de los líderes astutos, ambiciosos y sectarios.

La Asamblea Constituyente (llamémosla así) debe estar formada, a mi juicio, por los más brillantes y connotados entre los diferentes núcleos sociales, que se distingan por su acervo cultural, por su hombría del bien y de la moralidad, por su honestidad, por su visión política, por el conocimiento profundo de los problemas sociales generales, por su total desinterés en obtener grandes beneficios económicos personales, por su imparcialidad, por su identificación con el verdadero sentimiento y querer del pueblo, cuya voluntad puedan fielmente interpretar, por su trayectoria de servicio comunitario. En suma, el Poder Constituyente, a mi juicio, debe depositarse en una auténtica aristocracia de la inteligencia y del espíritu.

El criterio para tal selección sería el de los dirigentes o jefes del Estado en gestación, de aquellos que guían al pueblo en su afán de constituirse en unidad de orden político y jurídico. Cuentan ellos con la confianza o al menos con la tolerancia general y, en su puesto de mando, disponen del mayor acervo de medios para hacer una selección atinada, y si los dirigentes a su vez obran con marcado sectarismo ò en forma que abiertamente contradiga a los intereses generales, queda al pueblo la *acción política* que puede ejercitar en cualquier momento. La Constitución emanada de tal Constituyente puede, incluso, someterse a la aprobación general por medio de la aclamación o a través de la opinión pública perfectamente organizada –con una técnica, un método, un sistema auténticamente democrático a su vez-.

Con estas ideas y conceptos expuestos acerca del ejercicio del Poder público, he dejado abierta la discusión del tan complejo tema de la Democracia. Considero necesario hacer un estudio breve de las ideas directrices fundamentales de la Democracia, que he acomodado en el siguiente Capítulo en esta obra.

CAPITULO V.- "LA DEMOCRACIA. IDEAS DIRECTRICES"

En este Capítulo abordaremos, brevemente, las fundamentales Ideas Directrices de la Democracia, en diferentes puntos, que he acomodado e intitulado de la siguiente manera:

- V. 1.- Elementos de Teoría Política.
- V. 2.- Teorías Sociopolíticas y la Vida Política en Democracia.
- V. 3.- Los Peligros de las Teorías Políticas Parcialistas y del Dogmatismo Ideológico.
- V. 4.- Protección contra las consecuencias de Fijaciones Ideológicas.
- V. 5.- El Acceso Funcionalista y desde la Teoría de la Acción a los Problemas e Instituciones de la Democracia.
- V. 6.- Democracia como Representación Ideal.
- V. 7.- ¿Es la Democracia una Forma de Estado y de Formación de Voluntad Política o más bien un Sistema de Ideas Directrices Sociales?
- V. 8.- El Sistema Diferenciado de Conducción del Obrar Social.
- V. 9.- Límites y Problemas de la Formación de la Voluntad Colectiva.
- V. 10.- El Principio de Mayoría y las Ideas Directrices de la Democracia.
- V. 11.- Ideales Democráticos como Ideas Directrices de la Democracia.
- V. 12.- Observaciones a algunas Teorías Democráticas. La Concepción Romántica de la Democracia.
- V. 13.- El Modelo de Concurrencia de Elites en la Democracia.
- V. 14.- Teoría Económica de la Democracia.
- V. 15.- Democracia y Economismo Marxista.
- V. 16.- Comunidades Sociales y Grupos de Intereses en la Democracia.
- V. 17.- Democracia y Poder.
- V. 18.- Análisis Funcionalista de Problemas Actuales de la Democracia.
- V. 19.- Postulados Democráticos que se desprenden de los Análisis Funcionalistas.

V. 1.- Elementos de Teoría Política.

La teoría política no es ciencia por amor a la ciencia, sino discusión de consecuencias pragmáticas del conocimiento de las ciencias sociales y ponderación de principios políticos. La Ciencia Política, por tanto, descansa, de un lado, sobre la investigación de las Ciencias Sociales, pero es, por otro lado, una ciencia del Know-how, una búsqueda y análisis constante de programas sociales y una estimación valorativa de actitudes prácticas. Un prólogo crítico debe esforzarse en presentar, ante sí mismo y ante su auditorio, como elementos diferenciables de su teoría, lo cognitivo, lo pragmático y su decisión valorativa.

V. 2.- Teorías Sociopolíticas y la Vida Política en Democracia.

Qué es *Democracia* no es una pregunta original. Tampoco el señalar el hecho de que las teorías explicativas de la democracia son muy controvertidas, es una constatación nueva. Es lugar común hablar de las deficiencias y de los problemas de los sistemas

democráticos. La discusión de estos problemas nunca será un tema concluido, pero sí que es, en mi estimación, un tema de gran relevancia política. Las teorías políticas son factores decisivos que indudablemente influyen en el acontecer público; son fuerzas que impulsan positivamente el desarrollo social -cuándo menos en determinadas esferas- frecuentemente incluso cuando solamente representan aspectos parciales de la realidad social. El marxismo y otras teorías socioeconómicas han promovido movimientos sociales que no hubieran sido imaginables sin ese trasfondo espiritual y que han transformado el entramado escenario social, incluso del mundo occidental. Los conocimientos sobre los límites del crecimiento y sobre la repercusión del desarrollo económico sobre el medio ambiente, llevan implícitas reacciones político-pragmáticas en igual forma que la revolución tecnológica de nuestra época conducirá a una nueva división social del trabajo que habrá que tomar en cuenta en el programa político.

V. 3.- Los Peligros de las Teorías Políticas Parciales y del Dogmatismo Ideológico.

También soy consciente de que las teorías políticas, al igual que determinadas doctrinas religiosas u otras doctrinas ideológicas, pueden traer, a veces, en razón de errores e interpretaciones equivocadas, consecuencias fatales. Si se tienen presentes las consecuencias prácticas del darwinismo social, del marxismo dogmático, de las creencias en el diablo y seres demoníacos o de fe en la guerra santa -tan sonado hoy en día- o la ideología de la aterrorización atómica -junto a sus consecuencias: genocidio nazi, autos de fe, guerras religiosas, carrera armamentista y overkill-, tal vez lleguemos a preferir una política "ateórica" y puramente pragmática sin grandes ideales y metas.

V. 4.- Protección contra las consecuencias de Fijaciones Ideológicas.

No es posible descartar absolutamente de la política, ideas ideales e ideologías, pues es esencial al hombre desarrollar metafísica, ideologías, programas y utopías sociales, máxime se aceptamos que el hombre es un ser que se desarrolla siempre, e inicia su actividad proyectándola, primariamente, con ideas, con proyectos ideológicos. Ellos son tanto hitos positivos del desarrollo como también fuente de serios peligros. El conducir sus repercusiones por canales adecuados sólo se puede conseguir con una cierta probabilidad de éxito bajo dos condiciones:

- a) La discusión democrática libre y crítica debe mantenerse y tener apoyo institucional.
- b) Hay que mantener a toda costa la separación entre el Estado, como aparato rector central político, de un lado, y las instancias que cultivan la ciencia, que desarrollan programas ideológicos y políticos o están adscritas a la fe religiosa.

V. 5.- El Acceso Funcionalista y desde la Teoría de la Acción a los Problemas e Instituciones de la Democracia.

En lo que sigue me voy a ocupar de algunas cuestiones de fundamentación teórica de la Democracia y algunos problemas de la vida política actual en los sistemas

democráticos. Son cuestiones muy controvertidas que han atraído la atención de muchos pensadores y observadores de la vida política, especialmente en la actualidad. Analizaré estas cuestiones desde una perspectiva específica que, espero, ha de contribuir esencialmente a su clarificación. Partiendo de la *Teoría Normativista de las Instituciones*, pondré en marcha reflexiones que parten del funcionalismo y de la teoría del obrar e intentaré señalar su relevancia para los problemas de la Democracia y la Política del Derecho.

V. 6.- Democracia como Representación Ideal.

Democracia es un concepto en marcador abierto, caracterizado por ciertas representaciones ideales. Estas pueden quedar insinuadas por el término "autocracia (soberanía) del pueblo" por contraposición a la concepción de que el Estado es el dominio de un soberano o de cualquier otra instancia. Esta idea tiene una expresión más explícita en la conocida fórmula de Lincoln, según la cual Democracia es "*el dominio soberano del pueblo, a través del pueblo y para el pueblo*". Tales caracterizaciones dejan abierta la pregunta de cómo pueden realizarse esas representaciones ideales; la ulterior precisión de esto, no puede ser tarea de una representación ideal exclusivamente.

V. 7.- ¿Es la Democracia una Forma de Estado y de Formación de Voluntad Política o más bien un Sistema de Ideas Directrices Sociales?

Mediante fórmulas globales no queda claro si Democracia atañe a la forma del Estado y de los procesos de formación de voluntad política asimismo de dirección política, o si también implica la forma de vida y sus ideales de contenido.

Con otras palabras: Democracia ¿es meramente una cuestión de forma de la dirección política, o es también un sistema (abierto) de postulados y actitudes de vida con contenido? En mi opinión, la Democracia como constitución social hay que concebirla siempre en conexión con un sistema de **ideas dogmáticas rectoras de la sociedad**. Las formas de condición democrática no son un fin en sí mismas, sino medios para asegurar el que pueda desarrollarse una vida social en el sentido de las ideas directrices.

V. 8.- El Sistema Diferenciado de Condición del Obrar Social.

La fórmula de Lincoln expresa de manera claramente que para la sociedad democrática son de importancia capital los procesos de formación de voluntad política. La formación de la voluntad colectiva está constituida por las elecciones y las votaciones de asuntos reales.

Sería una equivocación no tomar en consideración otras formas de determinar la voluntad política, diversas formas de participación y consulta, función crítica de los medios masivos de comunicación (mass-media) y las ciencias, por el contrario, son elementos muy importantes de la formación de voluntad democrática.

La formación de voluntad democrática tiene que construirse como un sistema diferenciado de instituciones distintas que determinen y controlen el obrar social, dentro del cual los procesos de votación sólo son una parte de la realidad democrática.

Democracia es: discusión, transparencia, control y responsabilidad frente a la comunidad.

Meta de toda organización democrática es siempre y simultáneamente dos cosas:

- a) Que los intereses del pueblo lleguen a imponerse.
- b) Que se asegure la efectividad de las instituciones según los criterios de las ideas directrices generales y específicas.

V. 9.- Límites y Problemas de la Formación de la Voluntad Colectiva.

La formación de la voluntad colectiva está dependiendo siempre de normas preestablecidas que regulan el proceso y evidencian el resultado como una decisión válida de la voluntad colectiva.

Hay que regular previamente la esfera de personas que votan y el procedimiento.

Un ajustarse perfectamente a la voluntad de los electores sólo se logra de manera aproximada.

Cuando se trata de votaciones sobre decisiones materiales las complicaciones aumentan considerablemente.

- a) Sólo se puede votar sobre alternativas previamente propuestas.
- b) Mediante el voto no se pueden inventar las alternativas posibles.
- c) La decisión sobre un determinado punto, altera la valoración relativa de otros puntos del conjunto sometido a votación.
- d) La secuencia serial de las cuestiones a decidir por votación, altera las preferencias.
- e) Las preferencias individuales no pueden incorporarse unívocamente a un sistema colectivo de preferencias regido por mayorías.
- f) En la praxis jurídica, el planteamiento, sobre todo la continuación de preguntas con respecto a un todo, provoca frecuentemente un falseamiento de las relaciones materiales.

V. 10.- El Principio de Mayoría y las Ideas Directrices de la Democracia.

El principio de mayoría es incuestionable para la formación de la voluntad colectiva; su carácter concreto, con todo, puede ser modificado por regulaciones diferentes.

No garantiza, como piensa Kelsen, una minimización de la limitación de la libertad.

La decisión mayoritaria puede acarrear, con respecto al contenido, mayores limitaciones que la alternativa desechada:

Al repartirse los votos en contraopiniones distintas puede obtener mayoría una alternativa que no expresa el óptimo de los deseos de los individuos.

Un problema mucho mas importante es, en mi opinión, el hecho de que mediante decisiones mayoritarias legítimas y formal-democráticamente irreprochables, pueden producirse resoluciones de contenido marcadamente antidemocrático.

Pienso que un sólo hombre con más razón que los demás conciudadanos, ya constituye en sí una mayoría de uno. Por ejemplo, puede llegar a decidirse -de esta peligrosa forma-, políticamente, la instauración de una dictadura o la limitación de la protección de los derechos más importantes, a las minorías. ¿Existe una salida al dilema entre ideales democráticos y la posibilidad de decisiones mayoritarias de contenido marcadamente antidemocrático?

V. 11.- Ideales Democráticos como Ideas Directrices de la Democracia.

Los ideales y postulados de la Democracia podemos concebirlos como ideas rectoras de las instituciones democráticas.

Estas son ideas y representaciones de metas de carácter relativo y no normas estrictas de comportamiento, y lo importante como fin es de ayudar a que se impongan en los procesos democráticos. Esto no ocurre sin fricciones ni tampoco queda asegurado por la sola votación democrática. Efectivamente existe una lucha continua por los propios derechos.

Las ideas directrices democráticas son criterios de valoración de la organización y funcionalidad de las instituciones. Una adecuada toma en consideración de los principios materiales está garantizada -cuando menos una cierta probabilidad- sólo y cuando se entienda la democracia como deliberación, discusión y crítica, y no sólo como lucha por mayorías. Los ideales mismos hay que desarrollarlos en conexión con análisis funcionalistas, y las instituciones de la crítica tienen que actuar de contrapeso contra la posibilidad de abusar manipulatoriamente de los formalismos de la votación.

V. 12.- Observaciones a algunas Teorías Democráticas. La Concepción Romántica de la Democracia.

El obrar político en los sistemas teóricos democráticos recibe la influencia no pequeña de diversas teorías sobre la democracia, por desgracia no siempre para bien. Hay una que yo llamo "concepción romántica de la democracia", cuya fórmula de expresión más común es la de que "El pueblo nunca se equivoca". Tal concepción sólo se legitima en cuanto que señala los intereses del pueblo como pauta fundamental en toda democracia; pero yerra de plano si expresa la creencia o la esperanza de que los procesos de

formulación de la voluntad democrática tienen una tendencia natural a optimizar las decisiones. Una decisión democrática depende de los siguientes factores cuya optimización no queda garantizada solamente por la formulación de la voluntad democrática:

- a) El decidir correctamente depende de información de hechos y de causas;
- b) La decisión depende de metas y preferencias, así como de una ejecución esmerada del análisis teleológico (de fines dignos del ser humano, verdaderamente valiosos, que perseguir);
- c) Las soluciones de problemas técnicos o sociales dependen de la inventiva de programas adecuados con adecuados métodos para crearlos e imponerlos.

La concepción romántica de la Democracia descansa sobre el supuesto escasamente plausible de que el individuo, ese sí, tiene que decidir sobre la base de informaciones y análisis sistemáticos, pero que las decisiones colectivas dan en el blanco por "puro instinto", más o menos, según el principio "vox populi vox dei". La concepción romántica de la Democracia produce así eslóganes impactantes, pero lleva a la Democracia a la ruina.

V. 13.- El Modelo de Concurrencia de Elites en la Democracia.

El modelo de Schumpeter parte de una consideración realista de la Democracia de partidos: de hecho quienes ejercen el dominio son las élites, que luchan por su prepotencia a través de la lucha competitiva por los votos de los electores. La voluntad del elector cobra validez al decidir, con su voto, sobre cuál de las élites concurrentes recae el poder. La propaganda de partidos se convierte en meta y contenido esencial de la política diaria. Los esfuerzos por ganar electores adoptan con frecuencia formas reprobables: culto a la personalidad, manipulación y concesión de favoritismos injustificados.

La lucha por los votos de los electores es sin duda parte de la realidad democrática, pero desde luego sólo un aspecto parcial de la realidad. El modelo subestima los ponderables funcionales y el poder constructivo de las ideas rectoras. Las consecuencias pragmáticas de la Teoría de Schumpeter son, con mucha frecuencia, problemáticas.

Es verdad que las élites están democráticamente legitimadas cuando son aceptadas ellas y sus programas, por sus electores; falso es, por el contrario, considerar cabalmente como programa político correcto y óptimo, el que atrae más votos. Semejante talante es el que lleva al estado patológico de nuestra Democracia moderna. Esa concepción es causante de una profunda desmoralización de la praxis política en amplias esferas, produciendo desencanto en la Democracia. Quien desea el poder no para poder realizar ideas políticas provechosas, sino que sostiene determinadas opciones solamente al objeto de lograr el poder, no merece la confianza de los ciudadanos. Es erróneo pensar que uno es demócrata cuando dice lo que al pueblo le gusta. Únicamente se está legitimado para ser líder político, cuando se defiende ideas en las que él mismo cree –y vive abiertamente como dice y piensa- y cuando sabe crear y mantener instituciones que efectivamente funcionen y producen auténtico bienestar general.

V. 14.- Teoría Económica de la Democracia.

A la problemática de la Democracia se la asocia a la Económica desde dos vertientes: desde el Economismo burgués y desde el marxismo. Downs y otros pensadores intentan explicar el comportamiento de las personas que viven en Democracia como cálculo económico; la relación de los detentadores del poder con el elector y el comportamiento del elector se interpretan como optimización de ganancias. En cuanto es consideración parcial tiene sentido, pero como visión total politológica tal concepción no refleja la realidad.

Sencillamente no es verdad que a los humanos sólo se les gana en favor de medidas que responden a sus intereses materiales. El dinero y consideraciones de utilidad económica se traen a cuento para explicar la motivación y son convertidas en modelo exclusivo de obrar correcto. Los ideales democrático-humanistas son subestimados en su poder social; los valores sociales y la realidad del afán de Justicia social y del comportamiento solidario no se toman normalmente muy en consideración, aun siendo imposible comprender adecuadamente la realidad social sin tomar en cuenta estos ponderables.

V. 15.- Democracia y Economismo Marxista.

Según la concepción marxista las condiciones de producción son primariamente determinantes de las estructuras sociales de las relaciones sociales, así como del desarrollo social y cultural. Lo espiritual, lo cultural, las normas, los valores, etc., están en conexión funcional con lo material en cuanto son la superestructura y son explicables desde coordenadas económicas.

Con esta concepción de base se asocia la tesis de que los problemas de la democracia deben ser subordinados a la idea de la lucha de clases y que una configuración correspondiente de las relaciones económicas es condición previa de una efectiva democracia. La tesis del papel últimamente determinante de la base económica es falsa, pues no existe una base material independiente de los factores ideales: conocimientos, *know how*, descubrimientos y actitudes finalistas. Los modos de producción vienen siempre determinados también por formas normativas, regulativas y organizativas, y resulta absolutamente imposible aislar los factores económicos convirtiéndolos en razones últimas del acontecer social.

Lo verdadero de esta tesis está meramente en el hecho de que los problemas económicos -la determinación social de las posiciones económicas- son de esencial relevancia para la vida democrática; pero lo decisivo no es solamente una estructura bipolar de la lucha de clases, sino las relaciones funcionales diferenciadas dentro de las instituciones sociales.

V. 16.- Comunidades Sociales y Grupos de Interés en la Democracia.

La sociedad moderna democrática no es sólo un sistema de individuos, sino un complejo de distintas comunidades y grupos sociales. Las libertades democráticas tienen vigencia no sólo para los individuos, sino *mutatis mutandis* también para comunidades sociales, vengan éstas determinadas por nacionalidad, religión u otros criterios de mutua pertenencia. Grupos, congregaciones y organizaciones diversas sirven por una parte a la configuración de esferas de vida específicas de los miembros de esos grupos, por otra a la articulación, logro y protección de especiales intereses de los individuos.

La libertad de las comunidades y grupos -análogamente a la de los individuos- es de máxima protección en la medida en que esas mismas comunidades sean tolerantes con otras comunidades.

Ahora bien, aquí surgen nuevos problemas que deben ser considerados desde el punto de vista de la Teoría de la Democracia. Se trata de proteger la libertad de los miembros de las comunidades frente a las organizaciones comunitarias y se ventila la pregunta académica de la democracia interna de cada una de las organizaciones. La solución adecuada de las libertades de grupo es un problema esencial de la democracia que conviene analizar cuidadosamente.

En el marco de esta ponencia sólo puedo mencionar algunos problemas:

- a) ¿Hasta qué punto debe llegar la influencia de las instituciones grupales?
- b) ¿Les está permitido servir a un egoísmo grupal sin límites o deben cumplir ante todo sus propias ideas rectoras y su misión dentro de la sociedad?
- c) ¿Cómo se puede someter bajo la dirección y control democrático las jerarquías de poder dentro de las instituciones de grupo y eventualmente en las organizaciones supragrupales?
- d) ¿Cómo se puede garantizar la libertad del individuo frente al grupo?

La cuestión de la "democracia interna" -por ejemplo la de los diferentes partidos políticos que hoy vive intensamente México, pero al igual de sindicatos, iglesias, etc.- surge con frecuencia, pero raras veces se soluciona en la práctica. Transparencia, control y discusión pública deberían implantarse en igual forma que los postulados democráticos de la tolerancia y de la toma en consideración de la integración socio-funcional de las organizaciones en el sistema total.

V. 17.- Democracia y Poder.

El problema de los límites y control del poder son eternos problemas fundamentales de la democracia. El poder es necesario, pues el Estado debe ser regido con efectividad; pero desde el punto de vista democrático debe exigir que sólo sea admitido un poder funcional que sirva a los fines sociales. Sólo a través de un reparto adecuado de competencias, transparencia y control público es como las estructuras de poder adquieren carácter democrático. En la moderna democracia de partidos políticos surgen en estas

esferas problemas complicados: la democracia interna de los partidos, el problema de la financiación de los partidos (tan sonado hoy en el escenario político mexicano actual), el problema de la postura predominante del aparato político y los problemas que tienen relación con la conquista de posiciones del funcionario en los partidos políticos, sindicatos y otros titulares de la voluntad política y titulares de otros círculos del poder.

La lucha del funcionario por su puesto conduce a fenómenos problemáticos: a la tendencia a la acumulación de funciones y a la formación de una estructura de poder casero. En una sociedad de elevado desarrollo cultural hay que luchar contra la acumulación de cargos y funciones. Las estructuras internas del poder en las organizaciones limitan a menudo de facto esencialmente la libertad de los procesos de formación de voluntad: el comportamiento electoral con mucha frecuencia no tiene una motivación objetiva, sino por el afán de mostrarse como seguidor. Una limitación del poder y un control efectivos sólo son posibles cuando se pone límites a la acumulación de cargos, y cuando los períodos de (cada) función tienen adecuadas limitaciones de tiempo. El realizar estos postulados democráticos no es una meta fácilmente alcanzable.

V. 18.- Análisis Funcionalista de Problemas Actuales de la Democracia.

Quisiera mostrar ahora con algunos ejemplos que el análisis funcionalista y de la teoría de la acción, de determinados fenómenos de la vida pública lleva a argumentos convincentes de ciertos postulados democráticos.

- a) En la resolución de asuntos públicos -y sobre todo en la resolución de asuntos y cuestiones económicas- es absolutamente decisivo tener presente la perspectiva del tiempo. La praxis política de adoptar decisiones rápidas, ponerlas en duda a renglón seguido y sólo después inducir secundariamente a procesos democráticos es algo manifiestamente inaceptable y dañoso.
- b) En la lucha de los partidos por obtener votos -en el sentido de la concepción de Schumpeter- se da una tendencia a ocultar y encubrir desmanes (e incluso actos de gran relevancia penal) de los funcionarios propios. Pero si tomamos en serio la democracia hay que mantener el principio de *"El culto a la imagen del partido es una actitud miope"*.
- c) Es absolutamente necesario, tomar en consideración las repercusiones de las motivaciones de las estructuras y medidas a adoptar. Es igualmente equivocado menospreciar la motivación económica o dirigir la economía de manera puramente normativa, como lo hacía el dirigismo estalinista, así como disociar la problemática de la Justicia de la motivación del obrar, como lo preconiza ante todo el autor que citamos en esta obra en otros temas, John Rawls.
- d) El postulado de subordinar cuestiones socio-políticas a criterios microeconómicos es problemático en la medida en que la perspectiva de lucro a nivel de empresas particulares representa solamente un segmento de los criterios social y societariamente relevantes. Las decisiones sociopolíticas deben tener presente que hay que realizar análisis de optimización en distintos estratos y no solamente sobre la base de la empresa individual.

V. 19.- Postulados Democráticos que se desprenden de los Análisis Funcionalistas.

En base a los análisis funcionalistas puede considerarse cimentada una determinada concepción teórica de la democracia junto con determinados postulados de praxis política.

I) La forma de vida democrática está tan vinculada a los ideales de libertad e igualdad del principio de la dignidad humana como a los postulados de transparencia de los asuntos públicos, de la tolerancia fraterna y solidaridad humanista. Tanto las formas como las ideas rectoras democráticas están siempre amenazadas; la democracia, por tanto, debe esforzarse siempre en el desarrollo de los hábitos democráticos y en el afianzamiento de la conciencia democrática.

II) Hay que dar una configuración eficaz a las formas de decisión y a la estructura de las instituciones democráticas. Deben introducirse diversos métodos de conducción; una conducción monocrática, transparente y controlada no es menos democrática que la decisión de un colectivo. Deben evitarse mecanismos pseudo-democráticos y hay que tener siempre presente el hecho de que una decisión correcta depende de informaciones e ideas sobre la solución del problema. Este hecho limita considerablemente las posibilidades de la Democracia directa. Diversas formas de participación y deliberación son en todo caso preferibles a meros mecanismos de votación.

III) La estructura de las instituciones debe configurarse funcionalmente de modo que cumpla tanto con la idea directriz de la obra a crear, o sea el papel social de la institución, como con las ideas directrices generales de las democracias. Al determinar la estructura de las instituciones hay que tener en cuenta ante todo los siguientes criterios:

- a) Un reparto adecuado de competencias que garantice una dirección eficaz y una limitación democrática del poder;
- b) La efectividad del control interno y externo, como elemento insoslayable de la dirección del obrar;
- c) La repercusión motivadora de las estructuras sobre el comportamiento de las personas implicadas.

IV) En la Democracia moderna los partidos políticos y las organizaciones de distintos grupos de intereses juegan un papel decisivo. Los problemas de transparencia, de Democracia interna y limitación del poder del aparato representan aquí problemas graves que precisan de análisis más minuciosos de carácter científico, histórico y filosófico.

V) El moderno sistema democrático no consta solamente de un complejo de instituciones y organizaciones de dirección del obrar social, sino también de un sistema de trabajo, de pensamiento y de comunicación que influye de manera decisiva en el acontecer democrático. En este sistema los medios masivos de comunicación y las ciencias juegan un papel esencial. El papel crítico de las ciencias sociales debería integrarse más efectivamente en la vida democrática.

VI) La Democracia descansa sobre determinadas ideas morales medulares y una conciencia viva de solidaridad nacional y mundial. Algunos pensadores –por ejemplo Thomas Georg Massaryk y Rudolf Kirchschräger- opinan que esas ideas están ancladas en la religión, que ellos conciben como tolerante. Yo estimo que ese trasfondo moral de la Democracia, incluso independientemente de la religión, está fundado en una profunda racionalidad humana y de una conciencia justa (de sabiduría, pero sobre todo buena voluntad) inmanente de solidaridad mundial. En cualquier caso de la concepción moralista de la Democracia se desprende que los problemas sociales no deberán ser enjuiciados bajo el punto de vista de las oportunidades de aceptación del momento, sino que deben ser sustentados por el afán de encontrar soluciones moralmente aceptables.

Todavía hoy no sabemos exactamente cómo debería ser una sociedad justa ni qué es un Derecho positivo "correcto", pero podemos frecuentemente demostrar convincentemente qué es lo injusto; en cualquier caso tenemos que buscar hacer siempre lo socialmente correcto y tenemos que abstenernos de hacer política populista, para tender al verdadero perfeccionamiento de la vida humana social y personal.

CAPITULO VI.- "NOCIONES GENERALES DE FILOSOFIA DEL DERECHO"

Como cuestión preliminar, antes de entrar en los temas de la filosofía jurídica, es preciso tratar brevemente algunos problemas teóricos previos que tienen que ver con la configuración de la disciplina, porque marcan la pauta a seguir en el estudio filosófico del Derecho. Se dará sólo una visión general, obviando una exposición filosófica de fondo. Se trata más de enunciar unas ideas de forma lineal, que de desarrollar cuestiones, que tanto dividen a los filósofos. Tres son las cuestiones de las que nos vamos a ocupar: La medida del conocimiento, la relación entre el ser y deber ser y el problema de los valores, para pasar a los temas concernientes a la valoración del Derecho.

VI. 1.- La Medida del Conocimiento.

La primera de las cuestiones de las que nos ocuparemos que tienen que ver con la configuración de la Filosofía jurídica podríamos llamarla "la medida del conocimiento".

Nuestra capacidad de conocer es limitada, pero, dentro de sus límites, ¿hasta qué profundidad del ser es capaz de penetrar el intelecto humano? ¿Se limita a los datos de nuestros sentidos y a nuestras experiencias sensibles o es capaz de penetrar más allá? En otros términos, la cuestión planteada puede enunciarse así: ¿es capaz nuestro entendimiento de conocimiento metafísico?

Obsérvese bien cuál es el problema. Para aclararlo podemos distinguir entre extensión y profundidad de nuestro conocimiento. ¿Existe un conocimiento natural más extenso del que proviene de los sentidos y de la experiencia sensible? ¿Conocemos naturalmente cosas, seres y realidades de modo directamente ultrasensible, es decir, de manera que el conocimiento no provenga inicialmente de nuestros sentidos? Tal sería, por ejemplo, la visión inmediata de seres espirituales. A tales preguntas debemos responder que **no**. Todo nuestro conocimiento natural parte de los sentidos; la experiencia sensible es la puerta de nuestro conocimiento. Si hay conocimientos naturales que parecen totalmente ultrasensibles, se trata en realidad de apariencias, por no ser bien conocidos ciertos fenómenos naturales que atañen a nuestra sensibilidad. Por eso si nos encontramos con conocimientos que verdaderamente y con certeza no tienen su principio en el conocimiento sensible, no se trata de fenómenos naturales, sino de sucesos preternaturales o sobrenaturales. Nuestro conocimiento *natural* comienza siempre y en todos los casos por los sentidos, es decir, por la experiencia sensible. En este orden de cosas, el hombre no posee por naturaleza un conocimiento más extenso del que tiene su principio en la experiencia sensible. Más, como veremos más adelante, la inteligencia juega un papel muy importante en el conocimiento.

Otro problema distinto -que es el planteado aquí- se refiere a la profundidad del conocimiento. Supuesto que el conocimiento humano comienza por los sentidos, ¿se limita nuestro conocimiento a la experiencia sensible o va más allá de ella? O lo que es lo mismo,

partiendo de dicha experiencia, ¿es capaz nuestro entendimiento de captar realidades no sensibles o inmateriales? ¿Es el hombre capaz de un conocimiento que va más allá de los fenómenos, de las apariencias sensibles o físicas, esto es, es capaz de un conocimiento metafísico?

La respuesta ha de venir determinada, no por un *a priori* (como más adelante se explica a detalle), sino por un análisis de nuestro conocer. Para nuestro propósito basta mostrar que se da el conocimiento metafísico; como sea esto posible es objeto de la teoría del conocimiento. Y son dos los datos que ese análisis nos proporciona para concluir que nuestro entendimiento alcanza un núcleo de realidades metafísicas: por un lado el conocimiento de los universales y por otro el conocimiento de realidades espirituales como sucede con Dios.

Los universales son ideas, conceptos y enunciados que nuestra mente elabora y que tienen un valor universal, esto es, que se predicán sin excepción de todos los entes que abarcan. Tal es, por ejemplo, el concepto *hombre*; todo cuanto se predica de ese concepto -animal racional- se predica de todo hombre sin excepción. Lo propio de los universales es que no son simples captaciones de hechos. No es que nuestra mente elabore los universales a partir de la experiencia universal. Por el contrario, lo típico de un universal es que la mente humana llega a él a partir de una experiencia parcial. Ningún hombre es capaz de conocer a todos los hombres sin excepción, los existentes, los que ya existieron y los que en el futuro existirán; cada hombre conoce sólo una parte de la humanidad. Sin embargo, de esa experiencia sensible parcial, la mente se remonta al concepto *hombre*, alcanzando un conocimiento -¿qué es el hombre-, que traspasa la experiencia sensible. El universal comporta un conocimiento ultrasensible, pues de una experiencia parcial llega a un conocimiento universal, alcanza -según el ejemplo propuesto- verdades predicables con certeza de todo hombre.

El empirismo (tema que se profundizará más adelante en esta obra), que reduce todo conocimiento humano a la experiencia sensible, sostiene que no existen universales, sino generalizaciones que nuestra mente hace a partir de unos datos parciales, porque para estos autores tampoco son reales las especies o los géneros, sino sólo los individuos. De un dato parcial, la mente deduce un dato general. Más esta tesis es contraria a la evidencia de nuestro conocimiento. Lo que diferencia lo universal de lo general, es que lo primero se da siempre y sin excepción, mientras que lo segundo indica lo que sucede normalmente, lo que es común, pero admite excepciones; lo general es lo mayoritario, mientras que lo universal se refiere necesariamente a la totalidad.

Pues bien, nuestra mente obtiene conceptos y conclusiones -conocimientos- que no son simplemente generales, sino verdaderamente universales. Javier Hervada¹⁶³, al tratar este tema, nos expone un ejemplo: Las dos piernas del hombre tienen la misma longitud. Conocemos, desde luego, que hay hombres que nacen con una pierna más corta que otra. ¿Cómo reaccionamos ante este hecho? Si la primera afirmación -las dos piernas tienen la misma longitud- fuese una generalización, ante el hecho de un hombre con una pierna más corta que otra, reaccionaríamos en buena lógica como ante un hecho

¹⁶³ Hervada, Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Editorial E.U.N.S.A., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, Segunda Edición, 1995, pp. 60.

simplemente estadístico; la verdad sería ésta: la generalidad de los hombres tiene las dos piernas iguales y algunos hombres las tienen de longitud desigual. Ambos tipos de hombres serían igualmente normales, porque no existirían un criterio en virtud del cual pudiésemos decir que la normalidad es que las dos piernas sean iguales. En efecto, para establecer un criterio de normalidad, es preciso que tengamos una idea de cómo el hombre debe ser, deducida de lo que todo hombre exige para que su constitución física sea correcta. Pero esto es una conclusión universal, no general; significa que nos hemos hecho una idea del hombre, en virtud de la cual, si un hombre concreto se separa en algo de esta idea, podemos hablar de un defecto, de una anormalidad. Y eso -hay que repetirlo-, no es una conclusión general sino universal.

En el caso de un hombre con una pierna más corta que otra, no hablamos de un simple hecho estadístico, sino de un defecto, de una anormalidad.

Nuestro pensamiento opera naturalmente con universales. El razonamiento y el comportamiento comunes de los hombres presuponen múltiples veces el uso de universales, sin los cuales no se entenderían ni ese comportamiento, ni ese razonamiento.

Supuestos los universales, cabe preguntarse hasta qué punto son *reales*. ¿Nos proporcionan el conocimiento de las cosas, porque nos indican una realidad de ellas, o por el contrario son meros predicados de la razón, algo que nuestra razón atribuye a las cosas, sin que esté en las cosas? Naturalmente que el universal tal como es, es un ente de razón. El concepto *hombre*, por ejemplo, no tiene realidad extramental en cuanto concepto; está en la mente de cada hombre. En eso consiste ser un concepto: es una operación de la razón. Pero no es una operación de la razón sin más, sino un *conocimiento*, esto es, un reflejo de la realidad. Es como la imagen reflejada en un espejo; la imagen no es el objeto en sí (que refleja el espejo), pero existe el objeto reflejado y por eso la imagen es verdadera. El concepto *hombre* no es cada hombre, pero refleja una realidad verdadera de todo hombre. Lo mismo ocurre con los enunciados universales: el enunciado "las dos piernas del hombre son iguales", en cuanto enunciado está sólo en la mente; pero es el reflejo -el conocimiento- de la realidad. En la realidad, la mayoría de los hombres tienen las dos piernas iguales por lo cual son normales, y la minoría que las tiene desiguales, es defectuosa; en el origen de la desigualdad de la longitud de las piernas, la ciencia descubrirá un proceso patológico. En el bien entendido de que la predicación de patología es de suyo metafísica, porque la normalidad -como hemos visto- no nos la da a conocer la experiencia sensible, sino la universalización. Sin los universales, hasta las ciencias experimentales son incapaces de señalar algo más que puros hechos, iguales o distintos, constantes o diferenciados.

El conocimiento por universales es un conocimiento de la realidad; es, pues, un conocimiento verdadero, cuando la operación universalizadora ha sido correcta. Aparte de los universales, se observa que nuestro intelecto alcanza conocimientos metafísicos por llegar a conocer, partiendo de la experiencia sensible, entidades que escapan de los sentidos. Tal sucede con la existencia de Dios. Cualquiera de la vías, por las cuales la razón llega a captar la existencia del Ser Subsistente, comienza por un hecho de experiencia, a través del cual y por un razonamiento de índole metafísica -la imposibilidad de una serie infinita de causas- llega a captar la existencia de un Ser de naturaleza espiritual no sensible,

dotado de la nota de infinitud. En todas las vías demostrativas racionalmente de la existencia de Dios, hay un salto del conocimiento empírico o fenoménico al metafísico: justamente cuando de la imposibilidad de una serie infinita de causas se llega a la primera causa.

El conocimiento metafísico forma parte del modo común y corriente de conocer propio del hombre, cuya inteligencia opera metafísicamente de modo constante, como lo muestra el más simple análisis del lenguaje. Cada vez que utilizamos un concepto estamos operando metafísicamente, cada vez que establecemos la diferencia entre lo normal y lo defectuoso -no entre lo general o común y lo minoritario o particular- nos ocurre lo mismo, etc., de modo que el conocimiento metafísico nos es algo connatural. Por eso, cuando en el ámbito de los saberes cultos se opera un rechazo absoluto -no sólo metodológico como en el caso de las ciencias fenoménicas- del conocimiento metafísico y una consciente y voluntaria reducción al conocimiento fenoménico o empírico, se produce un incorrecto abandono de una parte fundamental de nuestro saber, que torna opaca una dimensión esencial de la realidad. Se causa, así, una voluntaria ceguera, que priva al hombre del más alto y profundo núcleo de inteligibilidad de los entes.

La un tanto extendida frase de cierto filósofo sueco "*delenda est metaphysica*" expresa todo lo contrario de una actitud acertada y sabia ante el mundo y ante la vida. La humanidad puede vivir sin Cártago, pero el hombre no puede rehuir a la metafísica, pues prescindir de ella -aparte de ser imposible- supone que el mundo del espíritu se queda voluntariamente ciego a la suprema luz y vacío al más alto y profundo nivel del conocimiento. Además, el mismo rechazo a la metafísica reviste una reflexión filosófica de carácter metafísico, puesto que no se basa en los puros hechos.

VI. 2.- El Ser y el Deber Ser.

La segunda de las cuestiones de la que debemos ocuparnos (según se hizo alusión en el punto V. 1.- de este capítulo) consiste en la relación entre el **ser** y el **deber ser**. Esta cuestión nos viene dada por una arraigada convicción que se observa en una serie de filósofos en general y de filósofos del Derecho en particular; hay un *hiatus* insalvable -dicen- entre el mundo del espíritu o mundo de la cultura y el mundo de la naturaleza; o bien entre las esferas del conocimiento y la del obrar. Habría, pues, una fisura intraspasable entre el *ser* y el *deber ser*, de modo que no sería posible el tránsito del *ser* al *deber ser*; de que algo sea, no puede pasarse a afirmar que deba ser y, en tal sentido, de una inclinación natural, por ejemplo, no puede deducirse un deber ser, un deber o ley natural. Dicho tránsito constituye -han afirmado especialmente los filósofos analíticos- una falacia, la falacia naturalista.

¿Abismo entre el mundo de la naturaleza y el mundo del espíritu, entre realidad natural y pensamiento, entre ser y pensar? Digamos ante todo que no puede existir, en el hombre, una fisura insalvable entre naturaleza y pensamiento, en virtud del principio de *unidad del ser*. Como es sabido, uno de los trascendentales del ser es la unidad; el ser es, por definición, uno; es imposible que así no sea. Un ser dividido ya no es un ser, sino dos o múltiples seres. Siendo el hombre un ser compuesto de espíritu y materia, de naturaleza y espíritu, de realidad natural y pensamiento, es necesariamente **uno** en su composición; en él hay composición, pero no división. Lo cual comporta una necesaria *comunicación* -fruto

de la unidad- entre naturaleza y espíritu, entre pensamiento y realidad natural. Esto se verá con tanta mayor facilidad, cuanto mejor se observe que el pensamiento es operación y que toda operación lo es de un ente, del cual la operación es una actualización, una puesta en acto. Por lo tanto, si la operación es actualización del ser y el pensamiento es operación, resulta impensable la incomunicabilidad entre el ser y la operación.

"En el ser del hombre -dice Javier Hervada-, y en virtud del principio de unidad del ser, todas sus dimensiones están comunicadas e interrelacionadas; en él no hay ni puede haber un abismo entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza. Y si en el interior del hombre no existe tal abismo, tampoco existe respecto del mundo exterior, pues la comunicación es posible ahí, si lo es en el interior del hombre. El mundo de la naturaleza y el mundo del espíritu no son dos mundos separados por un abismo, sino dos mundos comunicados" ¹⁶⁴. El mundo de la naturaleza es un mundo pensable, captable verdaderamente por el pensamiento y, en cierta medida, recreable por él. ¿Qué es la estatua que el escultor saca del bloque de mármol, si no una proyección recreacional del pensamiento hacia la masa sin forma de materia? ¿Y cómo esto sería posible sin un conocimiento -sin una penetración aprehensora- de esa materia por el pensamiento, lo cual comporta la comunicación entre el objeto y el pensamiento?

La relación entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza, por lo que al hombre respecta, halla su culmen en la relación entre pensamiento y objeto, que es una relación necesaria. Por lo tanto, al pretendido abismo hay que oponer la comunicación y, en último término, la relación, que alcanza a ser relación necesaria en un determinado aspecto. En definitiva, cuanto se ha dicho antes respecto del conocimiento metafísico, vale para la cuestión que nos ocupa, pues si es posible el conocimiento metafísico, es obvio que naturaleza y espíritu están comunicados. Además, esa unidad del ser humano, dotado de naturaleza, postula también la correlación entre naturaleza y fines del obrar.

Supuesto cuanto acabamos de decir, se puede pasar a exponer si acaso cabe el tránsito del ser al deber ser, y en caso afirmativo en qué medida y condiciones resulta ello posible. Este tránsito puede analizarse desde el punto de vista lógico y desde el punto de vista ontológico. Desde ambos puntos de vista cabe concluir que en tal tránsito puede caerse en una falacia: la falacia naturalista. Pero hay una forma de tránsito que no es ninguna falacia.

Veamos, en primer lugar, el punto de vista lógico. De que algo es, no puede deducirse que *debe ser*, porque *es* resulta ser un presente y *debe ser* denota un futuro ser de algo que aun no es. Si ya **es**, no puede **deber ser** (que implica no ser aun). Si es presente, no puede aun no ser y por ello deber ser. Sólo por una falacia puede pasarse lógicamente del ser al deber ser.

Desde el punto de vista ontológico, también puede ser falaz pasar del ser al deber ser. De un hecho, de lo que ya es, no puede deducirse que *eso debe ser*, es decir, del hecho no puede pasarse al Derecho: esto es así, luego tiene Derecho a ser así, tal cosa es ley. Si ese tránsito deductivo se hace, se comete la falacia lógica y, además, se comete una falacia ontológica. El hecho, lo que sucede (o **es**), puede ser lícito o ilícito, justo o

¹⁶⁴ Hervada, Javier, "Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho", p. 63.

injusto; esto está implícito en la noción misma de deber ser, de Derecho, de ley. Lo que es, puede no haber debido ser o puede haber debido ser: del hecho se ser no puede deducirse que debe ser.

En esta falacia, lógica y ontológica, han incurrido a lo largo de la historia, cuantos han elevado una situación de hecho al rango normativo de Derecho o de ley. Tal era la falacia de los sofistas cuando decían que la ley natural es la dominación de los fuertes sobre los débiles; es así que el fuerte de hecho domina al débil, luego eso es lo justo, lo normativo, lo que debe ser. Esta deducción es ejemplo de la falacia naturalista. De igual modo han incurrido en esa falacia aquellos autores que, de una u otra forma, han llamado Derecho o ley naturales a la situación fáctica del dominio por la fuerza. Eso es mezclar indebidamente el **ser** con el **deber ser**. El ser no es normativo por su frecuencia o su carácter mayoritario; de ser normativo, sólo puede serlo por razón de su misma entidad. Claro que para captar esa normatividad es preciso entender que el ser es algo más que el mero hecho.

Hay, sin embargo, un tránsito del ser al deber ser que no es falaz, ni lógica ni ontológicamente. Esto ocurre en el ámbito del hombre cuando se comprende que su ser es dinámico y perfectible, es decir, que encierra en sí una potencialidad de perfección, de modo que el *esse* del hombre se ordena a un *plenum esse*. Dado que el ser del hombre está entitativamente inmerso en un proceso de *realización* en orden a unos fines, cuya consecución le lleva a un modo más pleno y enriquecedor de ser, cabe el tránsito del ser al deber ser.

Propiamente, es en este caso cuando es posible hablar de deber ser. El deber ser no es una forma *a priori*, sin realidad substantive, sino una exigencia de ser, radicada en la ontología del ser. Nace el deber ser cuando el ser aparece en estado de imperfección inicial y clama -exige- por su realización en los fines que lo plenifican y perfeccionan. El deber ser es la expresión del ser exigente: esa realización en la plenitud debe ser.

Sí el **deber ser** es, por una parte, expresión del ser exigente, por otra parte, en tanto es **deber ser**, expresa, no el presente, sino el futuro del ser; lo que *aun no es*, debe ser. El deber ser está en el ser como un futuro exigido. Luego, este tránsito del ser al deber ser no incurre en la falacia lógica. No es lo que es lo que *debe ser*, sino que *debe ser* lo que, pudiendo ser, *aun no es*. El deber ser no se predica de un presente, sino de un futuro; no hay, pues, falacia lógica.

Tampoco hay falacia ontológica, pues no es el puro hecho el que se eleva a deber ser, sino que es **deber ser** una posibilidad del ser humano que aparece como normativa, por exigencia intrínseca del ser. Y esto es posible, porque pertenece por definición a la dignidad de la persona humana. Que la persona humana es digna, no por predicación extrínseca, sino por entidad intrínseca, no significa otra cosa sino un ser *normativo*, un ser que no puede ser tratado de cualquier modo, sino que debe ser tratado y debe desarrollarse según *lo que le es debido*. Y le es debida su intrínseca y constitutiva entidad, que es dinámica, porque el hombre es un ser de fines, a los que tiende para realizarse en plenitud.

En conclusión, hay un tránsito del ser al deber ser, que es legítimo.

VI. 3.- Bien y Valor.

Una vez que el mundo, a través de un largo proceso de evolución, dio origen a los seres humanos, dejó de ser el que era y dio paso a la creación de otra dimensión de la vida sobre el planeta. A través de los seres humanos, el mundo se ha llenado de significado y ha sido introducido en una complicada trama de valores que hemos tejido gracias a nuestra capacidad para pensar y querer ¹⁶⁵. El mundo está impregnado de significado; solamente algo que tenga significado puede ser un valor y algo solo puede tener significado para un sujeto. El ámbito de significados y valores es más importante para nosotros que el aire o la comida. Sin aire y sin comida morimos, sin un ámbito de significados y valores no seríamos humanos siquiera.

La disociación entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza conduce -entre otras posibilidades- a la *teoría de los valores relativos*. Esta teoría nos dice que, puesto que lo natural es opaco al espíritu, se afirma, es éste quien proyecta sus propias formas *a priori*, sus propias construcciones, sobre el ser. En el ámbito de la conducta humana -la moral en el sentido genérico de esta palabra-, los criterios del *deber ser* son, según esta extendida teoría, los valores o estimaciones de nuestro espíritu -fundamentalmente la conciencia, descrita como sentimiento moral- acerca de las acciones humanas.

"Hay conductas valiosas -nos dice Javier Hervada-, esto es, que realizan un valor: son las conductas correctas. Hay, por el contrario, conductas que contienen un disvalor: son las conductas incorrectas, inmorales, injustas. Obsérvese bien, no contienen un disvalor porque sean injustas, sino que son injustas porque son estimadas como disvalores". ¹⁶⁶

En efecto, en la *teoría de los valores relativos*, el valor se entiende propiamente como una estimación **subjetiva**, una proyección del espíritu sobre la conducta humana. Los valores no se entienden como dimensiones objetivas de la realidad captadas por el espíritu, sino como proyecciones que el espíritu humano efectúa de creaciones suyas. Por consiguiente, los valores son relativos y, en tanto que tales, cambiantes. Según esto, una conducta resulta correcta o incorrecta, no en sí misma, sino según la estimación valorativa de nuestro espíritu. Por ahí se explicaría el cambio de valoración, que una serie de conductas han recibido en distintas épocas y en diferentes medios sociales; por ejemplo, la esclavitud, en tiempos pasados. Dada la relatividad de los valores y su índole subjetiva, el sistema social de valores se fija por la estimación valorativa de la mayoría, sin que ello sea óbice para adoptar los resortes oportunos para no lesionar los derechos de las minorías, por ejemplo mediante la objeción de la conciencia.

Como sea que el relativismo axiológico -la *teoría de los valores relativos*- se funda en la escisión entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza, **no resulta una teoría aceptable** una vez sentado que dicha escisión no responde a la realidad humana. La

¹⁶⁵ RUSSELL, Robert John; STOEGER, William y COYNE, George (Compiladores). "Física, Filosofía y Teología". Una búsqueda en común. Editorial Edamex. Derechos reservados para la traducción castellana por Libros para todos, S.A. de C.V. y la Universidad Popular Autónoma de Puebla. 2002. pp. 176.

¹⁶⁶ Hervada, Javier, obra citada, pp. 66-67.

teoría de los valores debe partir de la índole valiosa de la persona humana, en sí y en relación a sus fines; debe partir, en suma, de la dignidad ontológica de la persona humana. En esta perspectiva, los valores **no** son estimaciones subjetivas, sino **objetivas**, pues no se trata de creaciones de nuestro espíritu, sino de realidades propias del ser humano y de la vida social. Los valores humanos no son relativos, como no es relativo el ser de la persona humana.

El valor comporta una estimación, pero esta estimación obedece a un valor objetivo del ser humano, que se presenta como bien. Y si el bien y el ser son lo mismo, pues la bondad es un trascendental del ser, el valor -que es una forma de contemplar la razón de bien del ser- es asimismo un trascendental. El valor y el ser son lo mismo. El valor es la estimación del ser como bien, que obedece a una dimensión objetiva y real del ser.

Respecto de la persona humana y su desarrollo finalista hay que hablar de valores objetivos en virtud de la objetiva y real dignidad de la persona humana. Hay que hablar de *bondad esencial* y de *bienes naturales* que le son propios.

La persona, por ser un ser de fines, se realiza en los valores. Tiene un ser ordenado a los valores, que marcan la linde entre el obrar correcto e incorrecto, porque el hombre tiene unos valores inherentes en relación con los cuales se realiza o se degrada y, según ello, el obrar es bueno o correcto, o malo o incorrecto.

Cuando el hombre se orienta hacia esos valores -hacia el bien- y está marcado por esa orientación es virtuoso y, en caso contrario, vicioso.

La *teoría de los valores relativos*, como teoría de la realización del hombre en el ámbito del deber ser o ámbito moral, debe ser sustituida por la *teoría de las virtudes*, entendiendo por virtud la actitud de la apertura del hombre hacia los valores inherentes a su ser.

VI. 4.- La Filosofía General y la Filosofía del Derecho.

"Filosofía es una sabiduría que consiste precisamente en no aceptarse en posesión de ningún saber definitivo... es una sabiduría mundana que difícilmente se recluye en los límites de un oficio o de una especialidad puesto que se ejercita en todos ellos"; dice Gustavo Bueno ¹⁶⁷. Ahrens define la Filosofía del Derecho (que identifica con el Derecho natural), diciendo que es "...la ciencia que expone los principios cardinales del Derecho concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas..." ¹⁶⁸

No caeremos en la pueril pretensión de asignar a la Filosofía del Derecho la posesión de "la verdad jurídica"; ni considerarla como reflexión sustantiva, aislada de todo otro ejercicio dialéctico del pensamiento humano. La actividad pensante humana es única y se

¹⁶⁷ Citado por De Castro Cid, Benito, "Problemas básicos de Filosofía del Derecho: Desarrollo Sistemático". Editorial Universitas, S.A. Tercera Edición. Madrid, España. 1997, p. 53.

¹⁶⁸ Ahrens, Heinrich, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", p. 1.

proyecta sobre cualquier realidad fáctica o ideal que atraiga su atención. Al preguntarse Recasens Siches quiénes actuaron en la creación o restauración de la Filosofía del Derecho contesta que, además de algunos científicos del Derecho y algunos juristas prácticos, fueron casi todos los grandes filósofos.¹⁶⁹

Se debe afirmar pues, que la historia y vicisitudes de la Filosofía del Derecho corre a la par con las de la Filosofía General, puesto que sólo es un capítulo de ella misma.

VI. 5.- Desarrollo Histórico de La Filosofía del Derecho.

Entendemos que el filosofar sobre lo jurídico comienza históricamente cuando las personas se sitúan en una actitud intelectual crítica frente a las realidades jurídicas, con intención de encontrarles argumentos racionales sobre lo que deban ser. De acuerdo con esta matización puede decirse que la Filosofía del Derecho apareció con la sofística griega. Cuestión distinta es la de preguntarnos acerca del término "*Filosofía del Derecho*"; en el sentido que actualmente tiene, terminología ésta muy reciente.¹⁷⁰

A partir de esta etapa crítica de los sofistas, el argumento mítico-religioso pagano de autoridad pierde fuerza social, iniciándose el esfuerzo para explicar las realidades desde categorías racionales. Platón cree en la existencia etérea de un ideal de Justicia, accesible sólo a los filósofos que, por tal motivo, son los capacitados para dictar las leyes en la ciudad ya que encarnarán en ellas esa Justicia teórica e incomprensible para el resto de los mortales. La Justicia que deban incorporar las leyes de los hombres resulta ser, para Platón, el resultado de una reflexión mental, una re-memoración; en definitiva, un producto de la filosofía.

Con menor belleza, pero más radicalidad humana, Aristóteles diferencia la Justicia natural de la otra Justicia, la legal, y dice de aquella que posee siempre y en todo lugar la misma fuerza. En cambio, lo justo legal es lo que, siendo en principio indiferente de por sí, una vez establecido y recogido por las leyes humanas, ya no es igual, no da lo mismo realizarlo de un modo u otro. En un plano menos idealista, el discípulo de Platón, viene a significar que la ley humana encarna un concepto de Justicia adecuado a cada mentalidad y cultura y que, si anteriormente tenía distinto matiz, una vez ínsita en la norma, el actuar injustamente o contrariamente a ella no es indiferente, sino contra la ley.

La Patrística, con su actividad apologética frente a la herejía y por su proximidad en el tiempo a la ingente y todavía vigorosa argumentación filosófica griega, necesitó dotar al dogma -verdad no racional sino revelada- de un cuerpo doctrinal filosófico con que poder argumentar las objeciones intelectualistas de sus oponentes. Prácticamente no hay

¹⁶⁹ Citado por De Castro Cid, Benito, obra citada, p. 54.

¹⁷⁰ El vestigio más remoto de elaboración mental aplicable a lo jurídico como filosofía, porque parte de una actitud racional crítica frente a lo instituido, parece que lo encontramos en la mentalidad sofista (siglo IV antes de Cristo), y reflejado en la famosa frase de Protágoras: "El hombre es la medida de todas las cosas", que inicia la andadura histórica de todo racionalismo. Hippias predicaba la existencia de una naturaleza igual, libre para todas las personas, punto de partida para la negación del argumento que daba a la esclavitud un carácter natural.

De Castro Cid, Benito, Idem, pp. 37-38.

especulación filosófica sobre lo jurídico durante estos cuatro primeros siglos hasta San Agustín, tras el cual comienza a alborear la llamada "filosofía escolástica" ¹⁷¹.

La elaboración filosófica medieval del Derecho Natural, esfuerzo ingente de la mente para explicar la legitimación de las leyes humanas en un orden legal superior, aun sin ser Filosofía del Derecho en el sentido actual, sí ha sido una Filosofía "sobre el Derecho" apoyada en la Teología cristiana. Superado el concepto de la divinidad pagana por el de Dios "creador y providente" del universo, adquiere más sentido jurídico la existencia de un orden universal establecido a su obra por el autor de la misma. Y este orden cósmico es una Ley, eterna, como eterno es su autor. Ley, principio rector de todos los actos y movimientos, resultado de la actividad racional de su autor divino, y que manda conservar el orden natural impuesto prohibiendo expresamente ser perturbado. Este orden natural no sólo procede de un acto racional divino sino que es reafirmación de esa voluntad divina. Es, pues, un orden racional y querido.

Con una tal premisa, de autoridad suprahumana, de índole no racional-humano, se parte para elaborar una argumentación jurídica que sí es filosófica. El hombre y todo el ámbito de su creatividad, en la que se incluye el Derecho, participa racionalmente de ese orden o ley universal y eterna. Esta participación consiste en una inducción -actividad racional- por la cual establece para sí y para su obra los principios de orden que descubre ínsitos en la naturaleza de las cosas mediante la atenta observación de las mismas. La labor del descubrimiento de los criterios de orden naturales, para fijar por inducción los criterios rectores de las conductas humanas en lo moral y en lo jurídico, es una tarea filosófica. Como puede apreciarse, la construcción del iusnaturalismo clásico es auténtica Filosofía del Derecho en su época y por ello nos dice Benito de Castro Cid, al exponer la obra de Truyol Serra que: "...la expresión 'Filosofía del Derecho' es, en efecto, una denominación nueva para un objeto antiguo que, por estar tratado en una conexión conceptual más amplia, no tenía etiqueta propia". ¹⁷²

La Filosofía del Derecho surge específicamente, ante la imposibilidad de la Ciencia Jurídica por explicar sus propios fundamentos básicos con los que trabaja (esencia del

¹⁷¹ En sentido estricto, a la filosofía cristiana de la Edad Media se le denominó "Escolástica". Se denominó "scholasticus" en los primeros siglos de la Edad Media al maestro de artes liberales y más tarde al docente de filosofía o teología que, al principio, dictaba sus lecciones en la escuela del claustro o de la catedral y después en la universidad. "Escolástica" significa, por lo tanto, al pie de la letra, la filosofía de la escuela; y como las formas de enseñanza medieval eran dos: la *lectio*, que consistía en el comentario de un texto, y la *disputatio*, que consistía en el examen de un problema a través de la discusión de los argumentos que se pueden aducir en pro y en contra, la actividad literaria adquirió en la escolástica de preferencia la forma de comentarios o de colecciones de problemas. El problema fundamental de la escolástica es de llevar al hombre hacia la comprensión de la verdad revelada. La escolástica es el ejercicio de la actividad racional (o en la práctica, el uso de una filosofía determinada, neoplatónica o aristotélica) con la finalidad de llegar a la verdad religiosa, demostrarla o aclararla en los límites de lo posible y dotarla de un arsenal defensivo contra la incredulidad y las herejías. La escolástica, por lo tanto, no es una filosofía autónoma, como lo fue la filosofía griega, por ejemplo, y su dato o límite es la doctrina religiosa, el dogma. En su misma tarea no se confía sólo a las fuerzas de la razón, sino que llama en su ayuda a la propia tradición religiosa. Sueen distinguirse tres grandes periodos en la escolástica medieval: 1. La alta escolástica que va desde el siglo IX hasta el final del siglo XII y se caracteriza por la confianza en la armonía intrínseca y sustancial de fe y razón y en la coincidencia de sus resultados; 2. El florecimiento de la escolástica que se extiende desde el siglo XIII hasta los primeros años del siglo XIV, que es la época de los grandes sistemas en la cual el acuerdo entre fe y razón se considera como algo parcial, sin que, a pesar de ello, se considere posible su contradicción; 3. La disolución de la escolástica, que abarca desde los primeros decenios del siglo XIV hasta el Renacimiento, durante la cual el tema fundamental es precisamente la oposición entre fe y razón. En general se puede denominar escolástica, a toda filosofía que tome como tarea la aclaración y defensa racional de una determinada tradición o revelación religiosa.

Abbagnano, Nicola. "Diccionario de Filosofía". Fondo de Cultura Económica. México. 1963. Pág. 427.

¹⁷² Cita de De Castro Cid, Benito. "Problemas básicos de Filosofía del Derecho: Desarrollo Sistemático", p. 40.

Derecho, deber jurídico, relación jurídica, derecho subjetivo, persona, etc.) y los valores que el Derecho encarna y actualiza (Justicia, Bien Común, solidaridad, subsidiaridad, responsabilidad, etc.) Pero genéricamente, la filosofía jurídica se realiza también al cuestionarse cada persona y, en especial, los grandes pensadores no juristas la función que tienen el Derecho y el Estado en la comprensión total de la convivencia, las relaciones del ser humano con el resto de su mundo.

La primera cuasi-reflexión racional en la cultura griega se caracterizó por una interpretación del mundo como un todo armónico, consecuencia de un *logos* o principio rector de las fuerzas antagónicas existentes en todas las cosas. En esta época, las ideas sobre las conductas humanas constituyen un magma indiferenciado de consideraciones mítico-religiosas. No hay conciencia de lo moral, lo religioso ni lo jurídico. Todas las leyes humanas se nutren de una sola, la divina, dice Heráclito. Aunque Aristóteles distinguiera ya en la "Ética" (teoría del comportamiento), tres matizaciones temáticas (la monástica, la económica y la política); el Derecho, como orden normativo ético, no era concebido independientemente; no obstante que se nos antoja muy rústico y rudimentario, hoy sería descabellado tratar de comprender las ideas que alimentan nuestras instituciones jurídicas modernas sin tener en cuenta obras como, por ejemplo, la "República" de Platón, o la "Política" de Aristóteles, debido a que la ciencia jurídica actual y su antecesora, la Jurisprudencia Romana, son tributarias de las ideas de los distintos pensadores, empezando por los filósofos griegos.

Existen atisbos iusfilosóficos en el ingenio jurídico-práctico romano en la distinción, por algunos pensadores, de tres clases de Derecho (*ius naturale, ius gentium, ius civile*), trilogía con amplia resonancia posterior.

Sin embargo, a estas primeras andaduras de la mente recapitulando sobre temas del Derecho, aunque sean reflexiones filosóficas, no se las puede entender o considerar como Filosofía del Derecho según concepto actual de la misma, debido a su carencia de sistemática.

Durante los quince primeros siglos de nuestra era, la especulación filosófica general se efectúa estrechamente vinculada a la teología, pues desde Aristóteles, hasta la "Disputaciones Metafísicas" de Francisco Suárez ¹⁷³, son el primer intento por situar la metafísica como filosofía independiente.

Idéntica vinculación teológica ha mantenido al pensamiento filosófico-jurídico-ético toda la influencia escolástica, en torno a la *ius naturalis scientia*, defensora de un Derecho superior basado en la naturaleza humana creada por Dios, Derecho natural inducido racionalmente de la contemplación de la ley eterna divina, y legitimador de todo Derecho positivo. Incluso el "Tratado de la Leyes y Dios Legislador" de Suárez, importante obra iusfilosófica, mantiene la conexión con la teología.

La mentalidad luterana, a consecuencia del concepto de justificación por la fe y la gracia, con el transcurso del tiempo fue debilitando el interés de las mentes por lo terrenal. Para la filosofía protestante la ley humana sólo impone conductas externas, y como el

¹⁷³ Citado por De Castro Cid, Benito, obra citada, p. 55.

cristiano no necesita más ley que su fe y su libre voluntad, la justificación del Derecho -hasta entonces teológica- inició la búsqueda de una nueva fundamentación, ahora humana. **la razón**, ante la imposibilidad de aplicar las categorías humanas al orden divino. Esto cristalizó en el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII con la separación de los órdenes moral y jurídico y consagró definitivamente la "mundanización" del Derecho.

A partir de aquí, el paso hacia la superación de toda "filosofía" (explicación y fundamentación racional) sobre el Derecho fue una derivación rápida y consecuente: el descrédito racional metapositivo para lo jurídico y los intentos por encontrar una "ciencia" empírica desde la propia realidad del Derecho positivo, ya en el siglo XIX (positivismo). El movimiento historicista alemán se caracterizó por encontrar la génesis de todo el componente cultural de un pueblo en el propio espíritu de su gente. El arte, la literatura, el *folklore*, la filosofía, el Derecho, etc., son la expresión del alma popular. Esta mentalidad vigente durante todo el siglo, fue creando un convencimiento generalizado -en cierto modo equivale a una "filosofía práctica"- referente a que lo genuino de toda realidad es, a su vez, algo material, no ideal; esto referido al Derecho como fenómeno fáctico significa que su fundamento último es un dato empírico, no una lucubración (empirismo).

Parejo a esta corriente de pensamiento se produce el auge de las ciencias naturales (ciencias "exactas") que trabajan sobre hipótesis verificables, por lo que el conjunto de ambas circunstancias originó una concepción positivista de la vida y la proscripción de toda filosofía por su no materialidad comprobable *a posteriori*. Evidentemente, la Filosofía del Derecho se eclipsó ante el destello de tan esplendoroso positivismo. Aquí no hay ningún otro Derecho fuera del Derecho Positivo; sólo desde el Derecho vigente se puede hacer ciencia o teorías jurídicas.

Este modo de pensar fue la consecuencia que trajo el fundamento crítico que se produjo en la Epoca del Iluminismo o Ilustración que nació en Inglaterra (también llamada Epoca de las Luces) que se extendió de las postrimerías del siglo XVII a finales del siglo XVIII).

Rasgo esencial de la Epoca de las Luces es la exhortación de la autonomía interior del hombre frente a supersticiones y prejuicios inveterados en religión, ciencia, moral, política, arte, economía... Una peculiar actitud, un nuevo camino o método para encarar la vida en sus manifestaciones todas.

La piedra angular de este Iluminismo es el "conocimiento", que desemboca en el estudio de las formas del entendimiento humano. El entendimiento humano es capaz de conducir a un progreso ininterrumpido de la cultura humana, más esto reclama una lucha contra las tradiciones a la luz de la razón. La Ilustración es "*...la salida del hombre de la minoría de edad, debida a su propia culpa. Minoría de edad e incapacidad para servirse, sin ser guiado por otros, de su propia mente. Y esta minoría de edad es imputable a él mismo, porque su causa estriba no en la falta de una mente, sino en la falta de decisión y de valor, del valor de utilizarla sin ser guiado por nadie. Sapere Aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia mente!*"¹⁷⁴. Este es el fundamento de la Ilustración.

¹⁷⁴ Hume, David, "Tratado de la Naturaleza Humana", Editorial Porrúa, S.A. Colección Sepan Cuantos, Num. 326. México, 1977, p. XIV.

La ilustración tiene una inseparable vocación antropológica, un "retorno" al hombre. Pero como la mayoría de las doctrinas que han surgido a lo largo de la Historia, cayó en el extremo de negar todo valor a ideas metafísicas, elevando al primer plano de la cultura humana, los saberes científicos.

Debemos confiar, por su puesto, que el entendimiento humano que nos proporciona **la razón** es el recurso idóneo para comprender, organizar y dirigir la existencia de los hombres. Pero la búsqueda del conocimiento no conduce a un necesario apartamiento del método filosófico (metafísica), que nos hace percibir las verdades más altas; por el contrario, la razón busca la sabiduría en forma totalizante y no en forma sectorial, por lo que no debe recluirse en los límites de un oficio o de una especialidad puesto que por naturaleza se ejerce en todos ellos.

A partir de la llamada "vuelta a Kant"¹⁷⁵, especialmente por la Escuela de Baden, ya a finales del siglo XIX, se produce un interés por la Historia como ciencia de la cultura, enfrentada a la ciencia de la naturaleza y se identifican los "valores" con aquellas llamadas "ideas regulativas" que Kant admitía para poder reconocer cualquier realidad, tanto fáctica como no fáctica. Tal reinterpretación de Kant significó el renacimiento de la Filosofía General. A ello debe asociarse la horrorizada recapitulación de los pensadores contemporáneos ante las atrocidades y vejaciones humanas que produjeron, durante la Primera y Segunda Guerra Mundial, los sistemas políticos inspirados en una concepción positivista del Derecho (y de la vida en general), según la cual, no existe referencia de legalidad fuera de la norma positivada.

No es posible sostener que el Derecho se justifique en sí mismo (tesis positivista), pues tal afirmación es una tautología que se comprende mejor si extrapolamos tal forma de justificación a cualquier otra realidad. Dado que el Derecho es una realidad emergente de otra realidad, la sociedad misma, en función de la cual tiene su razón de ser, si ha de ser "ajustado" a sus orígenes necesita ser justificado metapositivamente desde otras realidades objetivas. A estas fundamentaciones las podemos llamar "objetivismo jurídico".

El iusnaturalismo, por algunos no aceptado como Filosofía del Derecho, es todo un tratado de Axiología Jurídica porque establece una legalidad superior que es modelo, fundamento y justificación del Derecho positivo humano. Este orden legal superior, que es una inducción racional -por lo tanto una elaboración filosófica-, remite el fundamento último de esa legalidad superior a una primera, única y universal "legalidad" de carácter teológico (referido a Dios). Para purificar esta metodología de toda "impureza" no racional (fe-razón; teológica-filosofía), el iusnaturalismo **racionalista** moderno trastoca la cúspide del

¹⁷⁵ Desde que Otto Liebmann en su libro de 1865 "Kant y los Epígonos", fogoso y reflexivo a la vez, lanzó el slogan "Volvamos a Kant", no cesa entre algunos filósofos el prurito de los "retornos". A finales del siglo XIX y principios del XX se exhorta con entereza a otros "regresos". La encíclica "Aeterni Patris" de 1879, del Papa Leon XIII, promueve una vuelta a Santo Tomás. Asimismo se pide con rigor, años después, una "Vuelta a Aristóteles" en boca de Trendelenburg y Brentano. En las últimas décadas del siglo XX se habla de un nuevo "retorno", de una "Vuelta a Hume", y, a decir verdad, frente al auge innegable que cobraron en amplios círculos, primero, la nueva metafísica (de signo espiritualista), después, las filosofías existenciales y existencialistas. La consigna tiene lugar al afirmarse en Europa y en Norteamérica el reciente movimiento positivista de la crítica de la ciencia, iniciado a principios del siglo XX por Mach, Poincaré..., y que ha terminado por llamarse por sus propios autores positivismo o empirismo "lógico" (Wittgenstein, Russell, Carnap, Reichenbach, Popper...). David Hume (1711-1776), el mayor empirista de todos los tiempos, es, al propio tiempo, el mejor precursor del positivismo.
Hume, David, "Tratado de la Naturaleza Humana", p. IX.

sistema y sustituye la divinidad por la racionalidad, hasta caer en la utopía de la construcción maximalista de un Derecho natural *racional*.

Es durante el tránsito de los siglos XVIII al XIX cuando el término "Derecho Natural" va paulatinamente siendo sustituido por el de "Filosofía del Derecho", porque comienza a darse una nueva metodología en la reflexión filosófica del Derecho.

La idea de los "retornos" periódicos, acaso epocales, tratándose sobre todo de los clásicos de la filosofía, es de alcance relativo. Los "clásicos" son clásicos justamente porque sus doctrinas influyeron e influyen de tal manera en la posteridad que, convertidas en hitos, han orientado y conformado en parte el desarrollo del pensar filosófico. Aun hoy se habla con terminología de Platón y Aristóteles; se aspira a las ideas claras y distintas (Descartes); se discute el concepto de un Dios personal en nexos con un determinismo naturalista (Spinoza); se inquiere con renovada insistencia cómo es posible el saber (Hume, Kant), etc. No... no hay "retornos" periódicos a los clásicos... éstos no son huéspedes de la casa: son dueños de la casa. Viven en la filosofía del presente. Hay un "retorno" orgánico, permanente a ellos. De cierto, no se piensa ya *à la lettre* como San Agustín, Santo Tomás, Bacon, Leibniz, Locke, Hume, etc.; pero sin las realizaciones de todos los grandes, en su época y lugar, no se concibe el pensamiento de hoy. La filosofía es diálogo... diálogo permanente.

VI. 6.- El Campo de Estudio de la Filosofía del Derecho.

Para la comprensión del Derecho, no basta la metodología científica porque no puede contestar a ciertas interrogantes metaempíricas y porque toda Ciencia jurídica es, por definición, sectorial y no totalizante. Por otra parte, el conocimiento práctico del Derecho requiere, para ajustarlo a la vida, una razón no empírica sino *ideal* sobre el mismo, razón que justifique el esfuerzo de los juristas científicos y que legitime la adecuación del Derecho y el Poder a la vida por los juristas prácticos; razón que no venga derivada de ninguna otra, sino que sea originaria y autónoma, con validez universal.

Dice Michel Virally ¹⁷⁶ que el Derecho descansa siempre sobre una determinada concepción del hombre y de la sociedad, de sus relaciones recíprocas y, por consiguiente, también sobre un determinado sistema de valores. Es por ello casi imposible imaginar una sociedad provista de un Derecho que no posea al mismo tiempo una Filosofía del Derecho.

¿Qué es el Derecho?... ¿Qué es la Justicia?... ¿Qué es la Autoridad?... etc. Cuestiones de esta naturaleza, y muchas otras, han de encontrar contestación desde la misma racionalidad humana para intentar su comprensión, constitutiva de la razón jurídica. A tales fines no pueden aplicarse otro medio que la reflexión filosófica, sistemática y metodológicamente elaborada. ¿Cuándo un Derecho es justo?... ¿Qué es la legitimidad del Derecho?... ¿Es incuestionable la obediencia a las leyes?...

Estas y otras interrogantes implican valoraciones; y los valores escapan a la metodología científica, pertenecen a la región del espíritu, sólo son concebibles

¹⁷⁶ Qu'est-ce que la Philosophie du droit?, en Archives de Philosophie de Droit, n. 7. 1962. Citado por De Castro Cid, Benito, obra citada, p. 51.

racionalmente. He aquí la justificación de la Filosofía del Derecho: el intento de satisfacer racionalmente estas necesidades espirituales; función no científica, pero, de gran utilidad práctica en el mundo del Derecho. La **reflexión deontológica** sobre lo jurídico necesita apoyarse sobre la **realidad fáctica** del mismo y vincularse con las ciencias del Derecho.

Cualquier intento racionalizador, desvinculado de estos dos pilares básicos, deviene en estéril y trasnochado saber sustantivo, que se estima a sí mismo superior al conocimiento científico. La Filosofía del Derecho es otro (junto a los demás saberes sobre el Derecho -no independiente de ellos, pero sí complementario-) saber sistemático como ellos, cuyo objeto de conocimiento es distinto al de ellos mediante una metodología genuina y apropiada para ello.

La Filosofía del Derecho tiene tres campos para su reflexión global sobre lo jurídico:

1) La Ontología Jurídica o Teoría del Derecho (en cuanto al ser)... ¿Qué es el Derecho?... Ante este reto intelectual por alcanzar una comprensión totalizante del Derecho, la actitud filosófica tiene en cuenta las diferentes perspectivas para entender el Derecho utilizadas por la Ciencia, la Historia y la Sociología jurídicas, e intenta desde una actitud crítica trascenderlas.

Temas concretos de la ontología jurídica son: **A)** La composición del Derecho (concepto de norma, tipologías, estructura y lógica de las normas, etc.); **B)** La formación del Derecho (fuentes legales, sociales, e ideológicas.); **C)** La unidad del Derecho (Norma Fundamental y jerarquía normativa sistematizada); **D)** La plenitud del Derecho (problema de las lagunas jurídicas y modos para integrarlas); la coherencia del Derecho (antinomias y su integración); **E)** Las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos.

2) La Teoría de la Ciencia Jurídica... ¿Cómo se llega al conocimiento del Derecho?... Para contestar a esta interrogante, la Filosofía del Derecho somete a una reflexión crítica la metodología seguida por las Ciencias del Derecho, sopesando incluso su propio carácter de ciencia y analizando comparativamente las diferentes ciencias sociales, todo ello con la pretensión de llegar a un modelo unificador de los sistemas sobre el conocimiento del Derecho. Históricamente se han propuesto diferentes modelos gnoseológicos, tales como el "modelo Matemático" de los teóricos del Derecho Natural, el "modelo Histórico" de la Escuela Alemana, el "modelo de las Ciencias Naturales" por la Escuela Positivista, el "modelo Analítico del Lenguaje" del Positivismo Lógico.

3) La Axiología Jurídica o Teoría de la Justicia... ¿Qué es la Justicia?... ¿Cómo debe ser el Derecho?... Estas interrogantes y consecuentemente, su tratamiento, constituyen la temática genuina, exclusiva y capital de la Filosofía del Derecho. Para llegar a un conocimiento de la Justicia, la reflexión filosófica trata de encontrarla *idealmente* como un conjunto de valores, bienes o intereses generales, para cuya protección los hombres han creado una técnica llamada "Derecho"; valores, bienes e intereses que, a su vez, constituyen la génesis cultural de ese Derecho. Se trata de enjuiciar críticamente el Derecho positivo desde un sistema de valores, incluyendo la misma reflexión crítica sobre esos sistemas de valores.

Todo ello, no para ver qué es el Derecho (Ontología Jurídica) ni cómo es el Derecho ahora (Ciencia Jurídica) sino **cómo debe ser el Derecho** (Axiología Jurídica). Se comprende que pertenezcan a estas reflexiones cuestiones importantes como las siguientes: ¿Qué justificación tiene el contenido del Derecho?... ¿Está siempre legitimada la legalidad vigente?... ¿Existe algún modelo metajurídico de Justicia al que debe tender el Derecho válido (positivo)?..., etc.

Estas interrogantes se contestan a lo largo de los subsecuentes temas en la presente obra. Así las cosas, pasaremos al tema de la justificación ética del Derecho.

VI. 7.- La Justificación Ética del Derecho.

Desde sus primeros pasos en el seno de una sociedad, los hombres han ido aprendiendo de su experiencia diaria que las leyes políticas que han visto nacer hoy mañana mueren o cambian por una simple decisión de los gobernantes y que la propia fuerza y vigor (validez) de esas leyes queda confinada siempre dentro de unas determinadas fronteras espaciales o políticas. Consecuentemente ante un Derecho Positivo tan inestable, tan cambiante y tan vinculado al capricho del gobernante de turno, la capacidad de reflexión del hombre sometido ha sido sacudida siempre por la urgencia de desarrollar una búsqueda metódica de los ideales o valores éticos que deben inspirar y dirigir en cualquier caso la creación y la transformación del Derecho. Este es un dato cuya presencia puede constatarse fácilmente en la historia de las diversas culturas jurídicas. Así, cualquier norma positiva queda sometida a la pregunta por su propia legitimación o justificación ética, pues, si bien se reconoce que la seguridad de la vida jurídica exige que las normas vigentes se apliquen a todo trance, incluso que sea necesario quebrantar por la fuerza la resistencia de los sujetos implicados, se proclama también, al mismo tiempo, que esa necesidad de sometimiento a las leyes no puede amordazar jamás la radical libertad crítica de los hombres.

VI. 7.1.- Dimensión Ideal de los Principios de Justificación.

Mediante su propia reflexión crítica, a través de un proceso casi espontáneo de enjuiciamiento o valoración de las leyes políticas del momento, los hombres han llegado a la conclusión de que existen unos principios éticos superiores que están llamados a actuar como modelos o criterios valorativos de las diversas concreciones históricas del Derecho.

¿Dónde están esos principios?... ¿Cómo son?... Parece, en primer lugar, que esos principios han de tener necesariamente el carácter de la "idealidad", en el sentido de que han de estar situados en un plano que esté por encima de cada una de esas concreciones históricas, de tal modo que puedan actuar como idea modélica de las mismas.

En efecto, si se plantea la pregunta por una ulterior justificación ética del Derecho positivo, esa pregunta tendrá que ser contestada inevitablemente a la luz de unas determinadas pautas o criterios; y esas pautas no podrán encontrarse, en ningún caso, en las propias normas jurídicas vigentes en un lugar y tiempo determinados, sino que habrán de ser buscadas (por necesidad lógica) en un mundo de directrices suprapositivas, de

principios en alguna medida trascendentes a los concretos ordenamientos jurídicos históricos. Es decir, la pregunta sólo quedará adecuadamente contestada cuando se encuentren (o sean formulados) unos criterios que, por su *idealidad*, sean capaces de actuar como contrastes valorativos de la corrección ética de las reglas jurídicas positivas.

Resulta pues, comprensible, que la preocupación por descubrir unos principios suprapositivos que sean capaces de actuar como fundamento de la justificación ética general y básica del orden jurídico positivo, haya constituido una constante histórica y haya sido aceptada como una aspiración racional casi inevitable. Asimismo, parece lógico que esta aspiración conduzca hasta la afirmación de unos criterios o valores ideales que, por serlo, tienen la virtualidad de orientar y servir de contraste ético a la configuración de las leyes jurídicas positivas, al margen de la fuerza de imposición que respalde en cada caso a esas leyes. *Racionalidad e Idealidad* son, por tanto, rasgos esenciales del proceso de enjuiciamiento ético de las leyes políticas y de los principios aplicados en ese proceso como criterios de valoración.

VI. 7.2.- El Carácter Racional del Proceso de Elaboración y Crítica del Derecho.

La naturaleza racional de las valoraciones éticas que los hombres hacen del Derecho positivo, tanto en las fases previas a su creación como en cualquier momento posterior a su promulgación, aparece como algo obvio cuando se tiene en cuenta el modo en que nace y actúa la normatividad jurídica estatal. Así, en virtud de la consustancial estructura normativa de todo Derecho, la propia existencia de éste implica ya una elección de opciones contrapuestas, dado que las normas jurídicas imponen siempre (incluso cuando prohíben) un determinado comportamiento, frente a otras varias conductas posibles. Y, como los hombres, cuando eligen entre varias opciones contrapuestas, actúan (o, al menos, tienen la pretensión de hacerlo así) de forma razonable, es decir, de forma que su decisión esté fundada en motivos que justifiquen la elección, ha de pensarse también que, cuando los *legisladores*¹⁷⁷ formulan una determinada norma jurídica, es porque han llegado a la convicción de que esa norma tiene a su favor más motivos (más razones) que cualquiera de las otras normas contrapuestas que podían darse en su lugar.

Ahora bien, ¿a qué ámbito pertenecen los motivos en los que se apoya el *legislador* para justificar su propia opción normadora? Sin duda al ámbito de la racionalidad. Ciertamente que no han faltado pensadores que sostienen la tesis de que el establecimiento del Derecho se basa en decisiones no fundamentables racionalmente; y cierto también que resulta inevitable reconocer, por otra parte, que los prejuicios, el cálculo político y los intereses partidistas intervienen casi siempre, en alguna medida, en la elección de las regulaciones jurídicas que se establecen. Pero, en definitiva y por lo general, la elaboración del Derecho positivo se ajusta a un procedimiento valorativo profundamente racional (aunque ese procedimiento esté veteado en la realidad, a menudo, de un cierto grado de irracionalidad).

¹⁷⁷ Se toma aquí el término "legisladores" en su sentido amplio, con la intención de designar a todos aquellos agentes (operadores) de la vida jurídica que hacen o ponen en circulación normas jurídicas, cualquiera que sea el nivel del ordenamiento jurídico al que pertenecen dichas normas.

"Problemas básicos de Filosofía del Derecho: Desarrollo Sistemático", p. 108.

Así pues, puede establecerse la tesis de que cualquier conjunto de normas jurídicas vigentes en cualquier espacio jurídico-político y en cualquier época histórica, refleja y reproduce, en alguna medida, algún código o sistema de valores éticos que han sido asumidos racionalmente por el legislador de turno en competencia con otros varios códigos valorativos diferentes. Consecuentemente, tanto el código ético aceptado, como los otros sistemas de valores rechazados, pueden ser utilizados en cualquier momento como medida crítica de legitimación/deslegitimación de las normas jurídicas realmente formuladas. Por eso, parece también inevitable que los hombres se hayan afanado y se afanen sin desmayo, en la búsqueda de unos ideales o valores que (hayan sido o no hayan sido asumidos por la normatividad jurídica positiva) les sirvan de referencia para medir la corrección o incorrección ética de ésta.

El carácter racional de la valoración ética que se lleva a cabo en el proceso de elaboración del Derecho y en el momento de su enjuiciamiento crítico posterior no parece, por tanto, cuestionable, ya que en la propia estructura normativa del Derecho se encuentra una especie de flecha indicadora que apunta hacia la existencia, más allá de la inmediatez de ese Derecho positivo, de unos principios o criterios racionales de valoración ética. El origen y el sentido de toda norma jurídica transparentan siempre un juicio de valor que el autor de esa norma ha formulado en referencia a unos principios éticos asumidos previamente como instancias últimas para determinar su legitimidad. Ese juicio de valor ha actuado como justificación de la decisión que, mediante la norma, impone, prohíbe o permite unos determinados tipos de conducta.

VI. 7.3.- La Funcionalidad Justificadora de los Principios o Valores Éticos.

Puede afirmarse, por tanto, que la presencia de unos ideales o valores éticos que actúan como criterios de orientación de la creación y el desarrollo de los derechos históricos y como principios de legitimación de su existencia, es uno de los elementos permanentes de la realidad jurídica. Ahora bien, esos valores pueden actuar también como instancias críticas para el enjuiciamiento de cualquier normatividad jurídica ya existente. Siempre cabe la posibilidad de someter las leyes impuestas por los gobernantes a enjuiciamiento crítico mediante el contraste con un determinado valor ético o con un determinado código de valores; y ese enjuiciamiento puede oponerse a la pretensión justificadora del juicio originario e, incluso, puede neutralizar su capacidad de convicción hasta el punto de que haya que llegar a pensar que tales leyes son contrarias a las exigencias éticas fundamentales.

La conformidad con los correspondientes principios ideales es, en definitiva, el factor que dota a los derechos históricos de una legitimación suficiente. La realización de las exigencias de esos ideales es, en consecuencia, el camino que hace coincidir al Derecho positivo con el modelo del Derecho ideal de cada momento, hasta el punto de que llegue a ser aceptado sin oposición por quienes asumen ese ideal. Pero, en cambio, cuando el Derecho positivo no coincide con la media ideal de juridicidad que aprueba la mayoría de los miembros de la sociedad, entonces ese Derecho es mayoritariamente descalificado y rechazado como inaceptable.

Así pues, parece que esta comprobación resulta finalmente indiscutible: **el Derecho, como producto de la racionalidad humana, es una creación basada en juicios de valor y referida en sí misma a principios ideales valorativos.** Por eso, cualquier intento de explicar las normas jurídicas como una regulación puramente técnica, es decir, como una realidad histórico-positiva, carente de todo tipo de subordinación a unos principios ético-jurídicos ideales (que trascendiéndolas, las dirigen y animan), termina siendo una caracterización incompleta e inexacta; y, por otra parte, conduce a una configuración del Derecho en la que están ausentes ciertos rasgos básicos que son, según parece, los que le proporcionan esa *inteligibilidad y sentido humano* que le son propios.

VI. 8.- Determinación Histórica de los Principios de Justificación Ética del Derecho.

El reconocimiento generalizado de la necesidad de los tan citados principios o criterios éticos ideales (que actúen como fuentes de legitimación y como pautas de enjuiciamiento crítico del Derecho positivo en sus múltiples manifestaciones históricas), parece ser, tal como ha podido comprobarse en el punto anterior, un dato difícilmente cuestionable. Sin embargo, esa importante conclusión no agota el interés teórico de la problemática inherente al tema de la justificación ética del Derecho. Ha de abordarse también otro aspecto no menos importante y decisivo: la tensión entre la dimensión ideal de los principios y su propia vulnerabilidad a ciertos factores de transformación histórico-cultural que pueden hacer que su validez (tendencialmente estable y transhistórica) vea reducido su alcance, tanto espacial como temporalmente. ¿Están o no están sometidos los valores ideales éticos del Derecho al principio de la relatividad histórica?

VI. 8.1.- Historicidad de los Ideales Éticos-Jurídicos.

Cualquier intento de identificación del principio o principios éticos cuya realización puede hacer del Derecho positivo una regulación jurídica lo suficientemente justa como para ser aceptada de forma general, tropieza siempre con el mismo obstáculo: la intensa fluidez y mutabilidad de los ideales valorativos que han condicionado y condicionan la realización histórica del Derecho. Si bien es cierto que todo sistema jurídico positivo necesita fundarse y se funda en unos valores o instancias éticas de legitimación, no lo es menos que buena parte de esos valores (no la totalidad de ellos) varían en función del tiempo y del espacio y, sobre todo, en función de los cambios y transformaciones que se producen en el ámbito de las convicciones y creencias del respectivo grupo social.

Por otra parte, en este punto se dan dos constataciones contrapuestas. De un lado:

1) se comprueba la existencia de algunos valores ético-jurídicos que mantienen una validez permanente y constante a lo largo de la historia; esos valores han sido y siguen siendo generalmente aceptados y dan origen a normas o principios jurídicos que forman parte del ordenamiento básico de todas las sociedades en todas las épocas. Y hay también unos modelos ideales que, sin llegar a esta especie de validez inamovible, han sido reconocidos en amplios ámbitos culturales durante períodos históricos muy extensos. Pero, por otro lado

2), se comprueba también que, incluso los valores jurídicos que han logrado una validez tan generalizada, llevan en sí mismos un principio de mutabilidad. En primer lugar, porque se han impuesto en sustitución de otros anteriores y ellos mismos terminarán siendo sustituidos por otros nuevos (*mutabilidad externa*); en segundo lugar, porque su propio contenido directivo varía a menudo en extensión o en intensidad (*mutabilidad interna*). Esto ocurre sobre todo porque, como tales valores no llegan a tener nunca por sí solos la suficiente virtualidad para orientar en forma totalmente adecuada las diversas instituciones particulares del Derecho, necesitan de la acción complementaria de unos principios más particulares que están directamente sometidos al cambio, y estos criterios valorativos particulares varían según la situación concreta de cada comunidad: condiciones específicas de su vida, necesidades/exigencias y posibilidades del momento histórico, factores de oportunidad o conveniencia, etc.

Así pues, desde el punto de vista general, el problema de la identificación de los principios valorativos del Derecho sólo puede aclararse mediante la afirmación de que, salvo el reducido número de los valores fundamentales constantes (materia de esta Tesis), ese ámbito está permanentemente sometido a los cambios derivados de las transformaciones socioculturales que experimentan todas las comunidades políticas. Se evidencia, por tanto la fundamental variabilidad histórica de los ideales éticos que actúan como principios de justificación de la normatividad jurídica vigente. Y este dato nos permite afirmar al mismo tiempo, no sólo el carácter constitutivamente histórico de tales ideales, sino también la historicidad de las doctrinas o teorías que sobre los mismos, han sido o pueden ser desarrolladas por los hombres.

VI. 8.2.- Sentido y Alcance de la Historicidad de los Ideales Éticos-Jurídicos.

Parece evidente que la afirmación de la historicidad de aquellos criterios valorativos que actúan como superior referencia que permite definir el grado de legitimación ética de los derechos positivos, origina un problema espinoso y delicado. Más aún, en apariencia, encierra una radical contradicción, pues ¿cómo es posible que unos criterios llamados, por principio, a tener una validez abstracta, objetiva, permanente y, por tanto, supratemporal, se vean sometidos a las mutaciones de las variables circunstancias histórico-culturales de un determinado núcleo social?¹⁷⁸

Ahora bien, esa aparente contradicción desaparece en buena medida dentro de alguna de las explicaciones que se han dado a la historicidad de los valores, doctrinas que se exponen a continuación:

A. La Doctrina del Desarrollo Evolutivo del Conocimiento Ético

Según esta doctrina, los cambios producidos en el mundo de los valores jurídicos (en cuanto a su identidad, en cuanto a su jerarquía, en cuanto a su alcance o contenido, etc.)

¹⁷⁸ En verdad que, a primera vista, esa posibilidad parece implicar un clarísimo contrasentido. En efecto, los ideales éticos aparecen en el horizonte de la reflexión humana como respuesta a la necesidad de encontrar unos instancias firmes y estables de justificación del Derecho positivo frente a la fluidez, mutabilidad e inconsistencia que caracterizan a éste. ¿Cómo es posible que varíen con tanta frecuencia?

"Problemas básicos de Filosofía del Derecho: Desarrollo Sistemático", p. 114.

no se deben a que éstos pierdan su carácter estable y su validez objetiva e intemporal, sino que son debidos a las transformaciones experimentadas por la sensibilidad o permeabilidad que tiene la conciencia humana para la captación de esos valores. Así, la creencia o actitud de los hombres, su percepción de los ideales jurídicos, es la que hace que en unas épocas y en unos estados de la evolución cultural se le exija al Derecho, para ser considerado como legítimo, la conformidad con la legalidad divina transmitida por tradición o revelación directa, mientras que en otros momentos históricos y en otros niveles culturales se impone la exigencia de que se adecue a las directrices dictadas por la voluntad soberana del pueblo.¹⁷⁹

No se trata pues, propiamente de la mutación de los ideales jurídicos, sino más bien de la adaptación de la vocación valorativa y crítica del hombre a las exigencias que le plantean las circunstancias histórico-sociales concretas de cada lugar y de cada momento. En efecto, dado que esos ideales existen y se realizan en el ámbito de la vida humana social y dado que, tanto los hombres que viven, como el universo de circunstancias en el que realizan su vida, están sometidos a la ley de la diversidad y del cambio, resulta inevitable que la captación de los valores jurídicos cambie también y se transforme. En consecuencia, el hecho de que los hombres alteren la primacía, el contenido e incluso la legitimidad operativa de los ideales éticos que asumen como criterios para medir el grado de justificación del Derecho histórico se debe, en última instancia, al propio e inevitable progreso del espíritu humano. No en vano este espíritu está constantemente sometido a la presión de muy diversos factores de transformación. Por ejemplo, estos tres básicos: el cambio de las condiciones sociales en que el hombre realiza su vida, la mutación de las necesidades concretas a que ha de enfrentarse, junto con el desarrollo de los medios eficaces para su satisfacción, y las transformaciones que dimanar del aleccionamiento que suministra la experiencia.

B. La Doctrina del Cambio de los propios Principios Ideales.

La historicidad y consiguiente inestabilidad de los valores jurídicos puede ser explicada también desde la convicción de que tales valores no tienen existencia fuera del marco cultural en el que actúan como criterios orientadores y como contraste crítico de las normas jurídicas positivas.

Según este punto de vista, los principios valorativos que definen la legitimación ética del Derecho son ideas modélicas en las que los hombres plasman sus propias aspiraciones optimizadoras para la solución de los conflictos y necesidades que plantea la ordenación jurídica de las relaciones sociales. Son, por tanto, categorías creadas por el hombre que actúan como meta y horizonte utópico de su propio afán de superación y perfeccionamiento; fieles a su papel de horizonte, varían constantemente su presencia, su perfil y su sentido en función de la posición concreta que ocupen en cada caso los hombres dentro del panorama cultural-histórico en el que esos criterios ideales constituyen el horizonte ético.

¹⁷⁹ En este punto, no puede perderse nunca de vista que los ideales o valores jurídicos, aunque sean concebidos como principios de validez abstracta e inmutable, tienen unas estructuras y un alcance que dependen en última instancia del conocimiento humano que los descubre y los piensa.
De Castro Cid, Benito, obra citada, p. 114.

Según esta teoría, es pues, en definitiva, la posición de los hombres en su propio territorio cultural la que hace que cambie el número, la identidad y el alcance/contenido de las ideas modélicas que son relevantes en cada momento para enjuiciar la justificación de los ordenamientos jurídicos históricos, ya que tales ideas existen y actúan en la medida en que son pensadas/proyectadas en el seno de una sociedad dada.

VI. 9.- Complementariedad de la Persistencia y de la Mutabilidad de los Valores y de las Teorías de Justificación Ética del Derecho.

La búsqueda de los ideales valorativos metapositivos, que ha de realizar el Derecho positivo para alcanzar su propia legitimación ética, ha estado constantemente presente en la historia de todas las culturas. Pero el examen de esta problemática teórica, ha conducido a dos conclusiones parcialmente contrapuestas. Se ha comprobado, que la gran mayoría de los valores o ideales éticos experimentan un constante cambio, tanto externo como interno, en función de las alteraciones culturales producidas en el seno de cada grupo social. Se ha comprobado también que, a pesar de ese cambio constante, los valores o ideales del Derecho son siempre afirmados por la conciencia jurídica de los pueblos; siempre ocurre que el Derecho positivo es conducido por los hombres ante esa especie de tribunal o instancia crítica que son los valores ético-jurídicos. ¿Hay contradicción entre los contenidos de ambas constataciones? Parece que no; más bien hay una relación o tensión de complementariedad, que no es sino un fiel reflejo de la ambivalencia en que se desarrollan la vida humana y esa creación suya que es el "Derecho": el reclamo de la idealidad y la limitadora presencia de la realidad.

La filosofía contemporánea de los valores, ha puesto de manifiesto que el conjunto de los valores es numerosísimo y que no estamos todavía en posibilidad de haber agotado su exploración.¹⁸⁰

Por eso, parece inevitable reconocer que, el esfuerzo centrado en el descubrimiento de los principios o criterios ideales -que han de actuar en cada caso como instancias legitimadoras de la existencia y del contenido del Derecho histórico (o Derecho positivo)-, resulta inevitable e imprescindible. Al mismo tiempo, resulta igualmente inexcusable aceptar que, cuando se llega a descubrir esos valores, se ve que su validez o capacidad orientadora queda limitada (para casi la mayoría de esos valores) a un determinado período histórico y/o un número bastante reducido de círculos socio-culturales.

La mayoría sostiene, en ese sentido, que la histórica doctrina del *Derecho natural* puede parecer aún, una muy buena solución e incluso, la salida más razonable. Esto porque, a pesar de los evidentes riesgos de carácter ideológico, se presenta como la única capaz de satisfacer adecuadamente esa aspiración de los hombres de todos los tiempos a estar amparados por un Derecho justo que les redima del injusto capricho/interés de aquellos que pretenden someterlos, mediante las leyes, a la opresión de su dominio.

¹⁸⁰ Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho". Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1991. pp. 472.

VI. 10.- Axiología o Estimativa Jurídica: Los Criterios Ideales Supremos de Valoración del Derecho que forman la Doctrina del Derecho Natural.

Tal como se ha visto en los temas precedentes, en principio, la búsqueda de unos criterios ideales fiables para saber si las normas jurídicas positivas tienen o no la necesaria justificación ética mínima (es decir, si se ajustan al modelo del Derecho idealmente justo) sólo podría ser plenamente satisfecha cuando llegaran a descubrirse unas instancias que tuvieran una capacidad legitimadora sustraída a la variabilidad de las decisiones de quienes detentan el poder. Pues bien, esa pretensión es la que explica en buena medida el éxito de aquellas construcciones que, como la doctrina del Derecho natural, apelan a la existencia de un conjunto de principios o criterios éticos cuya capacidad orientadora (validez) no depende de que sean acatados por los legisladores.

El iusnaturalismo -tanto el iusnaturalismo estricto como el iusnaturalismo amplio- tiene entre sus postulados básicos la afirmación de que el Derecho positivo no se constituye en dato definitivo e indiscutible. Ese Derecho, en cuanto producto de unas voluntades que actúan dentro de contextos históricos-sociales variables y cuyo grado de racionalidad es siempre cuestionable, puede y debe ser sometido constantemente a juicios de corrección ética metapositiva, precisamente para ser rescatado del proceso de deshumanización a que le somete a menudo la irracionalidad/injusticia de las estructuras y los procesos sociales. Por eso, esta línea de pensamiento ha propugnado también la tesis de que una de las tareas prioritarias de cualquier teoría del Derecho es la investigación acerca de los principios o tópicos ético-jurídicos suprapositivos que contienen -en sí mismos- la virtualidad de actuar como paradigmas de Justicia para la configuración del Derecho positivo y como contraste en referencia al cual puede desarrollarse su revisión crítica. A esos principios los ha designado con el clásico nombre (venerable para unos y odioso para otros) de "*Derecho natural*". Pero este dato es completamente secundario; lo importante es la afirmación de que tales principios tienen una cierta trascendencia en relación con los Derechos históricos sobre los que actúan como ideas modélicas.

En todo caso, se sintonice o no con la doctrina del *Derecho natural* -que la conforman tesis y teorías diversas que se fundan en raíces filosóficas-, parece inevitable reconocer que el desarrollo de una teoría sobre la justificación ética del Derecho impone la reflexión sobre los principios informadores/orientadores que han de ser asumidos en cada época por los ordenamientos jurídicos positivos para poder alcanzar las cotas mínimas de corrección/justicia que le son exigibles. Parece también obligado también, sin embargo, reconocer que esa reflexión ha de sortear, constantemente, el riesgo de perderse en la inmensidad insondable de unos criterios ideales, dotados de valor absoluto y permanente, o de disolverse en instancias tan sometidas al ritmo de los cambios históricos que carecen de la fuerza y fijeza imprescindibles para poder actuar como referencias críticas objetivas. Por eso la doctrina del *Derecho natural* brilla o se oscurece en el horizonte histórico, según las preferencias o las necesidades inmediatas de las sociedades.

El reto de conciliar la permanencia/inalterabilidad de los principios o leyes del Derecho idealmente justo con los cambios producidos en la plasmación jurídica positiva de las exigencias de esos principios es inevitable. Consecuentemente, ha sido siempre el gran

reto de las reflexiones deontológicas sobre el Derecho, incluidas las formuladas dentro de la tradición iusnaturalista en sentido estricto.

VI. 10.1.- El Conocimiento de los Criterios Ideales Supremos de Valoración del Derecho.

Llegamos al planteamiento riguroso del problema que constituye la Axiología o Estimativa Jurídica; la investigación deontológica del Derecho con miras al Derecho Natural. Plantearemos, en este particular punto de la obra, la problemática en cuanto a **las formas del conocimiento jurídico** de los criterios ideales supremos de valoración del Derecho.

Recasens Siches ¹⁸¹ plantea en forma muy aceptable los distintos problemas fundamentales de la Estimativa Jurídica, con una correcta articulación metódica, en puntos escalonados, de la siguiente forma:

A) Como primer problema nos debemos preguntar ¿Es válido pensar en criterios ideales de valoración del Derecho positivo que no están implícitos en este Derecho, sino que están por encima de él, que son anteriores a él? Según hemos expuesto en temas anteriores, **indiscutiblemente hay criterios de valoración que no están implícitos en el Derecho positivo, es decir, que no son immanentes al mismo.**

Los opositores de la valoración del Derecho dicen que la Axiología Jurídica representa el *deber ser*, lo ideal en el campo del Derecho; pero que, por esto mismo, que no es Derecho sino aquello a lo que aspira el Derecho. Lo que *debe ser* –dicen– no debe confundirse con lo que es; y el Derecho **es**. Todo pueblo tiene un Derecho que es; otro será el "deber ser" al que aspirar, pero que todavía no es.

Recasens demuestra la validez de la Estimativa Jurídica con los siguientes argumentos: ¿Qué representa todo sistema de Derecho positivo? "Recuérdese que el Derecho Positivo -nos dice Recasens- es una **forma de vida humana o jetivada** de carácter normativo; ahora bien, ¿Qué significa una forma normativa? ¹⁸²

"Pues sencillamente –sigue diciendo Recasens- significa que entre las varias posibilidades de la conducta (la normalidad) son elegidas algunas de ellas sobre las demás. Y son elegidas sobre las demás porque se las prefiere en virtud de algo; y esta preferencia se funda en un juicio de valor, en una estimación. O sea que, para que pueda existir una norma de Derecho positivo, precisa que antes se haya producido una estimación, la cual entonces no es todavía Derecho positivo y sobre la cual se fundará el Derecho positivo que se dicte después. La norma positiva constituye la expresión de un juicio de valor. Sin valores no cabría la existencia del Derecho positivo" ¹⁸³. Por tanto los ingredientes del Derecho positivo no son todos ellos positivos, sino que hallamos la referencia intencional a algo "no positivo". Aunque la norma de Derecho positivo emane de

¹⁸¹ Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", pp. 367-405.

¹⁸² "Tratado General de Filosofía del Derecho", pp. 379-380.

¹⁸³ Recasens Siches, Luis, obra citada, p. 380.

un mandato, de un poder efectivo, no puede de ninguna manera ser entendida como un mero hecho, pues es un hecho humano y por lo tanto tiene sentido o significación; y ese sentido consiste cabalmente en la referencia a un valor, en pretensión a una justificación: se manda esto y no aquello, porque quienes lo determinan creen que esto está justificado, que es preferible a lo demás, y por ello lo eligen de entre todas las posibilidades concretas, precisamente para destacar lo debido, apartar lo prohibido y admitir lo permitido. Se prefiere algo por encima de otras posibilidades porque lo consideramos más valioso, más útil, más bueno, más adecuado, más justo.

Ahora bien; ¿puede darse una elección sin un criterio? **Nunca, para elegir se necesita tener un criterio conforme al cual se va a efectuar la elección.** Entonces, el Derecho positivo tiene que ser elegido conforme a un criterio que no le es inmanente, que es anterior a la elección, que está por encima de él y que determina su naturaleza. Podemos comprobar, de esta forma, que sí hay criterios de valoración trascendentes al Derecho positivo.

Por otra parte el Derecho, la norma jurídico-positiva, es norma de acción, de actividad humana, y ésta es profundamente *teleológica*, no se explica sino en función de fines, de tal suerte que toda norma jurídico-positiva tiene implícita una finalidad y esto es absolutamente exacto en toda norma. Ahora bien, los fines concretos de una norma se refieren a los fines de otra más general, y ésta a los fines de una institución jurídica (conjunto de leyes), y esta institución jurídica se refiere a los fines de otra más general. "Este proceso - sigue diciendo Recasens- de ir *inquiriendo la concatenación de los fines de las diversas normas jurídicas positivas nos conducirá por necesidad a un momento en que tengamos que preguntarnos por el fin del sistema jurídico-positivo en su totalidad*"¹⁸⁴.

Así las cosas, ¿por qué, si hemos venido encadenando estos fines, en su momento vamos a decir que desaparecen? **El sistema jurídico-positivo total tiene una finalidad (y esta es precisamente la cuestión fundamental de la Axiología o Estimativa Jurídica), que es la norma fundamental en sentido positivo, ésta a su vez, tiene también otra que Kelsen ha localizado en la "norma fundamental hipotética"**¹⁸⁵, que ya no es positiva y que viene a servir de base a la norma fundamental en sentido positivo. La norma fundamental *hipotética* es ya un **criterio o fin del Derecho** considerado en su totalidad, que ya no es inmanente a él, sino que está por encima de su contenido.

Tanto el principio conforme al cual se hace la elección del Derecho positivo como la norma fundamental, su fin, participan de la naturaleza de aquél, es decir, son también jurídicos. Y así no diremos que hay dos órdenes de Derecho: el del Derecho positivo y el del Derecho natural (tan discutido por algunos autores). El Derecho natural contiene principios más generales que son norma de los menos generales que de él se desprenden y que vienen a constituir el Derecho positivo: así, ambos constituyen un sólo Derecho. Los principios del Derecho natural no representan simplemente el *deber ser* desconectado del *ser*, sino los principios mismos de donde se ha deducido el contenido que rigen las normas en sentido positivo, es decir las normas humanas concretas.

¹⁸⁴ Recasens Siches, Luis, obra citada, p. 381.

¹⁸⁵ Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", pp. 329-331.

B) El segundo problema planteado por Recasens se contiene en esta pregunta: ¿Los principios o fines últimos, los criterios de enjuiciamiento del Derecho, representan un dato **a priori** o un dato **a posteriori**?... ¿Son ideas independientes de la **experiencia** o conceptos a los que se llega a través de observar lo que es Derecho positivo?... ¿Se le imponen a la **inteligencia** independientemente de la **experiencia**?...

Para contestar estas preguntas, primeramente, habremos de hacer un breve análisis para distinguir claramente los dos conceptos: **inteligencia** (o apriorismo) y **experiencia** (o empirismo). En resumen, puede decirse que el empirismo sostiene que la fuente originaria de todo nuestro conocimiento es la **experiencia**. Según el empirismo, la conciencia sería una tabla rasa en la que nada hay escrito, de suerte que todo cuanto encontramos en ella habría venido de la experiencia, a través de la percepción sensible (captación por los sentidos), incluso las ideas aparentemente más abstractas, las cuales se habrían formado a través de la experiencia por vía de repetición y generalización de los datos de ella. Así pues, todo conocimiento procedería de la experiencia, y también todos los ingredientes de todo conocimiento se derivarían de ella.

Frente a la corriente empirista está otra corriente filosófica, la apriorista o racionalista (en relación a la **inteligencia**), afirmando que si bien en el conocimiento hay una serie de ingredientes que vienen de fuera (empirismo), a través de la percepción sensible, hay otros que no proceden de la experiencia, y que éstos son los más importantes y decisivos. Así, por ejemplo, el conocimiento matemático no se basaría en la experiencia. El racionalismo entiende que el factor decisivo en el conocimiento es el intelecto. Si el ideal del conocimiento consiste en lograr **universalidad** y **necesidad**, esas dimensiones únicamente pueden dimanar del intelecto, pues la percepción sensible tan sólo nos suministra un conocimiento de un aquí y un ahora, de algo fortuito y contingente, y jamás de principios necesarios ni de leyes universales. Respecto de aquellos conocimientos en los cuales intervienen ingredientes de origen empírico, lo importante y lo decisivo no son esos datos, sino la reelaboración que de los mismos hace el intelecto.¹⁸⁶

El apriorismo trascendental kantiano sostiene que el conocimiento es un proceso activo, una construcción que consta de dos elementos: un **elemento a priori**, esto es, independiente y previo a la experiencia, que es la **forma** (las intuiciones puras de espacio y

¹⁸⁶ Esos elementos racionales o intelectivos, si no proceden de la experiencia ¿de dónde derivan? Descartes decía que del alma misma, "del tesoro de mi espíritu". Leibniz afina considerablemente esta doctrina: dice que se trata de verdades innatas, pero advierte en seguida que por tales no debe entenderse unos conocimientos preformados en la conciencia con los que viniéramos a la vida, sino sencillamente aquellas ideas para cuya formación "cuento siempre con las fuerzas necesarias, aunque de hecho no las conozca en un determinado momento y aunque no las llegue nunca a conocer". Y, así, dice Leibniz que también hemos de aprender a conocer las verdades innatas y ello nos exige a veces superlativo esfuerzo. Así, resulta que las verdades innatas no son ideas que tengamos preinsertas o preconfiguradas en nuestra mente, sino que a ellos puede llegar nuestra mente sin necesidad de incluir elementos de experiencia. De tal suerte, un ejemplo de verdad innata sería el cálculo infinitesimal, que Leibniz descubrió por vez primera -casi simultáneamente a Newton, aunque con independencia de él-, cálculo infinitesimal que la humanidad anterior había ignorado por completo. Pero, a pesar de esto, se trata de una verdad innata, porque cuando la examinamos se pone de manifiesto que en ella no existen ingredientes de experiencia. Entiéndase bien, no existen elementos empíricos en la teoría ya constituida, aunque el matemático en su proceso mental haya sido tal vez estimulado por la experiencia. Pero, a pesar de esto, en tales verdades no se contienen componentes que procedan de la experiencia. Si se priva al geómetra de su lápiz y papel, probablemente no podrá seguir sus meditaciones; y, sin embargo, los teoremas que descubre no contienen ningún elemento empírico: él se valió del triángulo concreto que dibujó en el papel, pero la verdad que establece, no se refiere a este triángulo singular, sino en absoluto a todos los triángulos, al triángulo puro y simplemente, que no es dado en la experiencia, sino al concepto universal del triángulo.

Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1991, pp. 386-387.

de tiempo y las categorías) que constituye un factor configurante y determinante; y un elemento *a posteriori*, a saber: *la materia*, o sea los datos sensibles. Para Kant, el mundo de las sensaciones es un caos, un desorden, un sin sentido, que solamente cobra figura de objetos, orden, sentido, en tanto en cuanto la mente humana lo organiza mediante sus intuiciones puras de espacio y tiempo y mediante las categorías; de tal suerte que el **ser** de los objetos consiste en una determinación del conocimiento, es decir, en el producto de ordenar, mediante las categorías, la masa informe de los datos.¹⁸⁷

Desde luego es un error suponer que pueda darse en la inteligencia algo total y absolutamente independiente de la experiencia. La intuición sensible nos suministra imágenes, pero imágenes que son sólo datos individuales, todo aquello que cae bajo el dominio de los sentidos y que la filosofía llama "fenómenos". Kant nos advierte para que no confundamos el fenómeno con el "noumeno" de la cosa: el *fenómeno* es siempre cambio, modificación o transformación de algo que cae bajo el dominio de los sentidos; todo *fenómeno* supone algo que es, que se modifica, cambia o transforma. Y algo que no cambia, que es la esencia misma de la cosa, que no cae bajo el dominio de los sentidos, eso es a lo que Kant llama "noumeno" y que los escolásticos llamaron "substancia" (de "sub" y "stare"), "lo que está bajo la materia". La inteligencia no puede concebir una transformación de la nada; lo que cambia, lo que se transforma, tiene que corresponder a algo que ni cambia ni se transforma y que es el punto de comparación de los términos de la mutación; ese algo que ya no alcanzan a percibir los sentidos, es lo que sólo la inteligencia percibe.

El mundo de la pura naturaleza, el mundo de los fenómenos en tanto que tales y nada más que como tales, es ajeno a las apreciaciones de valor, no puede suministrar jamás un criterio de preferencia ni de valoración. En la pura experiencia encontramos lo que es, como es, y nadamás. Entre los fenómenos no podemos establecer diferencias de normalidad y anormalidad, de salud y enfermedad, de bondad y maldad, de justicia e injusticia. La experiencia sensible nos da sólo el *ser* y jamás el *deber ser*. Aunque el *deber ser*, los fines y los valores se presentan muchas veces encarnados en ciertas realidades, nosotros no los distinguimos ni los aprehendemos sacándolos de la experiencia.

Bajo el dominio de los sentidos caen datos singulares no relacionados; es la inteligencia la que percibe las relaciones entre los fenómenos. Pero ni la inteligencia percibe las relaciones independientes de los sentidos, ni todo lo que está en la inteligencia pasó por los sentidos. Lo **a priori** se da con ocasión de la experiencia; hay en la inteligencia ciertas capacidades, virtualidades que se actualizan con la experiencia. Lo **a posteriori** se adquiere a base de la experiencia, por medio de los juicios analítico y sintético.

El criterio de la valoración del Derecho ¿es un dato **a priori** o un dato **a posteriori**? **Es a priori**, pues el concepto o la idea del Derecho es universal. Sería absurdo que fuera *a posteriori*, porque para adquirir la experiencia de lo jurídico ya se supone el concepto o idea de lo jurídico.

¹⁸⁷ Recasens Siches, Luis. "Tratado General de Filosofía del Derecho": Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1991. pp. 387.

¿Con qué criterio clasificamos esto o aquello como jurídico? No ciertamente por medio de la inducción, por el análisis, sino de acuerdo con el criterio anterior y supremo al Derecho, que vale en sí y por sí, independientemente de toda experiencia, por un dato **a priori**. Toda estimativa tiene su raíz y la condición de su posibilidad en ideas de valor, que son *a priori*, es decir, que no proceden de la experiencia externa, aunque las más de las veces las intuyamos con ocasión de la experiencia, y aunque en alguna manera estén condicionadas por la experiencia, en cuanto a su captación, vocación y actualización.

Es importante hacer hincapié que la raíz de lo estimativo es *a priori*, pero el Derecho que tratamos de articular en esos juicios estimativos deberá ofrecer una respuesta concreta a los problemas **reales** y definidos que se plantean en una determinada colectividad, en un cierto momento de su historia; y, por lo tanto habrá de contener una serie de elementos empíricos que solamente la experiencia histórica puede suministrar. El Derecho trabaja sobre realidades empíricas, es decir, sobre hechos que le son dados en la experiencia, por ser el Derecho una empresa de realización práctica, aplicable a la realidad concreta de la vida social.

C) El tercer problema planteado por Recasens es: El criterio de valoración del Derecho ¿Es un conocimiento *a priori* **objetivo** o **subjetivo**?... ¿Se trata de un **a priori** que existe independientemente del sujeto y fuera de él, o de un **a priori** que corresponde a una disposición psicológica del individuo?...

Es a priori objetivo, porque, por *a priori subjetivo*, entenderíamos una especial configuración de la mente, con una disposición psicológica particular, como una efectiva configuración del espíritu, que lo forzaría a comportarse estimativamente de una determinada manera y, entonces, resultaría que los juicios de valor consistirían en la proyección de esa peculiar estructura del alma de cada persona. Recasens nos plantea la pregunta "¿Es puramente la justicia un sentimiento inserto en el corazón humano, una especie de ley que llevamos grabada en el fondo de nuestra conciencia, una especie de impulso de nuestra alma? ... Definitivamente no..."¹⁸⁸. Esta cuestión tiene un enorme alcance, pues si resultase que toda la Estimativa Jurídica representara la proyección de unos mecanismos psicológicos y nadamás, entonces los valores jurídicos no quedarían fundamentados, pues dependerían del hecho de que unos hombres sintiesen de una u otra manera.

"Si en la Estimativa Jurídica –nos dice Recasens– no hubiese nadamás que este fenómeno subjetivo, psicológico, entonces habríamos de concluir que no hay valores jurídicos, sino tan sólo especiales tendencias psíquicas, que nos producirían la vana ilusión de valores..."¹⁸⁹.

Resolvemos, en definitiva, que no puede ser subjetivo, pues, si así fuera, se darían criterios contradictorios y tantos como sujetos, pues la *idea de Justicia* no se identifica con el *sentimiento de lo justo*. Los criterios de enjuiciamiento del Derecho son, por tanto, **a priori objetivos**.

¹⁸⁸ Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", p. 394.

¹⁸⁹ Recasens Siches, Luis, obra citada, p. 393.

Stammler, autor neokantiano, al abordar los temas sobre los problemas del Derecho, encuentra una clara distinción entre el *concepto* y la *idea* del Derecho. El *concepto* simplemente tiende a deslindar -dice- en tanto que la *idea* tiene por objeto orientar. El *concepto* es una resultante de un ordenamiento de los datos que proporcionan al espíritu las sensaciones (los sentidos), hasta reducirlos a un sólo término. La *idea*, en cambio, tiende a referir los datos así catalogados a una finalidad (un fin, un valor).

Las ideas tienen al mismo tiempo una existencia en la inteligencia y fuera de ella; corresponden a la realidad, pero no son la realidad; están según expresión de los escolásticos "*formaliter in mente et fundamentaliter in re*" ("*formados en la mente pero fundamentados en la realidad*"). No son meras creaciones de la mente, ni meros entes que existen en sí y por sí, sino que son una conjugación (o captación) de datos reales con una **forma** puesta por la inteligencia; esta forma puesta por la inteligencia existe, aunque no es la realidad en sí, pero tiene que ver con la realidad, representa la realidad. Por la "*abstractio formalis*" ("*abstracción formal*"), la mente humana elimina las notas individuales hasta quedar con las notas esenciales (las fórmulas). Por eso la idea del Derecho, el concepto del Derecho, se extrae de la realidad; no es una mera fantasía ni una abstracción pura de la mente, como tampoco lo son los criterios de valoración del Derecho.

La idea de Justicia (conocimiento universal, a priori objetivo) aunada al conocimiento que nos suministra la experiencia, proyecta en el alma humana el *sentimiento de lo justo*. El criterio estimativo del Derecho no consiste en una realidad psicológica, sino en valores ideales a priori objetivos.

VI. 10.2.- El Derecho Natural: Esencia, Teoría y Diversas Concepciones.

A pesar de que no hay uniformidad de criterio en los autores que abordan la problemática de dar un concepto o idea del Derecho natural, ni de sus directrices, su esencia, etc., pero en especial en cuanto a su contenido específico, sí están de acuerdo en que el Derecho natural es el conjunto de normas jurídicas que tienen su fundamento en la naturaleza humana, esto es, de juicios de la razón práctica que enuncian un deber de Justicia; y no, como algunos pretenden, un Derecho en sentido moral o un código ideal de normas, pues de este modo no sería Derecho sino moral, y sus normas no serían jurídicas sino morales. El Derecho natural contiene los principios más generales y fundamentales del Derecho y constituyen éstos su fuente inmediata y su fin último.

El Derecho natural está presente a lo largo de toda la historia de la Filosofía del Derecho como la respuesta a la exigencia racional de la existencia de una justicia absoluta y objetiva, para evitar caer en el absurdo de hacer depender la verdad y la Justicia de la voluntad -tal vez caprichosa- del legislador, sosteniendo la existencia de reglas naturales de la convivencia humana, fundadas en la misma naturaleza del hombre, como un conjunto de reglas universales y necesarias a la vida social. En efecto, al ser el Derecho el reglamento de la vida social, resultaría completamente irracional que tuviese fines contrarios a los naturales de la convivencia humana.

El Derecho natural es una parte de la "ley natural", no toda la ley natural, pues ésta comprende, además de los criterios y principios rectores supremos de la conducta humana en su aspecto social (a los que llamamos Derecho natural), aquellos que se refieren al actuar individual del hombre, que son propiamente, las normas morales. La ley natural es la participación, en lo que corresponde al hombre, de la "ley eterna" (ordenación general del universo), puesta por Dios (el Ordenador y Creador) en la naturaleza del hombre; cuyos principios conocemos no por revelación directa de Dios –Sagradas Escrituras–, sino únicamente por medio de nuestra razón. Así, la Ley natural "...es el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona"¹⁹⁰ (Javier Hervada, "Introducción crítica al Derecho natural", Pamplona, Editorial E.U.N.S.A., 1981, pp. 144-145). Dicho en otras palabras, el Derecho natural es la parte de la ley natural que se refiere a las relaciones de Justicia. Ambos conceptos, ley natural y Derecho natural no pueden separarse, pues uno es parte del otro, pero tampoco deben ser confundidos, pues designan realidades distintas.

Desde la antigüedad grecolatina hasta el siglo XIX, la existencia del Derecho natural fue un punto de partida evidente y generalmente aceptado (se llegó incluso –como ya lo dijimos en otros temas– a identificar los términos Filosofía del Derecho y Derecho natural); pero, también durante ese tiempo, existió discrepancia respecto al significado que habría de darse respecto al término *naturaleza*. Algunos han entendido como tal al universo de seres vivos, otros a la razón, o al ser biológico del hombre, o a su condición social, y, finalmente, aquellos que, con la postura hoy comúnmente aceptada, consideran que el fundamento del Derecho es la naturaleza humana, tanto física como racional y social; pues, sólo viendo al hombre como un todo, como lo que es, será posible racionalmente llegar a conocer los principios supremos que rigen su obrar hacia sus fines propios.

No obstante la multitud de criterios con los que se ha estudiado al Derecho natural y la enorme cantidad de teorías que han surgido en torno a él, hay de común en todas ellas la idea de una *Justicia objetiva*, "...de que el Derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualesquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínseca de su contenido" (García Maynez, "Filosofía Del Derecho", Editorial Porrúa, México. Tercera Edición, p. 506).¹⁹¹

Uno de los puntos más controvertidos respecto del Derecho natural es su inmutabilidad, atacada en gran parte por la absurda pretensión racionalista de lograr un sistema de Derecho ordenado, completo y permanente, abarcando cada una de las instituciones y situaciones jurídicas que pudieran presentarse. Esto, a todas luces, resulta no sólo utópico sino irracional, pues pretende eliminar del Derecho y del hombre una de sus dimensiones, la historicidad. Ya Aristóteles distinguía en el Derecho una parte permanente y otra mutable, esta última es la afectada por la historicidad.

Los principios supremos del Derecho natural son inmutables, ya que se fundan en las exigencias ontológicas de la naturaleza humana, la que por necesidad es inmutable, esto es, para que el hombre pueda ser un ser *histórico* es necesario que cuente con un núcleo

¹⁹⁰ Citado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., en su "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo II, p. 1016.

¹⁹¹ "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo II, p. 1016.

permanente que sustente el cambio, dicho núcleo permanente es precisamente su naturaleza en la que tienen su fundamento los principios del Derecho natural (como también los de la moral), que al ser aplicados al caso concreto son afectados por la historicidad, adecuándose a la circunstancia histórica en la medida de su indeterminación. El principio permanente es el mismo (por ejemplo, la protección a la vida, la libertad, de la salud, de los bienes, etc.), lo que cambian son las circunstancias, el momento histórico en que se aplica (paz, estado de guerra, grado de civilización, etc.), ya que el hombre es dinámico por naturaleza y se encuentra en constante cambio (desde el interior –su pensamiento- hacia el exterior –su conducta social-).

Por la misma razón que el Derecho natural es inmutable, es también universal, pues se funda en la naturaleza humana que es común a todos los hombres en cualquier tiempo y lugar.

Si bien hemos sostenido que el Derecho natural tiene existencia real, no por eso puede afirmarse que forme por sí solo un sistema de Derecho, pues es sólo un aspecto de un único sistema jurídico, del que también forma parte el Derecho positivo. No existen pues, como se ha pretendido, dos sistemas jurídicos contrapuestos, uno de Derecho natural y el otro positivo (*Teoría de los Dos Ordenes*), sino sólo uno que *"...es al mismo tiempo positivo o técnico, y natural o racional, ya que en él se conjugan una técnica positiva y unos fines racionales"* ¹⁹² (Preciado Hernández, *"Lecciones de Filosofía del Derecho"*, U.N.A.M., México, 1982. p. 243). No tendría sentido hablar del Derecho como puramente natural, ni reducirlo a una mera técnica (positivismo) sin fines permanentes y necesarios.

El Derecho natural nos señala un orden fundamental, dejando a la libertad humana la elección de los medios, la adecuación del principio a la circunstancia histórica particular, que se realiza por medio de actos de voluntad, formando así lo que llamamos Derecho positivo, sin más límites que los señalados por la naturaleza misma. De esta forma, el contenido de las leyes que produzca el hombre se traducirá en la correcta o incorrecta adecuación de los Principios Generales del Derecho –principios contenidos en la norma de Derecho natural- a la circunstancia histórica inscrita en el Derecho positivo; el criterio para determinar si éste es justo y correcto. De aquí se desprende la gran importancia de la tarea del hombre de crear –a través del Poder del Estado- leyes **racionalmente justas**.

VI. 10.3.- Sobre los Principios Generales del Derecho contenidos en el Derecho Natural.

En este tema, voy a tratar a los Principios Generales del Derecho en su esencia del significado y alcance, aunque parezca una misión imposible. Estos principios los encontramos en la amplia doctrina del Derecho natural.

El tema es al menos tan complicado, como ya avisa el excesivo número de palabras que incluye su enunciado. Tratando de enunciarlo al máximo, y en la forma más sintetizada posible, expondré las conclusiones a que ha llegado en su reflexión el profesor Ernesto

¹⁹² Citado por el "Diccionario Jurídico Mexicano"; Tomo II, p. 1016.

Martínez Díaz de Guereñu ¹⁹³, por considerarla como la mejor exposición encontrada de entre todos los libros leídos y consultados, para realizar esta obra. El citado autor reduce la exposición del tema en cinco posiciones, que enumeraré en seguida:

1. Los Principios Generales del Derecho son, ante todo, *principios*.
2. Los Principios Generales del Derecho son *generales*.
3. Los Principios Generales del Derecho son una *fuerza del Derecho*.
4. Los Principios Generales del Derecho son *Derecho*.
5. Los Principios Generales del Derecho pueden valorarse como la *pieza angular del Derecho*; como la *pieza clave*. Esta pieza que hay en el centro superior del arco romano de cantería; la cual, si puesta, sujeta a todas las demás; y si quitada, origina el derrumbamiento de todas las demás en conjunto.

A. ¿Qué significa "*Principios*" en la expresión Principios Generales del Derecho?

Los Principios Generales del Derecho, hemos dicho, son principios. ¿Qué significa esto? Decir que son principios equivale a decir que son proposiciones verdaderas, capitales, originarias o previstas a algo, que nacen o son nacidas de algo... Trataré de iluminar esto.

"*Principio*", en gallego y en castellano la misma palabra, es término documentado a comienzos del siglo XIV, significando el comienzo u origen. Procede de la palabra latina "*principium* ii". Hacia mediados del siglo XIV, uno de sus significados habituales en el uso de contextos éticos, es el de regla de conducta. Por influencia cartesiana, desde el comienzo del siglo XII, la palabra significa en todos los idiomas, *el punto fundamental de una teoría*. Como puede verse, se van conjuntando dos imágenes: la de regla cualquiera de conducta y la de regla fundamental dentro de un sistema de reglas.

"*Principium*", a su vez, es un sustantivo neutro muy abstracto, que procede de otro mucho más concreto. Es cosa frecuente que lo concreto estimule el salto a lo abstracto: así es como salta Platón del caballo a la caballería. Pues bien, el "*principium*" abstracto procede del concepto "*princeps-ipsis*": el príncipe, una magistratura fundamental del Estado romano. De "*princeps*" proceden "*principium*" y un cúmulo de palabras más. La razón es, que la numeración en general y los numerales en particular constituyen un recurso imprescindible para describir la realidad. Toda realidad, física o ética, natural o espiritual, para ser captada, ha de ser ordenada en ideas; y la ordenación reclama clasificación; y toda clasificación se inicia con un elemento que es primero. El príncipe es la primera magistratura. Y el principio es lo primero en cualquier serie. ¿Cómo se expresa esa idea? Pues de una forma tan plástica que la imagen que evoca no se ha perdido nunca en ninguna de sus derivaciones. Se expresa, pues, aludiendo a la primera cabeza de una serie de personas ordenada en fila. "*Princeps*", en efecto, procede de la expresión "*primus caput*" –con evoluciones intermedias como "*primiceps*"–. Así pues, "*primus caput*", se transforma en "*primiceps*"; y "*primiceps*" en "*princeps*". Un príncipe es, pues, siempre la primera cabeza. Como todavía se dice en lenguaje de Tenis: "un cabeza de serie".

¹⁹³ Citamos la obra de Martínez Díaz de Guereñu, Ernesto, "*Racionalidad e Irracionalidad en la Política y el Derecho*", Actas del Simposio de Filosofía del Derecho de Abril de 1987. Universidad de Deusto. Bilbao, 1990. pp. 99.

De ahí surgieron muchas combinaciones; pero apenas añaden algo al fondo del asunto. Así, "*princeps legis*", que designa como "*príncipe de la ley*" a quien es en realidad el "*autor de la ley*". Ello, dentro de un sistema, como el romano, en que cada ley tiene un autor concreto, que interesa conocer, porque es la persona que cumple el papel de promotor en el procedimiento de formalización. Por eso se designa siempre a las viejas leyes romanas con el nombre de una persona: el "*princeps legis*". Por parecido motivo se llama a los grandes "*princeps in republica*". Se trata de los principales en el mando. Son los primeros en poner, proponer o imponer las normas de conducta colectivas.

De todo ello se deduce el significado nuclear de la palabra "principio", componente de la expresión, que nos ocupa, de los "*Principios Generales del Derecho*".

El "principio" es algo identificado, según como se lo mire, por cabeza de una serie o por primer singular de un todo plural. Y en el sentido de nuestra expresión compleja, los Principios Generales del Derecho son las principales verdades prácticas, de una serie de otras, que les siguen y constituyen un conjunto normativo, en que las normas se suponen ser todas verdades de la razón práctica. Por ejemplo, en este sentido afirma el Profesor Fraga Iribarne ¹⁹⁴ que "...los principios son las verdades que rigen una vida, una acción y una moral...". (Fraga Iribarne, M., "*Ideas para la reconstrucción de una España con futuro*", Editorial Planeta; Barcelona, España, 1980, Cap. 2.2).

En consecuencia, podemos decir que los principios jurídicos tienen que ser, de alguna manera, verdades muy cualificadas. Es decir, que se trata de verdades ontológicas, metafísicas, apriorísticas, universales... muy importantes en todo caso. Asumidas a la universalidad del a priori, desde el a posteriori. Porque la universalidad de los principios es lógica, no histórica. Queremos decir, que no excluye, antes bien, supone lo empírico, cuando lo sobrepasa. Todo principio puede ser y tiene que ser una verdad empíricamente obtenida. Pero al acceder a ella, al formularla, se la muestra limpia de la herrumbre de la empirie. Los principios jurídicos son así verdades lavadas del enrobinamiento de lo interesado. Porque un principio tiene que ser una verdad práctica lo suficientemente abstracta y general, como para que pueda encarnarse en lo concreto dominando los intereses y las maquinaciones que trata de iluminar.

También incluye la noción de principio la idea de dominación, señorío o regimiento. Los principios son verdades, pero verdades prácticas. Por ende, son criterios de conducta y normas de gobierno; brújulas de orientación y estabilizadores de equilibrio; fórmulas con variables y constantes, que pueden asumir cualquier valor concreto manteniendo su estructura de decisión. Las variables son los datos de acuerdo con los cuales se decide. Pero la decisión se toma en función de la fórmula que no varía; es decir, de la verdad dotada de validez general.

Y, por supuesto, los principios de que hablamos, son verdades que rigen algo jurídico: la vida jurídica, no la vida en general; la acción jurídica, no cualquier actividad; la moral jurídica, no la moral a secas. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la moral es un precipitado de la costumbre; y que la acción es una concreción de la norma; y que la vida misma es lo que trata de comprender e iluminar la jurisprudencia –nuestro saber avaro de

¹⁹⁴ Citado por Martínez Díaz de Guereñu, Ernesto, "*Racionalidad e Irracionalidad en la Política y el Derecho*", p. 101.

toda noticia emanada de todas las cosas, divinas o humanas-: pues, de alguna manera, se advierte que los principios atraviesan todo el campo del Derecho y constituyen su alma. De modo que un Derecho sin principios será un Derecho desalmado, desanimado y, en fin, muerto. Así es que los Principios Generales del Derecho podrán ser aceptados con generosidad o tacañería; podrán ser manejados con estupidez o con inteligencia. Pero ahí están: son, existen. Y ninguna jurisprudencia puede entender el Derecho fuera de ellos, según parece... Pero no precipitemos conclusiones.¹⁹⁵

B. ¿Qué significa "Generales" en la expresión Principios Generales del Derecho?

Los Principios Generales del Derecho son *generales*. ¿Qué quiere decir eso? Pues quiere decir que tienen relación con la generación, o sea, con el engendramiento y con el alumbramiento, con el coito y con el parto del Derecho.

En este sentido sugerimos que el sinónimo más esclarecedor de la expresión "*principios generales*" es la expresión "*principios nativos*". Queremos decir, nativos del orden jurídico y nativos para el ordenamiento jurídico. Adviértase que cuando se consideran las proposiciones relacionadas con un sistema general, por su procedencia, resulta que: o pueden proceder de dentro del mismo o pueden proceder de afuera del mismo. En otras palabras, toda proposición puede ser, respecto a un sistema dado, endógena o exógena. Pues bien, respecto al sistema de un ordenamiento jurídico, los principios generales reclaman la endogenia; son siempre de procedencia interna para el sistema jurídico en que se instalan. Y reclaman esa natividad en el sistema, no para salir del mismo a otro, sino para avecindarse, para seguir viviendo y reproduciéndose dentro del mismo ordenamiento. Los principios generales no tienen, de suyo, vocación migratoria.

Ahora bien, no es cosa fácil llegar a tener una idea clara de esa imagen de lo *general* cuando hablamos de los principios. ¿Por qué? Pues porque si un principio es una cabeza de serie, el número ordinal primero es *relativo* de unas series a otras. De modo que el mismo individuo que es intermedio en un conjunto, puede ser principio en un subconjunto y final en otro subconjunto del mismo sistema. Esta es la primera y principal dificultad que tiene la comprensión de la *generalidad*, referida a los Principios Generales del Derecho. Pero hay otra dificultad añadida.

En efecto, resulta que "*general*" constituye un adjetivo con dos peculiaridades perturbadoras.

Primera dificultad: el término "*general*" ofrece una utilización muy variada, tanto en el lenguaje vulgar, como en el jurídico –que es el que ahora nos interesa más-. "*General*" sirve, no sólo para adjetivar al sustantivo "principios"; adjetiva también otros muchos términos jurídicos, muchos de ellos dotados de un papel relevante en el lenguaje jurídico, y por eso atrayente y desquiciante para los significados extraídos de su propia órbita. Llega incluso a sustantivarse en la voz "*generalidad*".

Segunda dificultad: "*general*" es palabra de valoración que, por eso, clasifica bipolar o multipolarmente. Y así es como funciona en este caso, puesto que el significado primitivo

¹⁹⁵ Martínez Díaz de Guereñu, Ernesto, obra citada, p. 102.

de la voz *principio* le reclama la multipolaridad. Pero con la perturbadora circunstancia de que *general* no ofrece un antónimo normal e inequívoco, que se pueda dar por supuesto. Al contrario, juega con varios de ellos –según contextos– con alcances próximos, a veces no tanto, y nunca idénticos. Lo *general* es aquí un color blanco que, además de tener enfrente un color negro, tiene también varios grises, pardos, perlas, claros, oscuros y clarososcuros.

Aclaremos, con unos cuantos ejemplos estas dificultades, mirando a perfilar la doble tesis que a mi parecer importa fijar:

- a) Que la noción de "*general*" significa aquí lo relacionado con la génesis, o sea, el engendramiento y el nacimiento; y
- b) Que, en la expresión *Principios Generales del Derecho*, "*generales*" significa que son los nativos; los que engendra el ordenamiento; los que nacen en el ordenamiento; los que tienen en el ordenamiento su propia atmósfera vital, de modo que sólo sobreviven instalados en el propio ordenamiento que los generó.

Pues bien, lo primero a advertir es que *hay en Derecho principios que no son los Principios Generales del Derecho*. Tales, por ejemplo, "los principios fundamentales" o los "principios normativos" de que hablan, sobre todo, los iuspublicistas.

Se mencionan expresamente como "*principios fundamentales*" a aquellos que proclama la Constitución, que parecen extraños a la regulación jurídica y manifiestan un carácter definidor y aclaratorio. No son Principios Generales del Derecho, son más bien normas programáticas de una ideología revolucionaria; pero pueden considerarse, en la mayor parte de los casos, como fines propuestos, para su desarrollo por el legislador ordinario. (Sánchez Agesta, L., "*Principios de Teoría Política*"; Madrid, España, 1976, Capítulo 20.4.2).¹⁹⁶

Algo semejante constituyen los "*principios normativos*" –pero sin el previo golpe revolucionario–. En efecto, se llaman principios normativos a las normas constitucionales que no tienen carácter preceptivo, sino declaratorio, y constituyen la declaración expresa del fin perseguido por el orden constitucional (Sánchez Agesta, 1976, Cap. 28.2.1.). Sin embargo a estos principios ya no se les puede negar de plano el carácter de Principios Generales del Derecho, ni tampoco concedérselo. No se les puede conceder porque, al estar en la Constitución, son normas expresadas por una fuente legal –nada menos que por la ley fundamental–. Y, como dice Alfonso Otero Varela¹⁹⁷, "*un principio es un criterio legal que no está en un precepto concreto*" (Otero Varela, Alfonso, "*La Mejora*", 1963, Cap. 5).

Pero tampoco se puede negar a los principios normativos su carácter de principios generales, ya que son uno de los momentos típicos en que la filosofía (política) aparece informando el Derecho (el Constitucional) de una manera inmediata. Y los principios generales son, en su esencia, principios filosóficos. Por cierto que –dicho sea de paso– los principios se nos muestran así como un excelente *tópico jurídico* de vaivén, que permite

¹⁹⁶ Citado por Martínez Díaz de Guereñu, Ernesto, obra citada, p. 103.

¹⁹⁷ Idem, p. 104.

alegarlos como argumento ante los tribunales cuando nos favorece... y rechazar su invocación por nuestros adversarios cuando les favorece a ellos.

En suma, los principios fundamentales más bien no, y los principios normativos más bien sí: ambos pueden considerarse y no considerarse Principios Generales del Derecho. Ambos permiten un magnífico arte retórico, y ambos perturban magníficamente bien el juego de la lógica jurídica, con su ser normas y no serlo, para ventaja de la reina de la jurisprudencia, que es la Retórica. Adviértase que ese carácter *perturbador*, para el sosegado razonar de juristas practicones, ramplones y amodorrados, es muy típico de todos los principios. Así, por ejemplo, de los *principios morales*, que alteran la buena digestión de las personas con mala conciencia. En realidad, si los principios son perturbantes es porque lo son todos los *principes*. ¿Recordamos la vieja fábula de las ranas que querían un príncipe, con su moraleja de que el mejor príncipe es el que está más lejos? Todavía más: si principios y príncipes son perturbadores es porque no hay cosa más perturbadora que el engendramiento... y el subsiguiente "ponerse a parir"...

Los mismos fenómenos se revelan por el análisis del concepto "*general*" en vista de sus antónimos. ¿Qué es en Derecho lo contrario de lo *general*? Cualquiera sabe... Puede ser muchas cosas. Pues bien, en eso estriba lo *interesante para el arte jurídico*, aunque pueda ser lo *perturbador para la teoría jurídica*. Se ilustra esto con algunos casos que permiten aclarar lo segundo y allegan datos para lo primero.

Un antónimo usual para lo "*general*" es lo "*individual*". Desde este punto de vista se califica como *genérico* a todo lo que se determina por su género en la relación jurídica. O sea, que se dice *genérico* para calificar a las cosas fungibles, que no se identifican por su individualidad, sino que se identifican por el género y la cantidad, en tanto que intervienen como objeto numerables de un negocio jurídico. Y así se emplea la palabra desde los viejos tiempos romanos. Cosa general o genérica es cosa no individual. General es no individual. Las cosas individualizadas se localizan mediante una descripción pormenorizada. En cambio, las cosas genéricas se designan con sólo decir el nombre del género y la cantidad; y entonces se convierten en una idea abstracta: el objeto numerable de un negocio jurídico. ¿Parece esto claro? Pues es muy relativo: pues todo puede ser, según respecto a qué, genérico e individual.

Lo mismo se deduce de este otro caso. Cuando la Teoría General del Derecho establece los requisitos de la norma jurídica es imposible olvidar el requisito de la "*generalidad*", que la distingue de la "*individualidad*" de la sentencia. Decir de la norma que tiene "*generalidad*" es decir que la norma vale y debe ser acatada por todos los individuos. Lo cual parece no tener nada que ver con lo anterior. Pero sí tiene que ver, pues se juega con la misma contraposición. Norma individual es la que sólo vale para un individuo, y norma general es la que vale para el conjunto de los individuos; pero esto puede entenderse como un subconjunto respecto a un conjunto o a unos conjuntos más generales, con lo cual el equívoco de la relatividad se ha vuelto a instalar en nuestro regazo analítico.

Otro antónimo de lo "*general*" es lo "*específico*". Así funciona, por ejemplo, en la clásica división entre obligaciones genéricas y obligaciones específicas. Se llama

"obligaciones genéricas" a aquellas en que el objeto de la prestación se determina por su pertenencia a una categoría o género de cosas; y se llama "obligaciones específicas" a aquellas en que el objeto de la prestación se concreta en cosas ciertas o específicas dentro del género. He ahí otra vez el equívoco: lo genérico y lo específico son cualquier cosa, según el sitio desde donde se la mira.

Y lo mismo ocurre, nos parece, cuando el antónimo de lo "genérico" es lo "concreto". En realidad, la anterior distinción ya implica en algo el mismo punto de vista. Lo "general" viene a ser lo "abstracto" en relación a lo "específico" que se toma como "concreto". Pero, si se tiene en cuenta que lo específico es lo que pertenece a la "species" o forma, se advierte que esa forma es relativa al conjunto. En suma, resulta que lo "general" es lo que tiene una forma; y lo "especial" es lo que tiene la forma del género. O sea, prácticamente se trata de lo mismo... La confusión es, como se puede observar, muy seria. Y pensando en los Principios Generales –de los que ahora tratamos– del Derecho, se adelanta ya inevitable la pregunta: ¿Por qué son generales los principios generales?... ¿Son generales por no ser individuales?... ¿O lo son por no ser específicos?... ¿O lo serán por no ser concretos?...

Aplazamos la respuesta fijándonos en el último aspecto mencionado: lo general y lo concreto parecen antónimos firmes. Sí, en general. Pero no tanto en Derecho, cuando tropieza uno con esa intuición tan sólidamente concreta y adversaria de todo lo general a que se llama precisamente con el nombre de "generalitat" o "generalidad" de Cataluña. Es decir, la máxima institución de gobierno de la nacionalidad catalana, desde finales del siglo XV.

Tampoco parece que se pueda tomar como antónimo jurídico estable de lo "general" a lo "particular", como podría sugerir la usual contraposición entre "Derecho general" y "Derecho particular". Pues todo Derecho es particular respecto a otro más general; y general respecto a otro más particular. El análisis del fenómeno conocido como: "particularismo jurídico" lo pone de relieve. El "particularismo jurídico" es un proceso defensivo de diferenciación de un Derecho respecto a otro más general, mediante la adopción de una figura definitiva, consistente en la fiel observancia de la forma y una resuelta fidelidad al contenido, por el que cada Derecho territorial se imita a sí mismo, no siendo un Derecho antiguo, sino un Derecho que afecta ser arcaico, al ahondar en sus propios orígenes...

¿Qué significa todo eso entonces? Pues parece que la descripción dada implica la existencia de un Derecho general –que es el que se supone deseable– al que le ponen trabas unos Derechos particulares. Pero también podría entenderse lo anterior al contrario, pues parece que la descripción dada implica que los Derechos particulares son, en realidad, unos Derechos generales deseables, a los que se opone un indeseable Derecho llamado general sólo porque es más lato (territorial o personalmente) que los anteriores. Siempre la misma tensión, y por ende el mismo equívoco.

¿El mismo he dicho? No... el equívoco aún es más acentuado. En efecto, la indicada tensión no tiene siempre la misma dirección. Así, por ejemplo en España, en unas épocas se ha pensado que el Derecho es tanto mejor cuanto más general sea y cuantos menos

particularismos sufra. Pero en otras épocas se ha pensado, al contrario, que un Derecho es tanto mejor cuando se distribuye en un mayor número de áreas particulares, y cuando padezca menos dosis de generalización.

Y todavía hay otra cosa digna de ser subrayada en la anterior idea de lo que es el particularismo jurídico en relación con el generalismo jurídico. Nos referimos a la nota que define al Derecho particular como un Derecho territorial que se imita a sí mismo y afecta ser arcaico ahondando en sus propios orígenes... He ahí reapareciendo la típica función –antes subrayada– de endogenia de los principios del Derecho, a que llamamos *Principios Generales del Derecho*. ¿Qué mejor modo tiene un Derecho de imitarse a sí mismo, que desarrollar los preceptos que no tiene, buscando la coherencia con los propios principios genéricos ínsitos en las normas que tiene? Pues bien, a eso se le llama –con toda razón– "particularismo"... mirado en relación al otro Derecho más general...

De modo que todo lo anterior deja establecida la dificultad que entraña todo intento de pergeñar una idea de lo general en relación a su juego conceptual antonímico. La noción de lo *general* no se puede desentrañar de sus juegos antónimos –bipolares o multipolares–. Todos ellos tienen el mismo relativismo que el juego *derecha versus izquierda*, dentro del cual no se puede establecer nunca la posición de la una o la otra. Lo que significa que este camino es impracticable. Por lo cual debe ser intentado el otro: **el del significado originario**. Esto es, el del origen del engendramiento y el nacimiento.

¿Y qué significa entonces lo *general*? Pues sencillamente: *general* es lo que ha sido engendrado y tiene por eso virtud generativa de cosas semejantes a sí mismo y a los que le engendraron a él. Ahí sí tenemos una referencia con la que podemos saber quién está del lado de acá y del lado de allá de la divisoria mental. *General* es el padre respecto al hijo, y el hijo respecto al padre, pero sin equívocos; el padre es el que engendró, y el hijo el que nació. Y no se confunden cuando el hijo pasa a ser padre a su vez: porque lo es de un nuevo hijo, distinto e inconfundible con el abuelo. Ahora ya no hay confusiones. La relación de padre a hijo es de una sola dirección, inconvertible, irreversible. Por lo tanto, para que en Derecho podamos emplear la palabra *general* significando algo inequívoco, tenemos que interpretarla a la luz de este significado. Significado que es de las primeras fuentes, por cierto.

En efecto, el adjetivo "*general*" se documenta a fines del siglo XII y principios del siglo XIII en todas las lenguas romances europeas. Señala a los que pertenecen a un género. Viene del latín medieval *generalis*-e. También en ese terreno ofrece la ya temida significación ambigua. Así se ve que hay que traducirlo, según el contexto, unas veces por lo general; pero otras, por lo particular, lo específico, lo individual, lo concreto... Pero en una etapa anterior no existía esa ambigüedad. En efecto *generalis*-e procede de *genus-eris*; y ahí ya no se da la ambigüedad. Pues si es *general* lo que tiene un individuo, ello se debe a que procede de un *genus*; o sea de un gene; del gene de una paternidad, de una familia, de una raza, de una patria... y por eso actúa de la misma manera o modo, o por eso es de la misma especie o género de todos los que constituyen el grupo de referencia. Pues ¿Por qué tienen caracteres genéticos o comunes todos los miembros de tal grupo? Por haber nacido dentro de él.

Bien, eso es lo que lleva dentro el término *genus eris*, apropiación latina del término griego *genós-* (*ous*) que designa el nacimiento u origen; y por eso el pueblo o nación en que nació la persona; y por eso la clase o género, casta, índole o naturaleza de una nación. De acuerdo con todas esas precisiones llegamos a la conclusión de que nuestra expresión puede ser definida sustancialmente como sigue:

"Los Principios Generales del Derecho son el conjunto de verdades jurídicas nacidas en el mismo Derecho y dotadas de poder generativo para que sigan naciendo otras verdades jurídicas en el mismo Derecho".

Esta es la definición más simple que hemos podido encontrar de los *Principios Generales del Derecho*, tratando de esquivar todo tecnicismo innecesario, para el presente trabajo. En la numerosa bibliografía que al respecto existe, podemos encontrar muchas otras más, a las que no ponemos objeción; sin embargo, aquí destaco las definiciones de cinco autores: Paulo Duorado, Antonio Poch, Luis Recasens Siches, Luis Legaz Lacambra ¹⁹⁸, y Rafael Preciado Hernández, que dicen así:

- a) Los Principios Generales del Derecho son "...aquellos principios informadores de un determinado Derecho positivo descubiertos a través de un procedimiento de creciente generalización". (Duorado de Gusmao, P. "Introducción a la Teoría del Derecho", Freitas, Río de Janeiro, Brasil, 1962, 11.3.).
- b) "Los Principios Generales del Derecho son generalizaciones de situaciones generalizadas de frecuente y periódica ocurrencia". (Poch, A., "Nota para un Esquema Caracteriológico de la Realidad preceptual, en Homenaje a Zubiri", Madrid, España, 1970, 7.).
- c) Los Principios Generales del Derecho son los "...principios ideales, base de su sentencia, que el juez estima constituyen normas jurídicas que estaban ya vigentes antes de que él las proclamase, aunque no se hallasen formuladas de manera explícita". (Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1978, 12.13).
- d) "Los Principios Generales del Derecho son... las verdades jurídicas universales o principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del Derecho o el fundamento de toda la legislación positiva y que inspiran una determinada legislación positiva". (Legaz Lacambra, Luis, "Filosofía del Derecho", Editorial Bosch, Barcelona, España, 1979, 2.5. 2.e.2.).
- e) Los Principios Generales del Derecho son "...los principios más generales de ética social, Derecho natural o Axiología Jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual". (Preciado Hernández, Rafael, "El artículo 14 Constitucional y los Principios Generales del Derecho", Revista de la

¹⁹⁸ Los cuatro primeros, citados por Martínez Díaz de Guereñu, Ernesto, en "Racionalidad e Irracionalidad en la Política y el Derecho", p. 108.

Facultad de Derecho de México, México, tomo XIX, números 75-76, julio-diciembre, 1969, p. 640.)¹⁹⁹

Estos intentos definitorios –y otros foráneos no reproducidos- merecen largo coloquio, que la ocasión impide. De todos modos, el buen entendedor podrá apreciar alguna consideración crítica en el desarrollo de los puntos que restan por desarrollar.

C. ¿Son los Principios Generales "fuentes" del Derecho?

Acabamos de decir en el punto anterior, en nuestra definición que los principios generales tienen "poder generativo". Esto significa que entendemos los principios generales como *fuentes del Derecho*. Los Principios Generales del Derecho pensamos que son fuentes de las que siguen naciendo otras verdades jurídicas, es decir, otras normas jurídicas. Lo cual, ya lo sabemos, es materia de permanente polémica teórica.

Pienso firmemente que los Principios Generales del Derecho son fuentes del Derecho, incluso, por virtud de la misma literalidad de la ley positiva. En el Derecho Mexicano, el artículo 14 constitucional señala que los juicios del orden civil deberán fallarse conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y que "...a falta de ésta, se fundará en los Principios Generales del Derecho". En el Código Civil federal mexicano se establece el mismo principio. Este reenvío, vincula nuestro Derecho patrio a la mejor tradición iusnaturalista de la civilización occidental. También en la Ley Federal del Trabajo, se hace un reenvío, en el artículo 17, a los Principios Generales del Derecho y a la "equidad", que es uno de ellos.

Así pues, el artículo 14 constitucional mexicano, establece que los *principios generales* son la tercera fuente. Muchos juristas pensamos que no es así, que es la principal fuente, porque cierra el sistema; es la válvula de seguridad que impide que el sistema estalle y se autodestruya. Los principios son los que le dan materia y contenido a la ley y no forma. Por eso son inevitables los principios; para que, a falta de normas materiales con que decidir los conflictos, hagan como tales (como normas materiales, y no como normas informadoras o formales) los principios.

Con esto, podemos dar respuesta a la pregunta recién hecha ¿son fuentes del Derecho los Principios Generales del Derecho? Para el autor de esta obra no cabe la menor duda. Lo son y con tal fuerza, que la legislación positiva, a la que tanto molestan, no tiene más remedio que aceptar el hecho y consagrarlo de Derecho (positivamente)... aunque recortándolo todo lo posible. Pero, con eso ya establecido como verdad, surge la siguiente pregunta: con la que pasamos al siguiente punto programado.

D. ¿Son "Derecho" los Principios Generales del Derecho?

La respuesta de algunos autores -junto con la del autor de la presente obra- es también positiva, aunque –como toda tesis jurídica- también es discutida. Debemos decir, con todo, que en este caso no se suele discutir tanto que sean *Derecho*, como *la clase de Derecho* que sean.

¹⁹⁹ Citado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., en su "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo IV, pp. 2541-2543.

Una tesis bastante difundida es la que expresa el Profesor Vernengo con estas cuatro palabras: "Los principios son normas" (Vernengo, R. J., "Curso de Teoría General del Derecho", Editorial Cooperadora; Buenos Aires, Argentina; 1972, 1.1.1 "8). Eso quiere decir que se trata de Derecho normativo (con carácter jurídico); no Derecho que la norma ha de reconocer, sino Derecho que es norma, porque otra norma lo ha reconocido (pero podría no hacerlo). Sin embargo, discrepamos y preferimos seguir a nuestros pensadores como Luis Legaz Lacambra.

Según Legaz, "los Principios Generales del Derecho son Derecho natural; normatividad iusnaturalista concreta, que suple, confirma o contradice la normatividad positiva". (Legaz, en la obra ya citada, 1979, 2.5.2.e.2). Lo más importante que se dice en tan breve texto es que se trata del Derecho natural. Pero antes de subrayar eso, fijémonos un minuto en el final, porque provoca una cuestión inevitable y punzante, que ya nos ha ido enseñando su aguijón por aquí y por allá. Se trata de ésta: ¿Pueden contradecir los Principios Generales del Derecho a la normatividad positiva? ¿Se puede llegar hasta allí...?

Lo rechazan muchos, pero por nuestra parte, estamos convencidísimos que sí, por lo que llegamos hasta ahí con el maestro Legaz, que se atrevió a admitir lo que la realidad muestra ser cierto. Porque los casos abundan, sólo que no se los quiere ver, no obstante, no hay lugar o momento histórico en que no se pueda encontrar algún caso en que la juridicidad de la norma positiva no concuerda con los ideales o principios del Derecho natural.

Los Principios Generales del Derecho no son una fuente informativa del Derecho, son una *fuentes material del Derecho que produce materia jurídica, Derecho simplemente. Es la materia jurídica que le crea a un Derecho su filosofía jurídica, o sea, su jurisprudencia.*

Bien, pues eso es lo que significa decir que los Principios Generales del Derecho **son Derecho natural**. Ellos contienen el Derecho natural, cuya formulación compete a la jurisprudencia filosófica; y a la científica y a la técnica –subordinada a aquella–; y a la doctrina legal de todos los tribunales, comenzando por la estrictamente reconocida (la del tribunal supremo, en México la Suprema Corte de Justicia) y siguiendo por la de todos los demás tribunales hasta la del más humilde juez.

Porque los Principios Generales del Derecho no son una fuente que se subsuma en la doctrina legal de los tribunales, ni que se confine, siquiera, en los límites del ordenamiento normativo del legislador estatal. Pues ocurre que hay Principios Generales del Derecho que son externos a un ordenamiento positivo, y sin embargo le afectan, por pertenecer a otro conjunto mayor, respecto del cual es el primero un subconjunto. Así ocurre con los Principios Generales del Derecho Internacional, cuando se proyectan sobre los ordenamientos estatales. Pero no es el único caso.

También hacia adentro y hacia debajo de un ordenamiento estatal se puede reproducir y se reproduce de hecho el fenómeno. El particularismo jurídico a que antes nos hemos referido es lo mismo en la relación región-Estado; en la relación nacionalidad-nación; en la relación Estado federado-Estado federal, etc. El siempre recordado

particularismo jurídico aragonés existe porque el Derecho aragonés tiene unos principios generales jurídicos, en parte coincidentes y en parte diversos, a los principios jurídicos generales del ordenamiento español. Y lo mismo ocurre a los Principios Generales del Derecho gallego, respecto a los de otros dos sistemas jurídicos con los que inevitablemente se relaciona: el español y el portugués. Problema idéntico es el que ofrece en el marco de las comunidades europeas, el particularismo jurídico español, francés, italiano, etc., respecto al conjunto superior del ordenamiento jurídico comunitario europeo... Es un dato que no se puede olvidar.

Resulta pues que los Principios Generales del Derecho son fuente del Derecho y, por tanto, Derecho para cada ámbito jurídico. ¿Hay Principios Generales del Derecho mexicano? Desde luego. ¿Y del Derecho francés? Desde luego. ¿Y del Derecho vasco o navarro, o castellano, o gallego o español...? Pues lo mismo, sí.

Y por tanto, también para todo el ámbito del Derecho, ordenamientos limitados aparte. También para todo el ámbito del Derecho hay unos Principios Generales del Derecho. Se trata, en principio, de aquellos que son comunes a los sistemas jurídicos más desarrollados y evolucionados. Lo que no debe confundirse con los principios del Derecho Internacional estricto –el contenido en el convenio y la costumbre internacional-. Los Principios Generales del Derecho Universal tienen una validez anterior y superior a todos los ordenamientos legales, incluido el internacional. Así que cuando el estatuto del Tribunal Permanente de Justicia de La Haya reconoció los Principios Generales del Derecho como fuentes del Derecho en su famoso artículo 38, no los "creó", no. No es que desde entonces, desde 1920, sean Derecho y que antes no lo fueran; sino que entonces fueron felizmente reconocidos en lo que ya eran siempre.

¿Por qué? Pues a nuestro modo de ver, porque los Principios Generales Internacionales del Derecho son los mismos que están a la base del Derecho interno de las naciones civilizadas, aunque teñidos en estas últimas con sus respectivos caracteres distintivos. Y cuyo conjunto sigue una cascada descendente, formando todo ello el mismo Derecho natural.

Recapitulamos entonces, ¿Por qué son fuente del Derecho los Principios Generales del Derecho? La respuesta está ya madura: porque son Derecho. Pero ¿qué Derecho? Ya lo sabemos: Derecho natural -o Derecho filosófico-. Así es, Derecho filosófico es el que expresa los Principios Generales del Derecho. Y a la inversa: los Principios Generales del Derecho son los principios filosóficos del Derecho; es decir, el Derecho creado por la jurisprudencia filosófica (y teológica, si es que se las quiere distinguir).

¿Qué quiere decir esto último? Pues por lo pronto, quiere decir algo que ya el propio Elías de Tejada había desarrollado en un trabajo suyo anterior, cuya tesis adelantaba en su mismo rótulo, al hablar de la "*...necesidad de sustituir los Principios Generales del Derecho por el Derecho natural hispánico...*" (Elías de Tejada, "*Necesidad de sustituir los Principios Generales del Derecho natural Hispánico*", Editorial Reus; Madrid, España, 1962, 5. y en su "*Tratado de Filosofía del Derecho*", 1977.).

La propuesta suena en principio un tanto chauvinista. ¿Cómo se han de sustituir los Principios Generales del Derecho por el Derecho natural hispánico? ¿Por qué el hispánico y no otro como el mexicano? Sencillo: porque Elías de Tejada se está refiriendo a la noción del los Principios Generales del Derecho español –y no universal- manejados por la jurisprudencia española. Así es que: si los principios son endógenos, y si estamos hablando del Derecho español; y si los principios son Derecho natural: los Principios Generales del Derecho español deben ser, *a fortiori*, el Derecho natural hispánico. Y si se trata de los principios del Derecho Internacional, pues el Derecho gentil, el *ius gentium*.

Hay, con todo, algo para nosotros inaceptable en la mencionada propuesta de Elías de Tejada, que no podemos dejar pasar desapercibido. Se trata de la oposición a la expresión misma. Elías de Tejada rechaza el uso de la misma expresión "*Principios Generales del Derecho*" como expresión impropia, anticuada, parcial e inútil... que debe ser sustituida en la jurisprudencia española por la para él tan querida de "*Derecho natural hispánico*" (Elías de Tejada, obra ya citada del año 1962, 5.). No comparten aquella "fobia" algunos autores, incluyendo el de la presente obra.

Sostenemos que una correcta interpretación de los Principios Generales del Derecho no puede reducirlos, contra natura, a lo poco que de ellos puede vislumbrar una técnica judicial -más ocupada en resolver litigios, que en teorizar y profundizar ideas-; sino que es preciso elevarlos a fuente jurisprudencial –no jurisdiccional- y de carácter filosófico-teológico, antes que científico-técnico.

Así pues, hay unos Principios Generales del Derecho universal, que se corresponden con las reglas del Derecho natural universal. Y como cada nación, cada pueblo y cada tradición histórica enfocan las cosas a su manera, así también selecciona unos, pule otros, aparcas algunos que no le interesan... y partiendo de lo mismo, acaba en un depósito distinto. Y así es como cada uno de los derechos naturales o principios iusnaturalistas (latino, germánico, británico, americano, mexicano o hispánico) pueden ofrecer divergencias o peculiaridades distintas en sus principios, sin que eso implique ninguna contradicción irreductible.

E. El Valor Filosófico de los Principios Generales del Derecho.

La última proposición que prometí defender en este tema es la valorativa. Según adelanté, los Principios Generales del Derecho son la piedra clave, la piedra angular de cada sistema jurídico; y por eso, de todo sistema jurídico. Sin ellos, el sistema jurídico entero se hunde. ¿Por qué?

Pues ya está dicho, pero conviene explicarlo. Ningún sistema jurídico puede sobrevivir sin Principios Generales del Derecho porque ellos constituyen el cordón umbilical por donde se anudan en el haz del ser, encontrando sustento y consistencia mutuos, el Derecho y la Moral, la Ontología y la Lógica. Pues del Derecho, de la Moral, de la Lógica y de la Ontología –o sea, de toda la *Filetíon*- es de donde reciben su sentido los principios. Ahora bien, eso nos plantea un último problema. Si los Principios Generales del Derecho constituyen un Derecho filosófico racionalmente comprensible, es que reclaman la unidad de un principio supremo. Si los principios generales son la clave del ordenamiento, tiene que

existir un principio supremo que sea, a su vez, la clave del sistema de principios. Entonces ¿cuál es tal principio supremo?

Problema arduo el que plantea esta pregunta. Nuestra idea particular es que no es imprescindible postular la existencia de un principio-supremo o principio-principal. Pero que, en el supuesto de que se quiera aceptar el reto, tampoco hay conveniente en intentar vencer la dificultad. A tal efecto, mi idea particular, es que cada ordenamiento o sistema jurídico puede optar por considerar uno de los principios generales por primero y proceder subordinándole los otros. Sea o no lícita esta propuesta, aquí no voy a excluir el riesgo de ofrecer mi propia sugerencia.

Para varios autores, incluyendo al que escribe esta obra, pensamos que el principio supremo del Derecho –al menos en nuestro contexto espiritual- es el que expresa la *regula iustitiae*, la que manda el *suum cuique* o *suum cuique tribuere*, que es el principio de Justicia de "dar a cada quien lo suyo (su derecho)".

No quiero atreverme a decir que no hay otro principio por encima de ese, no. Creo que hay dos principios supremos de la práctica que son: el primero, el principio material *bonum facendum*; y el segundo, el principio formal, *omnes sicut te ipsum*. Y creo que, si se distinguen radicalmente Derecho y Moral, entonces esos dos principios morales son previos o superiores. Más, creo, en fin, que si no se hace tal distinción –porque no se la debe hacer porque es innecesario hacerla- entonces lo que ocurre es que los tres principios son uno y el mismo, sólo que expresado con finalidades o desde perspectivas diferentes. Esto nos induce a sugerir algo de lo que no estoy muy seguro: de que los Principios Generales del Derecho puedan quizá no ser más que uno, y que su pluralismo puede ser simplemente expresivo. Pero no estoy seguro de ello.

De lo que sí estamos todos seguros es que los Principios Generales del Derecho son considerados "plurales" expresivamente. Así como el hecho de que el rechazo de uno suele producir el efecto dominó, que acaba en el derrumbamiento de todos. El caso ejemplar de esta actitud lo representó una vez más -en la jurisprudencia del siglo XX- Hans Kelsen. Su escepticismo metafísico le llevó a rechazarlos todos en su famoso ensayo titulado "*Justice et droit naturel*" publicado en los "*Annales de Philosophie Politique*" de 1959 (Kelsen, Hans, "*Justice et droit naturel*", 1959, 14.).

Lo más notable de este trabajo de Kelsen es la portentosa habilidad mostrada por su autor para hacer el elenco de los catorce principios generales del Derecho más universalmente reconocidos, realizando así el más lindo elenco de principios iusnaturalistas realizado jamás por ningún jurista, iusnaturalista o iuspositivista. Por eso parece justo aprovecharlo en esta ocasión y aprender del mismo la lista de los catorce Principios Generales del Derecho que todos aceptan, sean tirios, sean troyanos, lo hagan a gusto o lo hagan a disgusto. Su repaso nos vuelve a solevar la sospecha de que se trata siempre del mismo, sólo que expresado con la peculiaridad que le da en cada caso alguna coyuntura; como la costumbre; o la tradición; o la necesidad histórica; o la moda del lenguaje; o las preocupaciones sociales, etc., etc.

Estos son, pues, los catorce Principios Generales del Derecho comunes al Derecho universal, enumerados por el mismo orden con que Kelsen –el polémico autor del siglo XX que se distingue por su pureza metódica positivista por excelencia- ha querido hacerlo, para irlos crucificando con argumentos dirigidos siempre a demostrar que son significativos:

1º. La *regula iustitiae*, o principio *suum cuique*; o *suum cuique tribuere*; o a “a cada cual lo suyo”.

2º. La *regula aurea*, o principio *omnes sicut teipsum*; o “no hagas a los demás lo que no quieras que ellos te hagan a ti”.

3º. El *kategorisches imperativ*, o principio del imperativo categórico kantiano, que dice: “obra del tal modo que la regla de tu conducta pueda convertirse en regla universal”.

4º. La *regula boni*, o principio *bonum faciendum matum vitandum*, o “haz el bien y evita el mal”.

5º. La *regula traditionis vel consuetudinis*, o principio: “obra conforme a costumbre; obra conforme a tradición; obra conforme a precedente” (Principio *stare decisis*).

6º. El *principium moderationis*, o regla *satis nimis*, o canon del mesotés que ordena: “de nada demasiado; obra centradamente; procede sin extremismos; actúa con moderación”.

7º. El *principium retributionis*, que exige que toda acción tenga una reacción -su merecido-, según la máxima: “dale a cada acción su premio o su castigo”.

8º. La *labor rule* o regla laborista: “a cada cual según su trabajo”; es la norma básica de la ideología socialista, de los socialistas utópicos ingleses que se rastrea hasta Agustín y Pablo: “el que no quiera trabajar... que no coma”.

9º. El *kommunistische imperativ* o principio (marxista): “de cada cual según sus capacidades; a cada cual según sus necesidades”.

10º. La *lex charitatis* o *lex Christi*: es el principio del amor cristiano que dice: “ama al prójimo como a ti mismo”.

11º. La *regula libertatis*: es el principio “obra libremente”, propio del iluminismo ilustrado.

12º. El *principio de no discriminación*, regla roussoniana: “no discrimines a nadie por ningún motivo”.

13º. La regla de *isonomía*: “a todos los hombres se les debe aplicar trato igual”.

14º. El *principio de distinción*: “distingue los tiempos y concordarás los derechos”.

Se puede discutir, desde luego, si estos son todos Principios Generales del Derecho; y si son o no son, los mismos –con simples variaciones culturales de expresión-. Para muchos autores el primer principio, o principio "principal", o principio general supremo, es la *regula iustitiae*, ("dar a cada quien lo suyo; su Derecho"). Parece que también lo es para Kelsen, que por ello la cita con prioridad. Celebramos coincidir en mucho con tal gran jurisprudente.

Pero en lo que no coincidimos muchos con él, es en su intento de rechazarlos todos. Creo que se equivoca. No es que sean defectuosos o erróneos todos sus argumentos; con frecuencia dice cosas muy acertadas; otras sólo ingeniosas; y algunas muy discutibles, en cualquier caso. Pero lo inaceptable de su tesis positivista, es su posición global extrema, según la cual, en el Derecho, no hay un principio general..., por lo mismo dice que no hay un Derecho natural. Su saña prueba demasiado, y por eso mismo, apenas prueba nada... En realidad, pensamos muchos autores, lo único que prueba es lo que a Kelsen mismo más le hubiera reventado reconocer. Lo que prueba esa argumentación es que el Derecho no es una ciencia nada más, y menos una ciencia *pura*, una "*teoría pura*"; sino que es ciencia, retórica, tópica, dialéctica, filosofía... etc., etc... es artístico.

Pero esa cuestión es otra que ya quedó, en forma aceptable, explicada en temas precedentes. Nos contentamos de momento, con dejar razonablemente argumentadas las cinco tesis que nos propusimos exponer en esta obra, en esta particular tema; a saber:

- A) Que los Principios Generales del Derecho **son principios**.
- B) Que los Principios Generales del Derecho son principios **generales**.
- C) Que los Principios Generales del Derecho, **son Derecho**, porque son fuentes del Derecho.
- D) Que los Principios Generales del Derecho **son precisamente Derecho natural**. Y
- E) Que los Principios Generales del Derecho **son Derecho filosófico** y por ello la aportación jurídica de la Jurisprudencia.

Esta última conclusión es la más importante. Lo que decimos es que, si el Derecho es norma, decisión y valoración, pues resulta que la legislación crea las normas de Derecho; la jurisdicción crea las decisiones del Derecho; y la jurisprudencia descubre los Principios Generales del Derecho.

Los Principios Generales del Derecho **universal** son descubiertos por la filosofía y la razón humanas; reflejan valores universales, eternos, inmutables; en tanto que los Principios Generales del Derecho de cada nación en particular, reflejan valores menos generales que pueden cambiar con el tiempo y el espacio, y en relación al avance evolutivo social-cultural.

Por eso, el problema se complica por la tendencia actual a buscar una jurisprudencia laica, escéptica, "pura", irreligiosa e incluso atea. Buscar los principios generales de un Derecho cualquiera sin tener fe, es empresa casi imposible. Porque, los principios, sin lugar a dudas, no son obra humana, sino divina.

VI. 10.4.- Los Criterios Ideales Supremos del Derecho Natural que contienen los Principios Generales del Derecho.

En la diversidad de doctrina consultada para la elaboración de esta obra en torno a la búsqueda de aquellos los valores universales que rigen la conducta del hombre se discute el mismo problema: por un lado, que existen Principios Generales del Derecho dotados de valor absoluto y permanente, y por otro lado, que existen valores sujetos a mutación en relación con el cambio que sufren las sociedades en el horizonte histórico/cultural.

Ninguno de los autores consultados delibera acerca de cuáles son concretamente esos principios o valores que pertenecen a una u otra corriente, precisamente por la polémica que se suscita

Más, si están de acuerdo en que, las respuestas que se den no podrán ignorar esta polaridad dialéctica entre la exigencia de trascendencia/estabilidad y la necesidad de adaptación/cambio de los principios o instancias críticas de legitimación del Derecho positivo que lleguen a descubrirse (*formularse*, según algunos).

Desde luego que nadie niega que la Justicia es un valor supremo, una idea eterna e universal por excelencia, esto no está en tela de duda, pero los problemas que surgen al momento de querer plasmar ese ideal en Derecho positivo (material) son, entre otros:

- a) Primeramente, el fenómeno de que la conciencia humana –que es la herramienta que nos permite el entendimiento humano- es limitada, lo que nos enfrenta a serios problemas en nuestra vocación para captar la idea plena de Justicia. Lo que nos lleva de la mano al segundo problema
- b) La fidelidad de la interpretación que se le da a los principios filosóficos del Derecho natural para plasmarse en leyes humanas es limitado. Sin embargo, partiendo de esa limitación de la conciencia, se puede entonces buscar el ideal de Justicia "razonablemente aceptable", buscando el fin valioso en una forma "humanamente posible". Lo que nos lleva al tercer problema
- c) ¿Hasta qué punto debe aceptarse que se ha encontrado el ideal de Justicia "razonable" que deberá ser plasmado en leyes positivas? La búsqueda de ese ideal justo deberá evitar interpretaciones subjetivas, por el contrario deberá estar encaminado a su objetividad, que pueda entonces convertir esa idealidad en contenido concreto de normas de Derecho positivo. Surge aquí un cuarto problema
- d) Tanto los valores universales (inmutables) como los valores cambiantes (mutables, por el fenómeno de la historicidad) deberán plasmarse en la ley positiva, pues es imposible concebir una Justicia "a medias" (que sería contradictoria en sí misma), y así sería -"a medias"- el Derecho positivo si no encarna la dualidad de esos valores. Surge entonces un quinto problema
- e) La dualidad en los valores fundantes que descubre el hombre a través de la racionalidad (legislador, político, juez), nos empuja a concluir que el Derecho positivo, por estar basado en valores por un lado que sí cambian (además de los que no cambian), debe contar con una mutabilidad constante en su contenido a través de la historia, que encarne dicha polaridad. Pero... ¿Qué tan constante debe

hacerse esa muda? Lo exige la naturaleza humana, sin duda, pero refleja entonces un sexto problema

- f) Que la obra humana que llamamos Derecho (positivo) no cumple cabalmente con ese ideal "pleno" de Justicia, pues si los cambios en las normas legales los efectúa el ser humano después de constatar esa necesidad de cambio, pues habrá momentos previos a las reformas legales en que la norma no concuerde con la norma ideal y por ello, injusticia de último momento. Y si hemos dicho que la Justicia no es Justicia si queda mal lograda (a medias), entonces estamos frente a graves problemas (más problemas)... que se resuelven, en buena medida, concluyendo que: el hombre es imperfecto, pero sí cumple con el ideal de Justicia cuando realiza actos en miras de su cumplimiento, es decir, debe entenderse que es suficientemente "razonable" que el hombre realice esfuerzos (posibles) tendientes a lograr el fin perseguido; pero ¿hasta qué punto debe considerarse que es "aceptable" o "razonable" algo? Esta respuesta únicamente la puede responder la racionalidad humano... "razonablemente"....
- g) Séptimo problema: El ideal de la Justicia buscado "razonablemente" y humanamente "encontrado" mediante la especulación filosófica y con la técnica científica "adecuada" deberá entonces ser plasmando en las leyes positivas; pero aquí surge un problema muy evidente: Si los hombres tienen necesidad de la *racionalidad* (en busca de perfección) en la búsqueda de principios que sustenten al Derecho positivo "Justo" y este último Derecho es resultado de una obra humana, entonces ¿Quiénes deben gobernar y hacer leyes positivas... los más *capaces* "intelectualmente hablando"....?
- h) Octavo problema: ¿No es esto último dicho "contradictorio" con el principio tan difundido de que lo que deciden las mayorías es lo "correcto" políticamente hablando, y que dicho principio es el que fundamenta a la "Democracia" como la entiende la *mayoría* de las personas?... La capacidad racional y buena voluntad del hombre que maneja la vida pública de los pueblos del mundo es la solución a los problemas que aquejan al mundo entero, pero ¿en qué se fundan dichas soluciones? En la racionalidad, sin duda, que implica juicio inteligente, sapiencia y prudencia.

He dicho ya que hay eterna polémica entre juristas, políticos, filósofos, etc., sobre la existencia de un solo principio general al que se subordinan otros principios menos generales que fundan los sistemas de Derecho; o de si el Derecho nace a partir del engendramiento de pluralidad de principios que se encuentran en un solo plano inicial, generativos de los demás.

Este es un problema que ha traído un sin fin de discusiones históricas en torno a que si es la **Justicia** aquella que se encuentra en el primer caso, es decir, que es ese valor único del que se derivan los demás; por otro lado, los que siguen la segunda postura, la de los valores fundantes primarios "plurales", afirman existen otros valores o criterios, que aun teniendo relación directa con la Justicia, consideran que merecen un reconocimiento propio, por sus virtudes o méritos intrínsecos. Sin embargo, no hay uniformidad de criterios en el número ni características de estos valores; los autores hacen referencia en forma indirecta, sin afán de descripción pormenorizada de ellos.

No basta establecer simplemente que existen esos principios o directrices, conviene determinar objetivamente cuáles son, máxime si la Filosofía del Derecho sostiene, categóricamente, que se llega al conocimiento de ellos mediante un método de conocimiento *a priori* objetivo.

Todas las doctrinas que han expuesto los diferentes pensadores y estudiosos del Derecho, no han escapado a severas críticas e incluso a menudo son rebatidas por pensamientos diversos, muchas veces incluso resultan ser opuestos a las ideas que se exponen a lo largo de la Historia; pero esta radical libertad crítica de los hombres es algo connatural al hombre, como nos lo expone el pensamiento de Hegel.

Hegel, el maestro alemán de filosofía más sobresaliente de su generación, afirmó que el progreso de las ideas humanas rige la evolución de las instituciones sociales; que la evolución es el progreso hacia un ideal. El pensamiento avanza a través del proceso lógico de *tesis*, *antítesis* y *síntesis*. Decía Hegel ²⁰⁰ que, al presentarse una afirmación (*tesis*), se le criticaba y negaba (*antítesis*); de la afirmación y la crítica justas surgía una *síntesis* que a su vez era un reflejo del progreso de la mente hacia esa finalidad. Así, por ejemplo, los cambios en la cultura no son más que las manifestaciones exteriores del continuo progreso del conocimiento interior; del desarrollo de las ideas provienen los hechos cambiantes de la vida humana social.

Las diferentes ideas aportadas a la humanidad, han sido construidas a base de doctrinas con posturas contradictorias que se entrelazan dando otras con una postura intermedio (*síntesis*), formando un gran acervo cultural del pensamiento humano. Evidentemente la doctrina jurídica la han construido todos aquellos que se aventuraron a exponer sus pensamientos en relación al conocimiento, y que de una u otra manera han servido de base para la construcción de nuevas teorías y modelos en las múltiples materias del conocimiento, que constituyen el fascinante mundo de la ciencia y la filosofía.

Los grandes pensadores, en su momento, asumieron el riesgo y cargaron con el peso de ser criticados severamente por otros pensadores, no sólo de sus propios tiempos sino de todas las épocas de la Historia, ya que sus pensamientos han permeado atravesando las barreras del tiempo y del espacio en una especie de inmortalidad; esos pensamientos han servido de base para el conocimiento y progreso cultural de las naciones, en los diferentes pasos evolutivos de la Civilización.

No habría de ser diferente en el presente caso: como debe existir en todo documento escrito, en esta obra **adopto una postura ideológica determinada** acerca del tema del que he elegido escribir (quizá ostentosa), aun tratándose de una materia muy delicada y espinosa, que despierta, probablemente, un sin fin de críticas e interrogantes. La postura ideológica adoptada en esta obra se encuentra sustentada en diferentes doctrinas aportadas a la civilización por filósofos varios, desde aquellos que vivieron en la Antigüedad, hasta filósofos contemporáneos, todas ellas doctrinas filosóficas *personalistas* – corriente que, en esencia, percibe todas las cosas del cosmos al servicio de los valores del hombre-, pues estoy seguro, y afirmo sin temor a equivocarme, que el Hombre tiene un

²⁰⁰ Astudillo Ursúa, Pedro. "Lecciones de Historia del Pensamiento Económico". Editorial Porrúa. Décima Primera Edición. México, D.F., 2000, pp. 14-15.

carácter absoluto y sagrado, y que esa misma circunstancia le da su dignidad y rango de superioridad sobre todas las cosas y demás seres vivos; creo que esto es difícilmente cuestionable.

En esta obra busco un concepto claro de los problemas que se suscitan en la búsqueda de valores universales fundantes del nacimiento del Derecho positivo (que son, al mismo tiempo, límites en su creación, interpretación y aplicación) y una solución probable, haciendo un esfuerzo tendiente a aportar al mundo jurídico una Teoría de Derecho Natural. Pero tales valores no consisten en algún contenido concreto de norma de Derecho, sino en la forma de normación impositiva e inexorable que pueden adoptar los más diversos contenidos sociales; ellos tienen carácter universal y en lo universal de lo jurídico no podía entrar ninguna idea de finalidad concreta, pues de incluirla, como quiera que los fines son siempre particulares, propios de una determinada comunidad y momento histórico determinado, resultaría que ya no obtendría un idea absolutamente universal de forma, sino ya un contenido concreto –una norma positiva con carácter histórico- y no Directrices Universales; y, entonces, ese concepto ya no podría aplicarse a todos los Derechos que en el mundo han sido, son y serán.

Pero este argumento en nada afecta a la doctrina que expondré, pues, efectivamente, la inclusión de la referencia a un fin concreto invalidaría la idea de universalidad de los valores que expondré, su pretendida esencialidad; pero aquí no incluimos ninguna idea de fin concreto (contenido del Derecho), sino una idea de finalidad funcional, una idea directriz, la cual es por entero formal, plenamente universal. Lo que varía, en la historia y en las diversas doctrinas filosóficas y políticas, son los fines asegurados, pero, en cambio, es magnitud constante de todo Derecho el que su función consiste en asegurar aquellas condiciones o fines que la sociedad reputa de indispensable realización, para el nacimiento del Derecho. No hacemos ninguna alusión de contenido del Derecho o de idea de fin concreta, sino de lo característico de las formas (por lo tanto representa una fórmula auténticamente universal) que debe tener el Derecho positivo; de lo contrario estaría proponiendo conceptos de contenido material de Derecho, lo que es tarea legislativa.

Es cierto sin embargo, que toda postura en relación a la búsqueda de los principios trascendentes que pueden/deben ser asumidos como paradigmas de producción y como referencias críticas de los Derechos positivos, avanza siempre de la mano de la tentación a constituirse en construcción ideológica de alguna determinada creencia, actitud o situación en particular. Pienso que es objetiva y clara la obra; que tiene sustento firme; pero para aquellos que difieran de la postura ideológica adoptada, que sostengan que no es posible determinar concretamente –objetivizar, materializar- o en forma específica los tan citados valores universales, aun tratándose de *criterios a priori objetivos*, habrán de confiar, entonces, en que la razón práctica asuma y trate de superar este problema con optimismo, ya que la confianza en su propia capacidad cognoscitiva es la única salida racional que le queda a la razón. Habrá que confiar igualmente en que los hombres a quienes les sea encomendada la creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas, estén dotados de vocación, sabiduría, inteligencia y buena voluntad, que les proporcione esa *racionalidad y prudencia* debida, que sirva de vehículo a la Justicia, para que su espíritu quede plasmado en esas dignísimas tareas humanas y tienda a lograrse plenamente.

Mi trabajo se ha concretado a *organizar* las ideas emitidas por aquellos filósofos que han logrado desentrañar, a lo largo de la Historia, el complejo sentido del Derecho y de la Política, para darle **un enfoque particular**, esto sí constituye mi aportación personal: señalar objetivamente cuáles son los Criterios Valorativos Supremos del Derecho de los que derivan aquellos Principios Generales del Derecho, que son valores universales supremos, inmutables y eternos de la doctrina del Derecho natural.

Los Criterios Valorativos Supremos del Derecho que expondré, a los cuales he dado llamado "*límites racionales*", son ideas que deben servir como modelos directrices rectores a los legisladores, a los hombres políticos y a los órganos jurisdiccionales, en las que encontramos los principios fundamentales más primitivos generadores del Derecho, para la creación de normas jurídico-positivas, y que constituyen los **Límites Racionales al Poder Político y al Derecho Positivo del Estado**.

Esas ideas modélicas constituyen *límites racionales* a todos los órganos del Estado, tanto para el Poder Constituyente -para el caso de que una nación quiera constituirse en Estado-, como para el Estado ya constituido en todas las esferas del ejercicio del poder.

En la figura del Estado moderno, constituido normalmente por tres poderes independientes, esas ideas directrices representan límites racionales para el Poder Legislativo en la tarea de creación de un orden jurídico equitativo, justo, adecuado a las circunstancias históricas de una sociedad determinada.

También así, para los actos del Poder Ejecutivo en la Política, en aras de buscar la eficacia en administración pública de las nacionales, tendiente a encontrar un beneficio óptimo a la población, que sin duda de traduce en bienestar general real. La "*administración de la cosa pública*" (Política), tiene por ese simple hecho -de ser pública-, un carácter mucho más importante, digno y trascendente para la humanidad que los simples actos del hombre no político (gobernado), porque se traducen públicamente en beneficio o destrucción de los pueblos. En Política debe obrar siempre la prudencia, la sabiduría, la inteligencia y la buena voluntad de los gobernantes.

Por último habrá que enaltecer la importancia de que esos *límites racionales* tengan aplicación en la esfera del Poder Judicial, pues tiene éste -por excelencia- la tarea de interpretar, crear y aplicar el Derecho en toda su extensión. Recordemos que los actos de autoridad (del hombre como Estado) por principio gnoseológico no deben nunca estar fuera de lo que la ley positiva prescribe, a diferencia del gobernado, que tiene toda la libertad de exteriorizar todo tipo de conducta (hacer o dejar de hacer) siempre y cuando no encuadren sus actos en la hipótesis prohibitiva que la ley positiva determina.

El Derecho tiene cierto grado de latitud en su aplicación -que entra en el estudio del campo de la *Técnica Jurídica*-. El ser humano algunas veces no comprende, de la literalidad, el verdadero significado de una norma jurídica positiva y, es menester para su aplicación, entrar al estudio de su interpretación para poder encontrar el espíritu y auténtico valor de tal norma; este estudio profundo es lo que, en la ciencia del Derecho, el

hombre ha llamado *hermenéutica jurídica*, tarea que le corresponde hacer al Estado por conducto del Poder Judicial.

Si bien es cierto que la aplicación e interpretación de las leyes corresponde al órgano jurisdiccional y no a los demás Poderes, es importante que todos los hombres que detentan poder público (los gobernantes) tengan presente los motivos que inspiraron al legislador a crear leyes justas para el pueblo y para darle forma y establecer los límites a los actos públicos. Porque si bien es cierto que la ley puesta, la ley positiva, es la que delimita las funciones y el poder estatal, los hombres, en el acto de interpretación del precepto legal, no comprenden el verdadero alcance de ésta, incurriendo en abusos.

No podríamos hablar del "*arte de gobernar*" si los actos del hombre político no tuvieran cierta latitud o margen de holgura legal; es decir, aunque el Derecho prescribe los límites en los actos de autoridad, permite cierta libertad para maniobrar, ya que si no existiera, tendría indefectiblemente que hacer -o dejar de hacer- exactamente lo que prescribiera la ley, y eso impedirían los actos que llamamos "*de administración pública*".

El Derecho no puede abarcar todas, absolutamente todas, las situaciones de la vida privada ni pública; no puede prescribir normas para regir todos los actos del hombre, sin excepción; por eso se proyecta a través de ideas, de principios que son tanto *generativos* del Derecho mismo, como *inductivos* para interpretar, crear y aplicar la norma legal, lo que le permite entonces "individualizarla" al caso concreto.

Como es bien sabido, la actividad política debe consistir en la obra del hombre *justo* y *prudente*; es necesario, en lo que concierne a esa libertad, latitud y margen holgura del hombre político en sus actos públicos, que no solamente obre conforme a la literalidad del Derecho, sino obrar conforme al espíritu mismo de dicha ley, en toda aquella actividad que escape a los ojos del mundo normativo positivo. Existe una libertad legal para el hombre político, que por supuesto nunca permite excesos, para lo cual existe la norma positiva que delimita dicha libertad. ¿Pero... qué cosa delimita al Derecho mismo en su contenido? Pues los principios que le dan forma en su creación, que no son positivos, pero tienen validez absoluta.

El Derecho es una realidad emergente de otra realidad, la sociedad misma, y ésta de otra de suma importancia: la naturaleza del hombre (individual y socialmente concebido). La sociedad se encuentra en constante dinamismo. El Derecho tiene como causa inmediata la existencia del hombre (por consiguiente de la sociedad) y como fin último su protección, por eso es que también debe adaptarse a esos cambios; no cambios en sus ideas estructurales, finalidades o principios más elementales, más sí en el contenido concreto de ellos, para adaptarse a dichas mutaciones en el tiempo, que caracterizan al dinamismo social que se da en la historicidad, y siempre en miras a la Justicia. De aquí que sea innegable que tienen igual importancia que los valores universales eternos, también aquellos valores que son mutables e históricos, pues sirven para "*ajustar*" el Derecho a la realidad a la que se aplica, ya que éste es un instrumento protector de la vida del hombre, cuyo cumplimiento es innegociable y que debe tender a saciar -de la mejor forma posible- las necesidades diversas de todos los hombres en la Historia, en su paso por la vida.

Una vez planteada la problemática y resueltos los problemas que se suscitan en torno al conocimiento de lo jurídico por la Estimativa Jurídica (Axiología), en especial sobre las características de las directrices metapositivas que deben regir la creación de toda norma jurídica positiva, las preguntas obligadas serán:

¿En qué consisten esas formas o Criterios Ideales Supremos de Valoración del Derecho en la Estimativa Jurídica?... ¿Cuáles son esos datos universales de valoración del Derecho?....

La respuesta a estas preguntas es lo que constituye el contenido del siguiente y último capítulo.

CAPITULO VII.- "LIMITES RACIONALES AL PODER POLITICO Y AL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO".

VII. 1.- Lo que no puede limitar al Poder Constituyente ni al Poder Político.

Una Constitución no se apoya en una norma cuya Justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en la voluntad, en la decisión política surgida de un ser político –del pueblo en conjunto, en forma de unidad-, acerca del modo y forma del propio **ser**. La palabra "voluntad" denuncia, en contraste con toda dependencia respecto a una justicia normativa o abstracta, lo esencial existencial de este fundamento de validez. Para el ejercicio de la voluntad existencial no puede hallarse prescrito procedimiento legal alguno, y mucho menos para el contenido de la decisión política. Sieyes apunta con la mayor claridad a lo esencial del fenómeno con su postulado "basta que la nación quiera"²⁰¹. El Poder Constituyente, nos dice Schmitt, no está vinculado a normas jurídicas ni a procedimientos predeterminados.

*"Una Constitución es legítima -dice Schmitt-, esto es, reconocida no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica, cuando la fuerza y autoridad del Poder Constituyente en que descansa su decisión, es reconocida".*²⁰²

Sólo puede hablarse de la *legitimidad* de una Constitución, por razones históricas, y siempre bajo el punto de vista de la distinción entre legitimidad absolutista y democrática. En realidad, se trata con esto de la cuestión de la forma de existencia de la unidad política. La legitimidad absolutista se apoya en la autoridad del jefe del Estado, al margen de la cual no puede haber Constitución legítima; pero como un hombre aislado alcanza raramente, desde su ser individual tal significación política y tan extraordinarias aptitudes legislativas, no puede estar en el soberano como individuo el Poder Constituyente.

La legitimidad democrática se apoya, por el contrario, en el pensamiento de que el Estado es la unidad política de un pueblo. Sujeto de esta definición del Estado es el pueblo: Estado es el "status" político de un pueblo. Según este principio, modo y forma de la existencia estatal se determinan por la libre voluntad del pueblo, y son Constituciones verdaderamente democráticas, sólo aquellas que han obtenido la aprobación de una mayoría de ciudadanos. Estos métodos -opina Schmitt- son problemáticos, precisamente desde el punto de vista de una democracia auténtica.²⁰³

Bierling²⁰⁴ dice que toda norma jurídica otorgada puede alcanzar una validez jurídica verdadera, incluso con un reconocimiento rencoroso de los miembros de la comunidad política. De esta manera, puede adjudicarse a las más distintas Constituciones el carácter de la legitimidad democrática, en tanto se basen en el Poder Constituyente del pueblo, presente siempre, incluso cuando sólo actúa tácitamente.

²⁰¹ Citado por Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", pp. 87-91.

²⁰² Citado por Schmitt, Carl, obra citada, p. 101.

²⁰³ Idem, p. 104.

²⁰⁴ Citado por Schmitt, Carl, Ibidem, p. 105.

Legitimidad de una Constitución no significa que haya sido creada según leyes constitucionales antes vigentes o conforme a la voluntad de pasadas generaciones. Es inconcebible que una Constitución nueva, es decir, una nueva decisión política fundamental, se subordine a una voluntad o a una Constitución anteriores que ya no están en vigor, que ya no rigen y que no pueden, por lo mismo, prestar ninguna propiedad aceptable de validez y juridicidad. No existe un Derecho positivo preestatal que presida la formación y organización de los nuevos Estados y preceptúe el contenido de las nuevas Constituciones.

Hasta la emisión de la Constitución, el Poder Constituyente no está ligado a otros límites jurídicos que los que resultan de la **decisión política de conjunto del pueblo**. El es, al constituir, el único poder constituido de la unidad política. En tanto que no está concluida su misión (la construcción legal-constitucional) no existen para él límites legal-constitucionales. Esta situación de la concentración en un único órgano de todos los poderes del Estado, se denomina, en la moderna teoría constitucional, "dictadura". La peculiar situación de una Asamblea Constituyente que se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, puede designarse con la mayor propiedad "dictadura soberana".

Puede adoptar, pues, sin otra limitación que aquella que él mismo se imponga o que le sea impuesta por la acción política del pueblo, todas las medidas que le parezcan exigibles según la situación reinante. No tiene, estrictamente hablando, una competencia de atribuciones en el sentido de un círculo delimitado y regulado de antemano. El volumen de las facultades de su poder o de su encargo dependen, por entero, de su criterio; pero, como ya lo indicamos, debe ser un criterio formado, ilustrado y guiado por otros criterios que dimanen de valores supremos o de las exigencias de la naturaleza de los hombres y demás entidades con las que tiene que trabajar el Constituyente, y cuyo orden y coordinación trata de alcanzar mediante el orden jurídico que trata de crear.

Kelsen y otros filósofos juristas de la Escuela Kantiana, ponen fuera de discusión la posibilidad de la validez de un orden superior al Derecho positivo, y condenan el que trate de derivarse de ese orden supremo la justificación del Derecho.

Ya vimos, en temas anteriores, con Recasens y otros, que tal positivismo extremo es del todo inadmisibile. El Derecho positivo, para ser Derecho, debe recibir en su creación las orientaciones y límites que le imponen ciertos valores supremos y las exigencias de la realidad existencial humana. El arquitecto, al proyectar y ejecutar la construcción de un edificio, si no quiere fracasar, debe tener en cuenta la naturaleza del suelo, del subsuelo y de los materiales que ha de utilizar, así como los postulados de las leyes de gravedad, de las propiedades físicas y químicas de la materia empleada, etc. Siendo los hombres el elemento más noble y complicado con que pueden trabajar los propios hombres, denuncia su espiritualidad determinadas exigencias naturales, existiendo innegables criterios trascendentes y eternos que gobiernan su vida y actividad; el legislador, el Constituyente (o incluso el legislador ya constituido), no debe desentenderse de tales realidades al construir el edificio del Orden Jurídico.

La actividad constituyente, como toda actividad creadora de Derecho, está dentro del campo de la *Técnica Jurídica* ²⁰⁵, en la que Francois Geny ²⁰⁶ advierte dos nociones o categorías fundamentales: **el dato** y **la construcción**. El dato es el objeto de la ciencia jurídica. El hombre construye sus sistemas a base de datos que no va a crear, sino que observa lo más profundamente posible para desentrañar su naturaleza; se trata de nociones que le son dadas, y al mismo tiempo él pone algo de su parte. El sistema mismo, la interpretación que hace de esos datos ya implica algo propio del sujeto que observa y que construye.

Geny subdivide el dato en real, ideal, histórico y racional. El legislador, inclusive el legislador constituyente, no debe hacer lo que quiera, tiene que reconocer ciertos límites que le son impuestos por esos datos. El **dato real** consiste en ciertos hechos de la naturaleza misma y en los datos suministrados por la ciencia. El **dato ideal** está representado por el conjunto de leyes que no son naturales, sino que se traducen en usos y costumbres, tradiciones e incluso en preocupaciones sociales, siempre orientados a los valores del ser humano. El **dato histórico** toma en consideración la evolución de las instituciones jurídicas. El legislador no debe cambiar a su capricho un sistema sin tomar en cuenta, aunque sea para modificarlos, los sistemas anteriores, que fueron producto de una larga, pero constante y paulatina evolución social, sin riesgo de atropellar la continuidad de esa evolución. Finalmente, el **dato racional**, el por qué de tales o cuales instituciones de Derecho desde el punto de vista racional. La ciencia jurídica, la filosofía jurídica y la Técnica Jurídica -entre otros-, no deben ser desconocida por el legislador. El hombre presta su adhesión con mayor gusto y espontaneidad, casi con necesidad moral, a lo racional, a lo que es verdadero, bueno y justo; y no a lo falso, malo e injusto. Prefiere la verdad sobre el error porque así es la estructura del espíritu humano.

VII. 2.- Límite: La Técnica Jurídica. Sistematización Metodológica en la Creación, Interpretación y Aplicación del Derecho.

Con las reflexiones hechas en el punto anterior, dejamos en claro la idea de que el legislador no debe prescindir de cuestiones sumamente importantes, entre los que se encuentra en primera línea la *Técnica Jurídica*, para la creación del orden jurídico. Esta última conclusión es de gran trascendencia.

Pero la Técnica se extiende no solamente a "la creación" del Derecho positivo. Para la creación de las normas jurídicas positivas, se requiere de un proceso racional sumamente intenso que implica torzosamente una *interpretación* del Derecho natural, para plasmar el espíritu de sus valores supremos axiológicos -como la Justicia y otros-. Más aún, la Técnica Jurídica, abarca en sí tres ámbitos de suma importancia que son: la **Interpretación**, la **Aplicación** y la **Creación** de normas jurídicas -que están íntimamente relacionados entre sí-;

²⁰⁵ García Maynez hace la distinción entre la Sistemática Jurídica y la Técnica Jurídica, explicando que la primera es en sí el conjunto de normas imperativo-afirmativas, es el Derecho objetivo, el sistema de leyes. La segunda, es el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del Derecho vigente, y los problemas que forman su objeto de estudio son: a) Interpretación, b) Integración, c) Vigencia, d) Retroactividad, e) Conflictos de leyes.

García Maynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Prólogo de Virgilio Domínguez, Editorial Porrúa, S.A., Cuadragésimoquinta Edición, México, D.F. 1993. (Primera Edición 1940), pp. 127-130.

²⁰⁶ En su obra "Método de Interpretación en las Fuentes del Derecho Privado Positivo" ("Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif"), 2ª Edición, 2ª Impresión, 2 volúmenes, París, 1954.

estos se llevan a cabo satisfactoriamente solamente cuando se subordinan a un estudio profundo sistematizado metodológicamente, es decir, **científico**, y de donde desprendemos que la **forma** –en la Creación, Interpretación y Aplicación del Derecho- tiene igual magnitud de importancia que el **fondo** mismo -que proporcionan las directrices iusnaturalistas-, que dan materia y contenido al Derecho.

El creador de la ley no puede llevar a cabo exitosamente su tarea sin apoyarse previamente en estudios científicos, que implican un método sistematizado de los múltiples saberes y de las más altas verdades, incluyendo los que se derivan de la especulación/reflexión filosófica. Por eso la Técnica constituye uno de los diversos límites a su obrar legislativo de *forma*, pero tan importante como los de *fondo*. Este estudio es materia del contenido de los temas siguientes de este punto VII. 2.

VII. 2.1. La Ciencia del Derecho.

La Ciencia del Derecho ha sido definida como una actividad investigadora fundada sobre la experiencia de las proposiciones normativas jurídicas, encaminada a la comprensión de su significado y a la construcción del sistema jurídico (Bobbio) ²⁰⁷. Aunque no ha faltado quien niegue la posibilidad de una Ciencia del Derecho, fundado en una errónea consideración del Derecho, por el contrario, no sólo se puede afirmar que el Derecho es una Ciencia, sino que es la más antigua de todas las Ciencias.

La incertidumbre que surge sobre el carácter científico de los estudios jurídicos, frente a la firme convicción que se tiene comúnmente respecto del de las investigaciones físico-matemáticas y las de las disciplinas naturales deriva de una serie de factores muy complejos, que no son fáciles de desentrañar. Desde luego, el Derecho tiene en su contra la circunstancia de que la denominación que puede darse a la disciplina que se ocupa de su estudio, es equívoca, y comienza por confundirse con su misma materia.

Así, mientras a nadie se le ocurriría confundir la astronomía con los astros, las estrellas o las galaxias, la física con la fuerza-materia, o la geografía con el globo terráqueo, es frecuente discutir sobre si el Derecho posee o no carácter científico, no obstante que el Derecho no es una disciplina natural-matemática, sino un objeto de conocimiento del espíritu-racional.

Pero con independencia de las equivocaciones a que da lugar la denominación misma del Derecho, debe tomarse en consideración, que en tanto las ciencias de la naturaleza poseen a su favor una tradición más profunda y una más destacada firmeza metodológica, las que se ocupan del conocimiento de los bienes de la cultura -a cuyo sector corresponde el Derecho-, son más jóvenes y por tanto, están menos hechas.

Digámoslo con Carnelutti: *"la comparación entre ciencia del Derecho y las matemáticas, la física y la biología, podía llevar a la conclusión de que éstas son más*

²⁰⁷ Citado por De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, Décima Edición, México, D.F., 1981, p. 149.

modernas que la nuestra, pero no que ellas sean ciencia y las nuestras no" ²⁰⁸. Sin embargo, a pesar de las desventajas en que se encuentra el jurista, su labor, en cuanto se constriñe a una rigurosa investigación, puede ser tan científica como la de cualquier cultivador de las ciencias naturales o físico-matemáticas.

La ciencia del Derecho, no obstante las apariencias, es una de las más elevadas, de las más necesarias y de las más nobles del conocimiento humano, pues sin la existencia de su objeto, es decir, el ordenamiento jurídico, no sería posible ninguna otra actividad individual o colectiva, incluyendo las de investigación de la naturaleza o de los objetos matemáticos.

La dignidad del Derecho, como objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, ha sido señalada agudamente, afirmando algunos autores que sin el Derecho ninguna realización humana sería posible, porque nada humano es posible en la anarquía. El mismo Derecho, que tiene como misión primordial la protección del hombre y las cosas valiosas, incursiona, de cierto modo, en la naturaleza misma al adoptar medidas tendientes a la conservación del medio ambiente.

Pero la preeminencia, al menos aparente, de las disciplinas tradicionalmente "científicas", frente al conocimiento hasta cierto punto incomprendido del mundo jurídico, ha producido en los juristas un sentimiento de inferioridad, frente a la consideración de que gozan los cultivadores de las disciplinas naturales, y no ha faltado quienes pretendan imitar a estos últimos, introduciendo en el conocimiento del Derecho los métodos de las disciplinas físico-matemáticas, ya que en concepto de los partidarios de este método, la aportación de la Física consiste en haber traducido, mediante un sistema adecuado de coordinaciones, los datos sensibles hasta un sistema científico, en relación con los "precientíficos" –como se les llama a veces- de las ciencias sociales.

El Derecho no puede existir sin la ciencia jurídica, ya que como producto cultural, como "**...vida humana objetivada**", según la afortunada calificación de Recaséns Siches ²⁰⁹, constituye una creación, tanto del medio social como de la labor individual de los jurisconsultos, es decir, el resultado de una actividad colectiva y una creación individual, en la cual destacan los doctos y los eruditos, que al mismo tiempo, se han formado en el ambiente social y aprovechan las contribuciones anónimas y de otros creadores nominados que han quedado incorporadas al patrimonio cultural de una época.

¿Podría existir el Derecho de nuestra época sin la obra de los jurisconsultos romanos, de los glosadores y de los postglosadores, de los iusfilósofos racionalistas de los siglos XVII y XVIII, de los clásicos como Savigny, como Von Ihering y de tantos otros que han aprovechado y al mismo tiempo enriquecido la paulatina, dolorosa y ascendente labor de los juristas?

Claro que el Derecho no ha sido inspirado exclusivamente en la doctrina, sino que sus fuentes poseen un carácter muy complejo, pues hunde sus raíces en la actividad práctica

²⁰⁸ Fix-Zamudio, Héctor, "Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas", Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000, p. 15.

²⁰⁹ Expresión que utiliza a lo largo de toda su obra "Vida Humana, Sociedad y Derecho", pp. 98 y ss.

Falta página

N° 189

aparición, para obtener la solución de algún problema matemático al cabo de largas horas de estudio consciente.

Todo ello significa que el trabajo intelectual sigue, si no los mismos, similares derroteros en cualquier campo del conocimiento, con las naturales diferencias que provienen de los objetos a los cuales se aplica, y por tanto, podemos concluir en el sentido de que el carácter científico no radica en el empleo de un método determinado, estimado como el único riguroso -como durante mucho tiempo ocurrió con el empírico o experimental aplicado a los fenómenos de la naturaleza-, sino en la correcta utilización de nuestra inteligencia para apreciar debidamente las cualidades del objeto del conocimiento.

Esto nos lleva de la mano a destacar la importancia del método para calificar el carácter científico de un conocimiento, y distinguirlo del llamado precientífico, o del que se considera como vulgar.

El filósofo estadounidense William Pepperell Montague ²¹², ha destacado cómo no es posible considerar que exista un solo método que pueda calificarse como estrictamente científico, con exclusión de los demás, sino que todos los métodos de la lógica pueden aplicarse válidamente, con mayor o menor fuerza, según el objeto del conocimiento de que se trata, ya que ninguno de ellos se excluyen entre sí, sino que por el contrario, pueden armonizarse en una unión que con acierto califica como "federación metódica".

En consecuencia, si el carácter científico de un conocimiento no depende de la adopción de un método determinado, sino del rigor con el cual se emplee cualquiera de los instrumentos de la lógica, y por otra parte, si toda actividad intelectual opera de manera similar para sistematizar los principios fundamentales del objeto cognoscible sobre el cual se desarrolla, se puede concluir fácilmente que, el Derecho, como objeto de conocimiento, puede ser estudiado científicamente, y por tanto, que existe una "Ciencia Jurídica", o "Ciencia del Derecho", que también suele llamarse "Jurisprudencia".

El tratadista argentino Ernesto Eduardo Borge ²¹³ define "la ciencia" en general como la sistematización, en conceptos fundamentales, de la esencia de la realidad, aprehendida inmediatamente según un principio director, y de acuerdo con este criterio, la ciencia del Derecho consistiría en la sistematización de los conceptos fundamentales obtenidos del conocimiento de la materia jurídica, a través de un principio director, que no sería otra cosa sino el método apropiado para el objeto jurídico, es decir, del método del Derecho.

Finalmente, debemos tomar en consideración que todo conocimiento científico, en cualquier sector que se le considere, constituye en sí mismo (con independencia de su objeto, el cual sí puede ser natural o espiritual, real o ideal), un producto cultural -y dobiamente cultural la ciencia del Derecho, ya que su objeto es también de carácter cultural- puesto que la fuente de todo conocimiento es única y precisamente el hombre, único sujeto cognoscente, y por tanto todo conocimiento racional desemboca forzosamente en un antropocentrismo irreductible, ya que el científico, por innovador que

²¹² Citado por Fix-Zamudio, Héctor, en su "Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas", p. 19.

²¹³ Idem, p. 20.

se le considere, tiene que apoyarse previamente en el acervo cultural de todos aquellos que le precedieron, ya que nunca puede actuar *ex novo*.

VII. 2.2. Diversos Sentidos de la Metodología Jurídica.

Hemos llegado al convencimiento de que existe una disciplina científica que se ocupa del estudio del Derecho como objeto fundamental de su conocimiento. Pero ahora nos debemos plantear una segunda interrogante: ¿Qué debe entenderse por método? y ¿puede hablarse de un método propio de la ciencia del Derecho, es decir, de un método que pueda calificarse de jurídico?

Aquí nos enfrentamos nuevamente con la desventaja de que el vocablo *método* es multívoco y que puede entenderse desde distintos puntos de vista, con independencia de su significación vulgar, o sea, del "modo" de decir o hacer alguna cosa.

El filósofo italiano Nicola Abbagnano, en su excelente "*Diccionario de Filosofía*", estima que el método posee dos significaciones fundamentales, desde el ángulo filosófico:

- A) Toda investigación u orientación de la investigación.
- B) Una particular técnica de la investigación.

Agrega dicho pensador que no obstante que en el uso moderno y contemporáneo prevalece el segundo significado, no hay doctrina o teoría, ya sea científica o filosófica, que no pueda ser considerada según el aspecto de su orden de procedimiento, y por lo tanto, denominada método. Esto explica el por qué de la disparidad de criterios para juzgar la existencia del método del Derecho y la multiplicidad de enfoques que encontramos en las preocupaciones metodológicas de los juristas.

A continuación, analizaremos cuatro acepciones de la "Metodología Jurídica":

A) Así, en principio, podemos considerar que puede hablarse de una **concepción filosófica del método jurídico**, es decir la llamada metodología filosófica, que se suele subdividir en *lógica* y *epistemología*, que tratan, respectivamente, de los caminos por los que se alcanza el conocimiento y de aquellos por los que se le interpreta acertadamente, según las ideas del mencionado filósofo norteamericano Pepperell Montague.

En este sentido los estudios se han orientado a establecer cuáles son los instrumentos lógicos y epistemológicos que pueden aplicarse con mayor eficacia a la materia jurídica, y de esta manera se discute sobre la aplicabilidad o improcedencia de la *inducción*, la *deducción*, la *síntesis*, el *análisis*, el *subjetivismo* u *objetivismo*, *realismo* o *formalismo*, etc.; y, especialmente, se ha centrado la discusión entre la diferenciación metodológica entre las ciencias naturales y las espirituales o culturales, y entre estas últimas se encuentra situada la que se ocupa del estudio del Derecho.

B) Pero también se puede concebir un segundo enfoque metodológico del Derecho, ya **desde el punto de vista científico y no puramente filosófico**, es decir, se trataría de una

metodología científica, que llevada al campo del Derecho tiene el propósito de examinar las técnicas más adecuadas para la *Elaboración, Interpretación* (mediante la investigación profunda) y *Aplicación* del Derecho.

Esta perspectiva metodológica puede concebirse, como lo quiere Carnelutti, como una "ciencia de la ciencia", como una ciencia al cuadrado, o ciencia que se estudia a sí misma, es decir una disciplina que se ocupa de estudiar las técnicas científicas más adecuadas para penetrar y comprender el amplísimo y multiforme campo del Derecho. Este aspecto metodológico se resuelve en una serie de procedimientos técnicos, en la Técnica Jurídica, y no resulta extraña a la relación entre ciencia jurídica y sus métodos de carácter técnico, la calificación que varios tratadistas destacados han otorgado a la ciencia jurídica, como "Jurisprudencia Técnica".

C) Existe una tercera perspectiva de la metodología jurídica y es la relativa al **examen de las preocupaciones metódicas de las diversas corrientes jurídicas, lo que se resuelve en un estudio histórico-crítico**, pues como ya lo hemos señalado, de acuerdo con el agudo pensamiento de Abbagnano, toda doctrina o teoría, ya sea científica o filosófica, puede ser considerada como un método.

En este sentido podemos hablar del dogmatismo o conceptualismo jurídico, de la Escuela Histórica; de la Jurisprudencia de Intereses; de la Escuela de la Exégesis; del Realismo Jurídico; de las escuelas sociológicas, etc., a cuyo examen está dedicada una buena parte de los tratados de metodología jurídica; y esta preocupación de carácter histórico predomina en una gran parte de los estudios más conocidos sobre los problemas metodológicos del Derecho, y sólo encontramos una excepción en el clásico trabajo de Carnelutti "*Metodología del Derecho*" (Madrid, 1945).

D) Por último, es frecuente que la preocupación metódica de los tratadistas se concentre más que en la Técnica Jurídica, es decir, en los instrumentos para conocer, elaborar o interpretar el Derecho, en una **delimitación del campo de la ciencia del Derecho respecto de otras disciplinas que le son afines**, como ocurre con la Sociología, la Filosofía, la Ética, la Historia, etc., inclusive con el deseo, inalcanzable por otra parte, de establecer una ciencia "pura" del Derecho.

La teoría kelseniana -de la que hemos venido hablado en esta obra-, que significó en muchos aspectos una corriente renovadora de los estudios jurídicos, cuando habla del "método jurídico", se refiere en realidad, más que a los instrumentos para alcanzar el conocimiento del Derecho, a una delimitación del objeto del conocimiento, pretendiendo su aislamiento respecto de otros productos culturales. Así lo afirma expresamente el propio Hans Kelsen, cuando sostiene que el principio fundamental del método de la *Teoría Pura del Derecho* es, pues, "*eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños*"²¹⁴.

Dentro de esta dirección, se ha hablado de métodos de las disciplinas particulares de carácter jurídico, como ocurre por ejemplo, cuando Alfredo Rocco²¹⁵, para sostener la

²¹⁴ Kelsen, Hans, "*Teoría Pura del Derecho*", p. 15.

²¹⁵ Citado por Fix-Zamudio, Héctor, obra citada, p. 24.

autonomía de la ciencia del Derecho mercantil, hablaba de un método propio de esta disciplina: "que exige procedimientos especiales, singulares para el conocimiento del contenido sustancial de las normas o sea, de las relaciones sociales que regulan"²¹⁶. En un sentido similar se habla del método del Derecho Constitucional.

En realidad, no puede afirmarse que exista una metodología adecuada a cada una de las ramas del Derecho, sino que se utiliza el concepto del método, más como delimitación que como Técnica Jurídica, puesto que ésta no puede ser sino una sola para todas las disciplinas, que en su conjunto integran la Ciencia del Derecho.

VII. 2.3. Ciencia y Técnica del Derecho.

De las cuatro acepciones de la metodología jurídica que examinamos con anterioridad, consideramos que la segunda, o sea la que calificamos como de carácter científico, es la que merece mayor atención, puesto que adquiere una mayor utilidad en todos los aspectos de la actividad jurídica, sin que esto quiera decir que la materia se agote con ella, ni que las restantes acepciones carezcan de interés, pero no es posible abordarlas en un trabajo como el presente, que sólo pretende señalar, en el punto de este Capítulo, los problemas más generales que pueden presentarse en el campo metodológico del Derecho. Lo anterior para establecer que es significativo atribuirle a la Técnica Jurídica el carácter de "límite racional" en el obrar legislativo, ejecutivo y judicial, en la creación, interpretación y aplicación de las leyes.

Previamente al examen de este enfoque metódico, consideramos necesario asomarnos a una cuestión estrechamente vinculada con esta materia, o sea la referente a los vínculos entre Ciencia y Técnica, pues advertimos que frecuentemente la Técnica y el Método se confunden y entrecruzan, pudiendo inclusive llegar a ser equivalentes.

Estas relaciones entre Técnica y Método de la Ciencia Jurídica, las descubrimos en el mismo subtítulo de una de las obras que con mayor amplitud ha procurado distinguir entre la Ciencia y la Técnica del Derecho, nos referimos a uno de los clásicos trabajos de Francois Geny, denominado precisamente: "*Ciencia y Técnica del Derecho Privado Positivo*"²¹⁷, con el subtítulo significativo de "*Nueva Contribución a la Crítica del Método Jurídico*".

Pero aquí volvemos a tropezamos con la ambigüedad de los términos, puesto que el de Técnica ha asumido una serie de significados tan disímbolos como imprecisos. Si recurrimos nuevamente al excelente "*Diccionario de Filosofía*" de Abbagnano²¹⁸, podemos observar la amplitud del concepto de la Técnica estimada en su sentido más genérico como: "...todo conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera", y en este sentido -agrega el pensador italiano- "...no se diferencia ni del arte, ni de la ciencia, ni de cualquier operación capaz de lograr un efecto cualquiera y su campo es tan extenso como el de todas las actividades humanas".

²¹⁶ "*Principios del Derecho Mercantil*", en revista del derecho privado. México. 1947, pp. 67-68. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, "*Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*", p. 24.

²¹⁷ "*Science et Technique en droit privé positif*", Citado por Fix-Zamudio, Héctor, obra citada, p. 24-25.

²¹⁸ "*Diccionario de Filosofía*", pp. 117 y ss.

Von Ihering, el destacado jurista alemán, intentó distinguir entre Ciencia Jurídica y Técnica del Derecho, considerando que la primera se refería a la materia, a la sustancia, de las normas jurídicas, y la segunda a la manera de dotar de forma adecuada, o de perfeccionar, esa materia jurídica ²¹⁹.

Siguiendo por este camino, el genial Geny ensayo diferenciar Ciencia y Técnica del Derecho, atribuyendo a la primera el conocimiento y la elaboración de **los datos** que reflejan las *fuentes reales* del propio Derecho, mientras que en su concepto, la última tenía por objeto **la construcción** de los materiales jurídicos, en directa conexión con las fuentes formales, y resumía su distinción sosteniendo que mientras que la Ciencia se refería a lo dado, la Técnica estaba relacionada con lo construido ²²⁰; es decir, otra vez la separación entre *materia y forma*.

Por el contrario, otras corrientes doctrinales niegan esta diferenciación, como ocurre con el tratadista español Castán Tobeñas, quien estima que ambos conceptos no constituyen sino dos momentos de la Ciencia Jurídica, puesto que la Técnica es o debe ser científica, y por tanto queda comprendida dentro de la misma noción de Ciencia ²²¹.

Finalmente y con independencia de los criterios anteriores, y la Técnica Jurídica es apreciada de diversa manera por los distintos autores, pues mientras García Máynez ²²² la reduce a la Interpretación y Aplicación de los preceptos jurídicos, Podetti (aunque en relación con el Derecho procesal) le otorga una extensión mucho más amplia, como el conjunto de procedimientos idóneos para la realización del proceso, desde la elaboración y formulación de la norma, hasta la interpretación de las disposiciones procesales y jurídicas en general (y de los hechos probados, dentro de la sentencia) ²²³.

El examen superficial que hemos efectuado nos demuestra la dificultad de precisar los conceptos de que se trata, pero podemos intentar la diferenciación partiendo, no de la distinción entre materia y forma, porque tanto la una como la otra son objetos inseparables del conocimiento científico del Derecho, sino más bien entre medio y fin.

Si por Método Científico entendemos todo procedimiento adecuado para llegar a obtener el conocimiento sistemático de un sector de fenómenos naturales, objetos matemáticos o productos de la cultura, así como la utilización práctica de dicho conocimiento, resulta indudable que Método Científico y Técnica Científica, en este caso, de la Ciencia del Derecho, resultan equivalentes; puesto que con el mismo alcance puede hablarse de método de la elaboración, de la investigación -incluso de la enseñanza- del Derecho, que de Técnica de la investigación jurídica, de la Interpretación de las normas jurídicas, etcétera, ya que en ambos supuestos, se quiere significar una misma cosa, es decir, el conjunto de instrumentos, para elaborar, estudiar e interpretar -o hasta enseñarse objeto de conocimiento que llamamos Derecho.

²¹⁹ *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. de Meulenaere, t. m, París, 1877, pp. 18 y ss.

²²⁰ *Science et Technique*, tomo I, pp. 96 y ss.

²²¹ "Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho", pp. 50 y ss.

²²² "Introducción al Estudio del Derecho", p. 129, quien define la Técnica Jurídica como: "...el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del Derecho vigente".

²²³ "Teoría y Técnica del Proceso Civil", Buenos Aires, s.f., pp. 211 y ss.

En las relacionadas condiciones, es posible concluir en el sentido de que tanto la Ciencia como la Técnica, y por tanto el Método o métodos relativos, tienen de común que se refieren a un conocimiento sistemático y generalizado, pero se diferencian en cuanto la Técnica y el Método comprenden los medios para alcanzar y aplicar ese conocimiento calificado de científico, ya que la Ciencia pura o la ciencia por la ciencia, sólo puede admitirse en sentido figurado, pues en realidad, todo conocimiento, por abstracto que se le considere, posee una significación práctica, y pretende aplicarse al objeto del saber de que se trata.

En tal virtud, si la Técnica es un medio o un instrumento para llegar a la ciencia, también esta última constituye un medio para beneficio de la sociedad en que se desarrolla (y desgraciadamente, a veces, en su perjuicio, como ocurre con los conocimientos aplicados a los instrumentos bélicos), Ya que el hombre es el autor y al mismo tiempo el único y verdadero destinatario de todo conocimiento, o sea que fatalmente, se desemboca en el antropocentrismo irreductible.

Por esto, y en el campo en que nos hemos situado, creemos que no resulta admisible considerar la existencia de métodos calificados como Técnicos, para diferenciarlos de los Científicos, ya que la Técnica Jurídica equivale a un conjunto de métodos, y el Método no es sino un instrumento Técnico, en el sentido del vocablo a que nos hemos estado refiriendo, por lo que es preciso concluir que los métodos de la Ciencia del Derecho son, en último extremo, aspectos de la Técnica Jurídica, también en sentido amplio ²²⁴.

VII. 2.4. Aspectos Esenciales de la Metodología Jurídica.

Después de los razonamientos anteriores, podemos concluir en el sentido de que la Metodología del Derecho o Metodología Jurídica es la disciplina que se ocupa del estudio de los instrumentos técnicos necesarios para conocer, elaborar, aplicar y enseñar ese objeto de conocimiento que denominamos "Derecho" ²²⁵.

Pero aquí, como en tantos otros aspectos, los juristas no se han puesto de acuerdo en qué radica exactamente el objeto del conocimiento de la Ciencia Jurídica, pues no obstante la aparente sencillez de la respuesta: "el Derecho", los enfoques y los ángulos de apreciación de ese objeto cognoscible, varían de acuerdo con los distintos tratadistas.

Para no citar sino a tres grandes pensadores contemporáneos, podemos señalar cómo Hans Kelsen considera que el objeto de la Ciencia Jurídica está constituido por un sistema normativo que regula la conducta externa y recíproca de los hombres, así como el conjunto de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y crean o aplican dichas normas ²²⁶.

²²⁴ Por este motivo no estamos de acuerdo con las ideas, muy respetables, por otra parte, de Rafael Ruíz Harrel, en cuanto afirma que una de las ramas de la metodología jurídica se refiere a aspectos puramente técnicos, y la denomina como metodología J-II, pues en nuestro concepto sería redundante hablar de método técnico o método de la técnica jurídica, puesto que significaría un instrumento del instrumento, "Los problemas de la Metodología Jurídica", en Revista de la Facultad de Derecho de México, num. 55, julio-septiembre de 1964, p. 791

²²⁵ En estricto sentido sólo puede hablarse de Metodología de la Ciencia del Derecho, como correctamente lo advierte el propio Ruíz Arel, op. cit, misma p. 791

²²⁶ "Teoría Pura del Derecho", pp. 34 y ss.

Por su parte Santi Romano ²²⁷ sostiene, en un estudio que ya se ha hecho clásico, que el objeto de la Ciencia del Derecho no puede consistir exclusivamente en las normas de conducta, sino en algo más amplio y complejo, que comprende la ordenación y organización social, todo lo cual queda dentro del concepto de ordenamiento jurídico, estimado en su complejo de instituciones jurídicas, y por tanto abarca no sólo normas y preceptos, sino también la organización social ²²⁸.

Francesco Carnelutti expresa que el objeto de la Ciencia del Derecho está constituido por el conjunto de reglas de la experiencia jurídica, las cuales define como reglas del obrar humano, que no son puestas por el hombre sino sobre él, y se consideran de la experiencia, no en el sentido de que éste las constituya, sino que las revela ²²⁹.

Estos tres puntos de vista de juristas tan destacados, nos indican la dificultad y amplitud del objeto de la ciencia que se ocupa del conocimiento del Derecho, pues además de la ordenación de la conducta y de la organización social, debemos agregar que forma parte de ese objeto de conocimiento, algo que no es Derecho propiamente dicho, pero sí una de las materias fundamentales del estudio científico del mismo; nos referimos a la "Ciencia" misma, puesto que el jurista, como cualquier otro científico, no sólo examina las reglas de conducta, los fenómenos de la naturaleza, o los objetos ideales de la matemática, sino también la doctrina que sistematiza y ordena los principios generales que se pueden obtener del conocimiento del objeto cognoscible. O expresándolo con otras palabras, la Ciencia del Derecho -si se permite la expresión- se estudia también a sí misma, o sea que los juristas examinan a los juristas, para poder aprovechar el acervo de conocimientos que se han elaborado paulatinamente a través de los tiempos sobre las reglas de conducta y la organización social, y que calificamos como Derecho u ordenamiento jurídico.

A este respecto, el propio Kelsen distingue entre reglas de Derecho y normas jurídicas propiamente dichas, ya que las primeras son utilizadas por los juristas para describir y comprender el Derecho mismo, y no debe confundirse con este último, integrado exclusivamente por tales normas de conducta, de la misma manera como los científicos de la naturaleza establecen las leyes naturales para explicar los fenómenos ²³⁰.

Consideramos correcto este punto de vista del ameritado jefe de la Escuela de Viena, pero si bien es cierto que las llamadas reglas de Derecho, o sean los principios sistemáticos y generales de la Ciencia Jurídica, no son Derecho en estricto sentido, es decir, normas imperativas de conducta, sino juicios lógicos de carácter asertórico, al mismo tiempo, también deben considerarse como objeto de conocimiento de la propia ciencia jurídica.

De todo lo anterior podemos establecer que los Métodos Jurídicos, o sean, los medios Técnicos para describir y comprender el Derecho -elaborarlo, interpretarlo y aplicarlo-

²²⁷ "L'ordinamento Giuridico", Citado por Fix-Zamudio, Héctor, en su "Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas", p. 28.

²²⁸ "L'ordinamento Giuridico", 2ª. Ed., Firenze, 1961, pp. 27 y ss.

²²⁹ "Metodología del Derecho", pp. 14 y ss.

²³⁰ "Teoría Pura del Derecho", pp. 45 y ss.

asumen una gran extensión y complejidad, como corresponde al amplísimo campo de la Ciencia del Derecho.

En tal virtud, y siguiendo algunos de los lineamientos trazados por el tratadista Rafael De Pina en su "*Programa de la Metodología del Derecho*"²³¹, podemos descomponer la problemática de la Metodología Jurídica, en los siguientes aspectos:

A) Metodología de la elaboración del Derecho, que comprendería todos los instrumentos necesarios para establecer el modo correcto de operar de los órganos de creación jurídica, que van desde el llamado Poder Constituyente, hasta aquellos que producen las normas individuales, como el juez respecto de la sentencia y las partes en los contratos, pasando por los organismos intermedios, que en la sociedad moderna, de contextura grupal, colaboran cada vez en mayor medida en la formación de las normas jurídicas.

B) Métodos de la investigación y conocimiento del Derecho, abarcando los medios más adecuados para establecer las reglas del Derecho, es decir, los principios generales de la ciencia jurídica, o en otras palabras, los instrumentos para la construcción y elaboración de la llamada "dogmática jurídica", indispensable para la comprensión y desarrollo de las mismas normas de conducta social, que constituyen su objeto.

C) Problemas metodológicos en la aplicación de las normas y reglas del Derecho, que es el aspecto al cual se le ha otorgado la mayor importancia, si tomamos en consideración que para un gran número de autores, la Técnica Jurídica (y con ella los métodos jurídicos), poseen una mayor trascendencia o inclusive se reducen precisamente a la aplicación del Derecho, que a su vez se descompone en una serie de cuestiones concernientes a la Interpretación de las normas jurídicas, a su Integración, etc.²³²

García Maynez en su "*Introducción al Estudio del Derecho*" destaca los problemas metodológicos de la Técnica Jurídica para la correcta aplicación del Derecho, clasificándolos en cinco pilares básicos:

- a) de **interpretación** de las normas.
- b) de **integración** de las normas, en caso de existir vacíos o lagunas jurídicas.
- c) de **vigencia** de las normas.
- d) de **retroactividad** de las normas.
- e) de **conflictos de leyes** de las normas, que se refieren a la validez en el ámbito personal, espacial y temporal.

D) Finalmente podemos hablar, también, de una Metodología o Técnica de la enseñanza y aprendizaje del Derecho, que abarca todos los aspectos relacionados con los instrumentos adecuados y eficaces para difundir los conocimientos científicos del Derecho, y su debido aprovechamiento por aquellos que pretenden obtener los conocimientos impartidos por los profesores de Derecho, problemas todos ellos que pueden encerrarse dentro de la disciplina que se ha denominado *pedagogía jurídica*.

²³¹ Que forma parte del libro intitulado "*Pedagogía Universitaria*", México, 1960, pp. 85 y ss., especialmente 88-89.

²³² El mismo Carnelutti considera que la Ciencia es la búsqueda de las reglas, la Técnica es la aplicación de éstas. "*Metodología del Derecho*", p. 15.

Al lado de estos aspectos de la metodología científica, es preciso situar esa nueva disciplina que ha florecido tan extraordinariamente en los últimos tiempos, es decir, el *derecho comparado*, en su doble aspecto científico y técnico o metodológico, como un auxiliar indispensable de todos y cada uno de los sectores que hemos descrito con anterioridad.

A. Metodología Jurídica en la Elaboración del Derecho.

Los problemas metodológicos de la producción de las normas jurídicas, que también podríamos calificar de "*Técnica de la creación del Derecho*", han sido objeto despreocupación doctrinal muy recientemente, puesto que durante mucho tiempo estuvieron abandonados al empirismo.

Debemos precisar el alcance de la elaboración jurídica, ya que se ha utilizado con diverso significado, y para algunos autores llega a comprender también, como lo considera Costán Tobeñas, la llamada "*elaboración científica del Derecho*", es decir, aquella que recogiendo las normas suministradas por el legislador propiamente dicho, o por la costumbre, las interpreta, desenvuelve y sistematiza, o sea lo que este autor denomina también "*elaboración reconstructiva del Derecho*"²³³.

Este sentido constituye una apreciación demasiado amplia de la materia, ya que confunde dos cuestiones diversas, aunque estrechamente relacionadas: la creación propiamente dicha de las normas jurídicas, es decir, de los imperativos de la conducta humana en sus relaciones externas de carácter social, con el establecimiento de lo que Kelsen -según lo indicamos anteriormente- llama "reglas de Derecho", o sean los principios abstractos, sistemáticos y generales "reconstruidos", o mas precisamente "construidos" por los juristas en relación con esas normas sociales de conducta, que constituyen el objeto de la ciencia jurídica.

Coincidimos con De Pina, cuando afirma que "*elaboración del Derecho en su sentido riguroso no puede tener otro significado que el de producción del Derecho*", es decir, lo que vendría a ser propiamente, la "*elaboración creadora del Derecho*"²³⁴.

Ahora bien, el aspecto mas ostensible de la Metodología de la producción o creación del Derecho, es la que se conoce con el nombre de Técnica Legislativa, en sus diversos niveles, desde la elaboración de las normas constitucionales, hasta las de carácter reglamentario, pasando por las disposiciones orgánicas y las de naturaleza ordinaria.

Existe, pues, como ya lo estudiamos, una producción originaria del ordenamiento jurídico, encomendada a un órgano de creación jurídica que se conoce como "Asamblea o Congreso Constituyente", que puede ser tanto de carácter revolucionario y por tanto momentáneo, como también de funcionamiento permanente, en la inteligencia de que el primero significa la ruptura del orden jurídico anterior y la creación de uno nuevo, por lo

²³³ "Teoría de la Aplicación e Investigación del Derecho", pp. 25 y ss.

²³⁴ "La Elaboración del Derecho", en Revista de la Facultad de Derecho de México, num. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 1086-1087.

que el establecimiento, organización y actividad de ese órgano se rigen por principios políticos y axiológicos, y no estrictamente jurídicos.

Pero además del órgano revolucionario Constituyente, las Constituciones escritas establecen normalmente la posibilidad de su reforma a través de un procedimiento especial y por los mismos órganos constituidos, aunque exigiéndose una colaboración especial, configurando lo que se ha denominado "Poder revisor o reformador de la Constitución" ²³⁵.

El Poder Constituyente también existe en países como Inglaterra, que no posee una ley o carta constitucional escrita, pero ese poder radica en el mismo parlamento, y por eso su organización política ha sido calificada como "Constitución flexible", en contraposición a las que requieren de un sistema especial para modificación y que se han catalogado como "rígidas", según la afortunada -aunque no muy precisa- clasificación de James Bryce ²³⁶.

Pero de cualquier manera, ese Poder Constituyente, considerado acertadamente por el tratadista alemán Carl Schmitt que hemos venido citando, como "*la voluntad política cuya fuerza y autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política*" ²³⁷, **debe sujetarse a principios de carácter Técnico**, pues por muy revolucionario que se considere, debe proceder de acuerdo con un método.

Efectivamente, para el establecimiento de un nuevo orden constitucional, aun cuando el Congreso o Asamblea constituyentes no se encuentran vinculados por los lineamientos jurídicos del ordenamiento anterior, sino que tienen completa libertad política para cristalizar las aspiraciones populares que motivaron el movimiento revolucionario (violento o pacífico) ²³⁸, **es preciso que otorguen a esos principios políticos una forma Técnica**, es decir, deben conformarlos a través de normas imperativas de conducta, y para ello es forzoso que intervengan los expertos (juristas), cuyo papel consiste precisamente en enmarcar los principios supremos de la organización social, dentro de los moldes jurídicos.

Es en este sentido, que otro jurisconsulto alemán que también hemos venido citando, Hermann Heller, manifiesta que la objetividad escrita de la ley fundamental, representa, en general, en amplio e importante avance en el proceso de emancipación relativo a las formaciones del espíritu ²³⁹.

Por eso es que los Congresos o Asambleas revolucionarios, aunque pretendan abominar de los expertos (juristas), como ha ocurrido en algunas ocasiones, además de

²³⁵ Consultar la obra del autor Fausto E. Rodríguez García, "*¿Qué es el poder reformador de la Constitución?*", en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, num. 28, enero-abril de 1957, pp. 9-32

²³⁶ "*Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*", Ed. Castellana, Madrid, 1952, pp. 26 y ss. Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte clasificación " K31 61A5 B79"

²³⁷ "*Teoría de la Constitución*", trad. de Francisco Ayala, México, 1952, pp. 3-41

²³⁸ Por tanto, no es posible aceptar el criterio de Kelsen en cuando considera que el fundamento de validez de todo orden jurídico se apoya en una norma fundamental hipotética, de carácter lógico, Teoría pura del derecho, cit., p. 138 y ss., Teoría general del derecho y del Estado, trad. de Eduardo García Máynez, México, 1949, pp. 118 y ss., ya que el fundamento de todo nuevo orden jurídico constitucional, tiene un origen y un fundamento histórico-político, que implica una apreciación axiológica por parte del órgano constituyente.

²³⁹ "*Teoría del Estado*", p. 289

que sus integrantes suelen ser precisamente cultivadores del Derecho, se ven forzados a acudir a los técnicos en la materia jurídica, para darle una formulación precisa a los mismos principios que sustentan. De aquí deriva la gran importancia de consagrar la "Técnica Jurídica" como *límite* (totalmente racional) a la actividad del Poder Constituyente y incluso el Poder ya debidamente Constituido del Estado.

Esto que se dice de las Asambleas Constituyentes, con mayor razón debe afirmarse respecto del poder reformador de la Constitución o "Constituyente Permanente" ²⁴⁰ (que es, en nuestro país, el que ejerce el Poder Legislativo, el Congreso de la Unión), ya que el mismo debe sujetarse al procedimiento establecido por la misma ley fundamental, como ocurre con nuestra Carta Suprema de 1917, cuyo artículo 135 reglamenta un procedimiento especial, más rígido, o si se quiere, menos flexible, para reformar la propia Constitución, y tales requisitos son precisamente de Técnica Jurídica.

Se discute también si el poder reformador, aunque no se encuentre limitado expresamente por las normas fundamentales, como ocurre en nuestro ordenamiento Constitucional ²⁴¹, debe respetar ciertos principios esenciales de la organización política, lo que implica que de cualquier manera, toda reforma o modificación Constitucional tiene que sujetarse a los principios metodológicos de la que se ha calificado como Técnica Constitucional.

Las restantes normas legislativas, ya sean las emanadas del órgano legislativo ordinario, como de otro órgano del poder, como ocurre con los reglamentos expedidos por el Ejecutivo, con mayor razón tienen que sujetarse a los principios de la Técnica Legislativa, ya que los citados órganos de creación jurídica se encuentran sometidos a una serie de lineamientos, tanto de carácter *formal* ²⁴² como *material*, en virtud de que de acuerdo con el principio de la "supremacía constitucional" (y secundariamente de la ley respecto del reglamento), toda norma inferior debe respetar los lineamientos de principios de la superior, en la cual encuentra su fundamento de validez, según el sistema de jerarquía normativa que con tanta precisión sistematizó Hans Kelsen ²⁴³.

Si el legislador hace a un lado la Técnica Jurídica, se expone a que sus disposiciones sean desaplicadas ²⁴⁴ o nulificadas ²⁴⁵ por los órganos judiciales o políticos a los cuales, la

²⁴⁰ Consultar al autor Felipe Tena Ramírez, "Derecho Constitucional Mexicano", 7ª. Ed., México, 1964, pp. 51 y ss.

²⁴¹ Lo contrario ocurre con otros sistemas, que expresamente excluyen de la reforma a ciertos aspectos que se consideran capitales para su organización constitucional, y así se estableció en el artículo 171 de nuestra Constitución Federal de 1824, cuyo texto era el siguiente: "Jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y del Acta Constitutiva que establecen la libertad e independencia de la Nación Mexicana, su religión, su forma de gobierno, libertad de imprenta y división de los poderes supremos de la Federación y de los Estados".

²⁴² Podemos citar, como ejemplo, el procedimiento legislativo establecido para la elaboración de las leyes ordinarias, por los artículos 71-72 de nuestra Constitución Federal.

²⁴³ "Teoría General del Derecho y del Estado", pp. 128 y ss.

²⁴⁴ En un sistema como el nuestro, en el cual, de conformidad con la llamada "fórmula de Otero", establecida por el artículo 107, fracción II de la Constitución Federal, y el 76 de la Ley de Amparo, la impugnación de una ley inconstitucional a través del juicio de amparo, solo puede traducirse en su desaplicación en beneficio de quien ha solicitado y obtenido la protección de la justicia federal. Cfr. Ignacio Burgos, "El Juicio de Amparo", 5ª. Ed., México, 1962, pp. 244 y ss.

²⁴⁵ La nulidad de las leyes inconstitucionales con efectos generales, encomendada al conocimiento de un tribunal constitucional especial, surgió en la Constitución Austriaca de 1920-1929, y se ha difundido extraordinariamente en la segunda pos-guerra, pudiendo citarse como ejemplos principales de este sistema las Cortes Constitucionales de Italia (1948) y de Alemania Occidental (1949). Cfr., entre otros muchos trabajos, ya que el tema ha sido objeto de una cantidad impresionante de estudios, a Mauro Cappelletti, "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad", trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961.

misma ley fundamental, encomienda el control de la constitucionalidad de las leyes (o de la legitimidad de los reglamentos).

Esto sin tomar en cuenta, además, la necesidad, también de carácter técnico, de que las leyes, cualquiera que sea su jerarquía, deben estar redactadas con claridad, sencillez y precisión, para que puedan ser conocidas y acatadas fácilmente por los destinatarios.

Los legisladores (todo el poder público que tenga facultades para crear normas de tipo legal) deben utilizar un lenguaje comprensible para aquellos que deben cumplir los mandatos de los preceptos legales, evitando oscuridades, imprecisiones o contradicciones, y por ello es que su redacción se encomienda generalmente a los juristas, que integran las "comisiones de estilo", que además de conocer la Técnica estrictamente Jurídica, deben poseer conocimientos suficientes de gramática (que podríamos llamar gramática jurídica), para otorgar una forma adecuada al pensamiento del legislador aunque desde luego, aquí la Técnica no debe entenderse como una labor de precisión ajena a la función social de las leyes, y por ello creemos acertada la afirmación del jurista finlandés Otto Brusin²⁴⁶, en el sentido de que el legislador debe buscar un punto de equilibrio entre lo que sea comúnmente inteligible y la formulación técnico-jurídica²⁴⁷.

Al respecto expresa De Pina que el conocimiento del idioma -nosotros agregaríamos, del lenguaje jurídico-, es uno de los aspectos más importantes de la Técnica Legislativa, ya que un texto legislativo debe ser cuidadoso con la pulcritud que en su trabajo pone el escritor para alcanzar la mayor perfección posible en su producción artística. Los Códigos y las leyes constituyen una manifestación de la literatura nacional tan digna de atención como cualquiera otra.

El problema del lenguaje de las normas legislativas comprende, además de su corrección gramatical, su precisa formulación de carácter lógico, es decir, que las proposiciones jurídicas deben conformarse de acuerdo con las reglas de la lógica, para evitar imprecisiones o equívocos que posteriormente provocan problemas muy graves de *interpretación y aplicación*; y esa importancia de la formulación lógica de los juicios jurídicos la ha puesto de relieve, en nuestro país, Eduardo García Maynez, en diversos trabajos, entre los cuales destaca su fundamental tratado sobre la "*Lógica del Juicio Jurídico*"²⁴⁸.

Desafortunadamente, la gran cantidad de ordenamientos legislativos y reglamentarios que exige la vida moderna, en la cual la producción legislativa del Derecho se ha multiplicado en serie a un nivel que podría parangonarse a los productos industriales, ha provocado que se descuide el lenguaje **lógico y gramatical** de las disposiciones legislativas, ocasionando esa dificultad de conocimientos y comprensión de los mandatos jurídicos, que ha convertido en "artificial" (aunque necesario), el principio fundamental de

²⁴⁶ Citado por Fix-Zamudio, Héctor, "*Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*", Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000, p. 34.

²⁴⁷ "*El Pensamiento Jurídico*", trad. de José Puig Brutau, Buenos Aires, 1959, pp. 78 y ss. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, "*Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*", Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000, p. 34.

²⁴⁸ México, 1955, especialmente pp. 13-55; otro estudio importante que describe las relaciones de la lógica con el Derecho es el redactado por el filósofo italiano Norberto Bobbio, "*Derecho y Lógica*", trad. de Alejandro Rosi, México, 1965, especialmente, pp. 41 y ss.

que a nadie le es lícito ignorar el Derecho, como lo demostró con argumentos profundos el jurista español Joaquín Costa, en su clásica monografía sobre "La Ignorancia del Derecho"²⁴⁹.

Carnelutti ha señalado con la profundidad y elegancia que caracterizan su pensamiento, que la multiplicación de las leyes es un fenómeno fisiológico, de la misma manera que se multiplican los utensilios de que nos servimos en nuestras casas o en el ejercicio de las profesiones, pero esa multiplicación ha ido más allá y ha provocado una verdadera "inflación legislativa" que puede compararse con la obstrucción de las calles de las ciudades modernas por el exceso de vehículos que las abruma.

Esta grave situación, que podríamos llamar enfermedad contemporánea de la formulación legislativa del Derecho, inevitable como los congestionamientos de tránsito, indica la necesidad de la Técnica Jurídica para aliviar en lo posible este amontonamiento legislativo.

Por este motivo, resulta indispensable que se establezca -ya sea como una cátedra especial o como una labor obligatoria de seminario, en las facultades de Derecho-, un estudio sobre la Técnica Legislativa, que tan descuidada se encuentra en la actualidad y que podría ser de gran utilidad para atemperar los graves males de esa inflación legislativa a que se refiere el ilustre jurista italiano, ya que con ella no se evitará la multiplicidad de leyes, como los semáforos no limitan el gran número de vehículos en circulación, en cambio pueden aliviar el congestionamiento y hacer más fluido el tránsito. Leyes más precisas y correctas gramatical y lógicamente, serán más fáciles de cumplir y provocarán menos conflictos y confusiones.

También interviene en la Técnica Legislativa, el aspecto relativo a la divulgación de las disposiciones legales, aspecto que frecuentemente se desatiende, no obstante que se cuenta actualmente con una gran cantidad de medios de publicidad, que deben emplearse también para hacer llegar hasta los destinatarios, el conocimiento de la gran cantidad de disposiciones que se van expidiendo constantemente, y para lo cual no es suficiente su simple publicación en un *Diario Oficial* o Gaceta, pues la experiencia nos indica que tales medios de publicidad tienen poca circulación, inclusive entre los cultivadores de la Ciencia Jurídica.

Finalmente, y para no alargar esta simple descripción de los complejos y amplísimos problemas de la Técnica Jurídica de la elaboración o producción del Derecho, debemos expresar que esta no se agota en la Técnica Legislativa²⁵⁰ sino que comprende también la producción de normas menos generales, como son las creadas por los grupos sociales que

²⁴⁹ Buenos Aires, 1945, pp. 59 y ss., obra en la cual sostuvo, no sin razón, que nadie conoce todo el Derecho, pues solo una insignificante minoría de hombres conoce una parte y no grande de las leyes vigentes en un momento dado: siendo imposible que la mayoría, y aun esa minoría misma, las conozca todas. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, "Metablogía: Docencia e Investigación Jurídicas", Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000, p. 35.

²⁵⁰ En este punto discrepamos de De Piña en cuanto afirma que la elaboración creadora del Derecho debe limitarse a los órganos legislativos por considerar que lo contrario violaría el principio de la división o separación de los poderes. "La elaboración del Derecho", cit., pp. 1088 y ss., por el contrario, nos permitimos opinar que las normas jurídicas legislativas no son las únicas que integran el ordenamiento jurídico, pues también forman parte de él las jurisprudenciales y consuetudinarias, así como las menos genéricas producidas por los grupos sociales y las individuales de los jueces en las sentencias, y de las partes en los contratos, según lo ha destacado Hans Kelsen en varios de sus trabajos fundamentales, pudiendo citarse al respecto, "Teoría pura del Derecho", cit., pp. 152 y ss.; "Teoría General del Derecho y del Estado", cit., pp. 139 y ss.

en la actualidad intervienen cada vez mas activamente en la elaboración de sus propias normas jurídicas.

Un ejemplo de esta producción del Derecho por los grupos sociales, lo tenemos en los contratos colectivos de trabajo, elaborados por la vía del convenio, entre las agrupaciones de obreros y patronos, fijando las condiciones generales de trabajo, que puede abarcar una empresa o todo un sector de la producción, como ocurre con los contratos colectivos obligatorios aprobados por el poder público; pero cualquiera que sea su extensión, deben someterse a lineamientos de carácter Técnico tanto en su forma como en su contenido, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes ²⁵¹.

El carácter Técnico se acentúa si nos referimos a la sentencia judicial, es decir al mandato individual contenido en el fallo redactado por el Juez, que normalmente es un Técnico del Derecho, es decir, un Jurista, pues aun en los casos, muy frecuentes en los países anglosajones, en que intervengan jueces legos (jurados), el veredicto pronunciado por los mismos es revestido de una formulación Técnica, por un director de los debates, que es precisamente un Juez profesional.

En cuanto a los contratos y convenios entre los particulares, también son creadores de normas jurídicas particulares o individuales, imperativas para las partes, y no es otro el sentido de la frase de que "*los contratos son ley entre las partes*", pero por muy amplio que se considere el principio de la "libertad de estipulaciones" (cada vez mas restringido), forzosamente los contratos, al menos algunos de ellos, pero cada vez mas numerosos, requieren de la aplicación de principios Técnicos para su formulación.

Claro que tratándose de estos últimos aspectos de creación jurídica de normas individuales, se presenta con mayor fuerza el entrecruzamiento de la *producción* con la *aplicación* del Derecho ya que las normas individuales, judiciales o contractuales, se elaboran con base en disposiciones mas generales, pero precisamente, otro de los aciertos del jurista vienés Hans Kelsen ha consistido en poner de relieve que la creación y la aplicación del Derecho se encuentran estrechamente relacionadas, puesto que muchos actos de creación son a la vez de aplicación, y viceversa, pues inclusive en la esfera legislativa, en que tradicionalmente se consideraba de pura elaboración ²⁵², el legislador al crear la ley esta *aplicando* las disposiciones constitucionales sobre la forma y contenido de la producción de normas legislativas; y así sucesivamente, con normas cada vez menos generales, hasta llegar a la sentencia y las normas derivadas del contrato, que son mandatos de carácter individual.

De cualquier manera, tanto en relación con las normas mas genéricas, que son las constitucionales, como respecto de las restantes de la jerarquía normativa, hasta llegar a las individuales, se requiere forzosamente de la intervención de los Técnicos del Derecho, es decir, de los juristas, para su correcta formulación.

A este respecto, resulta muy conveniente acogernos al símil afortunado y sumamente grafico empleado por el genio carneluttiano, cuando compara a los juristas con los obreros

²⁵¹ Cfr. artículos 42 a 67 de nuestra Ley federal del Trabajo y la Ley sobre contratos colectivos de trabajo de carácter obligatorio, de 30 de mayo de 1945.

²⁵² "Teoría Pura del Derecho", cit., pp. 154 y ss.

calificados, que no son los únicos que intervienen en el procedimiento de creación del orden jurídico en todos sus aspectos, en el cual participan otros operarios, que tienen que recurrir a los Técnicos para que los auxilien en la elaboración de las normas en todos los niveles ²⁵³.

Por ello es que en las comisiones de los Congresos Constituyentes y de las Asambleas Parlamentarias, figuran siempre juristas, además de que los proyectos respectivos son redactados con el asesoramiento Técnico de los cultivadores del Derecho; y en los niveles jerárquicos menos elevados, también se debe acudir a los Técnicos para asesorar a los órganos de creación jurídica, así con mayor frecuencia se acude a los notarios, como Técnicos del Derecho, para la redacción de los contratos, convenios u otros actos jurídicos que asumen cierta compilación, y los abogados intervienen de manera creciente en el asesoramiento de las partes que celebran contratos, que cada vez son mas complicados en la vida moderna, de manera que las partes conozcan con mayor precisión las obligaciones y derechos que asumen, y redacten con claridad las normas individuales.

B. Metodología Jurídica en la Investigación y Conocimiento del Derecho para su debida Interpretación.

Si la Técnica Jurídica interviene de modo importante en la creación de los mandamientos jurídicos en todos los niveles de la jerarquía normativa, con mayor razón participa en los sectores de la investigación y conocimiento de la ciencia jurídica -para su debida interpretación y aplicación posterior-, pues como ya habíamos afirmado con anterioridad, uno de los aspectos fundamentales del objeto cognoscible de la ciencia jurídica, es la ciencia misma, y por tanto, es el jurista el que debe estudiar al jurista.

Pero la problemática en esta materia, es mucho mas complicada que en el aspecto anteriormente mencionado, puesto que ya no se trata de empleo de la Técnica Científica, sino también de la Metodología Filosófica -de la que hemos venido hablando en toda la temática de esta obra-, pues el problema de la investigación no puede detenerse exclusivamente en al escala científica, sino que para llegar a ser sistemática, y por lo tanto, fructífera, tiene que ascender hasta las esencias ultimas, hasta la metafísica.

Y precisamente por esta necesidad del pensamiento sistemático de llegar hasta las esencias de los objetos cognoscibles, los planteamientos metodológicos son cada vez mas importantes, puesto que para resolver correctamente una cuestión de carácter jurídico, es indispensable su afinado planteamiento a través de los instrumentos racionales adecuados.

El filosofo alemán Nicolai Hartmann, lo expresa con toda precisión cuando afirma que el pensamiento sistemático de la actualidad debe designarse con mayor precisión como "pensar problemático".

La investigación del Derecho constituye la base indispensable del conocimiento jurídico, ya que para llegar a la construcción dogmática, previamente resulta indispensable

²⁵³ "Cómo nace el Derecho", cit., pp. 11 y ss.

un examen directo del ordenamiento jurídico, pues como lo expresa claramente Pepperell Montague, el método empírico ocupa el "puesto principal" en la federación metódica ²⁵⁴.

De los datos obtenidos de la experiencia, sistematizados y ordenados racionalmente, se adquieren los principios básicos de la disciplina, que después revierten, a través del análisis y la deducción, sobre los nuevos datos que se van obteniendo empíricamente, y si sucesivamente.

Son, por tanto, tres los escalones que tienen que recorrer toda investigación científica moderna, grados que expone el ya citado autor Nicolai Hartmann, bajo los nombres significativos de *fenomenología*, *aporética* y *teoría* ²⁵⁵.

Se discute si la Teoría Jurídica puede ser en si misma objeto de investigación, pero esta discusión parte de un indebido planteamiento, puesto que como lo pusiera de relieve el ameritado Von Ihering, la dogmática jurídica también puede ser constructiva y fructífera en la investigación del Derecho ²⁵⁶, pero solo resulta aceptable si no se convierte en racionalismo o conceptualismo puros, desvinculados de la práctica, pues los conceptos tienen que apoyarse en los datos de la experiencia, y de estos últimos serian infructuosos si no son sistematizados de acuerdo con los principios racionales, lógico-sistemáticos, de la teoría ²⁵⁷.

La investigación jurídica, por tanto, utiliza los dos métodos, el *empírico* y el *racional*, que como afirma el mismo Pepperell Montague, están íntimamente relacionados, y con frecuencia se emplean al mismo tiempo, pues se complementan reciprocamente.

En la realidad, y de acuerdo con el sector del Derecho o de la ciencia jurídica que se estudie, la investigación tendrá que ser preponderantemente teórica o pragmática, pero lo que resulta inadmisibles es que se utilice únicamente uno de los dos métodos de manera absoluta o radical, pues entonces se cae en el vicio del conceptualismo o en un pragmatismo exagerados, ambos infructuosos.

Cada uno de los sectores de la investigación, el predominante teórico y el acentuadamente empírico, desempeñan un papel constructivo e indispensable, ya que la dogmática sin el alimento de los datos de la experiencia, se transforma en lucubración estéril, y a la inversa, un estudio de la realidad sin la orientación sistemática de la doctrina, se convierte en una recolección anárquica de datos.

Pero aunque pudiera considerarse como irresoluble el problema de la primacía de la *teoría* sobre la *práctica* y viceversa, sin embargo, se puede concluir, que la Técnica de la Investigación Científica del Derecho, exige que la misma, antes de acudir a la experiencia, se apoye en el criterio ordenador de la dogmática, o sea que el ordenamiento jurídico

²⁵⁴ "Los Caminos del Conocimiento", cit. p. 250. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, "Metodología: Docencia e Investigación Jurídicas", Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000. p. 39.

²⁵⁵ Citado por Fix-Zamudio, Héctor, en su "Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas", p. 40.

²⁵⁶ *L'esprit du droit romain*, cit., tomo III, pp. 4 y ss. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, obra citada, p. 40.

²⁵⁷ Para Kaufmann, los métodos deductivo e inductivo se hallan dentro de la ciencia empírica (cómo lo es la del Derecho) en la relación recíproca incancelable. "Metodología de las Ciencias Sociales", pp. 62 y ss. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, *Idem*, p. 40.

debe examinarse cuando se han analizado previamente los principios fundamentales, para poder captar los datos empíricos con criterio crítico y selectivo.

O sea, que toda investigación, todo estudio, debe partir de la misma ciencia del Derecho, para volver a ella, proporcionándole nuevo material de datos empíricos, ordenados y sistematizados.

Este es el sentido de la profunda observación de Piero Calamandrei²⁵⁸, cuando en su examen del método de investigación seguido por su maestro Giuseppe Chiovenda, considera que todo pensamiento debe madurarse en la meditación de la Historia y del pensamiento ajeno, pues de lo contrario se corre el riesgo de llegar a una cima que parecía inexplorada, y advertir con sonrojo que a la misma cima conducía, desde la otra pendiente del monte, una amplia carretera por la cual han pasado ya tantos antes que nosotros.

C. Metodología Jurídica en la Aplicación del Derecho.

Es en este campo y mas precisamente respecto de la *aplicación judicial del Derecho*, donde se han concentrado una gran parte de los estudios metodológicos, ya que si pasamos revista a la mayoría de las corrientes doctrinales, casi todas ellas han procurado ahondar sobre los medios de *Interpretación e Integración* del Derecho, particularmente los realizados por el juzgador.

Las Escuelas de la Exégesis, la Histórica del Derecho, del Derecho Libre y del Realismo y del Sociologismo Jurídicos, etc., e inclusive muchos de los aspectos de la moderna Lógica del Derecho, se refieren a la Interpretación Judicial del Derecho y de esta manera, la Técnica de la Hermenéutica Jurídica ha logrado un gran desarrollo, uno de cuyos momentos culminantes esta representado por una de las obras capitales de Francois Geny²⁵⁹.

Existe una razón para justificar el adelanto de los estudios sobre la Interpretación Judicial en relación con todos los demás aspectos de la Metodología Jurídica, en virtud de la importancia de la función del órgano judicial, tanto en la Aplicación como en la Creación del Derecho, que como expresamos anteriormente, están estrechamente relacionadas.

Resulta aquí inevitable una nueva cita de una frase certera de Carnelutti, que condensa gráficamente esta preeminencia de la hermenéutica judicial: "*El juez es la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces*"²⁶⁰.

Claro es que la propia hermenéutica no se agota en la función judicial, es mucho mas amplia y se extiende al legislador, al funcionario de la administración, y a los mismos destinatarios privados de las normas jurídicas.

²⁵⁸ Citado por Fix-Zamudio, Héctor, en su "Metodología. Docencia e Investigación Jurídicas", p. 41.

²⁵⁹ Me refiero al *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^o. Ed. 2^o. Impresión, 2 volúmenes, París, 1954.

²⁶⁰ "*Diritto Consuetudinario e Diritto Legale*", en Revista di diritto processuale, año XVIII, num., 4, Padova, octubre-diciembre de 1963, p. 520. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, *Ibidem*, p. 42.

En efecto, el legislador tiene que interpretar las disposiciones constitucionales que enmarcan su actividad de creación jurídica, pero debiendo hacerse la aclaración de que ésta no es la llamada interpretación "auténtica", es decir, la aclaración que a veces pretende hacer de las disposiciones legales que el mismo expide, ya que se trata en realidad de nuevos actos legislativos, mientras que la verdadera interpretación recae sobre las disposiciones de la ley suprema, que limitan o encauzan la propia actividad legislativa.

Por su parte, el órgano administrativo debe también interpretar, para poder aplicarlas, tanto las disposiciones constitucionales, como las legales que directamente reglamentan su actividad, puesto que la primera condición del acto administrativo es precisamente su legalidad, es decir su estricta sujeción a la ley, en virtud de que uno de los principios esenciales del "Estado de Derecho" consiste en la regla de que la autoridad solo puede hacer aquello que la ley autoriza, pero además de que la actividad administrativa debe ser legítima, se encuentra sujeta a la Constitución, y por ello es que, la interpretación administrativa abarca tanto la ley como la carta fundamental ²⁶¹, y en este sentido se ha llegado a hablar de "control de constitucionalidad mediante interpretación", que también corresponde a los funcionarios administrativos.

Por otra parte, los destinatarios de las normas, aun cuando estos sean personas individuales o colectivas de carácter privado, realizan la función interpretativa de las disposiciones normativas, no exclusivamente legales, sino todas las que tengan carácter jurídico, inclusive las individuales que se crean en los contratos y otros actos jurídicos, también privados, para poder aplicar los mandatos de Derecho que les afectan, otorgándoles derechos e imponiéndoles deberes.

Esta actividad interpretativa privada se realiza constantemente y no siempre tiene carácter Técnico, según expresamos con anterioridad, pero las complicaciones de la vida moderna han determinado que con frecuencia se requiera el asesoramiento de juristas, como son los notarios y los abogados, para que realicen la interpretación Técnica de las disposiciones a que nos estamos refiriendo.

No obstante la extensión tan amplia de la hermenéutica, se ha considerado, no sin razón, que la que tiene mayor relevancia y adquiere un carácter Técnico más depurado, es la que realizan los funcionarios del Poder Judicial, la cual llega a asumir verdadera preeminencia en los regímenes jurídicos angloamericanos, en los que el precedente judicial, a través del principio del *stare decisis*, adquiere una fuerza decisiva en la creación ("*judge made law*") y en la interpretación de las normas jurídicas, preponderante aunque no exclusivamente consuetudinarias y jurisprudenciales.

Claro es que los casos que se someten a los tribunales son los que pudieran llamarse "patológicos" del Derecho, puesto que una gran mayoría de los actos públicos y privados

²⁶¹ De acuerdo con nuestro artículo 128 constitucional: "Todo funcionario público sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen"; esto no significa que los funcionarios administrativos puedan desaplicar las leyes que consideren inconstitucionales, prerrogativa que corresponde en exclusiva al Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo, según el diverso artículo 103 de la ley suprema; pero en cambio dichos funcionarios de la administración pueden interpretar las disposiciones legales que rigen su actuación, de manera que armonicen con el texto constitucional, en lo posible. En cuanto al alcance del artículo 128 constitucional.

"interpretan" y "aplican" las disposiciones jurídicas en forma armónica, pues de otra manera no sería posible la convivencia social; pero esos casos patológicos han ido aumentando conforme se hace cada vez mas compleja la conducta humana regida por el Derecho, de la misma manera que siendo un mínimo porcentaje el de los enfermos sobre los que llevan una vida normal, sin embargo, la agitación de la vida moderna, ha determinado un aumento en los padecimientos físicos y mentales, y cada vez se requieren mas clínicas y hospitales.

El juez, medico del Derecho, es el que cuenta con mayores elementos Técnicos para interpretar las normas jurídicas y por ello es que constituye el factor de mayor fuerza en la evolución del orden jurídico, sin que desde luego, sea el único, y esto ha determinado, según se ha visto, que los métodos de interpretación se hubiesen estudiado con preferencia respecto de la función judicial, y de allí se han extendido a las restantes actividades hermenéuticas.

No nos detendremos a examinar los principios tan evolucionados en la actualidad, de la interpretación judicial, ya que nuestro propósito es simplemente pasar revista a su problemática, pero podemos establecer, de modo sintético, que se han perfeccionado tales métodos, partiendo del simple estudio gramatical de los textos legales, para elevarse hacia la apreciación lógico-sistemática de las disposiciones jurídicas.

Pero además, la evolución de la doctrina sobre la *interpretación* ha puesto en claro que se trata de una actividad que no es puramente racional o lógica, pues si bien el papel de la lógica jurídica es fundamental en la hermenéutica, no se agota en ella, sino que comprende también –como hemos visto– una postura Axiológica, estimativa de los valores supremos del propio Derecho, y por eso se ha dicho gráficamente, que el juez debe interpretar la ley (y todo mandato jurídico), de acuerdo con su ciencia y conciencia, y todo este complejo de métodos Lógicos y Axiológicos, ha sido agrupado por Recaséns Siches, bajo la afortunada denominación de "*de lo razonable*" en la interpretación del Derecho

262.

También ha puesto de relieve la Metodología de la Interpretación Jurídica, que particularmente tratándose de la actividad judicial, es también integradora del orden jurídico, no solo cuando se presentan las que se han llamado "*lagunas de la ley*", o con mayor precisión, casos no previstos por el legislador, sino también cuando se trata de situaciones reguladas por las normas jurídicas, y no solo porque el juez establece una norma individual en su fallo, según se ha visto, sino también porque va complementando y evolucionando el orden jurídico, en mayor o menor grado, según la escala de libertad en la cual se desarrolle su actividad.

Se ha señalado que, siendo las normas constitucionales las que aparentemente pueden ser interpretadas con mayor facilidad -puesto que son las que tienen la mayor generalidad y regulan los principios básicos del orden jurídico-, sin embargo, requieren una mayor precisión Técnica en su Interpretación, a tal grado que puede hablarse de una

²⁶² En sus trabajos "*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*", México, 1956, especialmente, pp. 173 y ss.: "*Lo razonable a contrario de lo racional en la vida y en el Derecho*", en el volumen X aniversario de la generación de abogados: 1948-1953, Universidad de Guadalajara, México, 1963, pp. 21 y ss. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, en su "*Metadología, Docencia e Investigación Jurídicas*", p. 45.

"Hermenéutica Constitucional", y esta dificultad radica no tanto en su expresión gramatical o en su construcción lógica, sino fundamentalmente en su apreciación Axiológica, y por ello es que se considera que son los miembros del Poder Judicial, por su mayor preparación y por la índole misma de sus funciones, los que se encuentran mas capacitados para realizar dicha interpretación constitucional ²⁶³.

La Técnica Jurídica, no puede ser considerada como un valor axiológico (de fines) sino de forma (al igual que la Seguridad Jurídica), sin embargo sí debe considerársele universal y de igual importancia que estos últimos, pues sirve de vehículo para dar forma y cuerpo a los primeros. En los siguientes temas pasaré a exponer los valores Axiológicos, con excepción –como ya lo manifesté- de el de la "Seguridad Jurídica".

VII. 3.- Límite: La Ley Natural.

"El hombre, merced a su razón –es concepto de Santo Tomás- conoce los fines y es capaz de elegir los medios a ellos conducentes, por medio de una luz racional que orienta a la voluntad para lograr el cumplimiento de su fin". Esta luz natural que demuestra las normas racionales de su conducta, es también denominada "ley natural". Esta ley no es algo añadido al hombre, sino su luz connatural y, por tanto, innata. La ley natural es una "*participatio legis aeternae in rationali creatura*". ("*La participación de la ley eterna en la criatura racional*").

Guillermo de Auxerre en el año 1231 definía a la Ley natural, en su sentido propio, como el conjunto de todo aquello que la razón nos prescribe hacer, sin necesidad de reflexión o de una especial consideración.

Según Francisco Suárez, la ley natural equivale a honestidad, a moralidad. Manda aquello que la razón exige de la naturaleza humana y prohíbe lo contrario. No crea la maldad o la bondad de los actos, como las leyes positivas; es una mera enumeración de principios absolutos con carácter obligatorio. Expresa lo que es bueno o malo por sí y de modo necesario.

De dos modos es algo de Derecho natural: negativa o positivamente. Dicese que lo que es negativamente, es aquello que no prohíbe el Derecho natural, sino que lo admite aunque no lo mande positivamente; más, cuando manda algo, se dice que ello es positivamente de Derecho natural, y cuando prohíbe, se dice que lo que se hace contra de tal prohibición es positivamente contra el Derecho natural.

A los preceptos que obligan siempre y en todo lugar, independientemente de las circunstancias, porque se refieren a la esencia racional del individuo, Suárez los llama de Derecho natural **preceptivo**; y a aquellos que, a pesar de tener carácter absoluto, dependen en su vigencia de un determinado estado de cosas o circunstancias, los denomina de Derecho natural **d. mi. ativo**.

²⁶³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juez ante la norma constitucional", en Revista de la Facultad de Derecho de México, num. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-79. Citado por Fix-Zamudio, Héctor, en su "*Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*", p. 45.

Con respecto a la ley natural no cabe el dualismo entre ley y equidad (epiqueya). La equidad supone una corrección de la ley en un caso particular, para el cual se estima que no es justa en su totalidad. Es precisa la equidad con respecto a la ley escrita, porque en ésta se manifiestan los preceptos sólo de un modo abstracto y general, y urge acomodarlos a las situaciones concretas, quizá no previstas por el legislador, en conformidad con los imperativos de la justicia; lo cual se supone que fue querido por quien dio la ley. Como la ley natural es razón pura, no cabe con relación a ella una corrección por motivo de equidad, puesto que contiene en sí todos los elementos para ser justa en cada caso. La equidad significa solución justa para un caso dado, es decir la adecuación perfecta al caso concreto. En la ley natural, que es la expresión pura de la justicia, no cabe hacer correcciones por razones de la misma, ya que ésta se halla íntegramente contenida en ella. Lo que cabe y debe hacerse es extraer su sentido para cada caso particular. El resultado que obtengamos en cada caso será siempre expresión prístina del sentido de la ley natural, que abarca en sí todos los preceptos, las soluciones todas aplicables a todos los casos que pueden imaginarse. Es el caudal de todas las soluciones racionales justas; es la expresión de la Ley Eterna, o sea, de la infinita Sabiduría de Dios, aplicada a la innumerable cantidad de casos posibles. Los mismos preceptos del Decálogo (los diez mandamientos) no contienen en sí toda la ley natural, sino una referencia, una expresión genérica y abstracta de la misma. Para entender el verdadero sentido del precepto natural, es necesario inquirir las circunstancias y condiciones en las cuales aquel acto es en sí bueno o malo, y a esto se llama *interpretación del precepto natural*, en cuanto al verdadero sentido.

San Agustín define la Ley Eterna como la "*ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*"²⁶⁴, cuya traducción es: la "razón o voluntad divina que manda conservar y prohíbe perturbar el orden natural". Es manifiesto que existe la Ley Eterna, pues, si Dios rige todas las cosas, con mayor razón debe regir los entes racionales.

La ley eterna y la ley natural -aun siendo la segunda reflejo de la primera- no se confunden. La ley eterna está en Dios, las leyes naturales están en los seres creados. La ley eterna es una realidad intradivina. La ley natural es una luz que de una manera natural

²⁶⁴ Lo encontramos en su obra "*Contra Faustum*", XXII, 27 (PL, XLII, 418). Como puede verse, la ley eterna pertenece al ser de Dios y está claramente distinguida del orden natural de los seres creados. Citado por Hervada; Javier, "*Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*", Editorial E.U.N.S.A., Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España. Segunda Edición, 1995. pp. 553.

Agustín de Hipona (354-430). Se le llamó "El Maestro de Occidente". El influjo de los padres en la filosofía medieval se puede medir exactamente por la pervivencia y el influjo de San Agustín a lo largo de la Edad Media. Es una de las columnas de la filosofía cristiana de todos los tiempos. Las enseñanzas de la Biblia, puestas en relación con las ideas neoplatónicas de Plotino, y más lejanamente con el logos estoico, llevaron a San Agustín a desarrollar lo que sería una pieza fundamental de la filosofía cristiana del Derecho: la teoría de la "Ley Eterna". En sustancia la teoría agustiniana de la ley eterna sostiene que en Dios existe una ley universal, inmutable y fundamento de las demás leyes, por la cual Dios gobierna el universo creado, como un todo ordenado -armónico-, dirigido a su fin. Es una ley que está en Dios, distinta de las leyes naturales, que están en los seres; pero estas leyes naturales son el reflejo de la ley eterna, por lo cual ésta es la ley última y suprema que ordena y dirige el mundo. Para la filosofía son especialmente importantes las siguientes obras: "*Contra Académicos*" (386), una discusión con el escepticismo de la academia nueva, "*De Beata Vita*" (386), viejo tema de la felicidad, "*De Ordine*" (386), sobre el origen de las cosas y sobre el mal, "*Soliloquia*" (386-387), sobre el conocimiento, la verdad, la sabiduría y la inmortalidad, "*De Immortalitate Animae*" (387), "*De Quantitate Animae*" (387-388), "*De Libero Arbitrio*" (388-395), libertad y origen del mal, "*De Diversis Quaestionibus*" (388-395), una porción de cuestiones bíblicas, teológicas y filosóficas, "*De Magistro*" (399), sobre el enseñar y el aprender, "*De Vera Religione*" (391), tema de la fe y la ciencia, "*Confesiones*" (387-401), "*De Trinitate*" (400-416), obra más extensa sobre las relaciones de la razón y la revelación y con un intento de pensar la Trinidad ayudándose de la introspección en el espíritu del hombre, "*De Civitate Dei*" (413-426), obra maestra de San Agustín, en 22 libros, con su visión del imperio romano en ruina y su filosofía de la historia.

Hirschberger, Johannes, "*Historia de la Filosofía*", Volumen 13, Tomo I, Editorial Herder, S.A., Barcelona, España, 1977, pp. 291-313.

radica en nuestro entendimiento, por la cual conocemos que Dios nos impulsa a hacer el bien y a evitar el mal. Que la ley natural existe, supuesta la creación, es evidente, ya que la Divina Sabiduría debe ordenar eficazmente a todas las criaturas, especialmente a las racionales, hasta su último fin (la gloria de Dios). Y esta ordenación no puede hacerse sino por medio de una ley, si ha de respetarse la libertad del hombre. Esta ley debe ser natural, esto es, impresa a modo de naturaleza y conocible naturalmente por el hombre a través de su inteligencia.

Los momentos históricos de todos los pueblos y de todos los tiempos atestiguan que la ley natural fue conocida y observada como divina siempre y en todas partes. La misma ley que, al existir en Dios se llama Eterna, en sentido estrictamente humano se llama *ley natural*, en cuanto que está inscrita en el alma de la criatura racional a la cual es impuesta. Esta ley consiste propiamente en los juicios prácticos –que nos proporciona la inteligencia– por los que conocemos estar obligados a hacer el bien y a evitar el mal.

La ley eterna no es definida por Agustín de Hipona como el producto de la razón y de la voluntad divinas, sino como esa misma razón y voluntad, esto es, como Dios mismo. Esta se identifica con la inteligencia y la voluntad divinas en cuanto ellas son principio y ejemplar de todo lo creado. La inteligencia divina es la suma regla y medida de todo ser y de todo orden; y la voluntad de Dios es impulso y motor -imperio-, principio y primera causa de todo movimiento, que sustenta al universo en su ser y en su dinamismo.²⁶⁵

Las propiedades de la ley natural son: **universalidad**, en cuanto que se extiende a todos los hombres y comprende todos los aspectos del orden natural. Los preceptos naturales de la ley natural no pueden ser ignorados de una manera invencible por ningún hombre que tenga expedito el uso de la razón; **inmutabilidad**, tanto intrínseca como extrínsecamente, porque sus principios jamás cambian; prohíbe las acciones que por su naturaleza, y por tanto siempre, son malas o inconvenientes para el hombre; prescribe aquellas que por su naturaleza son necesariamente honestas o cuya omisión es intrínsecamente mala para el hombre.

Así como la medicina da unos preceptos para los enfermos y otros para los sanos, y unos para los fuertes y otros para los débiles, no obstante no varían por eso las reglas de la medicina, sino que se multiplican y unas sirven ahora y otras después; así el Derecho natural o ley natural, permaneciendo el mismo, manda una cosa en tal ocasión y otra en otra, obliga ahora y no antes o después; pero no es muda.

Los preceptos de la ley natural son de tres clases: **a)** los preceptos primarios, comunísimos y evidentes para cualquiera; **b)** los preceptos secundarios, que fácil obviamente se derivan y deducen de los primeros; **c)** las conclusiones más remotas y particulares de las clases anteriores. El precepto supremo de la ley natural es: "*Har el bien y evita el mal*".

Para mostrar la existencia de la ley eterna, Santo Tomás parte de tres ideas que se complementan:

²⁶⁵ Hervada, Javier, "Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho", pp. 553-555.

1. La ley es la norma del gobernante que rige una comunidad o sociedad perfecta (*communitas perfecta*), dirigiéndola al fin propio de la comunidad como tal.
2. El mundo forma un todo o conjunto: la *communitas universi*.
3. El mundo está regido por Dios. La conclusión es que en Dios existe una ley que rige la comunidad del universo. Ahora bien, para Tomás de Aquino la ley es un acto de razón: por lo tanto, esa ley es un dictamen de la razón divina. Y como la razón divina no concibe nada en el espacio, sino que su concepción es eterna, *ab aeterno*, la ley indicada recibe el nombre de ley eterna.

El Aquinate define la ley eterna como "el plan de la sabiduría divina en cuanto dirige todos los actos y movimientos" ²⁶⁶. A propósito de la existencia de la ley eterna, hace incidentalmente dos precisiones de interés, para comprender qué sea dicha ley. Una de ellas es que la ley eterna es ley para el universo creado, no es ley a la que Dios esté sujeto, porque no ordena ni rige la actividad divina, sino el movimiento de los seres creados. La otra precisión consiste en aclarar que la ley eterna no es algo distinto de Dios: es Dios mismo en cuanto rector del universo, pues dada la simplicidad de Dios, los atributos, cualidades u operaciones, que concebimos en Dios según nuestro modo de entender y de hablar, no son otra cosa que la esencia divina. ²⁶⁷

Se distinguen la ley natural y la ley positiva: por el elemento material (acciones u omisiones prescritas), en que la primera sólo prohíbe lo intrínsecamente deshonesto y prescribe lo necesariamente honesto; la segunda, empero, puede prescribir o prohibir eso mismo y otras cosas más, indiferentes o no necesariamente buenas. Por el elemento formal (la obligación misma), porque la ley natural toma su obligatoriedad de la voluntad de Dios hipotéticamente (supuesta la creación) necesaria; y la positiva, del libre ordenamiento de aquél a quien compete el imperio sobre los demás.

Santo Tomás de Aquino dice que toda ley humana se funda en la ley natural. Todo deber dimana, en última instancia, de la ley natural. La razón última por la que nos reconocemos obligados por las leyes humanas, es el principio de la ley natural: "Debe obedecerse a las leyes justas de los superiores". Quitando este principio, perdería toda obligatoriedad la ley humana. ²⁶⁸

La ley positiva debe ser: honesta, justa y posible, por la exigencia de la ley natural. **Honesta**, es decir, que no repugna a ninguna ley superior, sea natural, sea positiva. **Justa**, esto es, que tienda al bien común o sea útil a éste, que proceda de autoridad legítima y que distribuya los cargos proporcional y equitativamente. **Posible** física y moralmente, esto es, no debe ser demasiado difícil ni onerosa, atendiendo a las fuerzas de aquellos a quienes se impone. (Cathrein).

²⁶⁶ "Et secundum hoc, lex aeterna nihil aliud est quam ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum". (*"Summa Theologica"*), I-II, q. 91, a. 1 ad 3)

²⁶⁷ Hervada, Javier. *Lecciones Propeaéuticas de Filosofía del Derecho*, Editorial E.U.N.S.A., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España, Segunda Edición, 1995, pp. 566-567.

²⁶⁸ A San Agustín se deben las ideas fundamentales acerca de la ley eterna como pieza básica de la trascendencia divina del orden jurídico, de Tomás de Aquino es el mérito de presentar esas ideas perfeccionadas y perfiladas en un sistema científico magistral. Lo que en el Águila de Hipona (San Agustín) son poderosas ideas intuitivas dispersas en sus múltiples y variadas obras, es en el Aquinate (Santo Tomás) un sistema unitario, racionalmente estructurado, que en pocas páginas da una completa y profunda visión del tema de la trascendencia del orden jurídico.

Hervada, Javier, *Lecciones Propeaéuticas de Filosofía del Derecho*, pp. 558-559.

Aunque hay muchos preceptos de la ley natural, todos, sin embargo, pueden reducirse al primer precepto: **"El bien debe hacerse y el mal debe evitarse"**, pues así como el ente es lo primero que cae en la simple aprehensión, así el bien es lo primero que cae en la aprehensión de la razón práctica que dice el orden al acto. Pues todo agente obra por un fin, por lo que tiene bondad. Y sobre este primer principio se fundan todos los otros preceptos de la ley natural, en tal forma que, todo lo que ha de hacer o evitar hacer pertenece a los preceptos de la ley natural que la razón práctica reconoce naturalmente como bienes humanos.

El orden de los preceptos de la ley natural es conforme al orden de las inclinaciones naturales. En primer lugar, la inclinación del hombre al bien, según la naturaleza común con todas las sustancias, según que toda sustancia busca la conservación de su ser, según su naturaleza; en segundo, la inclinación a algo más especial, según la naturaleza común con los demás animales: en sentido estricto, naturaleza debiera oponerse a razón; natural sería en el hombre aquello irracional que tiene de común con los animales. En tercer lugar, la inclinación al bien según la naturaleza racional que le es propia.

La ley natural es una y la misma para todos, en cuanto a los primeros principios, aun cuando no lo sea en cuanto a algunos principios más particularizados y deducidos de los comunes. Pertenece a la ley natural, todo aquello a lo cual se inclina el hombre naturalmente, como se inclina a obrar conforme a la razón. Y es propio de la razón proceder de los principios comunes o generales a los particulares.

Aunque la ley natural sea inmutable en cuanto a sus preceptos comunes, pues que nada puede abstraersele, es, sin embargo, mutable –no en sus principios más generales-, en algunos preceptos menos generales, cuando los tiempos y circunstancias exigen que se le agregue o se le quite algo. (Santo Tomás).

Al aparecer la desigualdad social como pena y remedio del pecado, el poder temporal recibe con ello un considerable fortalecimiento de su autoridad. Pero sólo lo posee -cosa que no hay que olvidar- en virtud de la humilde sumisión que la Iglesia exige a los pecadores. Por esta razón, el Derecho natural católico se puede convertir fácilmente en una crítica intensamente revolucionaria de todas las relaciones existentes de poder, cuando se ataca a la autoridad eclesiástica o cuando el Derecho positivo contradice al Derecho natural absoluto. En este caso, y por primera vez en la historia política de Europa, los jesuitas Francisco Suárez y Juan de Mariana admiten el asesinato del tirano.

*"Allí donde acaba la ley -escribe John Locke-, empieza la tiranía. Y cualquiera que hallándose en autoridad excediere del poder que le fue otorgado por la ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece, deja, por ello mismo, de ser un magistrado; y, pues quien obra sin autoridad, podrá ser combatido como cualquier otro hombre que por fuerza invade el derecho ajeno".*²⁶⁹

Siendo así que entre los hombres se llama "justo" a aquello que es conforme a la razón, y que la ley no es ley si no es justa; es necesario que toda ley humana sea derivada

²⁶⁹ Locke, John, "Ensayo sobre el Gobierno Civil", Editorial Gernika, S.A. Edición 1996, pp. 191.

de la ley natural, que es la primera regla de la razón. Tanto tiene de ley una norma, cuanto tiene de justa; pero si discuerda con la ley natural no será ley sino corrupción de la ley. Pero téngase presente que de dos modos puede algo derivarse de la ley natural: como conclusión de principios (deducción), y como una determinación de algunos principios comunes (inducción). (Santo Tomás).

El legislador -el constituyente y el constituido-, debe tener pues en cuenta a la "ley natural". Si los autores están en desacuerdo, deben tomar partido con los mejores fundamentados.

VII. 4.- Límite: La Justicia.

Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Poncio Pilatos y reconoció que era rey, dijo: "Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo...". Y Pilatos preguntó: "¿Qué es la Verdad?". El procurador romano esperaba una respuesta a esa pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de **Justicia**: la Justicia del Reino de Dios; y por esta Justicia murió en la cruz. Por lo tanto, tras la pregunta de Pilatos, "¿Qué es la Verdad?", se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: ¿Qué es la Justicia?

"Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente –enuncia Kelsen ²⁷⁰, en relación a esa última pregunta- ...ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas... ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres...". Y, sin embargo, la pregunta sigue sin una respuesta concreta que abarque su idea en plenitud. Parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas.

Se ha dicho que los criterios de valoración del Derecho están representados por las ideas de lo justo: todos convienen en ello. Pero, ¿qué es la Justicia?. Todos están igualmente de acuerdo con Santo Tomás en que la Justicia envuelve la idea de cierta igualdad, proporcionalidad, armonía en las relaciones sociales. Pero no siempre se ha considerado a la Justicia como criterio de valoración de las acciones humanas en sociedad, sino también de las acciones individuales (Moral).

La Justicia, en un sentido lato, ciertamente significa igualdad, o caridad, o la universalidad de las virtudes. En sentido estricto, es "...la virtud moral que inclina constante y perpetuamente a la voluntad a dar a cada uno lo suyo [su derecho]" (Ulpiano). Para Aristóteles la Justicia representa el justo medio entre el exceso y el defecto. Platón ²⁷¹ dice que "...la vida más justa es la más agradable".

La Justicia es una virtud especial que trata de urgir el pago de lo debido y conservar la debida igualdad entre los hombres. A ella corresponde, por tanto, restituir lo injustamente

²⁷⁰ Kelsen, Hans, "¿Qué es la Justicia?", Editorial Ariel, S.A. Edición Española a cargo de Albert Calsamiglia, Barcelona, España, 1992 pp. 35.

²⁷¹ Citado por Kelsen, Hans, "¿Qué es la Justicia?", p. 41.

quitado, reparar los daños hechos, abstenerse de acciones fraudulentas, guardar la fe dada en los pactos y respetar a cada quien su derecho íntegro.

*"La justicia -dice Preciado Hernández- es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social".*²⁷²

En sentido estrictamente jurídico, la Justicia es siempre *ad-alterum*, y requiere, por tanto, diversidad de personas; puesto que no se puede decir que alguien es justo o injusto consigo mismo, o que alguien se hace injuria, que consiste en la lesión del derecho de otro contra su voluntad.

Aristóteles distingue cuatro connotaciones de justicia:

La Justicia **legal**, que inclina a cada uno a dar a la sociedad, de la que es parte, lo que le corresponde según las exigencias del bien común. Ordena el súbdito a la sociedad como parte al todo. Se llama legal, porque corresponde principalmente a la ley ordenar todas las cosas al bien común; o también porque tiene por objeto aquello que se debe a la comunidad por exigencia de la ley natural o de la positiva. *"La Justicia legal -dice Santo Tomás- está en el príncipe, en manera principal y **quasi architectonice** en cuanto a que lo obliga a referir a todas las leyes y todos sus actos al bien común; y está en los súbditos, en forma secundaria y **quasi administrative**, esto es, obligándolos a observar todas las leyes".*

La Justicia **distributiva** encierra la idea de subordinación, en la que se encuentran dos relaciones:

A) el Estado es el sujeto del Derecho y el particular sujeto del deber; por lo primero, el Estado tiene el derecho de imponer prestaciones, y por lo segundo, los súbditos el deber de satisfacerlas;

B) el Estado es el sujeto del deber y el particular sujeto del Derecho; por lo primero el Estado debe distribuir las cargas y los puestos equitativamente; por lo segundo, el particular debe exigir la proporcionalidad.

De suerte que una misma relación de subordinación puede ser considerada a los ojos de la Justicia distributiva, según sea el obligado el Estado o el particular. Debe notarse que la Justicia distributiva busca la igualdad según una proporción geométrica, y no aritmética, ya que atiende a la igualdad proporcional, de acuerdo con los méritos de cada quien.

La Justicia **vindicativa** inclina al príncipe a castigar a los delincuentes con penas congruas, para el bien y la protección de la sociedad.

La Justicia **conmutativa** inclina a la voluntad a dar su derecho estricto a cada uno, guardando la igualdad entre los iguales. Esta justicia se refiere a los particulares, aunque puede existir entre un particular y la sociedad, pero sólo en los casos en que la sociedad se tiene como particular, en el mismo plano. Se llama conmutativa, porque se refiere

²⁷² Citado por Hervada, Javier, en sus "Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho", p. 133.

principalmente a las conmutaciones y contratos. Funciona a base de un criterio de igualdad; busca la coordinación de los hombres. ¿Cómo saber si hay igualdad? Stammler habla de la conversión de los términos; habrá igualdad si, quedando satisfechos ambos sujetos, pueden invertirse los términos de la prestación y la contraprestación. Aunque eso no siempre es posible, sin embargo, idealmente es un criterio seguro para encontrar la proporción.

Constituyendo la Justicia el fin esencial del Derecho, o uno de sus fines inmediatos, me parece inútil fundamentar la exigencia de que el legislador tenga presente, al dictar el Derecho positivo, el criterio inmutable de "lo justo".

Francesco Carneluti ²⁷³, uno de los positivistas propagadores del realismo del Derecho, al referirse a la cuestión de cómo deben ser hechas las normas por el legislador (qué límites, qué reglas hay, no dentro del Derecho, sino sobre éste), para regular la actividad legislativa, dice: "*Y aun cuando todas las leyes lógicas, psicológicas, biológicas, físicas, económicas y, sobre todo las éticas obedecen los fenómenos del Derecho. Y aun cuando todas las reglas sean escrupulosamente respetadas, la obra del legislador nada vale si no responde a la Justicia. No sabemos, y creo que no sabremos nunca, cómo ocurre eso, pero la experiencia nos enseña que no son útiles ni duraderas las leyes injustas; no son útiles, porque no conducen a la paz, y no son duraderas porque, antes o después... desembocan en la revolución. La Justicia: ahí tenemos, por consiguiente, otra regla que el legislador debe observar, y si no la observa, el precio es terriblemente caro...*" (Carneluti, Francesco, "*Metodología del Derecho*", Traducción por el Doctor Angel Osorio, p. 25).

Pero dicen algunos, en forma por demás equivocada: siendo la Justicia el fin esencial del Derecho, en una ley en que se realice la Justicia no habrá Derecho. No es esa la consecuencia, porque subsiste el Derecho para la protección de todos los valores justos. Es decir, si fuera tan perfecta la conducta de los hombres que se adecuara a lo preceptuado en las normas jurídicas, y que por ende se obrara conforme a los dictados de la justicia, no sería justificable que desapareciera el Derecho; el Derecho seguiría existiendo como tal, porque las normas van destinadas a que las cumplan hombres libres, que tienen la capacidad de deliberar cumplir o dejar de cumplir con lo previsto en ellas. La justicia se manifiesta a través de ese instrumento que llamamos Derecho, pero son dos órdenes distintos.

El orden jurídico, para el maestro Preciado Hernández, es precisamente la sociedad organizada de acuerdo con el deber de Justicia, o con miras al cumplimiento del deber de Justicia. Y pone especial énfasis en las palabras "*con miras al cumplimiento del deber de Justicia*", porque -decía- en el orden de la actividad humana, cuando se trata de calificarla, se tienen que suponer criterios para hacer esa calificación. Hay que distinguir en la actividad humana la que propiamente realiza un valor, de la que sólo tiende a realizarlo. En el primer caso es llamada por los autores modernos "*actividad con significación*", y en el segundo, "*actividad con sentido*". Sentido y Significación son posibles mediante la referencia de una actividad a los valores: el esfuerzo del hombre para realizar un valor cualquiera, es una actividad con sentido; la actividad del hombre que realiza, de hecho,

²⁷³ Citado por Preciado Hernández, Rafael, Versión Taquigráfica de sus "*Lecciones de Filosofía del Derecho*"; p. 29-30, 32.

un valor, tiene significación. Y basta con que se tienda al valor sinceramente para que sea ya una actividad valiosa, una actividad con sentido.

No se concibe un orden jurídico en el que la actividad social regulada por normas del Derecho no esté orientada hacia el valor justicia. Tan es así, que todos los legisladores tienen buen cuidado de decir y repetir que tratan de realizar "...el bien de los pueblos, mediante la Justicia". Este es un dato muy importante que ya nos indica cómo, desde un punto de vista de la justificación de las reglas de una sociedad humana cualquiera, forzosamente, se tiene que acudir a los criterios de esa justificación, entre los que se encuentra, en primera línea, el criterio de "Justicia".

Godofredo Guillermo Leibniz tiene una especial importancia, junto con Hugo Grocio, en el estudio a profundidad del Derecho natural y la Justicia, aunque existen diferencias en sus doctrinas. Para Leibniz "Dios es el fundamento último del Derecho natural; por él coinciden la utilidad y la armonía del género humano, y la armonía divina con la voluntad de Dios". Esto es lo que sitúa lejos a Leibniz de Hugo Grocio (holandés). Para Grocio "...el origen del Derecho natural es la naturaleza humana... es un dictado de la recta razón". Y tanta importancia da a la Justicia Hugo Grocio, que la define en relación estrecha a la naturaleza humana sosteniendo que no necesita el reconocimiento de la existencia de un plano ontológicamente anterior al de la persona. Así pues, dice "...la Justicia es una virtud propia del hombre en cuanto hombre..." y agrega "...aunque no existiera ningún Dios, existiría lo justo porque interesa para la conservación de la sociedad...". Sus pensamientos son muy discutibles, sin embargo, el paralelismo entre ambos pensadores es muy importante entre la aceptación de "lo justo" como una cualidad moral de la persona.²⁷⁴

El orden jurídico (no el de la naturaleza o el de la violencia) no puede consistir sino en la organización de la sociedad de acuerdo con el deber de Justicia o con miras a su cumplimiento. Aunque en algunos casos concretos no se realice ese criterio de Justicia, no por ello pierde su carácter jurídico todo un orden. Puede darse inclusive la ley (positiva) injusta, es decir, la norma que en un momento dado es injusta, porque no todas las normas de un orden jurídico traducirán la justicia. Pero esas normas, con tal de que no sean la mayoría, formarán parte del orden jurídico y se les llamará jurídicas como se llama esfuerzo artístico a todo esfuerzo de los artistas aunque no logren tener éxito. De igual modo, en el orden del Derecho, la humanidad ha venido realizando esfuerzos orientados hacia la organización justa, que no siempre lo ha conseguido; que en algunas de esas instituciones, como la esclavitud, ha habido profundas injusticias, de todas maneras, tales instituciones jurídicas representan distintos pasos dados por la humanidad en su marcha para alcanzar los valores supremos del Derecho dentro de su organización social. Se puede decir, pues, que se da el caso de una *norma jurídica injusta*, y no es un contrasentido; en cambio sí sería contrasentido un *orden jurídico injusto*. "Desde el momento en que todo un orden jurídico, el espíritu de sus autoridades, estuviese orientado, no a realizar la justicia, sino a perjudicar a la mayoría de los miembros de la sociedad, ya no merecería el nombre de orden jurídico; sería el orden de la violencia, de la fuerza, pero no un orden de Derecho". (Preciado Hernández).

²⁷⁴ Guillen Vera, T. "Estudio preliminar a Leibniz, G.: Los elementos del Derecho natural". Editorial Tecnos, Madrid, 1991. Traducción y notas de T. Guillen Vera. pp. XXXVIII-XLI.

Nicola Abbagnano ²⁷⁵, en su magnífico "Diccionario de Filosofía", nos dice que "...la Justicia es, en general, el orden de las relaciones humanas o la conducta del que se adapta a ese orden. Se pueden distinguir -dice- dos principales significados:

- A. El significado según el cual la Justicia es la conformidad de la conducta a una norma. Se adopta este concepto para juzgar el comportamiento humano o la persona humana (y esta última por su comportamiento).
- B. Aquel por el cual la Justicia constituye la eficiencia de una norma (o de un sistema de normas), entendiéndose por eficacia de una norma una determinada medida en su capacidad de hacer posibles las relaciones entre los hombres. Se adopta para juzgar las normas que regulan el comportamiento humano mismo".

La problemática histórica de los dos conceptos, aun cuando unida y confusa a menudo, es totalmente diferente, analicémoslo:

A. El significado según el cual la Justicia es la conformidad de la conducta a una norma.

Según su primer significado, la Justicia es **la conformidad de un comportamiento** (o de una persona en su comportamiento) **a una norma** y en el ámbito de este significado la polémica filosófica, jurídica y política versa acerca de la naturaleza de la norma que se toma en examen. Esta, en efecto, puede ser la norma de naturaleza, la norma divina o la norma positiva.

Dice Aristóteles ²⁷⁶: "En tanto que el transgresor de la ley es 'injusto', mientras que quien se conforma a la ley es 'justo', es evidente que todo lo que es conforme a la ley es de algún modo 'justo'; en efecto, las cosas establecidas por el poder legislativo son conforme a la ley y decimos que cada una de ellas es 'justa'" ("Ética a Nicómaco", V, 1, 1129 b 11). En este sentido, la Justicia es, según Aristóteles, "...la virtud **entera** y **perfecta**; **entera**, por comprender a todas las demás; **perfecta**, porque el que la posee puede servirse de ella no sólo en relación consigo mismo sino también en relación con los demás" ("Ética a Nicómaco", V, 1, 1129 b 30).

Pero también las dos formas de la Justicia particular que Aristóteles enumera, o sea, la **Justicia Distributiva** y la **Justicia Conmutativa** consisten en conformarse a normas y precisamente a las que prescriben la igualdad entre los méritos y las ventajas o entre las ventajas y las desventajas de cada uno. La definición, ya citada, dada por Ulpiano y adoptada por los jurisconsultos romanos ("Digesto", I, 1, 10), como "...voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo", es otro medio de expresar la noción de Justicia, como conformidad a la ley, ya que presupone que lo suyo, lo de cada uno está ya determinado por una ley. Kelsen ²⁷⁷ ha acusado a esta definición de tautológica, precisamente por no tener indicación alguna acerca de lo que es suyo de cada uno (Hans Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado", Traducción de Eduardo García Maynez).

²⁷⁵ Abbagnano, Nicola, "Diccionario de Filosofía", Fondo de Cultura Económica, México, 1963, pp. 699-703.

²⁷⁶ Citado por Abbagnano, Nicola, Ob Cit, p. 699.

²⁷⁷ Citado por Abbagnano, Nicola, en su "Diccionario de Filosofía", p. 700.

Editora Textos Universitarios. Edición 1969. p. 10.), y en realidad sólo prescribe el conformarse a una ley o regla que establezca para el caso lo que a cada uno espera.

La noción de la conformidad a la ley como definición de la Justicia se mantiene incluso en los que polemizan contra el concepto tradicional de Justicia. Así, Hobbes ²⁷⁶ afirma que la Justicia consiste simplemente en el mantenimiento de los pactos y que, por lo tanto, donde no hay un Estado, o sea un poder coercitivo que asegure la observancia de pactos válidos, no hay ni Justicia ni injusticia ("Leviathan", I, 15.). Pero en este caso la Justicia tampoco es más que la conformidad a una regla, aun tratándose de una regla simplemente pactada. La misma interpretación que Kant ²⁷⁹ da a la definición romana, reduce la Justicia a una norma ya establecida. "Si esa fórmula se tradujera –dice Kant- en 'dar a cada quien lo suyo', diría algo absurdo ya que a cada uno no se le puede dar lo que ya tiene. Para tener sentido debe ser expresada así: entra en una sociedad tal que a cada uno pueda serle asegurado lo suyo contra toda otra cosa" ("Lex Justitiae").

Por otra parte, también los que ven en el concepto de Justicia nada más que una tentativa de justificación de un determinado sistema de valores y, por lo tanto, pretenden excluirla de la teoría científica del Derecho, utilizan o adaptan la misma noción de Justicia. Dice Kelsen: "Justicia significa el mantenimiento de un orden positivo mediante su concienzuda aplicación". Es Justicia según el Derecho. La proposición que enuncia que el comportamiento de un individuo es justo o injusto en el sentido de ser jurídico o antijurídico, significa que su comportamiento corresponde o no corresponde a la norma jurídica que el sujeto juzgador presupone válida, porque tal norma pertenece a un orden jurídico positivo ("Teoría General del Derecho y del Estado". Traducción de Eduardo García Maynez. Editora Textos Universitarios. Edición 1969. p. 14).

Acerca de este concepto de Justicia, las diferencias más sustanciales, entre las doctrinas del Derecho, no tienen consecuencia alguna. Ya sea que la norma se entienda como norma del Derecho natural, o que se entienda como norma moral o como norma de Derecho positivo, la Justicia es considerada en cada caso como conformidad de un comportamiento con la norma.

B. El significado según el cual la Justicia constituye la eficacia de una norma, como fin o una determinada medida en su capacidad de hacer posibles las relaciones entre los hombres.

El segundo concepto de Justicia, es aquel que refiere la Justicia no al comportamiento o a la persona, sino a la norma, y **expresa la eficacia de la norma**, o sea, su capacidad de hacer posibles, en general, las relaciones humanas. En este caso, obviamente, el objeto del juicio es la norma misma y las diferentes teorías de la Justicia son, desde este punto de vista, los diferentes conceptos del **fin** respecto del cual se entiende medir la eficacia de la norma como regla para el comportamiento intersubjetivo. Platón fue el primero en insistir acerca de la Justicia como instrumento. "Crees tú –pregunta Sócrates a Trasímaco- que una ciudad, un ejército, una banda de asaltantes o de ladrones o cualquier otro tropel de gente que se ponga a hacer algo injusto en común: ¿podría

²⁷⁶ "Diccionario de Filosofía", p. 700.

²⁷⁹ Idem, pp. 699-703.

llegar a algo en el caso de que sus componentes cometieran injusticia unos en daño de los otros? -No, por cierto, respondió Trasímaco- ¿Y si no cometieran injusticia, no sería mejor? -Seguramente-. La razón de ello, Trasímaco, es que la injusticia hace nacer odios y luchas entre los hombres en tanto la Justicia produce acuerdo y amistad..." ("Republica", Platón, 351 c-d) ²⁸⁰.

En este fragmento de Platón, la Justicia está desvinculada de todo fin que tenga valor privilegiado y no es más que la condición para hacer posible, en general, el vivir y el obrar conjunto de los hombres, condición válida para cualquier comunidad humana, incluso para una banda de delincuentes. Del mismo modo, en el mito que Platón hace exponer a Protágoras en el diálogo homónimo, se dice que, hasta tanto los hombres no tuvieron el arte político, que consiste en el respeto recíproco y en la Justicia, no pudieron reunirse en la ciudad y eran destruidos por las fieras. "El arte mecánico -dice Protágoras-, si bien los ayudaba a procurarse el alimento, no les bastaba para combatir a las fieras porque no tenían el arte político, del cual es parte el arte de la guerra..." (Protágoras, 322 A.C.) ²⁸¹.

Más a menudo, sin embargo, los filósofos y juristas han medido la Justicia de las leyes, no por referencia a su eficiencia general en relación con la posibilidad de las relaciones humanas, sino respecto de su eficiencia para garantizar este o aquel fin reconocido como último, o sea, como valor absoluto. No ha faltado, por tanto, quien haya considerado imposible definir en este sentido la Justicia, y se haya limitado a plantear la exigencia genérica de que una norma, para ser justa, se deba adaptar a un sistema de valores cualquiera. No obstante, los fines a que más a menudo se ha recurrido son: **a) la felicidad; b) la utilidad; c) la libertad; d) la paz.**

a) La felicidad: Los filósofos han recurrido con frecuencia a la felicidad. Dice Aristóteles: "Las leyes se pronuncian sobre todo tendiendo a la utilidad común de todos o a la que predomina por la virtud o de otra manera, de suerte que mediante una sola expresión definimos como 'justas', las cosas que procuran o mantienen la felicidad, o parte de ella, a la comunidad política..." ("Ética a Nicómaco", V, 1, 1129 b 4.). Nos dice Santo Tomás en relación a este pensamiento aristotélico que: "...la identificación del bien común con la beatitud eterna es un caso particular de esta doctrina..." ²⁸²

b) La utilidad: Ya en la Antigüedad (por ejemplo, con los sofistas), se identificó la Justicia con la utilidad. En el mundo moderno, David Hume ²⁸³ dio validez a este punto de vista. La utilidad y el fin de la Justicia -dijo- es procurar la felicidad y la seguridad conservando el orden en la sociedad. La reducción de la Justicia a la utilidad más que a la felicidad, tiene como nota propia el hecho de que quita a la Justicia su carácter de fin último o valor absoluto y conduce a considerarla como la solución (y a veces la solución menos mala) de determinadas situaciones humanas. Tal es, en efecto, el pensamiento de David Hume que corrige acerca de este punto al iusnaturalismo racionalista de Hugo Grocio, que hacía conservar a la Justicia su valor absoluto y a las normas que la garantizan la absoluta racionalidad, pues consideraba que *las mutuas relaciones de la sociedad, que*

²⁸⁰ Citado por Abbagnano, Nicola, obra citada, p. 700.

²⁸¹ Idem, p. 701.

²⁸² Aquino, Santo Tomás de, "De Regimine Principum", III, 3.

²⁸³ Citado por Abbagnano, Nicola, Ibidem, p. 701.

tales normas hacen posible, "...eran fines en sí mismas en cuanto objeto último de deseo..." ("De Iure Belli ac Pacis", Introd. 16.).

c) La libertad: La identificación de la Justicia con la libertad fue formulada con Kant. "Una sociedad en la cual la libertad bajo leyes externas se enlace en el más alto grado posible con un poder irresistible, o sea una constitución civil perfectamente justa", es la tarea suprema de la naturaleza en relación a la especie humana ("Idea de una Historia Universal en Sentido Cosmopolita", 1784, Tesis V). Desde este punto de vista, la Ilustración será la "...condición que alcanzará la especie humana, mediante la progresiva eliminación de los obstáculos opuestos a la libertad..." ("Idea de una Historia Universal en Sentido Cosmopolita", 1784, Tesis VIII).

d) La paz: Por último, además de la felicidad, la utilidad y la libertad, los filósofos han adoptado, a menudo, como medida o criterio de la Justicia un orden normativo, la paz. Esta medida fue introducida por Hobbes; para él un ordenamiento justo, es un ordenamiento que garantice la paz, sustrayendo a los hombres del estado de guerra de todos contra todos (como ya vimos en temas anteriores), al que los reduce el ejercicio del derecho natural. Y, en efecto, para Hobbes, la primera ley de naturaleza, o sea, la primera de las normas que permiten al hombre salir del estado de guerra, es la norma que prescribe buscar la paz. Decía Hobbes que "...Por la igualdad de las fuerzas y de todas las otras facultades humanas, los hombres que viven en el estado de guerra, no pueden esperar la perduración de la propia conservación... Por lo tanto el que se deba tender a la paz mientras brille alguna esperanza de poderla obtener, se deban buscar socorros para la guerra, es el primer dictamen de la recta razón, o sea, la primera ley de naturaleza..." ("De Cive", I, 15).

En nuestros días, Kelsen opuso a la Justicia como "ideal racional" la paz como medida empírica de la eficiencia de las leyes. "Una teoría -ha escrito- puede formular una afirmación a partir de la experiencia; únicamente un orden jurídico que no sólo satisfaga los intereses de uno a expensas de otro, sino que logre un compromiso entre los intereses opuestos, que reduzca al mínimo las posibles fricciones, puede contar con una existencia relativamente duradera. Sólo un orden semejante se hallará en situación de asegurar una paz social a los que a él se hallen sujetos, sobre una base relativamente permanente... Y si bien el ideal de Justicia en su significado originario es algo muy diferente del ideal de paz, existe una precisa tendencia a identificar los dos ideales o, por lo menos, a sustituir el ideal de Justicia por el de paz". ("Teoría General del Derecho y del Estado". Traducción de Eduardo García Maynez. Editora Textos Universitarios. Edición 1969. p. 14-16).

Esta tendencia, compartida por muchos que consideran irrealizable el ideal de Justicia entendido como felicidad o libertad, tiende a juzgar la eficacia de las normas a base de su funcionalidad negativa, esto es, de su capacidad para evitar los conflictos. Sin duda está más conforme al espíritu positivo de una teoría del Derecho que quiera considerar como objeto propio sólo la técnica de la coexistencia humana. Pero en realidad, ya el iusnaturalismo moderno a partir de Hugo Grocio, había logrado (por lo menos en este punto) una generalización mayor, exigiendo de las normas del Derecho natural que sirvieran tanto para la paz como para la guerra, y pudieran, por lo menos en parte, valer en cualquier condición o situación humana. Por lo tanto, también la paz puede parecer, desde el punto de vista de una teoría general del Derecho, un fin muy restringido

para juzgar de la eficacia (o sea de la Justicia) de las normas del Derecho. La guerra, como los conflictos individuales y sociales, las competencias, etc., son situaciones humanas recurrentes, aunque no sean deseables y, por lo tanto, un juicio objetivo y libre de prejuicios sobre las normas del Derecho, debe medir su eficiencia también en relación con tales situaciones y las posibilidades de superarlos. En realidad, sólo dos criterios se pueden aducir como fundamento de un juicio objetivo acerca de un orden normativo, ya que tales criterios no son válidos como fines, absolutos o relativos, sino como *condiciones de validez* de un ordenamiento *cualquiera*.

El primero, ya bien conocido en la tradición filosófica, es el de la **igualdad** como *reciprocidad*, por la cual cada uno debe poder cuidarse de los otros cuando los otros se cuidan de él. Siempre que la tradición filosófica ha definido (como lo ha hecho a menudo, de los pitagóricos en adelante) la Justicia como *igualdad*, ha creído la mayoría de las veces, insistir precisamente en el carácter por el cual la Justicia es reciprocidad en el sentido aclarado.

El segundo criterio se puede sacar del carácter fundamental que asegura la validez del saber del saber científico en el mundo moderno: la autocorregibilidad. Como el conocimiento científico es tal sólo por estar organizado con miras a su propio control y, por ello mismo, a la propia corregibilidad, un orden normativo es tal (o sea, resulta eficiente como orden) sólo si se organiza con vistas a la propia corrección eventual.

Los dos criterios apuntados pueden también ser reducidos uno a otro, con oportunas variantes. Pueden dar a la palabra Justicia un significado igualmente lejano del ideal trascendental y de la aspiración sentimental, como de la justificación interesada de los ordenamientos en vigor. No debe olvidarse tampoco que la defensa más eficaz y radical de un orden determinado, ha sido hecha no para demostrar o intentar demostrar la Justicia del mismo, sino simplemente ignorando y eliminando la noción misma de Justicia. Tal noción, por lo demás, fue completamente ignorada en la filosofía del Derecho de Hegel ²⁸⁴, que considera al Estado como Dios que se ha realizado en el mundo y que niega hasta la posibilidad de discutir, en cualquier aspecto, el orden jurídico. "*El Derecho –decía Hegel– es algo ‘sagrado’ en general, porque es la existencia del Concepto absoluto...*"

El uso del concepto de Justicia en su segundo el significado -es decir, en el que la Justicia constituye la "eficiencia" de una norma, como *fin* o una determinada medida en su capacidad de hacer posibles las relaciones entre los hombres-, es el ejercicio del juicio, que debe estar en la posibilidad de todo hombre libre acerca de los órdenes normativos que lo rigen. Que tal juicio no pueda actualmente ejercerse a base de nociones tautológicas o ideales quiméricos es un hecho reconocido. Pero es también un hecho el que puede o debe ser considerado como objeto de una disciplina específica que lo haga positivo y, en lo posible, riguroso, sin sustraerlo de sus condiciones empíricas. Y en esta forma el concepto de Justicia puede aún reasumir la función que siempre ha tenido, que es la de un instrumento de reivindicación y de liberación.

VII. 5.- Límite: El Bien Común.

²⁸⁴ Citado por Abbagnano, Nicola, en su "Diccionario de Filosofía", p. 702.

Ya en temas anteriores hemos hablado bastante sobre el "Bien Común", en especial en los que se refieren al fin del Estado. El Bien Común no es una cuestión de nombre. Si se admite que los hombres tienen una naturaleza común, debe admitirse también que toda medida conforme con las exigencias de esta naturaleza debe ser provechosa a la gran masa de los individuos. Este principio es evidente y adquiere importancia de Derecho natural. No es el interés de una porción más o menos grande de los ciudadanos lo que debe inspirar las decisiones del Estado, sino los principios que indican en qué sentido es el bien común humano. Y el iusfilósofo Jacques Leclercq (1891-1971) nos dice, al respecto, que "... y no debe olvidarse que el bien común exige frecuentemente el sacrificio al interés general de uno o varios individuos...". Y el mismo autor agrega: "La sociedad forma un todo porque unifica la acción de sus miembros para el bien de todos..."²⁸⁵.

La idea del bien público -nota justamente Dardano- significa algo muy diverso de la idea de bien común. Existirá el bien común, cuando todos los individuos estén convenientemente; existirá el bien público, cuando esté bien el cuerpo moral al cual todos pertenecen. En un cuerpo militar regido por férrea disciplina, aunque oprimido, podrá existir el bien público; pero no existirá el bien común, si a menudo son castigados los inocentes.

El bien común es lo mismo que prosperidad material para unos; esplendor intelectual y moral para otros. Y algunos opinan que consiste en la "gloire de l'Etat", o bien en el goce plácido de las delicias domésticas.

Balmes opina que el bien común es la perfección de la sociedad. La sociedad será tanto más perfecta, cuanto mayor sea la cantidad de perfección que se encuentre en los individuos considerados en su conjunto, y cuanto más apta sea la distribución de los bienes entre sus miembros. Consiste en la más apta distribución de todas las cosas, en tal forma, que el mayor número posible de individuos desenvuelvan simultánea y armónicamente todas sus facultades. Por tanto, una sociedad será tanto más perfecta, cuanto más acerque el entendimiento del mayor número de hombres a la verdad, la voluntad de las sanas costumbres y dé a las necesidades materiales más completa satisfacción. El fin último del Estado será así, alcanzar lo más perfecto que pueda darse la inteligencia, a la moralidad y a la prosperidad del mayor número posible de hombres.

Y Santo Tomás de Aquino hace consistir el bien y la salud de un pueblo en la "conservación de su unidad, unidad que recibe el nombre de paz, alejada la cual, desaparece la utilidad de la vida social, siendo además insoportable a sí misma una sociedad que está dividida. El principal y más importante deber del jefe de un pueblo es consagrarse a conservar la unidad de la paz".

Y tanta importancia concede Santo Tomás al bien común como finalidad del Estado, que define al rey diciendo que "es aquel que tiene a su cargo el gobierno de una ciudad o provincia y ejerce su autoridad en beneficio del bien común". Y después agrega: "El gobierno es tanto más injusto cuanto más se aleja de los intereses comunales".

²⁸⁵ Leclercq, Jacques, "El Derecho y la Sociedad: sus fundamentos", (título original "Leçons de Droit Naturel"), Biblioteca Herder, Sección de Ciencias Sociales, Barcelona, España, 1965. Volumen 54, pp. 157 y 244.

"Salus populi, suprema lex" ("La salud pública es la suprema ley") -decía John Locke-, es sin duda regla tan justa y fundamental, que quien de corazón la siguiere, "...no sabrá equivocarse de un modo peligroso" ²⁸⁶. Y cita aquel párrafo del discurso pronunciado por el Rey Jacobo ante el Parlamento en 1609; "La diferencia entre el rey y el tirano consiste sólo en esto: que uno considera las leyes como límites de su poder, y el bien del pueblo como finalidad de su gobierno; mientras que el tirano lo doblega todo a su voluntad y a sus apetencias" ²⁸⁷.

Y Leclercq señala como primera regla al legislador: "No establecer leyes que no estén conformes con el bien de los miembros de una sociedad, siempre que el pueblo al que van destinadas esté preparado para recibirlas". Y agrega: "...el bien común puede cambiar con el lugar y con el carácter de los habitantes. En la colonización de un país salvaje por un pueblo civilizado, éste debe respetar, al menos temporalmente, las costumbres, aunque vayan contra el bien común. Es esencial para el legislador o intérprete la diferencia entre tolerancia y aprobación..." ²⁸⁸.

La autoridad de Estado -según opinan varios autores- siempre es la misma, y puede y debe ejercitarse en beneficio del Estado y cuando lo exija el bien común, en el grado que urja tal exigencia.

"Importa, pues -advierte León XIII- para que la potestad se mantenga en la Justicia, que los que administran la ciudad entiendan que el poder de gobernar no se les ha concedido para su utilidad propia y que la administración de la cosa pública debe conducirse para utilidad de los que a ella están confiados, no de los que la tienen confiada".

Siendo el bien común, cuyos diferentes conceptos he expuesto, el fin inmediato que persiguen los hombres al organizarse en sociedad, al perseguir la unidad jurídico-política, es necesario que el Constituyente deba introducir en la Constitución que redacta, aquellas medidas, y sólo aquellas, que vayan encaminadas al bien común, que puedan ser útiles a tal finalidad o que, al menos no lo contradigan.

VII. 6.- Límite: La Seguridad Jurídica.

A la luz de los temas examinados en los puntos anteriores despunta ya cuál sea una de las motivaciones más radicales de lo jurídico, es decir, una de sus primeras raíces vitales (el por qué y para qué los hombres elaboran Derecho): la Seguridad Jurídica. "Cierto que en el Derecho deben encarnar valores superiores, como el de Justicia -dice Recasens ²⁸⁹-; cierto que el Derecho debe ser el vehículo de realización de tales valores en la vida social; cierto que el Derecho no estará justificado racionalmente sino en la medida en que sirva a dichos valores; pero es cierto también que el Derecho no surge primeramente como mero tributo a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad. Y

²⁸⁶ Locke, John, "Ensayo sobre el Gobierno Civil", Editorial Garnika, S.A. Edición 1996. pp. 148.

²⁸⁷ Locke, John, obra citada, pp. 190-191.

²⁸⁸ Leclercq, Jacques, "El Derecho y la Sociedad: sus fundamentos", (título original "Leçons de Droit Naturel"). Biblioteca Herder. Sección de Ciencias Sociales. Barcelona, España. 1965. Volumen 54, pp. 157 y 58.

²⁸⁹ Recasens, Siches, Luis, "Vida Humana, Sociedad y Derecho", Fundamentación de la Filosofía del Derecho. México, 1952, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. pp. 119-220.

sigue diciendo Recasens: "...si nos preguntamos ¿por qué y para qué los hombres establecen el Derecho? Y si, para ello, tratamos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado la creación del Derecho (positivo) no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber, de la seguridad jurídica en la vida social".

Efectivamente, si bien la Justicia y los demás valores jurídicos supremos representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho, y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores, el Derecho, sin embargo, no ha nacido exclusivamente en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de Justicia, sino también para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. La pregunta de por qué y para qué hacen Derecho los hombres no la encontramos contestada plenamente en la estructura de la idea de Justicia, ni en el séquito de egregios valores que la acompañan como presupuestos por ella, sino en un valor subordinado –la seguridad– correspondiente a una necesidad humana.

Se puede explicar esa función de seguridad que en el Derecho encarna, por vía de comparación con la función de seguridad que la técnica desempeña en otro orden de cosas. El hombre primitivo se siente **aterrado** ante el espectáculo de la naturaleza; presencia un conjunto de hechos en tumultuosa sucesión, cuyo secreto ignora; y esto lo obliga a vivir extravasado, pendiente del contorno, en constante alerta, poseído de un gran miedo. Y siente una necesidad de dominar la naturaleza, de saber a qué atenerse respecto de ella. Al impulso de esta necesidad elabora la técnica para crearse un margen de holgura o de relativa seguridad en el cosmos.

Pero el hombre no tan sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él y qué es lo que él debe y puede hacer frente a ellos; y precisa no sólo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de *certeza* sobre las relaciones sociales, pero además de la *seguridad*, de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada. Precisa saber qué es lo que ocurrirá con el ganado que apacentaba o con el árbol que cultivaba, cuando esté durmiendo o se ausente; qué es lo que pasará con su compañera cuando él no se halle a su lado; en suma tiene la necesidad de saber qué podrán hacer los demás respecto de él, y qué es lo que él puede hacer respecto de los demás; y no sólo esto, sino que también precisa tener la seguridad de que esto será cumplido necesariamente, garantizado, defendido de modo eficaz.

El Derecho surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás –*certeza*–: pero no sólo *certeza* teórica (saber lo que se debe hacer), sino también *certeza* práctica, es decir, *seguridad*: saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente.

El Derecho no es puro dictamen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable), norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar. Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el Derecho. Esta es su motivación primaria, su más honda raíz en la vida humana.

Ya Spinoza afirmó en su "Tratado Teológico-Político" que "... la verdadera aspiración del Estado no es otra que la paz y la seguridad de la vida... Por lo cual el mejor Estado es aquel en el que los hombres viven armónicamente y cuyas leyes son respetadas".²⁹⁰

Claro está que con la certeza y la seguridad no basta, pues la certeza y la seguridad deben darse en normas justas; pero *certeza* y *seguridad* constituyen el sentido formal de la función del Derecho. Ahora bien, claro que los hombres precisan hacer múltiples cosas, en tanto que individuos –para lo cual requieren garantías de libertad, de holgura en su conducta- y en tanto que miembros de la sociedad, para lo cual precisan de solidaridad, de ayuda. Entre esos múltiples quehaceres individuales y sociales que se proponen los hombres, hay algunos que son reputados por éstos como más urgentes, como más necesarios, como más indispensables; y la conducta relativa a éstos es la que más las interesa establecer de modo *cierto*, y *asegurar* de manera efectiva, es decir, hacerla contenido del Derecho. El Derecho es seguridad; pero, ¿seguridad en qué?: seguridad en aquello que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. De aquí que el contenido (no sus directrices, principios o valores supremos para su creación) del Derecho varíe según los pueblos y los tiempos en el proceso de la historia. Pero en todo momento, sea cual sea el contenido, el Derecho representa una función de seguridad, de orden cierto y eficaz. Es un valor universal.

Los valores supremos que deban inspirar al Derecho se refieren a los fines que mediante él deban ser cumplidos; y claro es que, según dijimos ya en numerosísimas ocasiones, un ordenamiento jurídico no estará justificado, no será justo, sino en la medida en que cumpla los valores que deban servirle de orientación. Pero lo jurídico del Derecho positivo no radica en esos valores, sino en la forma de su realización a través de él. O dicho con otras palabras: lo jurídico no es un fin, sino un especial medio puesto al servicio de la realización de fines varios. Hay fines sociales, que en principio bien pudieran ser perseguidos por medios ajenos a lo jurídico: educación, apostolado, propaganda, iniciativa individual, organización social, etc. Ahora bien, cuando una colectividad le interesa *asegurar* de la manera más firme la realización de determinados fines, entonces los recoge y plasma en normas jurídicas positivas, esto es, impone su cumplimiento de manera inexorable, por ejecución forzosa. Así siempre la función del Derecho es seguridad, aseguración; lo mismo en un régimen tradicionalista que en un régimen revolucionario; pues tanto en un caso como en otro, se trata de asegurar la realización de determinadas tareas, bien que éstas sean radicalmente diversas en uno y otro caso.

Lo que se acaba de exponer no implica de ninguna manera que se crea en la indiferencia de los fines; en modo alguno. Desde el punto de vista de la valoración, de la Estimativa Jurídica, se deberá distinguir entre fines malos y fines buenos; y aun no todos los fines buenos podrán ser perseguidos jurídicamente, pues hay muchos valores –por ejemplo,

²⁹⁰ Citado por Recasens. Siches, Luis, obra citada, pp. 220-221.

los morales puros o los religiosos- cuya realización no es lícito promover mediante el Derecho, ni tiene sentido que así se pretenda: podrá el Derecho tomar algunos principios generales de las normas de estas disciplinas para encauzarlas, pero siempre deberá respetar la libertad del individuo –moral y religiosamente-, nunca imponiéndole positivamente ese tipo de normas de conducta. De suerte que en la Estimativa Jurídica (esto es, en la “Teoría de la Valoración Jurídica”, de los ideales del Derecho; tema genuino de esta obra) se determinará las directrices que deben orientar al Derecho, los criterios para su perfeccionamiento y para su reelaboración progresiva; se esclarecerá cuáles son los supremos valores que deben ser plasmados en el Derecho; se establecerá qué es lo que puede justificadamente entrar en el contenido del Derecho y qué es lo que no puede lícitamente constituir objeto de normas jurídicas (por ejemplo, el pensamiento religioso y el científico, frente al cual el Derecho no debe sino garantizar su libertad, pero de ninguna manera regularlo taxativamente; por ejemplo, tampoco la pura moralidad, que de ningún modo puede ser “impuesta” por el Derecho, etc.).

La Estimativa Jurídica deberá, asimismo, determinar en qué casos y bajo qué condiciones pueden determinados fines ingresar en la normación jurídica, y a qué límites deben hallarse sometidos. Pero de todos esos problemas ya nos hemos ocupado anteriormente y nos seguiremos ocupando; los hemos traído aquí a colación sólo para prevenir el error de que pudiese creerse que la afirmación de que el Derecho es nada más que un *medio* o *forma* de realización de muy variados fines significara una indiferencia respecto de los fines, un puro relativismo de tono escéptico y reñido con todo criterio axiológico; pero ya hemos advertido que de ninguna manera es así, ya que la doctrina de la Estimativa Jurídica –como hemos visto anteriormente- nos orienta siempre hacia juicios de valor. Aquí, lo que importa en este momento de la exposición, es mostrar con toda claridad que la juridicidad, lo jurídico, no es expresión de determinados fines, sino sólo de una especial manera o forma de realización de fines sociales. A la luz de la Estimativa Jurídica, es claro que no será indiferente el problema de cuáles sean los fines sociales que puedan y deban ser perseguidos *jurídicamente*; ya que no todos los fines sociales podrán lícitamente ingresar en el mundo del Derecho; y, en cambio, los hay que deberán necesariamente ser objeto de regulación jurídica; mientras que respecto a otros muchos, según las circunstancias, será conveniente o no será conveniente que se articulen jurídicamente.

Lo que importa aquí es mostrar que hay una serie de fines cuya consecución puede intentarse por varios medios. La regulación jurídica es uno de esos medios, pero no el único. De suerte que lo *jurídico* no consiste en este o en aquel contenido, sino en la forma de normación impositiva e inexorable que pueden adoptar los más diversos contenidos sociales. Así, por ejemplo, la tarea social de socorro o ayuda a los necesitados ha sido muchas veces confiada a la libre iniciativa de la generosidad individual; otras veces, a puras organizaciones sociales (no oficiales) de asistencia; pero cuando la colectividad (representada en su supremo órgano, en el Estado) ha considerado como de todo punto necesario el asegurar la plenaria realización de este fin, entonces ha convertido la asistencia social en una institución jurídica, la ha sujetado a normas de imposición inexorable (para los funcionarios que se encargan de ella, y para quienes deben forzosamente aportar una contribución). Así también la función de la enseñanza ha sido confiada en algunas épocas a la iniciativa particular (privada), a instituciones sociales

libres; pero cuando el Estado ha estimado que la colectividad precisaba que se asegurase en forma irrefragable el cumplimiento de esta tarea y que ésta se efectuase sobre determinadas bases (por ejemplo, sobre la base del fundamentalísimo principio de la libertad de pensamiento, etc.) entonces ha organizado jurídicamente la función pedagógica.

Así también ha habido épocas en las cuales se ha estimado que el bienestar de las personas era asunto que éstas debían realizar en virtud de la acción individual y de la acción espontánea de los entes sociales libres, pero de ninguna manera como tarea del Estado; que al Estado no le competía nada más que garantizar la libertad y la justa aplicación de ella; de tal suerte, en algún matiz del liberalismo, se decía que del gobierno no se ha de pedir que haga la felicidad de los ciudadanos (que es asunto propio de ellos), sino tan sólo que sea justo y respete la libertad; pero, en cambio, después se abre camino en la sociedad la convicción (que ya en otros tiempos existiera también) de que al Estado compete la misión de realizar en la mayor cuantía posible el bien común de sus miembros, y que, por tanto, debe intervenir en la regulación de la economía y en la realización de una serie de finalidades de bienestar, porque es preciso asegurar el cumplimiento de dichas tareas, las cuales entonces quedan *juridificadas*, es decir, pasan a ser enmarcadas en normas jurídicas positivas.

Así también, obsérvese que, en otros tiempos, se consideró que era necesario para la sociedad *asegurar impositivamente* la vida religiosa (lo cual resulta en un máximo error y una monstruosa aberración, pues la religión sólo puede fundarse en la libre adhesión, en la sincera convicción, de lo contrario atentaría contra los principios universales humanos fundamentales: *la dignidad y la libertad*) o también una doctrina científica (lo cual es un error tal como el anterior expuesto), y se convirtieron tales funciones en algo jurídico, se las sometió a una regulación preceptiva, taxativa, mediante normas de Derecho positivo. Pero, en cambio, cuando se abre paso a un sentido humano, la liberación de la conciencia –sin la cual no puede haber auténtica cultura–, se sustrae al imperio del Estado, esto es, al imperio de una regulación jurídica, el contenido de la conciencia religiosa y del pensamiento teórico; y, entonces, lo que importa es asegurar la libertad de conciencia y de pensamiento, y, al fin, se impone inexorablemente a todos, a los funcionarios y a los particulares, el pleno respeto a la inviolabilidad de la persona.

Recalcamos que todas estas materias, que hemos aducido como ejemplos, no constituyen puros azares históricos que tengamos que aceptar sin ninguna crítica, como si fuesen regidas por meras circunstancias relativas y fortuitas. De ninguna manera; son materias sobre las cuales puede y debe recaer un juicio de valor, sobre las cuales hay que proyectar una crítica estimativa, que, probablemente, en algunos casos, resultaría positiva y en otros negativa. Lo único que queremos subrayar aquí es que lo jurídico no es un concepto de finalidad, sino el concepto de un especial medio, que puede ser puesto al servicio de muy varias finalidades. Lo mismo ocurre con la Técnica Jurídica de la que hemos ya hablado, que en sí es una especial *forma* –y no fondo en sí– para conseguir un orden sistematizado de las ideas diversas en torno a lo jurídico, para poder hacer eficaz la tarea de la aplicación del Derecho. Esto ha sido visto de modo genialmente certero por Kelsen²⁹¹, al afirmar que el Derecho no es sujeto de fines, no es un sujeto que se proponga fines,

²⁹¹ Citado por Recasens Siches, Luis, en "Vida Humana, Sociedad y Derecho", pp. 224.

sino que los fines son sencillamente humanos (de libertad, económicos, técnicos, sanitarios, pedagógicos, etc.); son los hombres quienes se los proponen; y el Derecho no es un fin, sino un especial *medio* que la sociedad puede usar para la consecución de tales o cuales fines. El Derecho no consiste en lo *qué* la sociedad se propone, sino en el *cómo* se propone cumplir algunos de los fines que persigue, a saber, de una manera inexorablemente impositiva, lo cual responde a la necesidad de *asegurar* con plena certeza y eficacia la realización de dichos fines.

Adviértase, pues, cómo lo esencialmente jurídico no está en el contenido de la norma, sino en la *especial forma* de imperio inexorable, que es lo que caracteriza al Derecho. El mismo contenido de una norma jurídica puede ser contenido de una norma de cortesía o trato social, o de una máxima técnica, o de un consejo. Si fuera cualquiera de estas cosas y nada más, la norma seguiría diciendo lo mismo, pero no sería norma jurídica positiva (Derecho). Lo que una norma jurídica tiene de "jurídica" no es lo que ella dice, sino la manera como lo ordena, a saber, impositivamente, con pretensión de mando inexorable, que es lo que caracteriza la diferencia entre las normas jurídicas y los otros diferentes tipos de normas existentes (moral, religión y las de cortesía o trato social).

Como características que diferencian las normas jurídicas de las demás encontramos: Las normas jurídicas son impuestas externamente (son heterónomas porque las impone el Estado); transfieren derechos y obligaciones (son bilaterales); el proceso de *deliberación-acto-consecuencia* se deja reconocer exteriormente (exterioridad); las normas jurídicas tienen previsto sanciones para el incumplimiento de lo que prescriben, pero, además, pueden hacerse cumplir a la fuerza por el Estado (son coercibles). Y esa esencia de lo jurídico corresponde a la función de seguridad. Si suprimimos la urgencia de un saber a qué atenerse en lo fundamental de las relaciones colectivas, de un saber a qué atenerse *ciertamente* y con la *seguridad* de que efectivamente será así (porque para imponerlo se empleará toda la coacción necesaria), ha desaparecido el sentido de Derecho.

La seguridad es el valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no puede haber Derecho; pero ni es el único, ni el supremo, pues en el Derecho deben plasmarse una serie de valores axiológicos de rango supremo –justicia, bien común, dignidad y libertad de la persona humana, etc.–. Ahora bien, aunque el Derecho se refiera a esos valores y encuentre en ellos, además, su justificación (en la medida en que los realice), no los contiene dentro de su concepto. Pero, en cambio, sí contiene ciertamente en su misma esencia formal, la idea de seguridad. Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase. El Derecho, además debe ser justo, servir al hombre, buscando el bien común, etc.; sino lo hace será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay Derecho de ninguna clase. La injusticia se opone a la Justicia; el yerro en determinados fines se opone a la utilidad común; pero, en cambio, la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico.

La seguridad no es un fin supremo del Derecho, pero sí el motivo radical o la razón de su existencia. El Derecho consiste en la realización de valores de rango superior al de la seguridad jurídica, porque, ciertamente, ésta, en relación con la justicia, es un valor inferior;

pero el cumplimiento de este valor inferior condiciona la posibilidad de realización de los valores superiores. En suma, se trata de la relación que media entre la realización de valores conexos de rango desigual: el cumplimiento del valor inferior suministra la posibilidad de llevar a cabo, sobre esta base, el valor superior.

Así las cosas, encontramos en la seguridad el sentido funcional del Derecho, que es un ingrediente esencial de lo jurídico, de su concepto e idea universal. Con esto hemos completado la definición del Derecho como delimitación del mismo frente a todo lo demás, con la averiguación de lo que él es específicamente, es decir, con su sentido propio o sea su motivación radical en la vida humana, en la cual se da y para la cual se da. Se trata pues, de su esencial finalidad funcional.

No se crea que con incluir, en la determinación de la esencia de lo jurídico, su finalidad funcional se ha mutilado la universalidad del concepto. Algunas escuelas contemporáneas de Filosofía del Derecho habían sostenido que dentro del concepto universal de lo jurídico no podía entrar ninguna idea de finalidad; pues se decía que de incluir una idea de finalidad, como quiera que los fines son siempre particulares, propios de una determinada comunidad o momento, o propios de una doctrina valorativa, resultaría que ya no obtendríamos un concepto absolutamente universal, sino tan sólo el concepto de determinados ordenamientos históricos, o de determinado criterio estimativo; y, entonces, ese concepto ya no podría aplicarse a todos los Derechos que en el mundo han sido, son y serán. Pero este argumento en nada afecta a la doctrina que acabamos de exponer, pues, efectivamente, la inclusión de la referencia a un fin concreto invalidaría la universalidad del concepto, su pretendida esencialidad; pero aquí no incluimos ninguna idea de fin concreto (contenido del Derecho), sino una idea de finalidad funcional, una idea directriz, la cual es por entero formal, plenamente universal. Lo que varía, en la historia y en las diversas doctrinas filosóficas y políticas, son los fines asegurados, pero, en cambio, es magnitud constante de todo Derecho el que su función consiste en asegurar aquellas condiciones o fines que la sociedad reputa de indispensable realización. Por eso es que incluimos en esta obra, en este último capítulo, como uno de los "límites" al Poder del Estado (en lo concerniente a la Política y al Derecho en su creación, interpretación y aplicación), el valor *Seguridad Jurídica*, por tratarse de uno de aquellos valores universales, que son inmanentes a "lo jurídico". No hacemos ninguna alusión de contenido del Derecho o de idea de fin concreta, sino de lo característico de la Seguridad Jurídica en el Derecho. La Seguridad Jurídica no puede desprenderse del Derecho, porque es inmanente a él.

La seguridad puede establecerse respecto de los contenidos más dispares –como nos muestra la historia del Derecho–; pero, donde quiera que haya Derecho, lo reconocemos por constituir una función aseguradora de que una determinada conducta, independientemente de la voluntad hostil que puede hallar, será impuesta y realizada, y de que los comportamientos contrarios serán hechos efectivamente imposibles.

No puede reinar la Justicia en una sociedad en que no haya un orden cierto y seguro; no puede reinar la dignidad y la libertad en una sociedad en anarquía; no puede fomentarse el bien común en una colectividad en la que no haya una regulación cierta y segura. Todos estos valores superiores del Derecho deben cumplirse precisamente en el Derecho; pero no hay Derecho donde no hay orden cierto y seguridad. Es verdad que no

basta con crear un orden cierto y seguro, pues éste debe ser, además, bueno, justo, etc. Pero no puede haber Justicia cuando no hay seguridad. Por lo tanto, sí puede darse el caso de que exista un Derecho –orden de certeza y con seguridad impuesta inexorablemente– que no sea justo; pero no cabe que en la sociedad haya Justicia sin Seguridad Jurídica.

Ahora bien, el tema importante para la Estimativa Jurídica (Axiología) es determinar lo que debe establecerse como orden cierto y seguro. Y claro es que, lo que primordialmente importa es asegurar el respeto a la dignidad de la persona y a su autonomía individual, para que pueda cumplir su auténtico destino propio. Y entonces la seguridad, que por sí sola se presenta como un puro orden formal, cobra plenitud de sentido y se llena del más alto contenido valioso cuando protege estos fines teleológicos. Necesita el hombre de certeza y seguridad en las relaciones colectivas para desocupar su atención de una serie de problemas perentorios y, de ese modo, avocarse al cumplimiento de su propio destino; necesita el hombre sustraerse al azoramiento que producen los peligros del desorden y a la agobiante preocupación de las urgencias más elementales, para disfrutar en algún momento de holgura en que pueda realizar su misión o fin en la vida a la que está llamado a realizar en sociedad, pequeña o grande, pero es una tarea personal, única e inalienable.

De aquí que la seguridad se presente como un gran bien cuando es puesta al servicio de estos supremos valores de la individualidad. Por eso también, al contrario, cuando el Derecho –que es seguridad– trata de absorber con su regulación las zonas más entrañables de mi ser, y de desindividualizarlo, rebajándolo a nada, representa algo abominable y monstruoso. La mecanización que impone el Derecho, tiene sentido y justificación cuando se limita a las zonas puramente externas de la convivencia y de la solidaridad, porque gracias a ello, el hombre se sustrae al agobio del peligro y de las preocupaciones; y puede conquistar su más íntima libertad, para el cumplimiento de su propia e intransferible obra individual. Pero, si por el contrario, la regulación jurídica pretendiese regular positiva y taxativamente la entraña de la personalidad, entonces realizaría la más degradante y devastadora de las tareas. *Degradante*, porque esto significa un proceso de deshumanización, de apartarse de lo humano para recaer en la bestialidad. *Devastadora*, porque, con esa labor, se trunca la única fuente primaria y auténticamente creadora, que es la individualidad.

Hemos explicado el concepto y las características generales de la Seguridad Jurídica, pero es más importante aun, creo, haber hincapié en que el legislador debe, al crear Derecho positivo público y privado, por Seguridad Jurídica, introducir en la norma misma las cuestiones relativas a la *formas de las sanciones* y de las *formas en que el Estado ejercerá la coercibilidad*, para el caso de incumplimiento por parte de los destinatarios de ese Derecho.

Esto nos lleva al punto de afirmar que la Seguridad Jurídica exige a la vida legislativa el tomar las medidas necesarias para sancionar a los infractores, en forma tal que vaya acorde a los dictados axiológicos (justa, proporcional y equitativamente). La sanción a la infracción legal, deberá estar bien determinada en la norma misma, de tal suerte que no quede duda alguna de las penas en que pueda incurrir el infractor. Esto es, la consecuencia con la que el Estado reaccione frente a los infractores de la ley, deberá estar

bien determinada y deberá ser racionalmente justa, acorde a diversos factores: las características de la conducta del infractor, las circunstancias que rodearon el entorno o ambiente externo, la dificultad o facilidad con que pueda repararse el daño hecho por ese incumplimiento; la intención del infractor; el valor de la obligación que proteja la norma misma, etc., etc.

Lo mismo diremos en torno a la coercibilidad del Estado, esto es, la forma en que el Estado deberá hacer cumplir la ley que sea quebrantada. El legislador deberá tomar en concienzuda consideración y cuidado, las formas y circunstancias en que el Estado pueda utilizar la fuerza pública, y plasmar esto claramente en la misma norma que va a crear. Esto puede ser logrado con eficacia y justicia, si el legislador tiene cuidado de crear la ley con un sistema, un método racional, es decir utilizando la Técnica Jurídica.

El legislador debe hacer una previa deliberación -profundamente racional- de su obra, a fin de que, al crear Derecho, no atropelle esos valores supremos humanos universales, que son su fuente inmediata y su fin último; deberá poner especial cuidado al contenido de tal Derecho, porque en el preciso instante de que inicie su vigencia, adquirirá -por la seguridad jurídica que va implícita en el nacimiento en sí del Derecho- **positividad** y **obligatoriedad**, elementos ambos que tienen relación muy estrecha con la *eficacia* y el *cumplimiento*, y que están plenamente garantizados, externamente, por la fuerza del más alto poder heterónimo social, el Estado.²⁹²

VII. 7.- Límite: La Norma Fundamental Interna.

El Derecho es un principio que, lejos de ser un simple producto de la voluntad humana, es una ley inherente a las relaciones esenciales de la vida, constituidas por las leyes de desarrollo del hombre y de la sociedad, y por todas las fuerzas físicas y morales que obran en la vida. *"Estas relaciones y sus leyes -dice Ahrens- deben investigarse por la razón y hacerse, como principios o ideas del Derecho, las guías para la voluntad de los hombres. La concepción del Derecho como ley interna de las cosas se encuentra en la Antigüedad como en los tiempos modernos. Cicerón decía, con Platón y los estoicos, que el Derecho debe deducirse de la naturaleza íntima del hombre; que la ley es un principio innato en la naturaleza de las cosas y la fuerza misma de esa naturaleza"*.²⁹³

En efecto, la ley del Derecho reside, como una fuerza interna, en la naturaleza humana, y obra y se desenvuelve en la vida social, antes de ser reconocida socialmente. Sucede en el orden moral como en el orden físico, en el que la ley de atracción (de la masa, de la materia) existía y regía las atracciones de los cuerpos antes de que ella hubiera sido descubierta por Isaac Newton y determinada por la ciencia. Por eso decía con razón Montesquieu que *"...las leyes, en su significación más lato, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas"*²⁹⁴. Pero sucede con la idea del Derecho lo mismo que con la del alma humana y la de todo principio ideal que, para manifestarse en el mundo, debe revestirse de un cuerpo, de un conjunto de funciones y de órganos necesarios para la existencia real-material.

²⁹² "Vida Humana, Sociedad y Derecho", pp. 224-228.

²⁹³ Ahrens, Heinrich, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", pp. 151.

²⁹⁴ Citado por Ahrens, Heinrich, obra citada, p. 151.

Maistre, Bonald, Adem, Müller y otros representantes de la Escuela Histórica, concibieron el Derecho como independiente de lo arbitrario o de la voluntad individual. Ellos hicieron comprender, bajo el punto de vista práctico, la distinción importante que la filosofía había establecido entre el Derecho y la ley; pero, en lugar de buscar el origen del Derecho en los principios eternos racionales superiores, que constituyen la naturaleza del hombre, buscaron el origen en las tendencias instructivas inferiores. Reanimaron el estudio de las leyes y de las Constituciones del pasado e hicieron notar cómo la vida presente tiene siempre sus raíces en la vida anterior, en las costumbres que las generaciones se transmiten, y que es peligroso atropellar las reglas abstractas por reformas normativas que rompen la ley de continuidad.

El orden social no es la obra arbitraria, convencional o momentánea de los hombres, sino el producto de la evolución lenta, sucesiva e histórica de las costumbres de un pueblo; es el resultado de un concurso de condiciones independientes de la voluntad de los hombres en lo individual. El Derecho debe comprenderse, no como un principio siempre idéntico para todos los pueblos y para todas las épocas de cultura, sino como un principio histórico a merced de las costumbres y de las condiciones de desarrollo de un pueblo. El origen del Derecho se coloca así, no ya en la razón individual, sino en la conciencia colectiva social (nacional y mundial), tal como ella se muestra sucesivamente en la Historia.

Pero la Escuela Histórica cayó en el extremo, rechazando todo principio absoluto de Justicia y sosteniendo que el Derecho cambia sin cesar con la diferencia de cultura y las costumbres de un pueblo. En lugar de fundar sus investigaciones filosóficas sobre la idea eterna y universal de Justicia, no quiso admitir más que deducciones históricas del Derecho. Pero como los pueblos, del mismo modo que los individuos, no son seres orgánicos que crecen fatal o indefectiblemente, sino que están sometidos al error y son capaces de obrar mal, de ahí que la vida de todo pueblo presente, en el cuadro de su desarrollo, ciertas instituciones malas e injustas que es preciso corregir con el tiempo.

El Estado es una forma organizada de vida cuya constitución se caracteriza, no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino, además, por la conducta no normada, aunque sí normalizada. La normalidad (perteneciente al mundo del ser) de una conducta consiste en su concordancia con una regla de previsión, basada sobre la observación de lo que sucede por término medio en determinados períodos en el tiempo. Todas las ordenaciones sociales que tienen validez real, consisten en ciertas esperanzas de los miembros basadas en el siguiente principio: por el hecho de que tal hombre o grupo, en determinadas circunstancias, de manera constante y por lo regular se haya comportado de tal modo, se confía y se cuenta con que, a pesar de las excepciones que pueda tener la regla, se comportarán también así, bajo las mismas circunstancias en el futuro. La convivencia humana, y con mayor razón las cooperaciones de los hombres, son totalmente imposibles sin la aplicación consciente o inconsciente de esta regla de previsión.²⁹⁵

Todas las cualidades que atribuimos a individuos o grupos se refieren a tales criterios de cálculo en los que se expresa una conducta normal con la que creemos poder contar

²⁹⁵ Heller, Hermann, "Teoría del Estado", pp. 269-270.

por parte de los hombres a quienes se refiere. Valiéndonos de esta elaboración de tipos por la que se distinguen, por ejemplo, las cualidades del hombre económico y las del político, las del mexicano y las del norteamericano, del trabajador y del empresario, del conservador y del revolucionario, etc., formulamos determinadas probabilidades cuya realización esperamos, y en virtud de las cuales se hace posible un obrar ordenado. (Spranger)

Sin que sea preciso que los hombres tengan conciencia de ello, las motivaciones naturales comunes como la tierra, la sangre, el contagio psíquico, la imitación, además de la comunidad de Historia, de cultura y de folklore, originan de modo constante y por lo regular, una *normalidad* puramente empírica de la conducta, que constituye la infraestructura *no normada* de la constitución (y "Constitución" -como norma positiva suprema-) de los diversos Estados. Lo que Schindler llama *ambiente*, el medio cultural y natural, las normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, económicas y sociales, así como las normatividades no jurídicas, aquella parte del mundo circundante, con la cual o frente a la cual la Constitución *normada jurídicamente* debe formar un todo, es lo que, en primer término, determina su contenido y su individualidad.²⁹⁶

Ni los individuos ni las asambleas deben obrar, creyendo que depende tan sólo de su voluntad establecer el Derecho privado o público de un país. Es verdad que el Derecho, como todo principio que se dirige a la voluntad humana, permite cierta latitud en la aplicación, en el sentido de que ciertos errores o desviaciones de la libertad pueden también ser rectificadas por la propia libertad. Pero cuando los principios, en materia de Derecho, son viciosos o no apropiados al grado de cultura, al estado moral de un pueblo, el orden social se perturba, las relaciones se pervierten, y la consecuencia de todo esto serán crisis más o menos violentas. Si una Constitución jurídico-política no está en armonía con el estado intelectual, moral y material de un país, con sus relaciones interiores y exteriores, se producirán necesariamente perturbaciones que pondrán de manifiesto a la vez el malestar y el instinto de conservación del cuerpo social.

Para evitar errores y poner a la sociedad a salvo de fatales conmociones, es preciso tener en cuenta, no sólo lo que es bueno en general, sino también lo que es bueno atendiendo al estado de adelanto sociológico, científico, histórico y cultural de una nación. Es preciso consultar las costumbres que expresan el grado en que un pueblo ha asimilado el bien, y que se forman y se reforman de la misma manera que los hábitos en el hombre individual.

El Derecho, que es ese conjunto de condiciones bajo las que puede realizarse el bien del pueblo, exige ante todo la continuidad en el desenvolvimiento, de manera que, por una parte, las reformas legales se efectúen realmente cuando lo reclama el progreso de las

²⁹⁶ Debemos resaltar la importancia de que el contenido de un ordenamiento legal emane acorde a la normalidad, o sea acorde a los hechos que se dan en la vida de la sociedad a quien regirá dicho ordenamiento (mundo del ser). Incluso, la propia doctrina jurídica considera como fuentes del Derecho tres: a) Fuentes formales, que son los procesos de creación de las normas jurídicas: en las que encontramos el proceso legislativo (para la creación de la ley), la Doctrina, la Jurisprudencia, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho; b) Fuentes reales o materiales, que son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas; todo aquello que ocurre en la realidad y que el Derecho lo considera para la creación de normas; c) Fuentes históricas, son los documentos (como papiros, inscripciones, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.

García Maynez, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", pp. 51-77.

costumbres. La historia, las tradiciones, la moral, los usos y las costumbres, deben ser tomadas en concienzuda consideración en las instituciones del Derecho.

La voluntad apasionada de las mayorías o de las minorías puede muy bien imponerles silencio durante algún tiempo; pero ese poder que brota de las fuentes más íntimas de la vida nacional, es más fuerte y tenaz que todas las pasiones. Al crear el Derecho Privado y Público es preciso estudiar estas relaciones, para establecer leyes adecuadas, justas, capaces de producir el bien y de abrir vías a un progreso seguro y continuo.

VII. 8.- Límite: La naturaleza de la Persona Humana: su Dignidad y su Libertad.

El pensamiento de la *dignidad* consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, o lo que es igual -diciéndolo en una expresión negativa, la cual tal vez resulta más clara-, el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios. Aunque esta formulación evoca unas palabras de Kant, ella no está de ninguna manera ligada necesariamente a la doctrina de este filósofo; porque Kant, al definir la dignidad del hombre no expresó una peculiaridad de su sistema, sino que, al sostener que el hombre es un fin en sí mismo, "un auto fin", con ello presentó de modo claro y conciso una idea que estaba generalmente aceptada desde muchos siglos atrás, una idea que aparece en el Viejo Testamento y que adquiere máximo relieve y posición central en el mensaje cristiano del Evangelio.

Dice el Viejo Testamento que "... el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios"²⁹⁷. Al mismo tiempo aparece la idea de la igualdad de todos los hombres en cuanto a dignidad. Todos los seres humanos, viejos o jóvenes, varones o mujeres, libres o siervos, deben ser tratados igualmente como hijos de Dios, creados a la imagen y semejanza de Este. Tal doctrina aparece todavía más profundizada y vigorizada en el Nuevo Testamento, donde obtiene su máximo alcance, en virtud de la fe en Jesucristo como Redentor de todos los hombres y de todos los pueblos. En Jesucristo tiene la humanidad su origen común, así como tiene su destino común. Para quien cree en Jesucristo no hay "...ni judíos ni griegos, ni esclavos ni libres, ni hombres ni mujeres...", sino que en la fe, todos son lo mismo, identificados con Cristo, en el cual se hizo manifiesto el verdadero Ser de Dios juntamente con el verdadero ser del hombre.

Esa idea de la dignidad es peculiarmente característica de la cultura cristiana; pero no únicamente exclusiva de ella. Esta idea había aparecido en el antiguo pensamiento chino, en el cual se declaraba que lo que más importa es el hombre. F. Schiller²⁹⁸, en su obra "*De la Gracia y la Dignidad*", dice que "... el dominio de los instintos mediante la fuerza moral es la libertad del espíritu, y la expresión de la libertad del espíritu en el fenómeno se llama 'Dignidad'...". También hallamos la idea de la dignidad humana, aunque frustrada en cuanto a sus consecuencias de libertad igual para todos, en el enfoque del hombre por la filosofía de la Grecia clásica. En efecto, los antiguos Griegos, al subrayar la primacía de la razón, abrieron una vía para la ética del humanismo, bien que

²⁹⁷ Citado por Recasens Siches, Luis, en su "*Tratado General de Filosofía del Derecho*", p. 550.

²⁹⁸ Citado por Abbagnano, Nicola, en su "*Diccionario de Filosofía*", p. 329.

después no supieran desenvolverla en su filosofía jurídico-política. Esta vía consistía en reconocer que el hombre no es una cosa ciegamente subordinada a fines o poderes extraños, sino que, por el contrario, constituye el ser que mediante el ejercicio de su razón natural puede lograr la meta de una vida buena. Ciertamente que el hombre puede vivir embrutecido, esclavizado por la pasión animal, y subordinado a la materia; pero puede también, y debe, vivir de un modo divino, en tanto que satisfaga las demandas naturales de su alma, guiándose por la razón. La carreta de su alma va tirada por todas las fuerzas de su intrincada naturaleza, pero la razón triunfadora es el conductor que mantiene a raya a las bestias encabritadas. El hombre es una criatura que se singulariza por su mente racional, gracias a la que es capaz de un conocimiento de las verdades más altas. Esto confiere al hombre su dignidad propia, y lo hace notoriamente superior a todos los demás seres vivos de la Tierra.

Sin embargo, a pesar de estas ideas, que llevan hacia el reconocimiento de la dignidad del hombre, las grandes filosofías de la Grecia clásica -Platón y Aristóteles- no llegaron ni remotamente a formular este principio con dimensión universal, pues sostenían que había algunos hombres, los cuales no sólo no tienen derechos iguales, sino que no tienen ningún derecho en absoluto; los esclavos. La igual dignidad y los iguales derechos estaban reservados tan sólo a los helenos libres, y aun entre ellos, en plenitud únicamente a los varones de igual rango. Según Aristóteles, el trato desigual de los esclavos, las mujeres y los niños estaba justificado, porque se puede afirmar, en términos generales, que las mujeres y niños tienen una menor participación en la razón que los hombres; y porque los esclavos carecen absolutamente de toda participación en la razón.

En la Antigüedad clásica, sólo la filosofía estoica, sobre todo en sus desenvolvimientos romanos -Epitecto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio-, formó una idea universal de la humanidad, es decir, de la *igualdad esencial* de todos los hombres en cuanto a la dignidad que corresponde a cada uno.

Fue con el cristianismo, que la idea de la dignidad de la persona individual adquirió su máximo relieve y su posición central. El hombre (todos los hombres sin excepción) han sido creados por Dios como hijos suyos, para que, después de haber cumplido en el orden moral en esta tierra, puedan obtener la bienaventuranza eterna en la otra vida; y todos los hombres, sin excepción, participan en el beneficio de la Redención. Pero esta misma idea religiosa tiene su transcripción o su versión o su "análogon" en el campo filosófico. En el fondo, lo que Kant hizo al establecer su formulación de la dignidad, fue dar una expresión filosófica a este pensamiento cristiano.

El pensamiento de la Edad Media contribuyó a subrayar y conceder un máximo vigor a la idea cristiana de la dignidad de la persona individual, al recalcar con vigor superlativo que el hombre es el centro y el fin de toda la cultura. Aquella expresión kantiana de que *"...en este mundo todas las cosas tienen un precio -es decir, un valor relativo e instrumental-, excepto el hombre, quien no tiene precio porque tiene dignidad"* (porque constituye un fin en sí mismo, esto es, porque es el abstracto para realización de un valor absoluto, el moral), vino a recoger a la vez el sentido cristiano de la vida y el espíritu de la cultura moderna. Todas las elaboraciones puramente filosóficas no habrían sido posibles, sin haber contado previamente con la idea cristiana de la dignidad de la persona humana, pues estuvieron

dirigidas -en el fondo-, por el propósito de hallar argumentos para justificar la verdad proclamada por el Cristianismo, la cual rebasó los confines de la religión para convertirse en un postulado básico de la cultura occidental.

En definitiva, se trata de la aplicación al mundo del Derecho de los principios éticos de la Biblia: "Así que, todas las cosas que quisierais que los hombres hiciesen con vosotros, así también haced vosotros con ellos, porque esta es la ley" (Evangelio de San Mateo VII, 12.) "Y como queréis que os hagan los hombres, así hacedles también vosotros". (Evangelio de San Lucas, VI, 31.)²⁹⁹

De la dignidad del hombre se desprende la esencialidad de sus derechos humanos (subjetivos) como el derecho a la vida, a la salud, a la propiedad, a la libertad, etc., etc.

Nos dice Ahrens que "El Derecho tiene su base en la necesidad del desarrollo del hombre que, teniendo la conciencia de sí mismo, y, siendo por la facultad divina de la razón fin en sí mismo, es una **persona**, y como tal, sujeto del Derecho. Esta verdad tan sencilla, desconocida en la Antigüedad, que el hombre como tal es sujeto del Derecho, ha sido la consecuencia práctica del Cristianismo que, poniendo en claro el principio eterno del hombre, el alma inmortal, y haciendo a todos los hombres iguales ante Dios, debía traer también su igualdad de Derecho"³⁰⁰. El progreso moral y social tiende cada vez más a hacer que se consagre el respeto de la persona humana y que desaparezcan las leyes y las instituciones que hacen de la persona (fin en sí misma), un medio.

El hombre y su perfeccionamiento son el fin a que deben tender todas las instituciones y, por consiguiente, todas las relaciones deben hallar su regla y medida en el fin armónico de la vida humana. **El hombre es el fin**; todo lo demás es sólo un medio para su cultura. Tal es la verdad que importa comprender bien y hacer valer en la vida práctica. Es verdad que la historia presenta todavía, bajo múltiples aspectos, lo inverso de la concepción. Vemos al hombre por todas partes sujeto por medio de instituciones y relaciones que se han ingeniado en construir la pasión de dominar; le vemos absorbido en la casta, en la ciudad, en el Estado, en la corporación, como siervo, sujeto a la tierra y a la máquina. No obstante, en los tiempos modernos se comprende al hombre cada vez mejor en toda su naturaleza, en su dignidad superior. La concepción de Dios, superior al mundo creado por El, realzó al hombre sobre las instituciones, le comunicó la conciencia de su causalidad y le constituyó como el fin último del orden social.

La cualidad general del hombre que abraza todas las demás y constituye su unidad, es su cualidad de "**persona**". La personalidad humana consiste, en la unión de dos elementos distintos: el uno en absoluto y divino que se manifiesta en la razón; el otro contingente y finito, que se revela en la individualidad. La razón, elevando al hombre sobre su individualidad, abre a su inteligencia el mundo de los principios, de las leyes, de las ideas eternas del bien y de la verdad, ensancha y ennoblece sus sentimientos y señala fines generales a su voluntad. Es la razón la que da al hombre la conciencia de sí mismo como sujeto y como objeto, y le hace juzgar sus actos y su vida toda en conformidad con las

²⁹⁹ Citado por Recasens Siches, Luis, "Tratado General de Filosofía del Derecho". Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1991. pp. 550-551.

³⁰⁰ Ahrens, Heinrich, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho". p. 159.

leyes racionales. La misma libertad es un producto de la unión de la razón con el principio individual de la voluntad.

La razón es impersonal en su origen: Dios, fuerza y luz común de todos los hombres, se une con el elemento finito y sensible en el hombre, se hace por eso personal, entra en las condiciones de existencia del ser finito. El alma humana entra al cuerpo humano. Puede obscurecerse y debilitarse; pero sigue siendo siempre la fuerza por la que el hombre puede ser conducido al origen supremo de toda vida y de toda verdad. La persona humana tiene un carácter absoluto y sagrado, en razón del principio divino que mantiene al hombre sobre todas las condiciones del tiempo y del espacio, y nunca le deja perderse completamente. Por mucho que haya equivocado el camino del bien y de lo moral en el sendero de la vida, el hombre sigue siendo hombre, y debe ser considerado y respetado como tal en todas las situaciones de la vida. Por profunda que pueda ser su caída moral, conserva fuerza para levantarse de nuevo.

La razón pide, en general, que su ley reine, que el hombre se determine a sí mismo en sus acciones. La determinación propia, la autonomía, es un efecto del carácter racional y moral del hombre. Y en esto consiste la libertad. La voluntad no es libre, sino cuando no está determinada por impresiones que la despojan de su espontaneidad de acción.

Pero hay dos especies de impresiones para la voluntad: los impulsos o las pasiones interiores y las funciones exteriores. Las unas y las otras están en contradicción con el principio de la ley racional. Es necesario, pues, que la libertad exista para el hombre bajo las dos especies: como *libertad interna* y como *libertad externa*. La primera consiste en el imperio que cada uno adquiere sobre las propias pasiones, y las leyes que a ella se refieren forman el dominio de la legislación moral. La libertad externa exige que las fuerzas exteriores provenientes, no de la naturaleza, pero sí de los hombres, sean dominadas por una legislación externa que asegure, de afuera, la libertad; este es el campo de dominio del Derecho.

El objeto y fin de la moral y del Derecho son, en este sentido, los mismos. Es la libertad racional la que debe ser mantenida moralmente por cada hombre, prevaleciéndose del poder que ejerce sobre sus inclinaciones, por la fuerza interna de sí mismo; y, jurídicamente, por un poder externo que reprima los ataques inferidos a la libertad por las acciones externas. A este efecto, es necesario que la ley o el mismo poder jurídico externo esté revestido de una fuerza coercitiva, para que pueda, en caso de necesidad, dominar y contener las fuerzas individuales. Son necesarias en el mundo externo, a favor de la libertad, restricciones a la voluntad: la voluntad de cada uno debe ser limitada de tal suerte que pueda coexistir con la voluntad de todos. Villkür definió el Derecho concerniente a la libertad exterior como el conjunto de condiciones bajo las que la voluntad de cada uno puede coexistir con la voluntad de todos, de acuerdo con un principio general de libertad. Tal Derecho no tiene aquí más que una acción negativa, la de impedir las agresiones, los ataques por parte de otro, de garantizar a cada uno una esfera exterior en la que pueda obrar libremente. No es una regla que el hombre consulte en sus acciones; es sólo un principio de restricción. La ley jurídica se distingue también de la ley moral en que ésta manda hacer, y la otra, no hacer. El Derecho no tiene, respecto de la libertad moral, otro objeto que el de mantenerla a salvo de toda fuerza exterior. De allí resulta también que la

libertad es el derecho primitivo fundamental que contiene todos los otros; la "igualdad" no es más que la libertad garantizada de una manera idéntica a todos.

El principio del Derecho se deduce, no de una ficción o de una hipótesis histórica, sino de la naturaleza racional del hombre, tal como se revela en la libertad.

La persona humana no debe ser absorbida en una comunidad social, bajo cualquier forma que se presente, porque la personalidad, constituida por un principio divino, es superior a todos los géneros de sociabilidad más o menos transitoria, y debe ser concebida como el fin, en tanto que la sociedad no es más que un medio que por la ayuda o la asistencia facilita el cumplimiento de todos los fines humanos. Siendo la personalidad el fundamento de toda asociación, la primera función de la sociedad debe consistir en hacer respetar la personalidad en sí misma y en su dominio de actividad propia. El hombre no es un producto de la sociedad o del Estado, sino su causa y su fin inmediatos. El orden social no debe absorber al hombre, sino protegerle y ayudarle en su propia actividad.

Es de la mayor importancia que esta verdad tan sencilla, pero tan a menudo olvidada por los gobiernos y la misma sociedad, movidos generalmente por ideas de dominación, penetre en la vida práctica.

Y Leclercq nos dice que *"...el principio general es que la vida social debe asegurar a todos los hombres, en virtud del principio de igualdad, el máximo de libertad, en el sentido del uso de la libertad. El progreso humano estriba esencialmente en que los medios de acción del hombre aumentan sin cesar; en que el hombre puede cada vez más elegir y orientar su vida de acuerdo con sus aspiraciones"* ³⁰¹.

La igualdad exige que este progreso esté a disposición de todos los hombres en las mismas condiciones, pues todos tienen el mismo derecho a beneficiarse de él.

El Congreso Constituyente y Congreso de la Unión, para echar los fundamentos de la verdadera libertad, debe principiar por asegurar a cada persona individual y persona moral una esfera de acción, en la que pueda moverse a su gusto, perseguir su fin de la manera que mejor le corresponda, impidiendo solamente las usurpaciones que pudiera ejercer sobre otras.

El límite entre lo que toca a una esfera particular por su derecho propio y lo que deba atribuirse a un poder central para el fin de la garantía y vigilancia, no se deja determinar fácilmente, y se halla también sometido a las variaciones que resultan de los diversos caracteres y grados de cultura de los pueblos; pero en general, el círculo de acción de cada personalidad está trazado por su fin especial y por las fuerzas y facultades que lo realizan.

Pero la libertad se ha transformado cada vez más, en la vida diaria del hombre, en voluntad puramente arbitraria, que ha llegado a ser hueca, vacía de todo sentido sustancial, que se agita por agitarse, para quebrantar, sin dirigirse a los fines racionales que

³⁰¹ Leclercq, Jacques, "El Derecho y la Sociedad: sus fundamentos", (Título original: "Leçons de Droit Naturel"), Biblioteca Herder, Sección de Ciencias Sociales, Barcelona, España, 1965, Volumen 54, p. 155-156.

forman la regla y el límite. Este extravío de la libertad tiene su causa principal en que la inteligencia de los bienes más elevados de la vida ha llegado a obscurecerse por las tendencias materialistas de nuestra época y en que la libertad, en lugar de comprenderse como una fuerza positiva que se manifiesta en la prosecución de todos los fines dignos del hombre, aparece como una fuerza de negación, como una emancipación de todas las reglas y de todos los fines superiores de la vida.

Vivimos en uno de los momentos más críticos de la evolución de la libertad. Todos los esfuerzos de la ciencia y de todas las organizaciones prácticas deben tender a lograr que la libertad subjetiva sea comprendida y regulada dentro de las verdaderas y justas relaciones con el orden objetivo-divino de toda verdad y de todo bien.

Aunque la libertad sea el instrumento esencial en la realización de todo orden de cultura, no debe creerse que la voluntad libre del hombre sea el origen y la fuerza creadora del orden subjetivo de los bienes. Lejos de ser el creador, el hombre tiene solamente la misión de examinar sus principios por la ciencia y de formar con ella toda la obra legislativa, comprendiendo la necesidad moral de subordinar su voluntad a los principios divinos de la vida.

La libertad consiste en la facultad del hombre, no sólo de escoger, dentro de la perspectiva del horizonte finito o infinito de los diferentes bienes, el que se acomoda mejor a una situación dada; sino que, también, de oponer la razón, como una potencia superior distinta, a todos los impulsos de los sentidos, de las pasiones y de los intereses egoístas, para someterlos a los principios de la verdad, el bien y la Justicia.

El individuo generalmente tiene una actitud negativa que lo lleva a concebir todo el cosmos social y natural desde su propio punto de vista. En lugar de concebirse como un órgano o miembro de la sociedad, cada uno está tentado a considerarse como el centro y el fin hacia donde debe encaminarse toda la actividad social. El individuo, dominado por este punto de vista, desconoce los vínculos que le unen al orden social; lejos de considerarlos como condiciones esenciales de la existencia de la sociedad, los considera como "impuestos" a su libertad. Todo poder a sus ojos es un mal, acaso inevitable, pero que es necesario aminorar en cuanto se pueda. Cuando el hombre hace de esa manera que todo converja hacia él, se aísla del verdadero centro, se separa de las leyes de orden y de humanidad a las que debe subordinar su acción, y su libertad misma toma un carácter abstracto. Así, no es la libertad que se amolda a las leyes del orden social –como debe ser– sino una libertad cuya individualidad, concentrándose en sí misma, es el principio y el fin.

Este concepto de libertad individualista y abstracta es el que predomina en las sociedades actuales. No obstante, se empieza a comprender sus inconvenientes y a sentir la necesidad de una organización en la que se armonice mejor la libertad personal con el derecho de todos.

Y esta libertad, a la que Ahrens llama "orgánica" o "armónica"³⁰², se establecerá cuando se comprenda, por un lado, que la sociedad no es una agregación de

³⁰² Ahrens, Heinrich, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho". Sexta Edición. Traducido por D. Pedro Rodríguez Hortalano y D. Mariano Ricardo de Asensí. Madrid, España. 1876. pp. 306.

individualidades sometida a los dictados de las voluntades arbitrarias, sino un todo orgánico en que el movimiento de los miembros es tanto más fácil, cuanto los órganos centrales y los diversos poderes están más frecuentemente constituidos; y cuando, por otro, se haya adquirido una conciencia más clara del conjunto de los fines que están señalados a todos los hombres, por la razón, y que deben cumplir, por medio de la libertad, en la vida social. La libertad armónica debe librar a la sociedad de los excesos y que tras sí lleva la libertad absoluta, y subordinar la emulación y la congruencia, sin excluirlas, a los principios generales que rigen la organización de la actividad humana digna.

Reina hoy el formalismo en la manera de concebir y de practicar la libertad: se pide la libertad para la libertad, como fin en sí misma. Se cree que el espíritu hará de ella, naturalmente, un uso justo; pero la libertad no es más que un poder y una posibilidad de llegar a todos los bienes de la cultura; no es en sí misma esta cultura, es el camino que conduce a ella por razón de los fines que se propone alcanzar. De ahí los abusos que se cometen "en nombre de la libertad": se ha pedido la libertad religiosa para separar a la sociedad de toda creencia en Dios; se ha pedido la libertad de instrucción para no instruirse o para propagar doctrinas dirigidas contra la moral, la familia y el Estado; y la libertad política se ha hecho, las más de las veces, por sus agitaciones en el vacío, causa de grave temor y medio de trastorno.

La libertad debe ejercerse responsablemente, esto es, oponiendo la razón a toda acción y omisión. Debe concebirse como la administración racional de todos nuestros actos en cantidad y calidad, y tomando siempre en consideración los límites en las capacidades del hombre en las categorías de tiempo y espacio.

La aspiración a la libertad, sólo puede comprenderse de modo cabal sobre el fondo de la evolución total del espíritu cristiano occidental. Hay que estimar de manera superficial esa concepción tan extendida de que las ideas de libertad e igualdad nacieron con la Revolución Francesa (ideas que, por cierto, van camino a ser enterradas definitivamente en nuestros días). Por el contrario, las raíces de este ideal social llegan ininterrumpidamente desde la Antigüedad y se hincan hondamente en la conciencia europea, a través de la historia de la Iglesia Católica.

Al Cristianismo estaba reservada la misión de regenerar al hombre (por consiguiente a la sociedad, como consecuencia del perfeccionamiento individual moral) y de fundar la libertad humana. Cristo, que pronunció estas palabras profundas: "**La verdad os hará libres**", sembró en el mundo la verdad que debería destruir el paganismo y dar principio a una era de perfeccionamiento definitivo y eterno. El Cristianismo, apoderándose del hombre en la intimidad y en la totalidad de su ser, y refiriéndolo a Dios, origen de toda existencia y Providencia del mundo, santificó la personalidad humana y propagó las ideas religiosas y morales que deben dar a la libertad su base más sólida y su vuelo más extenso.

El Cristianismo contribuyó también al pensamiento económico antiguo con ideas de cierta significación revolucionaria, al mismo tiempo que fortaleció e implantó otras enseñanzas como la igualdad de los hombres y la alta jerarquía del trabajo, al condenar la esclavitud y el sistema de castas como un sistema antinatural.

Isaías había escrito: "El mesías vendrá a predicar buenas nuevas a los abatidos, a vendar a los quebrantados de corazón, a publicar libertad a los cautivos y a los presos apertura de la cárcel", y Jesús después de repetir estas palabras en la Sinagoga de Nazaret, añadió: "Hoy se ha cumplido esta escritura en vuestros oídos..."³⁰³. De este pasaje y de otros de los Evangelios se desprende que Jesús estaba seguro de que su misión era la de emancipar a los pobres y a los oprimidos, y como los profetas del Antiguo Testamento, lanzó sus anatemas contra los explotadores del débil y contra quienes acumulaban riquezas. Sin embargo, existe una gran diferencia entre las prédicas de los profetas y las enseñanzas de Jesús; éste llegó a considerar las tradiciones, pero sus ojos estuvieron en las nuevas normas de conducta social y aconsejó la transformación de ellas por los altos sentimientos de Justicia y de amor al prójimo. Además sus enseñanzas son más universales, puesto que se dirigieron a todos los hombres sin distinción de raza o de lengua; condenaron la eliminación de los abusos individuales y sostuvieron el cambio total de la conducta del hombre en sociedad.

Los filósofos griegos fundaron sus doctrinas sobre la aversión al desarrollo del comercio y al avance de la democracia, así como sus ataques en contra de la acumulación de las riquezas, en propósitos reaccionarios y conservadores como eran los de mantener la situación privilegiada de las clases gobernantes, dentro de una vida económica restringida. Cristo, por el contrario, al combatir la riqueza lo hizo con el propósito de cambiar las relaciones humanas y al referirse a la *felicidad del hombre* pretendía abarcar en ella a todo el género humano. De esta manera Cristo no sólo dignificó a toda clase de trabajo material o espiritual, sino restableció el principio de la igualdad de los hombres, negando así la institución de la esclavitud.

El cristianismo aportó a la cultura las doctrinas protectoras de los derechos del hombre y también a las doctrinas económicas, las siguientes ideas:

1. La afirmación de la dignidad humana y la protección de la libertad.
2. La proclamación de una Ley que reglamentara el Trabajo.
3. La difusión del sentimiento de fraternidad humana –el perdón, entre otras-.
4. La aceptación de la desigualdad de las condiciones, y
5. La predicación del desprendimiento de las riquezas.

La Cristiandad se sometió, en sus orígenes, a una crítica rígida que finalizó con la aceptación de la creencia de que todas las relaciones humanas debían regularse en forma que se garantizara la salvación del hombre.³⁰⁴

El Cristianismo es la primera "**Magna Charta Libertatum**", no de un pueblo en particular, sino de la humanidad; es el principio creador y transformador de todas las libertades modernas. Son los pueblos cristianos, los que, por medio de la libertad, han llegado a mayor grado de cultura. Portadores de un principio exacto de verdad, no pueden ya perecer como perecieron las naciones de la Antigüedad; ellos poseen por la libertad el poder de rejuvenecerse sin cesar, de fundar instituciones sociales más y más acomodadas a los derechos y a los deberes de todos los miembros de la familia humana.

³⁰³ Citados por Astudillo Ursúa, Pedro, en sus "Lecciones de Historia del Pensamiento Económico", pp. 29 y 31.

³⁰⁴ Astudillo Ursúa, Pedro, obra citada, pp. 29 y 31.

El Cristianismo no ha proclamado explícitamente todas las libertades que se han producido en la historia; pero ha echado sus fundamentos, ensalzando al hombre a su propia vista, reconociendo en la persona humana un principio divino que debe triunfar con la ayuda de la razón y por la libertad, de todos los errores y de todos los males.

La libertad, una y completa en su origen, se manifiesta en los diversos dominios constituidos por los fines principales que debe alcanzar el hombre. De aquí resultan tantas especies de libertades cuantos fines particulares existen a que ellas se refieren. Hay, pues, una libertad religiosa, una libertad moral, una libertad intelectual para la ciencia y la enseñanza, una libertad para las bellas artes, una libertad industrial y comercial, una libertad civil y otra política.

Pero en el desarrollo histórico de las libertades humanas es necesario notar que la libertad, tomando su origen en la razón, se apodera primero de las regiones superiores de la vida espiritual y baja enseguida, progresivamente, al dominio de la vida práctica. La era de la libertad comienza por la libertad intelectual, condición y producto a la vez del movimiento filosófico que lleva a los espíritus hacia el estudio de los principios (valores); después, la libertad penetra en el dominio religioso y moral, llega al orden civil, industrial y comercial, y concluye ordinariamente en el orden político. En este desarrollo sucesivo se puede ver que la libertad, como todo progreso regular y sólido, marcha del fondo a la forma, del interior al exterior.

En el orden de las realizaciones, la libertad civil y política es una de las primeras necesidades de las sociedades modernas, una condición de existencia para los pueblos que se respetan y quieren ser respetados, y, examinada a mayor altura, el medio indispensable del cumplimiento moral del destino humano. Sin la libertad política, las otras libertades se postran muy pronto y el progreso se paraliza en los órdenes moral y material.

Pero, por otro lado, se puede afirmar que la libertad política, concebida de una manera abstracta, naufragará siempre. Los pueblos permitirán a menudo, por un instinto de conservación social, que quede reducida a los últimos límites por todo el tiempo en que el estado intelectual y moral de la sociedad no ofrezca garantías suficientes contra los posibles abusos.

Una gran misión se presenta a los verdaderos amigos de la libertad: combatir, por una parte, a la libertad abstracta y disolverla en cuantas partes ella se muestre; y, por la otra, señalar a la libertad un fin en los bienes intelectuales, morales y materiales, que es necesario realizar en la sociedad. El estudio de los bienes del hombre y de la sociedad debe preceder a toda acción política. Por el conocimiento de estos bienes y por el deseo de efectuarlos sabiamente, han de distinguirse aquellos hombres políticos dignos de este nombre, de esos espíritus vacíos que no saben llenar la forma de la libertad de ningún fondo, de ningún bien real para la sociedad. El respeto de la libertad moral prohíbe los medios de violencia intelectual o física, la mentira, el fraude, la maquinación para violar derechos de terceras personas, que los partidos y hombres políticos han empleado algunas veces para alcanzar sus fines.

La libertad exige, por último, para su establecimiento práctico, la organización legal de todos los dominios de la vida social. "Organizar la libertad –afirma Ahrens-: tal debe ser la palabra de orden para todos los partidarios de la libertad... Y la libertad se organiza, cuando todos los órganos del cuerpo político y social, en todos los grados, se mueven en el círculo de acción trazado a cada uno por el fin especial que llena el conjunto del estilo humano... La base de todo el edificio está constituida por la libertad personal que debe ser tan amplia como se pueda." ³⁰⁵.

VII. 9.- Límite: El Fin mismo del Estado.

Hemos colocado la necesidad de la organización estatal en la coordinación, en la unidad de los esfuerzos que debe alcanzar todo núcleo social para hacer posible la mutua ayuda y la prosecución de los fines específicos de la comunidad política.

Pero, la verdadera unidad no consiste en una desoladora uniformidad, sino en la rica armonía de la acción libre y proporcionada de todos los elementos sociales, de todas las esferas de la asociación política. Todo gobierno que no sea despótico, debe abstenerse de intervenir en la gestión de los negocios que no pertenecen al Derecho, o a la Justicia, así como abstenerse de prescribir el uso que los particulares deben hacer de su libertad.

El Estado no es, sin embargo, una institución de simple policía, ni su acción debe concretarse a respetar y garantizar la autonomía de todas y cada una de las esferas que deben convivir dentro de su unidad armónica. Debe también ayudar por su parte al desenvolvimiento social, porque hay casos y relaciones en que no bastan la acción y asistencia privadas, sino que, a causa de la generalidad de las necesidades, es preciso que el Estado atienda también a ellas por leyes generales y por una acción pública.

Esta es la función del Estado que, constituyendo el aspecto más importante de su actividad, tiene también mayor necesidad de estar bien determinado, porque "...teniendo mala aplicación –nos advierte Ahrens- puede llegar a ser una fuente de opresión y despotismo" ³⁰⁶. Este peligro se ofrece siempre que la acción pública invade el ámbito de la libertad individual y mantiene bajo su tutela fuerzas que, abandonadas a su propio impulso, producen en mejor calidad una mayor suma de bienes. ³⁰⁷

³⁰⁵ Ahrens, Heinrich, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", p. 315.

³⁰⁶ Ahrens, Heinrich, obra citada, p. 129.

³⁰⁷ Bernardo de Mandeville, precursor del liberalismo económico, escribió "Vicios Privados Beneficios Públicos (La fábula de las Abejas)". Este autor inglés nació en Holanda, de padres franceses y fue médico de profesión. En su famosa fábula se encuentran las ideas fundamentales de la filosofía económica y social del individualismo, al afirmar que el interés personal es el gran motor del progreso y el medio por el cual se adapta automáticamente la producción a las necesidades, pues el hombre al esforzarse en su propio provecho, se dedica a aquellas actividades que resultan más útiles para los demás. Afirma que la armonía de los intereses individuales se basa en la división del trabajo y en el cambio de productos. Dicha armonía no depende de la voluntad de los individuos, sino de la naturaleza humana y del eslabonamiento natural de los fenómenos económicos, que determinan los resultados con independencia del egoísmo o del altruismo del hombre. El orden social existe sin la actuación del Estado, puesto que existen leyes naturales bienhechoras del individuo como realidad primera, y solamente hay que dejar que actúen para que los intereses individuales se armonicen en un mecanismo maravilloso. En su obra de título irónico o antagónico, básicamente nos dice que no hay que subestimar al egoísmo humano –al que llama "vicio privado"– que, lejos de ser perjudicial para la sociedad, es el motor por el cual los individuos se esfuerzan a producir bienes y servicios de óptima calidad que ofrecen al público para satisfacer la multitud de necesidades del hombre; estos bienes y servicios entran automáticamente en el comercio, al mundo de la economía y por tanto a las leyes de la oferta y la demanda. Ese egoísmo, es el que originariamente mueve a la economía y se traduce en un "beneficio público".

Astudillo Ursúa, Pedro, "Lecciones de Historia del Pensamiento Económico", p. 57.

Pero no basta establecer simplemente el principio de que el Estado debe ayudar a favorecer el desarrollo social porque, en el fondo, todas las esferas de la actividad social, se ayudan las unas a las otras, cada una de la manera que es propia de su carácter. Conviene determinar en qué consiste el género especial de ayuda que debe suministrar el Estado.

En principio, el Estado, como el orden de Derecho, debe sólo establecer las condiciones generales que hagan posible el desarrollo que todas las personas físicas y morales deben alcanzar, ante todo, por el empleo de sus facultades y fuerzas propias; debe hacer accesibles a todos sus miembros, los bienes generales del orden intelectual, moral y físico (instrucción, educación, vías de comunicación, etc.) y, a medida que adelanta evolutivamente la cultura de los pueblos puede aumentar el Estado el dominio de los bienes públicos, cuyo uso ofrece a sus miembros. Pero no debe invadir nunca la actividad que ejercitan las diversas esferas para su fin especial, ni tratar de dominar las fuerzas causales del orden social, pues esto incidiría en alterarlas y darles una dirección contraria a su propia y especial naturaleza.

Las causas intelectuales, morales, religiosas y económicas son los primeros poderes, las fuentes inmediatas de vida; y el poder del Estado, respecto de ellas, no debe excederse tratando de manipular abriendo y cerrando las fuentes de vida de donde brotan -por impulso libre y propio- los bienes que forman el alimento siempre creciente de la vida social. Debe velar, por otra parte, porque se establezca una justa relación entre todas las fuentes, fuerzas y bienes para que se forme en la sociedad una atmósfera saludable de influencias recíprocas, propias para favorecer el crecimiento general.

La acción del Estado no puede ponerse en lugar de estas causas, sin alterar su naturaleza, sin dirigirlas hacia fines que le son extraños. El Estado no debe hacerse sacerdote, ni maestro, ni sabio o artista, ni atleta, ni agricultor, ni médico, ni industrial o comerciante.

El Estado está autorizado para hacer todo lo que excede las fuerzas de los individuos y de las asociaciones privadas. Este fin ideal puede modificarse legítimamente en la realidad histórica, según el estado más o menos adelantado de la cultura de un pueblo. En épocas de la infancia, sea de un pueblo, sea de un dominio particular de cultura, el Estado, como en otras épocas la Iglesia tiene el derecho de ejercer una *tutela* y de obrar él mismo allí donde las fuerzas propias de una esfera de cultura no están todavía bastante despiertas o suficientemente instruidas. Pero, como todo buen tutor, debe velar porque el pupilo aprenda, por una buena educación a emplear bien sus fuerzas y sus medios para el estado de mayoría. El Estado debe considerar todo lo que emprende en un dominio de cultura, independiente en sí mismo de la autoridad política, como un medio de educación, y debe tender, no a prolongar inútilmente la tutela, sino a abreviar en lo posible su duración. (Ahrens).

No rara vez surgirá una necesidad, por parte del Estado, de estimular, de suplir, de completar y remunerar las actividades privadas, y aún a veces también de revocar y someter los impulsos privados a un monopolio estatal, en bien del orden y universalidad de

los servicios públicos que, si se abandonaran al libre concurso de los particulares, sobrevendría la inminencia de la perturbación y deficiencia de los mismos. Obedeciendo a esta realidad, vemos que la intervención del Estado moderno, es mayor por el aumento de las necesidades en la actualidad.

Al Estado incumbe más estrictamente el cuidado de la moral, no de la moral privada, que no trasciende el fuero interno de los individuos ni los muros del hogar, sino de la moral pública, y ésta, en el orden meramente natural, no sobrenatural. La moral pública consiste en conservar positiva y negativamente el decoro de la vida externa o social de los ciudadanos. Según Suárez, sólo corresponde al Estado vigilar sobre la rectitud de las costumbres, en aquello que es necesario o muy útil al bien de la población civil.

La intervención del Estado en cuestiones económico-sociales, es una facultad (derecho) pero también un deber, por los peligros y males que en tal terreno exigen un remedio urgente y eficaz, para que el Estado mismo no sufra un detrimento frecuentemente irreparable.

Otro tanto puede decirse de la intervención del Estado en el fomento de la cultura; pero teniendo en cuenta que esta materia pertenece directamente al orden privado y sólo subsidiariamente al Estado, solamente es importante la intervención del Estado, cuando se demuestre que los esfuerzos de la intervención o iniciativa privados son inútiles o insuficientes.

El poder civil –concluye Cathrein en la obra citada- tiene exclusivamente todas aquellas facultades que le son necesarias para la adecuada consecución de su fin, que es en sí limitado. La medida de cualquier poder natural debe tomarse en su fin, de tal manera que no sea mayor ni menor, sino precisamente tanto cuanto exija la adecuada consecución de su fin.

VII. 10.- Límite: El Fin Político del Estado.

La Filosofía Jurídica, como una parte de la Filosofía General, determina los primeros principios que deben presidir las relaciones sociales interindividuales para que éstas se ajusten a un criterio racional de Justicia. La Historia del Derecho, presentando el cuadro en el que se verifica el desarrollo, los grados de evolución de un Derecho determinado, referido a una sociedad también determinada, viene a ser la ciencia de la realidad jurídica, o la ciencia de lo que ha sido y lo que es Derecho.

La ciencia política, definida por Ahrens, como *"... la disciplina que expone las condiciones y medios para asegurar el progreso continuo y las reformas más próximas a un estado social, fundándose en datos históricos y en proporción a las fuerzas existentes"*³⁰⁸, ya no es mera teoría, sino que presenta un aspecto práctico, la aplicación -la posibilidad de aplicación de la teoría- de los principios, a una realidad social determinada.

³⁰⁸ Ahrens, Heinrich, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", p. 25.

Pueden verse con claridad las relaciones existentes entre estas tres disciplinas: una fija los principios, la otra observa la realidad -el dato real-, y la política trata de realizar los principios en la realidad.

Siempre se ha relacionado el término "política" con la noción del Estado, con la organización política de una comunidad. La política es cosa que se refiere al Estado indudablemente, no en un sentido puramente esquemático de plan o de programa, sino en su aspecto más importante que es el del poder, el de autoridad. Así se puede decir que la política es algo que tiene que ver con estos dos aspectos fundamentales del poder: la organización del poder, que equivale a decir la organización misma del Estado, y el ejercicio del mismo poder.

El problema de si el Estado debe organizarse bajo la forma de monarquía o de república, de gobierno autoritario o democrático, es problema político, como lo es también el que se refiere a la forma absoluta o limitada del ejercicio del poder. En este caso la política significa dirección, orientación, línea de conducta que observa el poder, el Estado, y así se habla de política educacional, agraria, económica, etc.

Hay otro concepto de política, más común, el que todo el mundo percibe: aquél en el cual la política no es ya la organización del Estado ni algo que tiene que ver con el problema del ejercicio de la autoridad, sino de la organización de los medios de lucha para conquistar el poder, para apoderarse de un gobierno y mantenerse luego en él.

Para precisar el concepto, la connotación misma de la política -que es actividad humana, y por lo mismo, finalista, teleológica-, es necesario determinar cual es la finalidad que se persigue con esa actividad.

El poder, desde un punto de vista racional, sólo puede ser finalidad de algunos. Habrá individuos que luchen dentro de una sociedad para satisfacer su aspiración de poder. Pero, si la política es cosa que tiene que ver con la sociedad, y en ésta hay siempre la colaboración, la coordinación de las actividades, es claro que no puede aceptarse como fin de una actividad social algo que sólo beneficie a unos cuantos. Repugna que una sociedad de seres que piensan, que son libres -porque pueden determinarse a escoger este o aquel camino-, pudiera aceptar como finalidad suya algo que sólo interesa a algunos. En cierto sentido, el poder como fin en sí mismo es contradictorio con el concepto de una finalidad en la que están interesados muchos hombres.

La finalidad a que se aplica el esfuerzo en común es el *Bien Común*. Es cierto que este concepto es formal y muchas veces nos remite a otros; pero es suficientemente connotativo y congruente, puesto que parte de la base de la existencia de una sociedad que es "coordinación de esfuerzos para una finalidad común".

Puede decirse que la política es el Estado en actividad, pero en una actividad según principios racionales que se nutren de ideas filosóficas y de principios científicos, a la vez que toma en cuenta la realidad sobre la que opera (tomando en consideración su proyección histórica). La política es la ciencia del gobierno de las sociedades, el arte de la

organización civil, el arte de gobernar, el arte en la *administración de la cosa pública*, la prudencia en el manejo de los pueblos, de las naciones, de los Estados.

La política es, ante todo, un concepto general de la vida. Conforme posee una sociedad tal o cual fin, esta o aquella concepción de la vida hacia la cual pretende orientarse, son los gobernantes escogidos con esta o aquella cualidad; e inversamente, las cualidades de los gobernantes influyen necesariamente sobre el espíritu de la sociedad y su orientación general. Una nación cuya ambición sea la gloria militar, se dará como jefes grandes capitanes; otra, que sólo sueñe con el desarrollo económico, buscará los financistas más reputados.

En resumen, se puede decir que los regímenes políticos varían de acuerdo con el ideal que los inspira. Este ideal puede inspirarse en una de tantas concepciones filosóficas que ofrecen hoy en día una construcción concreta, como –entre otras clasificaciones-: **el liberalismo**, que parte de los derechos absolutos del individuo; **el nacionalismo**, (estatismo en algunos casos o racismo como lo fue a mediados del siglo XX en Alemania) que parte de los derechos absolutos para el trabajo; el integralismo cristiano (el Sinarquismo en México), que defiende los derechos absolutos de la verdad y de la Justicia, etc, etc.

Y, a la vera de esas grandes finalidades, pueden los Estados o las sociedades aspirar a una finalidad particular, imperada por las circunstancias, impuesta por generaciones anteriores o simplemente querida.

Cada sociedad se preocupa por determinados problemas. Existe una multitud de cuestiones que no pueden ser resueltas definitivamente por un pueblo y en una época determinada. Hay un siglo en que todo se enfoca hacia la idea de libertad, se la exagera y se le convierte en un ideal. Viene luego otro momento en que la preocupación se va al lado opuesto, como un péndulo que oscila de un extremo a otro, y se cree entonces que el ideal debe colocarse en la negación del hombre y en la culminación del Estado. El hecho es que hay una preocupación constante que los hombres plasman en tradiciones, ideales y costumbres que están sugeridas por hechos sociales en su sentido estricto.

La finalidad política especial perseguida por una nación o por un Estado particular en un momento histórico determinado no debe ser pasada por alto al formularse -o reformarse- una Constitución, so pena de provocar continuas agitaciones y pugnas inútiles, si se quiere desviar la voluntad general -el destino nacional- del cauce que quiere seguir.

El legislador no debe decir: "*esto no vale nada, esto no tiene importancia*", Debe tomar en cuenta esas aspiraciones y encauzarlas y a veces modificarlas, lo que supone conocerlas, para tomarlas en cuenta. Y este es el *dato ideal* en el pensamiento del gran autor Francois Geny.

VII. 11.- Límite: La Moral.

Tomasio, después de que Hugo Grocio intentó desprender el Derecho de la Religión, quiso a su vez separarlo de la Moral, asignando a las obligaciones jurídicas un carácter propio, la coercibilidad; al contrario de las obligaciones morales, a las que quitaría todo su

valor una sola violencia. Leibniz, en su vasto sistema de armonía universal, emprende retraer el principio del Derecho al principio supremo, a Dios, no a la voluntad divina, pero sí al orden establecido por Dios en el mundo moral. Es él quien sienta las primeras bases de una doctrina en que lo justo se armoniza con el bien, con todo lo que es divino y verdaderamente útil, al colocar el objeto del Derecho en el perfeccionamiento del hombre y de la sociedad: "*Justum est quod societatem ratione utentium perficit*". ("*Lo justo es querido por la sociedad como racional, útil y perfecto*").

La cuestión de la distinción entre la moral y el Derecho no tiene un Interés histórico solamente; es también de una gran importancia cuando se trata en el Derecho público, de determinar los límites de intervención del Estado en ciertas esferas de la actividad humana. Si el Estado -que es la institución social para la aplicación del Derecho, aun por medio de la fuerza- pudiera comprender también en este objeto la moralidad interior de los hombres, desaparecería toda libertad de conciencia. Nada impediría entonces al Estado imponer a los miembros de la sociedad una moral como la concibiera, prescribir la religión que juzgará conveniente, y emplear con este objeto las fuerzas de que dispone.

Por esta razón, los filósofos y los juriconsultos más eminentes de la época han tratado de fijar bien la distinción, así como las relaciones entre el Derecho y la moral. Pero la distinción no debe conducir a una separación. Kant y su escuela, al proseguir por el camino abierto por Tomasio, han caído en este error, que no puede evitarse sino reconociendo en la Etica el lazo común entre el Derecho y la moral. La confusión de ideas que aún se observa en esta cuestión importante, viene sobre todo de que no se distinguen claramente las nociones de bien objetivo, de moralidad subjetiva y la noción armónica del bien moral.

La diferencia que existe entre la moral y el Derecho puede resumirse en los siguientes puntos generales, conforme a la doctrina de Ahrens ³⁰⁹:

La moral considera el motivo en cuya virtud se practica una acción, al paso que el Derecho examina la acción en sí misma. La primera estudia el acto en su origen, y el segundo en sus efectos. Los preceptos morales son absolutos, invariables, independientes de los lugares y los tiempos; los preceptos del Derecho o las leyes jurídicas son relativas y variables, porque las condiciones de existencia y desarrollo cambian con las situaciones, las épocas de cultura y las costumbres. Es verdad que los principios fundamentales del Derecho son invariables y eternos, y que imponen por dondequiera y siempre la obligación de realizar las condiciones necesarias para el progreso del hombre; pero estas condiciones varían a su vez con la naturaleza de los individuos y de las naciones.

La conciencia es el único juez de la moralidad; pero el Derecho se deja reconocer exteriormente, se puede y se debe establecer leyes especiales aplicables a cada uno, mediante una autoridad constituida a este efecto. De aquí resulta que las obligaciones de Derecho pueden ser exigidas, en caso necesario, por medio de la fuerza: son coercibles. Sin embargo, este carácter sólo es secundario respecto a la distinción del Derecho y de la moral, porque la diferencia subsistiría aun cuando la moral de los hombres fuere bastante perfecta para hacer innecesaria toda medida coercitiva.

³⁰⁹ Ahrens, Heinrich, "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", p. 141.

Por último la moral es una conciencia *formal* y *subjetiva*, porque considera sobre todo la intención del sujeto que la manifiesta; la moralidad es la forma subjetiva del bien, en tanto que el Derecho, que considera las acciones y las relaciones en sí mismas, es más, bajo este aspecto, una ciencia *formal objetiva*.

Dice Ahrens que *"...no puede haber una moral injusta, ni un Derecho inmoral; sus dominios, aunque distintos, están en relaciones numerosas e íntimas... La moral y el Derecho concurren al mismo objeto: el perfeccionamiento del hombre y de la sociedad, pero sus vías son diferentes. La moral procura al hombre interior, la fuente de todos sus actos, la voluntad; el Derecho, para asegurar a la vida sus medios de desarrollo, los hace independientes de la buena o mala voluntad de los individuos, como garantía de la marcha regular de la sociedad en un marco de seguridad. Además, el Derecho, cuyos preceptos reciben de la conciencia moral una nueva sanción, ayuda por su parte al progreso de la moralidad, porque el perfeccionamiento moral es un fin esencial del hombre y de la sociedad; y el Derecho, que procura a todos los fines de la vida los medios de realización, debe suministrar también las condiciones individuales y sociales de la moralidad humana"*.³¹⁰

El Derecho protege la libertad moral porque rechaza como viciosos todos los motivos de acción por los que la libertad de acción se destruye a sí misma. Al mismo tiempo, rehusa su protección a ciertos actos que, aun revistiéndose de las formas del Derecho, son inmorales en cuanto a la intención, como lo es por ejemplo, el juego; por esta razón las legislaciones no conceden al que gana ni una acción ni una excepción procesales.³¹¹

El Derecho y la moral se prestan así mutuo apoyo. Separados o confundidos, introducirían el desorden en la sociedad; pero, distintos y unidos, son dos palancas poderosas de todo verdadero progreso. Así como es preciso huir de la confusión entre moral y Derecho, es importante insistir en la necesidad de su acuerdo. No hay ley ni institución alguna que pueda mantenerse ni producir un bien social si es contraria a las leyes de la moral y de la conciencia. Los medios que pueden emplearse para obrar sobre los hombres, además de legales –jurídicos–, deben ser, también, morales.

VII. 12.- Límite: La Religión.

³¹⁰ "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", pp. 143-144.

³¹¹ El Derecho concede, por ejemplo, una acción a los donantes para hacer valer unos fines morales estipulados en forma de condiciones, a fin de revocar una donación por causa de ingratitud. El Derecho protege la moralidad prohibiendo manifestaciones públicas que ofendieren a la moral. El Derecho no establece la indisolubilidad del vínculo matrimonial precisamente para protegerlo de actos inmorales resultantes de forzar la unión, porque el matrimonio, como institución sagrada, reviste un carácter eminentemente moral; por el contrario, para proteger el vínculo, somete a condiciones difíciles para disolverlo. El Derecho, en materia penal, para determinar el grado de sanción legal a aplicar (dentro del margen entre pena mínima y máxima), toma en cuenta los motivos que han determinado la acción del sujeto activo, según el fin que la ha inspirado y según las circunstancias personales del individuo (internas: psicológicas y de entorno socioeconómico y cultural), en especial las relativas a la intención del mismo, y las circunstancias externas que reinaron en el momento y espacio en que se cometió la falta; es por este motivo que palabras como "excluyentes", "atenuantes" y "agravantes" (de responsabilidad) cobran sentido, y están en estrecha relación con las leyes de la conciencia y de la moralidad. De igual manera, las reglas generales en el Derecho, en relación a la Prueba, estipulan en términos generales que para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, "sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral".

La religión nace del sentimiento de dependencia del ser finito frente a frente de un poder infinito, y está constituida por la unión de la personalidad humana en la intimidad una y entera del "yo", con Dios. La religión se ha manifestado como el más alto poder que en la vida de los hombres y de los pueblos haya movido los espíritus y los corazones; es a la vez el lazo más íntimo y duradero entre los hombres mismos.

"A medida que el lazo entre Dios y el hombre se oscurece -dice Ahrens³¹²- se debilita igualmente el lazo entre los hombres y las relaciones se hacen frías porque cada uno busca entonces el centro de gravitación en sí propio. El egoísmo se apodera de las sociedades a medida que las ideas religiosas pierden su imperio. Es esencia del espíritu el reconocer lo absoluto. Si el hombre no lo reconoce, por encima de él tiende a constituirse a sí mismo como el absoluto frente a frente de sus semejantes y a someterlo todo a su dominio...".

El absolutismo político es una forma más o menos pronunciada; aparece siempre en las épocas de decaimiento religioso y moral. La demencia del imperialismo romano era la última consecuencia del politeísmo que, quebrantando la unidad divina, produjo en último lugar la sustitución del hombre a Dios. La tendencia cada vez más pronunciada al imperialismo y al reino de la fuerza, es un signo manifiesto de la decadencia moral y religiosa. Las doctrinas del absolutismo político, atacando la creencia en Dios y en una alma inmortal responsable, acaban siempre por cambiar la sumisión libre a la autoridad moral, a la Divinidad, en el yugo de un poder de violencia exterior; porque, a medida que los hombres pierden el imperio moral de sí, debe tomar extensión el imperio de la fuerza brutal.

Hobger, Samuel Pufendorf y el propio Hugo Grocio, profundamente religiosos, pueden ser considerados como precursores de la tendencia de nuestro tiempo hacia el completo divorcio entre el Derecho y la Divinidad, al concebir aquél –el Derecho– como un principio propio, independiente de toda doctrina teológica o religiosa.

Esta tendencia –de que el hombre quiera reglamentar su propia conducta– concibe el orden como un producto de la voluntad del hombre, de un contrato, de la fuerza creadora del hombre que se eleva por encima de todos los poderes morales, por encima de las costumbres, de las condiciones históricas de la voluntad del mismo Dios, que se ha manifestado en la obra tradicional de la sociedad. El hombre –que desarrolla su propia naturaleza pensante para encontrar su propia esencia de existencia– quiere formar él mismo el orden social a su propia imagen, examinando a fondo su propia naturaleza. Este intento nuevo, que erige en principio la soberanía de la voluntad del hombre, es el que caracteriza principalmente todo movimiento político de la época moderna.

Ya Hegel, al combinar el sistema filosófico absoluto de Schelling con el idealismo de Fichte, proclamaba que, para establecer principios sólidos que estén por encima de las voluntades flotantes de los individuos y de las masas, era preciso concebir un principio que pudiese resistir a las corrientes de la historia y a los extravíos posibles de los espíritus, que elevara el corazón a un principio inmutable, eterno, absoluto: **a Dios**, ya fuera llegar a El por la fe positiva, ya por la vía de la especulación filosófica.

³¹² Ahrens, Heinrich. "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho", pp. 114.

La primera vía -la fe positiva- fue seguida por la Escuela Teológica, fundada por J. De Maestre, seguida por Bonald y Lammenais, y transformada por Müller y Goerres en Alemania, al tratar de combinarla con ideas filosóficas tomadas principalmente por el sistema de Schelling y Hegel; así, la otra vía -la de la especulación filosófica- fue seguida por Leclercq, Catherein, Ahrens y otros.

Ahrens, al examinar los principios de la Escuela Teológica, nota desde luego, que la fuente de donde se han sacado dichas ideas es incierta e insuficiente, y da necesariamente a las ideas que se hacen derivar de ella, un carácter hipotético, estrecho y frecuentemente exclusivo. Se ha querido deducir de los Libros Sagrados una doctrina de Derecho y Política Social; pero, la interpretación que se da a los textos de la Sagrada Escritura, es más o menos arbitraria y se resiente de las ideas preconcebidas de aquellos que la emprenden. De ahí que las teorías políticas más antitéticas se han apoyado en textos del Antiguo o del Nuevo Testamento. Unas, ligándose de una manera predominante al principio de la *autoridad* -que en ellos se encuentra sancionado-, han hecho de ellas, la apología del poder absoluto ("justificando" ejercer arbitrariamente el poder); y otras, por el otro lado, penetrándose sin mesura del espíritu de *libertad* que anima al Cristianismo, han hecho de él un principio de desorganización desmedida.

La Iglesia Católica, por su parte, depositaria y custodio de la integridad del dogma, no ha prescrito o sancionado ninguna forma política, y ha dejado a la evolución libre de los pueblos el cuidado de encontrar, para cada fase de su desarrollo, para cada grado de su cultura, la organización política más conforme a sus necesidades.

Aunque es innegable que la Iglesia, a lo largo de la Historia, ha tenido intereses sociales diversos (políticos, económicos, etc., etc.), también ha tenido enormes responsabilidades respecto a la condición humana porque históricamente ha ejercido, y aún hoy ejerce, una influencia determinante en el desarrollo de las ideas y los valores y en el rumbo de la acción humana.

La Iglesia Católica, como nunca antes en su historia, ha entrado en el movimiento por la unidad de todos los cristianos, favoreciendo el estudio común, las oraciones, y los debates para que "*todos sean uno*" (Juan, XVII, 21). La Iglesia Católica se ha esforzado más hoy que antes, por liberarse de todo vestigio de antisemitismo y por poner de relieve sus orígenes judíos y su deuda religiosa para con el judaísmo. En la reflexión y en la oración, la Iglesia ha dirigido su atención a las grandes religiones mundiales, reconociendo los valores que poseemos en común y nuestra universal y total dependencia de Dios. Dentro de la misma Iglesia Católica existe hoy un creciente sentido de "Iglesia universal".

A través de la historia, el hombre ha creado positivamente una serie de normas de conducta humana en materia religiosa que nacieron de la interpretación -las más de las veces, arbitraria- de las Sagradas Escrituras, que llamó *Derecho Canónico* (*Derecho de la Iglesia Católica*, contenido principalmente en el *Hábeas Iuris Canonici* de 917), para ejercer una forma de Poder que ha trascendido al fuero de lo político -y para reglamentar su propia estructura de organización y jerarquía en el mundo terrenal-. Sin embargo, a través de la evolución, este tipo de normas han dejado de tener influencia en el ámbito del

Derecho positivo. Se consideraba, en otros tiempos, que era necesario para la sociedad asegurar impositivamente la vida religiosa, lo cual resulta en un máximo error y una monstruosa aberración, pues la religión sólo puede fundarse en la libre adhesión, en la sincera convicción moral del hombre, de lo contrario atentaría contra los principios universales humanos fundamentales: *la dignidad y la libertad*. Estas normas religiosas se las sometió, en tiempos pasados, equivocadamente, a una regulación preceptiva, taxativa, mediante normas de Derecho positivo. El Derecho debe abrir paso al sentido humano, a la liberación de la conciencia, sin la cual no puede haber auténtica cultura; debe asegurar, como misión máxima, el pleno respeto a la inviolabilidad de la persona.

Hay muchos valores morales y religiosos, cuya realización es lícito promover mediante el Derecho, exclusivamente, y sólo exclusivamente, cuando acoge sus principios más generales. Estos principios deben ser encauzados, siempre respetando la libertad del individuo –moral y religiosamente–, nunca imponiéndole positivamente ese tipo de normas de conducta. Es decir, el Derecho no debe sino garantizar su libertad, pero de ninguna manera regularlo taxativamente; tampoco la pura moralidad, que de ningún modo puede ser “impuesta” por el Derecho; más sí puede encauzar los principios más generales y plasmarlos en normas positivas, ya con un contenido concreto y siempre con miras a los valores fundamentales del hombre, como la Justicia y otros valores de suma importancia.

Tiene Ahrens en su obra *"Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho"* de 1876, en el Capítulo I, tema XXII, unas consideraciones sobre el Derecho, visto bajo el punto de vista sintético, como *Justicia Divina* que debo reproducir, porque ellas demuestran, a mi juicio, en forma maravillosa, la necesidad imprescindible de que los Estados al constituirse, y en los actos todos de su desenvolvimiento existencial, tengan en cuenta siempre el principio eterno de la voluntad, de la Justicia y de la Providencia Universal de Dios sobre el mundo:

"El Derecho es un principio de vida que se desprende de la creación de los seres finitos dotados de razón y de libertad y destinados a perfeccionarse en un orden social. Todos los órdenes y grados de la creación están ordenados los unos en vista de los otros, y esta unidad de organización por leyes a la vez distintas y armónicas, debe tener su razón en la existencia de un Ser Supremo, Dios, fuente de toda inteligencia que no es una fuerza o substancia inmóvil y ciega, sino la inteligencia absoluta y la Providencia del mundo que mantiene los principios eternos en la revolución y en las aberraciones posibles de los seres finitos.

Dios mismo es la Justicia Absoluta; El realiza las condiciones de existencia y de desarrollo para los seres vivientes. Dios, es verdad, ha dado a cada uno, por su naturaleza misma, las fuerzas y medios correspondientes al fin que se les ha señalado en el orden de la Creación. Cada género de seres finitos, dotado de una fuerza propia y de una independencia relativa, puede desviarse del orden general; pero Dios mantiene, con el poder de su voluntad, las leyes del orden y de la armonía general del mundo. Así, pues, la justicia es un principio universal que regula las justas relaciones entre todos los seres.

La Justicia Divina es un elemento integrante en la vida de la humanidad del orden del Derecho. Los hombres viven, no solamente entre sí, sino también y ante todo con la Divinidad, en un orden de Derecho, en una sociedad que debe realizar cada vez más el

reino de Dios sobre la tierra, por el reino armónico de todos los principios de lo verdadero, de lo bueno, de lo bello y de lo justo. Y este reino de Dios se ha aproximado cada vez más a los hombres, a medida que éstos se han elevado con todas las fuerzas de su alma a Dios.

Entre todos los pueblos que han desempeñado un papel en el progreso de la cultura humana, se encuentra la idea fundamental de que hay una Justicia Divina que domina la vida de los hombres y las naciones. En la Antigüedad griega y romana, en que todavía no se comprende a Dios como Providencia inteligente, su justicia es considerada como una "Némesis", fatal y ciega. La filosofía dio un gran paso cuando Platón concibió el Estado como una idea divina destinada a establecer la armonía de todas las funciones del alma del hombre. Y Cicerón, explicando el pensamiento de Platón en términos más explícitos todavía, designó el mundo entero como una ciudad común de Dios y de los hombres.

El Cristianismo, cuyos rayos de vida práctica se unen en su totalidad en la plena luz del reino de Dios que cada uno debe realizar en su interior para que pueda llegar un nuevo orden social, comprendió la justicia como un atributo de Dios y del reino providencial del mundo; asignó al hombre como deber superior al ponerse, con toda su vida moral, en justas relaciones con Dios, llamadas en la religión 'justificación'. No obstante, la Justicia Divina ha sido generalmente considerada bajo un punto de vista demasiado estricto, como ejercitándose principalmente por las recompensas y las penas; pero la Justicia Divina se efectúa también por todos los actos de ayuda, de revelación, por cuyos medios interviene Dios en la vida de los hombres, de los pueblos y de toda la humanidad.

La Justicia Divina es un elemento integrante y un complemento necesario del orden humano del Derecho, porque, no sólo los hombres tienen necesidad de socorrerse recíprocamente, sino que los individuos y los pueblos, tienen también necesidad de la ayuda de Dios, para que las leyes del progreso estén aseguradas; para que el mal capaz de invadir todo el organismo social, encuentre su último límite en un poder supremo; para que las injusticias cometidas sean expiadas por el arrepentimiento y la enmienda; para que todo bien, teniendo su origen en Dios, se fortifique y aumente sin cesar por el socorro que Dios da a todas las buenas acciones y a sus consecuencias.

La Justicia Divina se manifiesta en la Historia a la vez como un poder de castigo y de reparación y como un poder de ayuda para todo el perfeccionamiento. Los hombres y los pueblos, por consecuencia de su libertad, pueden extraviarse de la senda de lo bueno y de lo justo, cometer actos perversos e injusticias atroces; pero hay una Justicia Superior que, aunque no alcance siempre a los individuos en la corta duración de su vida actual, castiga siempre a las grandes personalidades colectivas, las naciones, los gobiernos, las clases o los órdenes sociales, en los que se ha manifestado la aberración y la perversidad. Cada injusticia cometida, querida, deseada por una nación, o cuya ejecución permite, caerá sobre sí misma según los diversos grados de culpabilidad, bajo las diversas formas de los males o de las penas.

Se quiere muchas veces hacer a los gobiernos responsables únicos de los males que una nación sufre o hace sufrir a otros. Pero generalmente los gobiernos son expresión concentrada de las disposiciones o impulsos de toda la manera de ver y sentir de un pueblo o de una clase dominante. Un pueblo no se cura de un mal por medios exteriores, por el simple cambio de un poder o de una Constitución escrita; pero sí por un cambio

moral, por la inteligencia del mal, el arrepentimiento y la enmienda. Y la Justicia Divina vela porque los medios de reparación propios para producir la enmienda, único objeto del castigo, no se escatimen a pueblo alguno que haya hecho o permitido hacer mal e injusticias.

Es en nuestra época cuando la fe en la Justicia Divina necesita, sobre todo, volver a los corazones. Porque por todas partes se manifiesta en los pueblos un decaimiento moral en que los principios de libertad se sacrifican a una falsa unidad; en que, por la tendencia a unir todos los elementos y partes de una nacionalidad en un haz más compacto, se paralizan las mejores fuerzas por una falsa centralización; en que se muestra más o menos por todas partes una pasión de engrandecimiento que no retrocede ante ninguna violencia. Pero hay una Justicia Divina que rompe tarde o temprano todos los poderes de la Tierra, cuando llegan a ser un obstáculo al progreso de la libertad y de la moralidad humanas.

La Justicia Divina es también un poder de ayuda para los hombres y para los pueblos. Todo hombre puede comprobar en su interior cuánta fuerza adquiere su voluntad de hacer lo que es bueno y justo, frente a los peligros que se le presentan, por el pensamiento y sentimiento de que todo lo que es justo es también querido por Dios, y que, en el orden y plan del mundo, Dios cuenta con que cada uno, libremente, haga su deber en la situación o en el puesto en que ha sido colocado. La Historia presenta bastantes ejemplos de hombres que no han faltado a ese deber, que han realizado el modelo del justo trazado en las Escrituras, no temiendo las amenazas de un déspota ni de una multitud irritada. Y cuando más amenazadas se encuentran las ideas de justicia, de sucumbir bajo las falsas teorías de fuerza y de dominación, más importa reintegrarlas a su principio eterno, más poderoso y más duradero.

La Providencia Divina ayuda también por su Justicia al desarrollo de los pueblos y de toda la humanidad. El socorro divino está muchas veces cerca cuando el mal ha llegado a su mayor altura. Cuando, según las leyes a que se hallan sometidas todas las causas y fuerzas activas, sería inconcebible que un pueblo decaído, cuya vida ha equivocado completamente el camino, pudiera volver a levantarse por sus propias fuerzas, Dios hace surgir verdaderos iniciadores o misioneros que atestiguan su misión, no por la violencia y la sangre, sino por la propagación pacífica de doctrinas nuevas que abren nuevas sendas a la cultura moral y que, propagándose más o menos rápidamente, constituyen la demostración más brillante de que el mundo es regido por ideas, y que la Justicia Divina consigue al fin la victoria sobre las fuerzas de la Tierra que no se ponen al servicio del bien y de la cultura moral de los hombres. A todos, gobiernos y pueblos, se dirige la antigua advertencia: "**Discite justitiam moniti, et non temn.ere divos**".³¹³

Podemos resaltar y apreciar en el texto recién transcrito, los principios de vida que tienen importancia para encontrar una vida mejor en sociedad, principios trascendentales que se vinculan con normas de conducta que encontramos en diversas disciplinas morales, religiosas y de tipo legal, de donde desprendemos que efectivamente se interrelacionan éstas en el punto donde convergen; en la vida del hombre.

³¹³ "Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho". 146-150.

En los saberes antropológicos encontramos disciplinas de carácter científico, filosófico y teológico, que a lo largo de la evolución se han profundizado y sistematizado para su estudio, haciendo entre ellas un abismo que las separa y sectoriza. Sin embargo, todas estas convergen en el estudio del hombre y, lo que es importante, es que encuentren un *diálogo* común que enriquezca a la cultura humana en todas las facetas de la vida, en profundidad y amplitud. En este proceso debemos superar toda tendencia regresiva que conduzca a un reduccionismo unilateral, al miedo y al aislamiento auto-impuesto. Es absolutamente importante que cada disciplina enriquezca, nutra y desafíe a la otra para ser más plenamente la que debe ser y contribuya a nuestra visión de quiénes somos y de lo que llegaremos a ser en el futuro.

Podemos preguntarnos si estamos preparados para este esfuerzo crucial. ¿Está dispuesta la comunidad de las religiones del mundo, incluida la Iglesia, a entrar en un *diálogo* cada vez más profundo con la comunidad científica, un diálogo que, salvaguardando la integridad de la religión y de la ciencia, promueva al mismo tiempo el progreso de cada una?... ¿Está la comunidad científica preparada para abrirse al cristianismo, e incluso a todas las grandes religiones del mundo, para trabajar conjuntamente y construir así una cultura que sea más humana, y de este modo más divina?... ¿Nos atrevemos a asumir el riesgo, con la honestidad y el coraje que exige esta labor?... Debemos preguntarnos si tanto la ciencia como la religión contribuirán a la integración de la cultura humana, o más bien a su fragmentación.

Se trata de una particular opción que nos compete a todos. Porque... en efecto, una posición de simple neutralidad **hoy ya no es aceptable**. Los pueblos, debiendo crecer y madurar, no pueden continuar viviendo en compartimentos estancos separados, persiguiendo intereses totalmente divergentes mediante los que evalúan y juzgan su mundo. Una comunidad dividida favorece una visión fragmentaria del mundo; una comunidad de intercambio estimula a sus miembros a ampliar sus perspectivas parciales hacia una visión unificada nueva de la vida toda, en un ambiente de solidaridad internacional armónico pleno.

La religión y la ciencia deben conservar sus diferentes características y su propia autonomía. Ni la religión está fundamentada en la ciencia, ni tampoco la ciencia es una extensión de la religión. Cada cual posee sus propios principios, sus modos de acción, sus diferencias de interpretación y sus propias conclusiones.

En la actualidad tenemos una oportunidad sin precedentes para establecer una relación común interactiva en la que cada disciplina conserve su propia integridad, aun manteniéndose radicalmente abierta a los descubrimientos e intuiciones de la otra.

Pero ¿por qué constituyen un valor para nosotros la apertura crítica y el intercambio mutuo? La unidad incluye en sí misma la tendencia de la mente humana hacia la inteligencia, el enriquecimiento de la cultura, el deseo del amor y la fraternidad y engrandecimiento del espíritu humano.

Cuando los seres humanos tratan de comprender las múltiples realidades que les rodean... cuando indagan y buscan el sentido de la experiencia, lo hacen integrando los

diversos factores en una **visión común**. La comprensión se logra cuando los múltiples datos se unifican mediante una estructura común. La unidad ilumina la multiplicidad, y da sentido a la totalidad.

Nos movemos hacia la *unidad* cada vez que buscamos el significado de nuestra vida... es parte del proceso evolutivo de las ideas que rigen el mundo entero.

La teología ha sido definida como un esfuerzo de la fe por lograr la comprensión, como *Fides quaerens intellectum*. En cuanto tal, debe mantener en la actualidad un intercambio vital con la ciencia, así como lo ha tenido siempre con la filosofía y otras modalidades del saber.

La teología, teniendo su preocupación primera en lo referente a la persona humana, la libertad, las posibilidades de la comunidad cristiana, la naturaleza de la fe y la inteligibilidad de la naturaleza y de la historia, deberá siempre, de algún modo, solicitar los resultados de la ciencia. La vitalidad y el significado de la teología para la humanidad se reflejará profundamente en su habilidad para incorporar estos resultados y será de gran ayuda a todos los que luchan por integrar ciencia y religión en su propia vida intelectual y espiritual, como a todos los que deben afrontar graves decisiones morales en materia de investigación y aplicación tecnológica moderna.

Los avances científicos contemporáneos desafían a la teología con mas agudeza que la introducción de las grandes ideas de Aristóteles en la Europa Occidental del siglo XIII. Los científicos no deben desentenderse totalmente de ciertos temas tratados por filósofos y teólogos. La ciencia puede purificar la religión de errores y supersticiones; la religión puede purificar la ciencia de la idolatría y los falsos absolutos. Cada una conduce a la otra hacia ámbitos más amplios, en los que ambas pueden encontrar espacio para prosperar.

Solamente una relación dinámica entre teología y ciencia puede poner de manifiesto aquellos límites que sustentan la integridad de cada disciplina, de modo que la teología no profese una pseudo-ciencia, ni la ciencia llegue a ser una teología in-consciente. Nuestro respectivo conocimiento puede conducirnos a ser mas auténticamente nosotros mismos. Nadie que lea la historia de siglos pasados puede negar que la crisis ha afectado a ambas. En mas de una ocasión el uso de la ciencia ha sido masivamente destructivo y, por otro lado, las reflexiones sobre la religión se han mostrado a menudo demasiado estériles (incluso arbitrarias e injustas).

Cualquier perspectiva con relación a la ciencia y la teología refleja presupuestos filosóficos. Por lo tanto, toda discusión debe partir de tres disciplinas: **la ciencia** (el estudio empírico del orden de la naturaleza), **la teología** (la reflexión crítica sobre la vida y el pensamiento de la comunidad religiosa) y **la filosofía**, en especial la epistemología (el análisis de las características de la investigación y del conocimiento) y **la metafísica** (el análisis de las características mas generales de la realidad).

En el siglo XX y XXI, la Iglesia Católica y la mayoría de las denominaciones protestantes importantes han mantenido que las Escrituras son el testimonio humano de la

revelación primigenia ocurrida en el tiempo de los profetas y en la vida y persona de Cristo. Muchos tradicionalistas y evangélicos insisten en la centralidad de Cristo sin insistir en la infalibilidad de la interpretación literal de la Biblia.

Es comprensible que la búsqueda de certeza en esta era de confusión moral y de rápidos cambios científicos y culturales haya propiciado el aumento del literalismo bíblico. Pero cuando las posiciones absolutistas conducen a la intolerancia y pretenden imponer su punto de vista a otros en una sociedad plural, debemos presentar nuestra objeción en nombre de la "libertad religiosa".

Hemos podido apreciar el peligro para la ciencia cuando los partidarios de ciertas posiciones ideológicas han tratado de usar el poder del Estado para darle a la ciencia una dimensión diferente, ya sea en la Alemania nazi, la Rusia stalinista, el Irán de Khomeini o el Creacionismo en los Estados Unidos. Lo que es seguro es que los científicos no pueden evitar la influencia de los presupuestos culturales y metafísicos, así como la de las fuerzas económicas o religiosas que determinan, en gran medida, la dirección del desarrollo científico. La comunidad científica no es nunca completamente autónoma ni está completamente aislada de su contexto social, aun así, debe ser protegida de las presiones políticas que impondrían conclusiones científicas.

Santo Tomas de Aquino mantenía que Dios interviene milagrosamente en ocasiones particulares y que continuamente sostiene el orden natural. Dios como causa primera actúa a través de causas segundas, que son las que la ciencia estudia, pero estas dos causas están ubicadas en niveles completamente distintos.

Las Escrituras no son en sí mismas la revelación; son un registro humano falible que testimonia los eventos de la revelación. El campo de la actividad divina no es dictar un texto, sino orientar la vida de las personas y la de sus comunidades: Israel, los profetas, la persona de Cristo y los que en la Iglesia primitiva estaban abiertos a Él. Las Escrituras Bíblicas reflejan las diversas interpretaciones de estos acontecimientos; debemos reconocer las limitaciones humanas de los autores y la influencia cultural en su pensamiento en esa época.

San Agustín argumentaba que la Creación Divina es una relación mucho más radical que el solo "hacer" a partir de materiales que ya estaban presentes. Es un total *advenimiento* al ser, un acto donde la misma existencia del mundo y de cada cosa en el mundo se afirma y se sostiene. Dios mismo no puede ser parte de la naturaleza, como el "Primer Motor" creador primario de todas las cosas (materia y energía) del que hablaba Aristóteles. Ni podría decirse, sin contradicción, que Él se crea a sí mismo.

Dado que el tiempo es una condición de la creatura, también debe ser creado en el acto con que el mundo mismo adviene al ser. El Creador mismo está así fuera del proceso temporal. Trae el ser al pasado, al presente, al futuro (éstos son *nuestros* términos de creaturas) en un solo acto. La Creación no es sólo algo que sucedió hace mucho tiempo cuando todo comenzó de repente. Es también una acción que en este momento sostiene todas las cosas en el ser. Debemos entender, dice, que "*Dios actúa aún ahora, de tal manera que si su acción se retirase, sus creaturas perecerían*". Ésta es la visión que el

salmista había expresado hace mucho tiempo, pero que ahora ha sido agudizada. Dios trae todo al ser en un solo acto, gracias al cual podemos descubrir los nexos temporales y causales. La inteligibilidad que descubrimos así es un reflejo de la Mente Divina. La estabilidad de las cosas de la naturaleza, que hace posible la ciencia natural, se basa en la relación entre estas naturalezas y las Ideas de las que dan testimonio.

Dios logra su propósito causando las mutaciones y los encuentros fortuitos en el mismo acto con el que causa las regularidades que nosotros interpretamos como "necesidad" ("causa-efecto" en el ámbito científico). Pues para Dios no hay ni azar ni necesidad; conoce el futuro no por conocer el presente e infiriendo lo que pasará después, sino en el acto mismo por el que conoce el presente y el pasado (hay que recordar siempre que estos términos solamente reflejan la perspectiva del ser creado). Él causa sus fines no como una mente que dirige el proceso cósmico desde dentro, por así decirlo, sino como Creador del proceso, esto es, como el Responsable de que haya un proceso, para empezar.

Algunos otros rasgos del pensamiento de San Agustín con respecto a Dios son apreciables. Sostiene que el relato de la Creación en seis días del Génesis puede no referir una historia literal. ¿Cómo podría haber "días", en sentido literal, antes de que el sol fuera creado...? Más aún, el sol apareció en lo que el texto llama "cuarto día". Además, el término "día", en su sentido usual, es relativo a la posición que uno tiene en la Tierra; cuando es de día en alguna parte de la Tierra, es de noche en la otra. Sin embargo, los seis "días" del relato del Génesis comprenden toda la Tierra. Así que, concluye, es claro que el término debe tomarse metafóricamente, y pasa a especular sobre la importancia que podría tener la elección de la metáfora del "séptimo día".

Aquí usó un principio al que Galileo Galilei iba a recurrir vanamente en su propia defensa (contra los religiosos en su afirmación de que "la Tierra se mueve alrededor del sol") mil años después. San Agustín afirma que, si hay un conflicto entre una lectura literal de la Escritura y una verdad bien establecida sobre la naturaleza, ésta es razón suficiente para buscar una interpretación metafórica del pasaje de la Escritura. No puede haber contradicción entre la Naturaleza y la Escritura, puesto que Dios nos habla en las dos. Este principio de exégesis es notable, pues permitió a la ciencia natural un lugar en la determinación del sentido de la Sagrada Escritura. Digo "notable" porque San Agustín enfatiza siempre que no hay que preocuparse si los cristianos ignoran la obra de aquellos que él llama "físicos", que consideran la naturaleza de las cosas; es suficiente para los cristianos, dice, "...creer que la causa de todas las cosas creadas, sean del cielo o de la Tierra, visibles o invisibles, no es otra que la bondad del Creador, quien es el verdadero y único Dios". Sin embargo, aun cuando la ciencia natural ocupa para él un lugar muy inferior al conocimiento de Dios, le concede suficiente solidez como para hacer de ella algo significativo, incluso para la interpretación de la Escritura.

Entonces, en su cosmovisión, ¿cómo comenzó el universo? Dios hizo todas las cosas de una vez, y con ellas empezó el tiempo. En aquel primer instante, las semillas de todas las cosas que vendrían después, ya estaban presentes; no habría necesidad de adiciones ulteriores. Hasta los cuerpos de Adán y Eva, nuestros primeros padres, ya estaban presentes, en potencia, en los materiales a partir de los que el cosmos se desarrollaría gradualmente.

Uno de sus predecesores, Gregorio de Nisa, ya había dicho lo mismo: que un Dios verdaderamente creador –y no sólo artífice de materiales preexistentes- dotaría a su creación, desde el principio, con todo lo que necesitase para llevar a cabo sus fines, y también la sustentaría en todo tiempo para que pudiera alcanzar estos fines. Gregorio decía en un pasaje maravillosamente expresivo:

"Las fuentes, las causas, las potencias de todas las cosas, fueron lanzadas colectivamente en un instante, y en este primer impulso de la Voluntad Divina, fueron congregadas las esencias de todas las cosas: el cielo, el éter, la estrella, el fuego, el aire, el mar, la tierra, el animal, la planta, todo contemplado por el ojo de Dios" ("Tratado apologético sobre el Hexamerón, Patrología Greca", ed. J. P. Migne, 44, col. 72; citado por E. C. Messenger: *Evolution and Theology* (Nueva York: Macmillan, 1932), p. 24; traducción modificada.

Gregorio añadía que, como la naturaleza requiere del tiempo y la sucesión, las naturalezas que se implantaron con potencia causal en aquel primer instante se desplegarían sólo después en un orden ya implícito desde el principio. Esta fue la famosa doctrina de las "razones seminales" que San Agustín desarrollaría más tarde, y a la que tantas veces hicieron referencia los cristianos defensores de la teoría de la evolución en aquellas primeras décadas posteriores a Darwin, cuando todavía parecía una teoría problemática desde el punto de vista cristiano.

La teoría de San Agustín no era evolucionista, estrictamente hablando, ya que, por alguna razón, las especies naturales se desarrollaron no una proveniente de otra en una secuencia temporal, sino cada una a partir de sus propias razones seminales, cuando el entorno material era propicio. San Agustín lo pone de este modo:

"Todas las cosas fueron creadas por Dios en el principio en un género de mezcla de elementos, pero no podrían desarrollarse y aparecer sino hasta que las circunstancias fuesen favorables".
(De *Tromotate* - ill. 9. 30. *Literal Meaning of Genesis*, V, 23, p. 175)

En aquellas "semillas", como las llama Agustín gráficamente, estaban "*invisiblemente presentes*" (como él lo pone) ... *no sólo el Sol, la Luna y las estrellas, sino hasta la inmensa diversidad de seres vivos, que requirieron solamente –además de las semillas- de las propiedades causales del agua y de la tierra*".

Es sorprendente la convicción del Santo Obispo Agustín de Hipona de que la naturaleza está completa en su propio orden. No necesita ser suplida, ajustada, aumentada. Admite, desde luego, el milagro, haciendo notar que éste no es, como comúnmente se dice, contrario a la naturaleza, sólo es contrario a nuestras expectativas humanas. Estrictamente, no puede ocurrir nada contrario a la naturaleza. La "naturaleza" de cada cosa (y aquí su definición parte señaladamente de la de Aristóteles) es "*precisamente lo que el supremo Creador de las cosas quiso que fueran*", que podría,

dada la ocasión, incluir puntos de partida desde el orden normalmente observado por nosotros.

Lo que San Agustín hizo, en efecto, fue distinguir entre dos órdenes de causalidad o de explicación; cada uno es completo en sí mismo, pero cada uno también completa al otro señaladamente. Su forma de alcanzar a Dios no es mediante las lagunas en el orden natural, mediante la incapacidad de la ciencia natural para explicar ciertos fenómenos. Dios es "causa", no como parte del orden natural, no como interviniendo aquí y allá para efectuar las cosas que de otro modo no ocurrirían, sino como causa creadora primaria de todo, absolutamente todo el orden natural, como el agente responsable de su existencia y de su entera forma de ser. Una cosa es recurrir a Dios, quien solo construye y gobierna a las creaturas desde lo alto -nos recuerda San Agustín-, y completamente otra explicar por qué las cosas suceden en la forma que lo hacen en el orden natural. Por esto, es suficiente referirse a las capacidades que Dios ha tejido en la textura del mundo desde su aparición.

El mundo natural es un signo de Dios -San Agustín tiene mucho que decir, en consecuencia, acerca de la naturaleza de los signos- porque es su hechura y, por consiguiente, refleja sus propósitos. Es como si se pudiera ver a Dios a través de él:

"Preguntaba a los Cielos, al Sol, a la Luna y a las estrellas: 'Nosotros no somos el Dios que buscas', dijeron. A todas las cosas que estaban alrededor de las puertas de mi cuerpo dije: 'Díganme de mi Dios...'. Con una voz poderosa gritaron: '¡El nos hizo!'. Mi pregunta fue la mirada que lancé sobre ellas; la respuesta: fue su belleza ... ¿No aparece esta belleza ante todos los hombres cuyos sentidos están sanos y completos? ¿Por qué, entonces, no había lo mismo a todos los hombres?..."

Por supuesto, ésta es una cuestión crucial. Las cosas invisibles de Dios, "¿no han de verse en las cosas que Él ha hecho", como había insistido San Pablo? Luego, ¿cómo puede ser que algunos simplemente no ven? Aunque el mundo pueda presentar la misma apariencia al irreflexivo y al reflexivo, San Agustín señala:

"[...] silenciosa para uno, habla empero al otro. Ni siquiera habla a todos, sino sólo a aquellos entendimientos que comparan la voz que toman de fuera con la verdad que está dentro de ellos. La verdad me dice: tu Dios no es el Cielo o la Tierra ni alguna cosa corpórea..."

Entonces, Dios no ha de ser visto en el universo, **sino por medio de él**. Y "verlo" no es asunto de la ciencia natural, sino que requiere de la atención del individuo a la verdad que descansa en él mismo, dentro de su propia historia. Esto es, ciertamente, lo que su obra *Confesiones* pretendía ilustrar, pues San Agustín reflexionaba sobre su propia vida a la luz de la verdad interior de que todas las cosas provienen de las manos de Dios.

Isaac Newton creía que la intervención de Dios era necesaria para mantener el movimiento constante de los cuerpos celestes. Paley, como otros, sostenía, a partir de la maravillosa adaptación de las variadas especies de organismos vivientes a su medio ambiente -habida cuenta de la común aceptación, pre-darwiniana, de la inmutabilidad

de las especies-, la hipótesis de una Mente Cósmica que las ordenó y proyectó de este modo.

A pesar de su plausibilidad inicial y de qué tan sugerentes sean los argumentos a favor de la necesidad de una Mente Ordenadora del mundo –apoyados en las lagunas de la imagen científica en curso, especialmente aquellas basadas en la improbabilidad estadística de nuestro actual orden del mundo-, no me parece que esta fundamentación asegure la elaboración de una teología natural convincente. Las descripciones son, en verdad, impresionantes: por ejemplo, Don Page, un científico de Princeton, ha calculado recientemente que las probabilidades en contra de nuestro universo actual son algo así como de 1 en 10 a la potencia 133. Pero las opiniones, en cuanto a la base para hacer los cálculos, siguen variando, dada la situación única o la "singularidad" de las etapas tempranas del sistema cósmico. Otros han expuesto hipótesis ingeniosas, como la de que no se necesita una elección para las peculiares condiciones iniciales de nuestro universo, puesto que realmente existe un número infinito de universos posibles, de manera que el nuestro está destinado a aparecer en algún lugar, sin necesidad de cálculos de probabilidades o de agentes selectivos. Otros tratan de demostrar que el nuestro es, de hecho, el único universo posible que puede ser real, asumiendo que, en la física cuántica, muchas propiedades del conjunto de las partículas subatómicas solo pueden hacerse reales por medio de observadores conscientes como nosotros. Otros debilitaron la base del impresionante argumento del "ajuste fino" de las cuatro fuerzas básicas –junto con el de algunas otras constantes del universo, en balance preciso-, mediante la reducción de las cuatro fuerzas, primero a tres, luego a dos, luego, se espera –a la luz de alguna hipótesis hasta ahora incompletas, como la *Teoría de las Supercuerdas*-, a una fuerza simple, omnicomprendiva, a partir de la cual pueda deducirse todo lo demás. Algunos sugieren definir el comienzo como la mera fluctuación posible de un campo cuántico primordial, que emerge de un estado de vacío informe, altamente energizado, o de una "espuma" de pre-espacio-tiempo, que identifican ambiguamente con "la nada". En vista del intenso proceso de especulación que se da en estos tiempos, entre los físicos teóricos de alto nivel, no me parece posible todavía hallar una "fundamentación" segura, dentro de las exigencias de la explicación científica, para negar la postulación de una Mente Ordenadora trascendente (Dios) como causa única del origen y estructura de nuestro cosmos.

Otros, al interior de la comunidad de biólogos, o filosofando sobre sus datos, sugieren que hay una evidencia más firme sobre la necesidad del plan de una Mente Cósmica para explicar los orígenes de la vida y los grandes saltos a las nuevas especies en el curso de la evolución, en vista de la grandísima improbabilidad estadística del paso de una molécula no viviente a una célula viva (Fred Hoyle y su colaborador han calculado que es de 1 en 10 elevado a 40,000 potencia) y del fracaso de todos los intentos por reproducir con éxito las condiciones de tal paso, hasta ahora.

Somos libres para seguir en nuestros propios contextos afirmando, felizmente, nuestras pretensiones de verdad objetiva. En una palabra, el natural, espontáneo, y, en último análisis, inextinguible impulso de la mente humana por descubrir y dar una expresión reconocible a la verdad- lo que *tiene que ver* con la realidad- no puede tolerar por mucho tiempo cualquier intento de sabotaje sistemático a su propio impulso y a la estructura

cognitiva innata de la experiencia-aprehensión-juicio. Como el mismo Derrida ha dicho bien en algún lado, entendiéndolo como una necesidad pragmática de la vida humana real: "*Il faut la vérité*" (debe existir la verdad).

Si los movimientos aludidos se toman con moderación, empero, nos pueden conducir a una notable comprensión, más realista, de lo que de hecho *tiene que ver* con la razón humana. No hay regreso a una comprensión pre-hermenéutica del pensamiento humano y del lenguaje. Lo que realmente ha quedado demolido es el viejo y verdaderamente arrogante ideal cartesiano e ilustrado de la razón humana como "Razón Pura", impersonal, autónoma, autosuficiente, independiente de cualquiera tradición, cultura, perspectiva histórica o autoridad. Esta razón humana sería capaz, en principio, de reunir en sí, sin ayuda y con perfecta transparencia, todo lo que es real, cognoscible o digno de ser conocido, dando prioridad especial al método científico como el método ideal par alcanzar cualquier verdad que nos fuera asequible.

De acuerdo con esto, un pensador contemporáneo consciente de su propia limitación, en *cualquier* campo, debería estar dispuesto a admitir que nuestra razón humana debe ver siempre el mundo desde una perspectiva limitada (y, por tanto, incompleta), o desde alguna posición ventajosa, y aquello que se vea desde otra posición ventajosa será complementario, no contradictorio. No podemos quedarnos intelectualmente desvalidos para entender los textos de la humanidad y su mundo, sino que debemos continuar el aprendizaje dentro de una tradición hermenéutica viva. El conocimiento confiable que de hecho podemos alcanzar de lo real, no es el ideal cartesiano de absoluta certeza, de manera que lo opuesto pueda mostrarse como una contradicción *lógica*, sino más bien la "afirmación razonable", como lo expone Bernard Lonergan, que se alcanza no por reglas impersonales, automáticas, claramente especificables, par el pensamiento correcto, sino por el pensamiento *personalizado y responsable*. Esto incluye el esfuerzo por una *aprehensión* intelectual del significado latente en los datos, y por el *juicio* personalmente responsable basado en la evidencia que se reconoce como suficiente para sus propósitos. Toda nuestra percepción, nuestros conceptos y comprensión, son, como tan bien lo ha expuesto Polanyi, una síntesis tal de conocimiento focal y periférico (o contextual), que no es ni *posible* ni *necesario* hacer formal y explícito todo lo que está en este conocimiento contextual. El nuestro es un modo de conocimiento *vivido*, existencial, que se adquiere al compartir una "forma de vida" práctica, nunca totalmente susceptible de formulación conceptual explícita, y esto no es, como los deconstruccionistas creen tan a menudo, dañar nuestra capacidad de comprensión, sino *hacerla positivamente capaz*.

La misma convicción de que la experiencia científica fundamental es tan fuerte es porque hay un mundo más allá de la mente que la alimenta en alguna forma que es difícil de explicar y comunicar.

Es útil recordar los dos tipos diferentes de lógica que han competido a favor de los teólogos, casi desde los mismos comienzos del discurso racional sobre la fe cristiana. En uno de ellos se prefieren los enunciados positivos. "El mundo fue creado" aparece como uno de ellos. Tiene una estructura gramatical muy simple con sujeto, verbo y predicado, y parece afirmar algo sobre el mundo. Sin embargo, lo que afirma es extremadamente oscuro. De

hecho, ha resultado imposible explicar lo que realmente significa "creado", en términos de un discurso científico. Esto no significa necesariamente que el mundo haya tenido un comienzo en el tiempo, ya que el discurso teológico sobre la creación sostiene, por lo general, que un mundo eterno también podría haber sido "creado", y no equivale a referir al "comienzo en el tiempo". Se usa en un sentido que entra en conflicto con el lenguaje ordinario, al cual no se puede reducir su significado.

Por supuesto, una manera de darle la vuelta a esta dificultad es describir la "creación" como un "misterio" a la par de los otros misterios de la fe cristiana, que escapan a la comprensión humana, y a los que uno sólo se puede acercar mediante la adoración y la plegaria. Pero también existe el tipo tradicional de la teología negativa, que puede ofrecer aquí una comprensión más penetrante de lo que implica "creación". El enunciado "El mundo fue creado" tiene una forma gramatical positiva. Parece afirmar algo, aunque no seamos capaces de describir. De hecho, debe considerarse como un enunciado pseudopositivo; a pesar de la apariencia positiva de la gramática, su única función en el discurso humano es negar aquello que podemos describir muy bien dentro del horizonte de la experiencia humana. El sentido negativo de "creación" es que el mundo no está estructurado como una construcción humana. Ciertamente, Dios conoce en un sentido positivo lo que significa para Él haber creado el mundo. Para nosotros sólo puede significar que no fuimos nosotros los que lo hicimos. Desde este punto de vista, a la doctrina de la creación no le atañe cómo es que el mundo llegó a ser el que es; le atañe cómo es que estamos relacionados con sus estructuras fundamentales. Sostiene que no somos responsables de estas estructuras; que no tenemos influjo sobre ellas, que no podemos reclamar mérito alguno por su gloria, y que sólo podemos ejercer poder (dé cierta forma) si las respetamos. Así, la doctrina de la creación no es un enunciado descriptivo en absoluto, sino un enunciado que sólo puede entenderse si se reconocen sus implicaciones morales.

No es difícil encontrar apoyo bíblico para esta visión de las cosas. El Antiguo Testamento contiene muchos pasajes en los que la actividad creadora de Dios se describe en términos muy antropomórficos, basados en el uso metafórico de la "creación" del mundo, como si tuviera algo en común con el "hacer" ordinario del hombre. El alfarero que trabaja con su torno es uno de éstos (Jer 18,6). Pero la noción de creación, por lo general, se encuentra en los contextos que subrayan con claridad que los seres humanos no tienen nada que ver con el establecimiento de las estructuras del mundo. Los dos relatos de la Creación de Génesis Gen 1 y Gen 2 tienen en común que se describe al ser humano como habitante tardío del universo que estuvo ausente en su "comienzo". En Gen 1 el hombre aparece el último día de la Creación, cuando al resto del mundo ya se le había dado forma. En Gen 2 la humanidad estaba ausente cuando Dios hizo los cielos y la Tierra.

Bien se interpreten los textos bíblicos de una u otra forma, ha sido una constante histórica el reconocer que el sentimiento de fragilidad y de desamparo frente a la descumunal naturaleza e ignorancia del ser humano para entender su entorno, es el que lo ha hecho filosofar acerca de su existencia, sus orígenes y fines en el mundo. Como sea, se reconoce plenamente la existencia de una relación de "Poder" infinito e incomprensible al razonamiento humano, que deriva en especulaciones diversas acerca de Dios; especulaciones creadoras de teorías y doctrina de la más variada índole.

Hablando de la función de "Poder" que Dios entraña, existe gran literatura bíblica en relación a los fines últimos encomendados al hombre que debe perseguir utilizando el poder que le fue conferido: de decisión, de libertad, de pensamiento, de conocer y ejercer la bondad, etc., etc. Poderes que le fueron otorgados al ser humano, que originariamente provienen de Dios.

La autoridad civil -dice Cathrein- nada puede mandar que repugne a la voluntad de Dios ciertamente conocida, ya por la ley natural de la razón, ya por la Revelación. Dios no quiso ni pudo dar potestad de pervertir o perturbar el orden por El establecido. Comparto la idea de Cathrein, ya que creo que Dios no pudo querer, al crear la naturaleza y al hombre, que éste pervirtiera el Orden Natural de las cosas creadas por El. Dios no pudo permitir que el hombre se autodestruyera, ni destruyera al mundo de la naturaleza -que le da vida y sustento y que es reflejo de Dios mismo-; Dios no pudo permitir que el hombre derramara sangre del propio hombre, y mucho menos que lo hiciera escudándose en la sombra de la bandera de "guerra santa".

La palabra de Dios debemos entenderla interpretando correctamente los dictados de nuestra conciencia -y si se quiere, también de las Sagradas Escrituras-, mediante sus principios más hondos. Dios no pudo querer para la humanidad injusticia sino justicia; Dios no pudo querer para la humanidad desigualdad sino igualdad; Dios no pudo querer maldad y perversión en sus múltiples formas, sino bienestar en todas sus fases: libertad, utilidad, felicidad y paz para la humanidad, que como principios éticos son comunes al Derecho y a la Moral.

Debemos aprender a escuchar la palabra de Dios en un mundo cotidiano tan ruidoso, mediante el tiempo que destinemos a la reflexión, en lo más profundo de nuestras conciencias. No es necesario ser sabio para saber lo que es bueno y malo, ni para entender los rasgos esenciales que caracterizan a la Justicia. Con las virtudes físicas e intelectuales que tiene el hombre, limitadas o no limitadas -dependiendo del punto de vista desde el cual se le mire-, son suficientes para que tenga conciencia de sí mismo y para que se sienta obligado a encaminar su obrar, que es libre, de suerte que cumpla con los dictados de la palabra de Dios, para alcanzar satisfactoriamente su misión en la Tierra y también su misión ultraterrenal, después de la muerte.

El poder humano debe tenerse como una participación del poder divino en el gobierno del mundo. "*Nada es justo ni legítimo en la ley temporal -nos dice San Agustín³¹⁴- si no lo derivan los hombres de la Ley Eterna*".

El pensamiento de Hegel³¹⁵, en el siglo XIX, acerca de la evolución de la Historia del mundo -que llamó "*Filosofía de la Historia*"-, tiene como idea básica que la "Razón" gobierna al mundo y, por consiguiente, a la Historia mundial. Esta "Razón" implica una moralidad cuyas leyes son lo esencial racional. Esta misma idea aparece en la afirmación según la cual la Historia del mundo es "*...el curso racional necesario del Espíritu del mundo...*" (Hegel, G.W.F., "*The Philosophy of History*", trad. de J. Sibree, The Colonial Press, Nueva York, 1899, p. 9-10).

³¹⁴ En su obra "*De Libero Arbitrio*" (I, VI, 15, PL, XXXII, 1229).

Citado por Hervada, Javier, en sus "*Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*", p. 556.

³¹⁵ Citado por Kelsen, Hans, "*¿Qué es la Justicia?*", pp. 103-104.

Para Hegel el Espíritu del mundo no es más que la personificación de la Razón. Esta personificación es esencial, ya que la Historia del mundo es también la encarnación de la voluntad del Espíritu del mundo. Las acciones de los individuos y los Estados, de las cuales se compone la Historia, son "...los medios e instrumentos del Espíritu del mundo para alcanzar sus objetivos" (Hegel, *"The Philosophy of History"*, p. 25). Y todos los hombres de la Historia que persiguen sus propios objetivos, no hacen más que ejecutar, sin saberlo, la "*voluntad del Espíritu del mundo*" (Hegel, *"The Philosophy of History"*, p. 30). Casi es imposible separar la voluntad del Espíritu del mundo de la voluntad de Dios.

Para Hegel, el hecho de que la Razón gobierne al mundo es una aplicación de la "*verdad religiosa*" según la cual el mundo no está abandonado a su propia suerte, sino que está bajo control de la "*Divina Providencia*", la "*Providencia de Dios*". La Providencia es la "*...sabiduría dotada de un poder infinito eficaz, a saber, el fin racional absoluto del mundo*" (Hegel, *"The Philosophy of History"*, p. 13).

Al investigar el desarrollo del Espíritu del mundo en la Historia, la filosofía de Hegel constituye un intento deliberado a "*conocer a Dios*", y lo dice explícitamente. Es muy significativo la idea motriz de su obra, según la cual "*...la Historia del mundo no es comprensible sin tener en cuenta el Gobierno del mundo*". La llamada Filosofía de la Historia de Hegel es el mito del Espíritu del mundo: no es en sí una Filosofía, sino una Teología de la Historia. Asumir que Dios no sólo es trascendente respecto al mundo sino también immanente a él, y que el mundo es una manifestación de su voluntad, constituye un elemento esencial para una interpretación teológica de los fenómenos.

La forma como llegan los hombres a establecer la existencia del Ser Supremo, Dios, bien por el uso de la razón, o bien por la fe positiva, no es fundamental para el mundo del Derecho positivo. Sin embargo, la Religión es una necesidad del hombre de primera línea, un inmenso poder que mueve espíritus y corazones, una realidad fáctica, que por ser tal - una realidad y necesidad-, no escapa a los ojos del mundo normativo jurídico. El legislador debe tomar en cuenta esta realidad concienzudamente para que, con la creación de las normas jurídicas, no se restrinjan o violen esos derechos de libertad para profesar la creencia en Dios, porque si así lo hicieren, se crearían en forma inmediata perturbaciones graves en el orden social. El legislador debe tener presente la forma como ha venido evolucionando la materia religiosa en la Historia, percibiendo que, en torno a ella, se mueve un inmenso poder. Deberá igualmente tomar en cuenta el espíritu de aquellos principios más generales que profesa la religión como los de amar al prójimo, los de igualdad, de Justicia, etc., para darles la forma jurídica que requieren, a través de la creación de las leyes positivas.

El gran número de religiones existentes en el mundo no significa que cada una de ellas alabe a un Dios diferente, sino que, en esencia, se trata de las diferentes formas o vías por las que se llega a El, como un solo Dios, como el Ser Supremo Divino.

Ya Ahrens nos conduce, por la ley natural de la razón, a la voluntad de Dios que gobierna al mundo. En la Revelación (Antiguo y Nuevo Testamento) encontramos también pasajes elocuentísimos y decisivos que hacen derivar toda potestad humana de la

potestad suprema de Dios, cuyas normas eternas deben tener en cuenta legisladores, jueces y gobernantes:

"Per me reges regnant et legum conditores justa decernunt. Per me principes imperant, et potentes, decernunt justitiam". ("Por mí reinan los reyes, y decretan los legisladores leyes justas; por mí los príncipes mandan y los jueces administran Justicia").

"Unus est legislator et iudex, qui potest perdere et liberare". ("Uno sólo es el legislador y juez que puede perder y salvar"). (Prov. VIII, 15-16).

"Praebete aures, vos qui continetis nationes... Quoniam data est a Deo potestas vobis, et virtus ab Altissimo". ("Dad oídos a mis palabras vosotros que tenéis el gobierno de las naciones... Porque la potestad os la ha dado el Señor: del Altísimo tenéis esa fuerza"). (Sab. VI, 3-4).

"Diligite justitiam, ut iudicatis terram... Sentite de Domino in bonitate, et in simplicitate cordis quaerite illum". ("Amad la justicia, vosotros que juzgáis o gobernáis la Tierra. Sentid bien del Señor, y buscadle con sencillez de corazón"). (Sab. I, 1).

"Respondit Jesus (Pilato): Non haberes potestatem adversum me ullam, nisi tibi datum esset desuper". (Respondió Jesús -a Poncio Pilatos-: "No tendrías poder alguno sobre mí, si no te fuera dado de arriba"). (Juan, XIX, 11).

"Non est potestas nisi a Deo". *"Princeps Dei minister est"*. ("No hay potestad que no provenga de Dios". "El príncipe es un ministro de Dios"). (Rom., XIII, 1-4).

León XIII, uno de los pontífices romanos que más escribieron sobre asuntos políticos y sociales, dice que *"... no puede existir ni ser concebida una sociedad, sin que haya quien modere las voluntades de los asociados para reducir la pluralidad a cierta unidad, y para darle el impulso, según el Derecho y el orden, hacia el bien común. Únicamente a Dios, Creador de todas las cosas y legislador, pertenece la potestad de ligar las voluntades de los hombres; y los que la ejercitan, es menester que la ejerciten como comunicada a ellos por Dios"*.

"La potestad de los gobernantes civiles -sigue diciendo León XIII-, siendo como una comunicación de la potestad divina, de continuo adquiere por este mismo motivo, una dignidad mayor que la meramente humana... verdadera y sólida potestad tenida como don y beneficio del cielo. Por lo cual será preciso que los ciudadanos estén sujetos y obedientes a los príncipes como a Dios, no tanto por temor a las penas, cuanto por reverencia a la majestad; no tanto por motivo de adulación, cuanto por conciencia del deber".

Leemos en el Nuevo Testamento: *"Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit: non est enim potestas nisi a Deo: quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt. Itaque, qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit. Qui autem resistunt, ipsi sibi damnationem acquirunt... Ideo, necessitate subditi estote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam"*.

("Por lo cual quien desobedece a las potestades, a la ordenación o voluntad de Dios desobedece... Por consiguiente, los que tal hacen, ellos mismos se acarrearán la condenación... Por tanto es necesario que le estéis sujetos, no sólo por temor del castigo, sino también por obligación de conciencia..."). (Rom., XIII, 1-5).

Todo ello implica la idea de un Dios que gobierna continuamente al mundo y que tiene providencia permanente en él, pues cada ley humana y cada mandato legítimo, son una forma peculiar del continuo gobierno divino sobre los seres libres, dotados por Dios de autonomía, esto es, de la facultad de autorregularse y otorgarse leyes a ellos mismos. La autonomía no significa ausencia de gobierno divino, sino la forma del gobierno divino sobre los hombres en cuanto son **seres racionales libres**. Por eso la obediencia a la autoridad en la tierra y a sus leyes es cosa de conciencia, de obediencia a la ley divina.

Las teorías acerca del Poder adoptan la idea de que **el poder** es uno sólo, el cual, para su ejercicio, encontramos establecido un orden jerárquico sistematizado de órganos e instituciones concatenados a los que llamamos –equivocadamente– "poderes", como si fueran varios poderes. Estos, en realidad, solamente participan de una parte de ese singular poder; es decir, los diferentes poderes, a través de las ramificaciones o tentáculos propios, están conectados y convergen en esa exclusiva línea de poder, que es unitaria.

Así las cosas, ¿por qué, si están encadenados jerárquicamente estos poderes, en su momento vamos a decir que desaparecen al llegar al punto más alto del poder sobre la tierra? El poder total de los hombres debe estar regido también por otro poder que ya no es humano, que es suprahumano, que está por encima de él y que gobierna la tierra y se ejerce por conducto de la propia razón de los hombres por el Ser supremo al que llamamos Dios, y al cual llegamos a conocer por la fe positiva o bien por el uso de la razón.

De la misma forma como existe una conexión real entre el mundo del ser y del deber ser y del mundo normativo humano (Derecho positivo) y el Derecho natural -que convergen en el mismo lugar: la persona humana-, igualmente el poder terrenal humano debe ser la participación de un poder supremo divino.

Los gobernantes, al ejercer el poder sobre sus súbditos (gobernados), deben hacerlo con Justicia y prudencia, en la forma como Dios lo ordena y no de modo diferente o contrario; de ser así, estos últimos no pueden ser acusados por faltar a la obediencia, porque si la voluntad de los gobernantes se opone a la voluntad de las leyes de Dios, ellos mismos se exceden en el modo de ejercer la autoridad y pervierten la Justicia; ni puede valer en tal caso su autoridad que, no siendo justa, es nula.

En tal caso, los gobernados no se acarrearán ningún tipo de condena ante Dios, puesto que ellos comprenden que **El** es Bondad pura, Justicia plena y eterna, y que, ante el juicio de Dios, no hay esclavos ni libres, ni hombres ni mujeres, ni pobres ni ricos, ni poderosos ni débiles, ni judíos ni musulmanes: es **Uno** el Señor de todos, y que por **El** están sometidos los hombres y obedecen a los gobernantes, porque estos últimos llevan consigo, de cierto modo, la imagen de Dios: **¡servir a Dios es reinar!**

CONCLUSIONES.

PRIMERA: El Derecho es un principio rector de la conducta humana que está constituido por las relaciones esenciales de la vida, para la sana y armónica convivencia en sociedad. Es un orden general normativo supremo de carácter histórico, científico y filosófico, con preceptos imperativo-atributivos metodológicamente sistematizados, que realizan la coordinación objetiva de las posibles acciones externas entre las personas en determinado espacio y tiempo, según un principio ético universal que los determina con exclusión de todo impedimento, en prosecución de la Justicia. Este instrumento llamado "Derecho" tiende como fin a satisfacer todas las necesidades humanas -individuales y sociales- exigidas por su especial naturaleza, y garantizar la convivencia social en libertad, paz, seguridad y bienestar común, a cuya violación sigue una reacción institucionalizada.

Al Derecho incumbe arreglar la manera como deben ser satisfechas las necesidades que se refieren a los bienes esenciales del hombre en sociedad, pues el hombre se convierte en un ser completo y alcanza su fin solamente en coordinación con otros hombres en sociedad; el Derecho es, entonces, el elemento de coordinación, de orden, que hace posible la convivencia humana.

SEGUNDA: Los individuos, las familias, los organismos profesionales, las personas físicas y morales, tienen una finalidad propia que persiguen primordialmente; pero hay un fin común a todos los hombres y a todos los organismos inferiores: la Justicia, la igualdad, el bien común. Para la consecución de estos fines es preciso delimitar, coordinar, unificar, no sólo las voluntades y las pretensiones subjetivo-jurídicas (cosa que ya hace el Derecho), sino también la actuación de estas pretensiones en la conducta externa. A la realidad del Derecho, "*querer entrelazante*", "*coordinación objetiva de las posibles acciones*", responde lógicamente la existencia de un órgano de poder que realice la coordinación fáctica de las acciones en ejecución; este órgano se llama Estado.

TERCERA: El Derecho es la forma de manifestación éticamente necesaria del Estado para justificar su propia existencia, sus actos, las formas de ejercer el poder y su eficacia. Existe una relación íntima entre el Estado y el Derecho; el Estado es la fuente de validez formal del Derecho. Hay que concebir al Derecho como la condición necesaria del Estado actual, y al Estado como la necesaria condición del Derecho del presente. Sin el carácter de creador del "poder" que el Derecho entraña, no existe validez jurídica normativa, ni poder estatal; pero, sin el carácter de creador de Derecho que tiene el poder del Estado, no existen positividad jurídica, ni Estado.

CUARTA: El Estado es un centro real y unitario de acción (y de poder); es una forma de vida de una nación, dentro de un orden jurídico soberano y con órganos de unidad política, bajo un poder de dominación, libremente aceptados (o impuestos) por una determinada colectividad humana, contenida en un territorio delimitado.

QUINTA: La razón de la existencia del Derecho y del Estado y sus formas, descansa siempre sobre una determinada concepción del hombre y de la sociedad, de sus relaciones recíprocas y, por consiguiente, sobre un determinado sistema de valores y fines. Estos valores y fines (los derechos más esenciales y primitivos de la especie humana) han

sido buscados afanosamente a lo largo de la historia, para delimitar los posibles abusos de poder, por parte del Estado (del propio hombre en actividad política).

SEXTA: En el Derecho hay algo permanente y algo variable. Aunque sus contenidos puedan variar indefinidamente con el tiempo y en los diferentes núcleos sociales, tiene principios inmutables, con validez absoluta, cuya aceptación no se discute, debido a su entidad objetiva y su carácter formal puramente lógico. El Derecho positivo tiene su fundamento en esos principios universales que recoge la doctrina del Derecho natural.

La imposición de deberes ha constituido uno de los rasgos más característicos del Derecho; su presencia indica que, cierta conducta humana deja de ser optativa para convertirse así en obligatoria. Todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un *deber jurídico*, esto es, la conducta prescrita por el Derecho; el comportamiento que debe observar el ser humano, que puede traducirse en hacer o dejar de hacer algo. La imposición de un deber emanado de una norma jurídica, se convierte en una razón para que el sujeto obligado haga u omita, y para el caso de que el obligado incumpla con lo prescrito en la norma, ésta misma tiene prevista una sanción para aplicar al infractor, independientemente de que el órgano estatal correspondiente, tiene la legítima facultad y los medios necesarios para hacer cumplir la ley a todo trance, mediante el uso de la fuerza pública (coercibilidad).

SÉPTIMA: La observancia de las normas jurídicas positivas, sin embargo, se halla asegurada en amplia medida, por ordenaciones no jurídicas de carácter natural, social y normativo por las situaciones de intereses diversos como económicas, políticas por las costumbres de los pueblos en su vida cotidiana, por los usos por las reglas sociales convencionales o de cortesía, por la religión y la moral y, asimismo, por los órganos de otras instituciones distintas del Estado. Estos factores "naturales" es lo que el propio Derecho en doctrina llama "normalidad", que son actos naturales del hombre, sin intervención directa del Derecho; el Derecho reglamenta lo que ocurre de hecho en la sociedad (la "normalidad") de acuerdo con ciertos criterios de valor; y a esta reglamentación legal humana la llamamos "normatividad".

La "normalidad" que es reflejo del desenvolvimiento natural de la conducta humana individual, proyectada en la conducta exterior del hombre ya en la vida colectiva, es lo que constituye a una unidad que llamamos "nación" (concepto sociológico), y es lo que viene a servirle de cimiento a la existencia del Estado (concepto jurídico-político). La unificación volitiva, en virtud de la cual nace en el individuo la voluntad eficaz para lo colectivo, se produce, sobre todo, como un proceso de ordenación y acomodación dentro de cada individuo, que se ve presionado en cada momento por la conveniencia social y en el estado habitual de una conciencia del *nosotros* más o menos clara y firme, que la educación de numerosas generaciones ha engendrado en el tiempo. Sin esta unificación volitiva interindividual, que no es ciertamente un "contrato jurídico", sino un entenderse de realidad psicológica, no es posible organización alguna como cultura, nación o Estado.

OCTAVA: El Estado, como organización de poder, territorial soberana, creador supremo y monopólico del Derecho positivo, y como órgano que lo aplica, tiene la gran tarea de reglamentar la conducta del hombre incorporando al Derecho.

concienzudamente, los principios universales del Derecho natural, integrando igualmente elementos de "normalidad" de cada grupo social, para llevar a las sociedades hacia una vida colectiva más justa y hacia el verdadero progreso evolutivo y, de esta forma, tender a lograr, un verdadero Estado de Derecho.

NOVENA: El "poder político" es necesario, pues el Estado debe ser regido con efectividad; pero desde el punto de vista democrático debe exigir que sólo sea admitido un poder funcional que sirva a los fines sociales. El ejercicio del poder político es algo más que la mera ejecución de las leyes en el sentido de un mero cumplimiento de la letra de la ley. Consiste más bien en el empleo de los poderes que corresponden al Estado, según su mejor saber y entender, con respecto al Bien Común en sus exigencias interiores y exteriores. De lo contrario, no se podría tampoco hablar de un *arte de gobernar*; pues de ser así, el ejercicio del poder quedaría convertido en una mera técnica de la administración. De hecho, todos los pensadores que han visto en el Estado un ser con existencia propia, con una propia finalidad y un valor moral, empezando por Platón y Aristóteles, opinan que el poder estatal está vinculado ciertamente al Derecho y a la ley, pero que dentro del marco del Derecho constituye el ámbito de su actividad todo lo que exige efectivamente y con amplitud de miras a la realización del Bien Común.

DECIMA: El Derecho, como orden -el orden jurídico- es un sistema de normas jurídicas. Lo que fundamenta la unidad de una pluralidad de normas jurídicas -un sistema, un orden-, es que su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez. El Derecho tiene la peculiaridad de que él mismo regula su propia creación; existe una *jerarquía* sistematizada-concatenada en el orden jurídico, cuyas normas emanan de otras de mayor jerarquía; el contenido de las de menor jerarquía no podrá ir nunca en contra del sentido prescrito por las de mayor grado. Esta serie escalonada o graduada desemboca en la *norma fundamental*, sobre la cual se basa la unidad del orden jurídico. Esta norma fundamental originaria establece un órgano primario creador del Derecho, es decir, el órgano Constituyente, que ha de determinar la base de todo el sistema jurídico, es decir, la creación del Estado mismo mediante la "constitución" en sentido lógico-jurídico. Y en tanto que el legislador así determinado establece las normas que regulan la legislación, aparece, en calidad de grado inmediato, la "Constitución" en sentido jurídico-positivo (como documento material).

DECIMA PRIMERA: Por el término "*Constitución*", en el sentido material más amplio, hay que entender una norma o conjunto de normas que regulan la creación de las otras de menor jerarquía. La Constitución, en este sentido, es, por decirlo así, tan sólo el "primer escalón positivo" para la creación de todo el Derecho positivo; un marco que recibirá, por medio de las leyes creadas conforme a ella, un contenido material más completo para reglamentar más casos concretos en la práctica.

El problema de la *soberanía* está esencialmente ligado al problema de las relaciones posibles entre dos órdenes normativos. Un orden es supremo, es *soberano*, es decir, no está subordinado a ningún otro orden, cuando su *norma fundamental* no tiene una razón de validez o vigencia que sea común a otras normas, porque ella misma no fue establecida con arreglo a las determinaciones de una norma. La norma fundamental de un orden soberano no puede estar establecida positivamente; sólo puede ser una norma supuesta,

determinada *hipotéticamente*. Si inquirimos cuál es el fundamento de validez de una Constitución determinada, encontraremos quizá que fue establecida de acuerdo con lo previsto por otra u otras Constituciones precedentes, y así sucesivamente. Finalmente, llegaremos a una Constitución que ya no fue establecida conforme a los preceptos de otra más antigua: a la primera Constitución, por así decirlo, en sentido jurídico-positivo, que fue establecida sólo de acuerdo con la norma fundamental *hipotética*, que fundamenta la unidad del orden estatal y concede carácter jurídico a los actos que integran este Estado. La *norma fundamental* es, así, la base y razón última de la unidad del Estado y de su soberanía.

DECIMA SEGUNDA: La "nación" que se constituye en "Estado" o que quiere cambiar su forma política o su ordenamiento jurídico, lo hace en virtud de su facultad de "decisión política" y por su poder de auto-determinarse, poder supremo al que se le ha dado el nombre de "Poder Constituyente". El Poder Constituyente es la voluntad política de una nación, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar para sí misma la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia jurídico-política. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal. El Poder Constituyente es unitario e indivisible; no es un poder más coordinado con otros poderes; es la base que abarca absolutamente todos los otros poderes y divisiones de poderes de las naciones.

Una Constitución es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad del Constituyente. Con independencia de la cuestión de si la ley en general es, por su esencia, mandato o "ratio", puede decirse que la Constitución tiene que ser una "decisión"; y todo acto del Poder Constituyente, un "mandato". El Poder Constituyente es voluntad política, un ser político concreto.

DECIMA TERCERA: El sistema jurídico-positivo total tiene una finalidad, y ésta es precisamente la cuestión fundamental de la Axiología Jurídica (o Estimativa Jurídica), que es la *norma fundamental* en sentido positivo; ésta a su vez, tiene también otra que se ha localizado en la "*norma fundamental hipotética*", que ya no es positiva y que viene a servir de base a la norma fundamental en sentido positivo. La norma fundamental *hipotética* es ya un criterio o fin del Derecho considerado en su totalidad, que ya no es inmanente a él, sino que está por encima de su contenido, y representan los principios más generales de carácter filosófico (ideas metapositivas).

DECIMA CUARTA: No es posible sostener que el Derecho se justifique en sí mismo como lo hacen los más profundos doctrinarios positivistas como Hans Kelsen, pues tal afirmación es una tautología que se comprende mejor si extrapolamos tal forma de justificación a cualquier otra realidad. Dado que el Derecho es una realidad emergente de otra realidad, la sociedad misma, en función de la cual tiene su razón de ser, si ha de ser "ajustado" a sus orígenes necesita ser justificado metapositivamente desde otras realidades objetivas. El iusnaturalismo o Derecho natural, por algunos no aceptado como Filosofía del Derecho, es todo un tratado de Axiología Jurídica porque establece una legalidad superior que es modelo, fundamento y justificación del Derecho humano, el positivo.

DECIMA QUINTA: Para la comprensión del Derecho, no basta la metodología científica porque no puede contestar a ciertas interrogantes metaempíricas y porque toda Ciencia jurídica es, por definición, sectorial y no totalizante. Por otra parte, el conocimiento práctico del Derecho requiere, para ajustarlo a la vida, una razón no empírica sino "ideal" sobre el mismo, razón que justifique el esfuerzo de los juristas científicos y que legitime la adecuación del Derecho a la vida por los juristas prácticos; razón que no venga derivada de ninguna otra, sino que sea originaria y autónoma, con validez universal.

¿Qué es el Derecho?... ¿Qué es la Justicia?... ¿Qué es la Autoridad?..., etc., cuestiones de esta naturaleza, y muchas otras, han de encontrar contestación desde la misma racionalidad humana para intentar su comprensión, constitutiva de la razón jurídica. A tales fines no pueden aplicarse otro medio que la reflexión filosófica, sistemática y metodológicamente elaborada. ¿Cuándo un Derecho es justo?... ¿Qué es la legitimidad del Derecho?... ¿Es incuestionable la obediencia a las leyes?... Estas y otras interrogantes implican valoraciones; y los valores escapan a la metodología científica, pertenecen a la región del espíritu, sólo son concebibles racionalmente. He aquí la justificación de la Filosofía del Derecho: el intento de satisfacer racionalmente estas necesidades espirituales; función no científica (aunque con técnica de conocimiento de carácter científico), pero, de gran utilidad práctica en el mundo del Derecho.

DECIMA SEXTA: La reflexión deontológica sobre lo jurídico necesita apoyarse sobre la *realidad fáctica* del mismo y vincularse con las *ciencias del Derecho*; cualquier intento racionalizador, desvinculado de estos dos pilares básicos, deviene en estéril y trasnochado saber sustantivo, que se estima a sí mismo superior al conocimiento científico y filosófico. La Filosofía del Derecho es otro saber sistemático, junto a los demás saberes sobre el Derecho - no independiente de ellos, sí complementario con ellos-, cuyo objeto de conocimiento es distinto al de ellos mediante una metodología genuina y apropiada para ello.

Cualquier norma positiva queda sometida a la pregunta por su propia legitimación o justificación ética, pues, si bien se reconoce que la seguridad de la vida jurídica exige que las normas vigentes se apliquen a todo trance, incluso que sea necesario quebrantar por la fuerza la resistencia de los sujetos implicados, se proclama también, al mismo tiempo, que esa necesidad de sometimiento a las leyes no puede amordazar jamás la radical libertad crítica de los hombres sobre la justificación ética de esas leyes positivas.

DECIMA SÉPTIMA: Mediante su propia reflexión crítica, a través de un proceso casi espontáneo de enjuiciamiento o valoración de las leyes políticas del momento, los hombres han llegado a la conclusión de que existen unos principios éticos superiores que están llamados a actuar como modelos o criterios valorativos de las diversas concreciones históricas del Derecho. Esos principios han de tener necesariamente el carácter de la "idealidad", en el sentido de que han de estar situados en un plano que esté por encima de cada una de esas concreciones históricas, de tal modo que puedan actuar objetivamente como idea modélica de las mismas.

Establecer un verdadero Derecho Justo y consecuentemente un Estado de Derecho en todas las sociedades del mundo, abrirá paso al sentido humano, a la paz, a la liberación de la conciencia y a asegurar el pleno respeto a la inviolabilidad de la persona humana en

su dignidad y protección a toda costa de su libertad en toda su extensión, sin la cual no puede haber auténtica cultura. Porque utilizar el aparato coercitivo del Estado a fin de mantener instituciones manifiestamente injustas es en sí una forma de violencia ilegítima, que los hombres, a su debido tiempo y modo, tienen derecho a repeler.

Si se plantea la pregunta por una ulterior justificación ética del Derecho positivo, esa pregunta tendrá que ser contestada inevitablemente a la luz de unas determinadas pautas o criterios de carácter filosófico; y esas pautas no podrán encontrarse, en ningún caso, en las propias normas jurídicas positivas vigentes en un lugar y tiempo determinados, sino que habrán de ser buscadas (por necesidad lógica) en un mundo de directrices suprapositivas, de principios en alguna medida trascendentes a los concretos ordenamientos jurídicos históricos. Es decir, la pregunta sólo quedará adecuadamente contestada cuando se encuentren (o sean formulados) unos criterios que, por su *idealidad*, sean capaces de actuar como contrastes valorativos de la corrección ética de las reglas jurídicas positivas.

DECIMA OCTAVA: Resulta pues, comprensible, que la preocupación por descubrir unos principios metapositivos que sean capaces de actuar como fundamento de la justificación ética general y básica del orden jurídico positivo, haya constituido una constante histórica y haya sido aceptada como una aspiración racional casi inevitable, que tengan la virtualidad de orientar y servir de contraste ético a la configuración de las leyes jurídicas positivas, al margen de la fuerza de imposición estatal que respalde en cada caso a esas leyes humanas.

Racionalidad e Idealidad son, por tanto, rasgos esenciales del proceso de enjuiciamiento ético de las leyes políticas y de los principios aplicados en ese proceso como criterios de valoración.

DECIMA NOVENA: La naturaleza racional de las valoraciones éticas que los hombres hacen del Derecho positivo, tanto en las fases previas a su creación como en cualquier momento posterior a su promulgación, aparece como algo obvio cuando se tiene en cuenta el modo en que nace y actúa la normatividad jurídica estatal. Así, en virtud de la consustancial estructura normativa de todo Derecho, la propia existencia de éste implica ya una elección de los legisladores de opciones contrapuestas, dado que las normas jurídicas imponen siempre (incluso cuando prohíben) un determinado comportamiento, frente a otras varias conductas posibles. Y, como los hombres, cuando eligen entre varias opciones contrapuestas, actúan (o, al menos, tienen la pretensión de hacerlo así) de forma razonable, es decir, de forma que su decisión esté fundada en motivos que justifiquen la elección, ha de pensarse también que, cuando los *legisladores* formulan una determinada norma jurídica, es porque han llegado a la convicción de que esa norma tiene a su favor más motivos (más razones) que cualquiera de las otras normas contrapuestas que podían darse en su lugar.

Pertencen, sin duda, al ámbito de la racionalidad los motivos en los que se apoya el *legislador* para justificar su propia opción normadora, entre las varias posibilidades. En definitiva y por lo general, la elaboración del Derecho positivo se ajusta a un procedimiento valorativo profundamente racional.

VIGÉSIMA: Así pues, puede establecerse la tesis de que cualquier conjunto de normas jurídicas vigentes en cualquier espacio jurídico-político y en cualquier época histórica, refleja y reproduce, en alguna medida, algún código o sistema de valores éticos que han sido asumidos racionalmente por el legislador de turno, en competencia con otros varios códigos valorativos diferentes como la "normalidad". Consecuentemente, tanto el código ético aceptado, como los otros sistemas de valores rechazados, pueden ser utilizados en cualquier momento como medida crítica de legitimación/deslegitimación de las normas jurídicas realmente formuladas en un momento y lugar dados.

VIGÉSIMA PRIMERA: El carácter racional de la valoración ética que se lleva a cabo en el proceso de elaboración del Derecho y en el momento de su enjuiciamiento crítico posterior no parece, por tanto, cuestionable. El origen y el sentido de toda norma jurídica transparentan siempre un juicio de valor que el autor de esa norma ha formulado en referencia a unos principios éticos asumidos previamente como instancias últimas para determinar su legitimidad. Ese juicio de valor ha actuado como justificación de la decisión que, mediante la norma, impone, prohíbe o permite unos determinados tipos de conducta, y pueden actuar también como instancias críticas para el enjuiciamiento de cualquier normatividad jurídica ya existente, tendiente a reformar dicha normatividad, en alguna medida.

VIGÉSIMA SEGUNDA: La *racionalidad* es una exigencia, una necesidad del hombre para deliberar sobre la exteriorización de tipos de conducta que sean seguras y prudentes; con el uso de la razón se toman acciones tendientes a satisfacer/resolver cuestiones valiosas de la vida del ser humano. Siempre cabe la posibilidad de someter las leyes impuestas por los gobernantes a enjuiciamiento crítico racional mediante el contraste con un determinado valor ético o con un determinado código de valores; y ese enjuiciamiento puede oponerse a la pretensión justificadora del juicio originario e, incluso, puede neutralizar su capacidad de convicción hasta el punto de que haya que llegar a pensar que tales leyes son contrarias a las exigencias éticas fundamentales sociales.

VIGÉSIMA TERCERA: La conformidad con los correspondientes principios éticos ideales es, en definitiva, el factor que dota a los derechos históricos de una legitimación suficiente. La realización de las exigencias de esos ideales es, en consecuencia, el camino que hace coincidir al Derecho positivo con el modelo del Derecho ideal de cada momento y lugar, hasta el punto de que llegue a ser aceptado sin oposición por quienes asumen ese ideal. Pero, en cambio, cuando el Derecho positivo no coincide con la medida ideal de juridicidad que aprueba la mayoría de los miembros de la sociedad, entonces ese Derecho es mayoritariamente descalificado y rechazado como inaceptable.

VIGÉSIMA CUARTA: Así pues, parece que esta comprobación resulta finalmente indiscutible: el Derecho positivo, como producto de la racionalidad humana, es una creación basada en juicios de valor y referida en sí misma a principios ideales valorativos. Por eso, cualquier intento de explicar las normas jurídicas como una regulación puramente técnica, es decir, como una realidad histórico-positiva, carente de todo tipo de subordinación a unos principios ético-jurídicos ideales (que trascendiéndolas, las dirigen y animan), termina siendo una caracterización incompleta e inexacta; y, por otra parte, conduce a una configuración del Derecho en la que están ausentes ciertos rasgos básicos

que son, según parece, los que le proporcionan esa *inteligibilidad* y *sentido humano* que le son propios.

VIGÉSIMA QUINTA: El problema de la identificación de los principios valorativos del Derecho sólo puede aclararse mediante la afirmación de que, salvo el reducido número de los valores fundamentales constantes (que son materia de estudio en esta Tesis Profesional), ese ámbito está permanentemente sometido a los cambios derivados de las transformaciones socioculturales que experimentan todas las comunidades políticas en el tiempo (relatividad). Se evidencia, por tanto, la fundamental variabilidad histórica de los ideales éticos que actúan como principios de justificación de la normatividad jurídica vigente. Y este dato nos permite afirmar al mismo tiempo, no sólo el carácter constitutivamente histórico de tales ideales, sino también la historicidad de las doctrinas o teorías que sobre los mismos, han sido o pueden ser desarrolladas por los hombres.

Sin embargo, se ha comprobado también que, a pesar de ese cambio constante, los valores o ideales del Derecho son siempre afirmados, de algún modo, por la conciencia jurídica de los pueblos; siempre ocurre que el Derecho positivo es conducido por los hombres ante esa especie de tribunal o instancia crítica que son los valores ético-jurídicos.

VIGÉSIMA SEXTA: Creo firmemente que no hay contradicción entre los contenidos de ambas constataciones de principios *relativos* y *absolutos*, sino que parece más bien, que hay una relación o tensión de "complementariedad", que no es sino un fiel reflejo de la ambivalencia en que se desarrollan la vida humana y esa creación suya que es el "Derecho": el reclamo de la *idealidad* y la limitadora presencia de la *realidad*.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: La Filosofía Contemporánea de los Valores, ha puesto de manifiesto que el conjunto de los valores es numerosísimo y que no estamos todavía en posibilidad de haber agotado su exploración. Por eso, parece inevitable reconocer que, el esfuerzo centrado en el descubrimiento de los principios o criterios ideales de la conducta humana, resulta inevitable e imprescindible.

VIGÉSIMA OCTAVA: El tema genuino y medular en la presente obra, es el estudio filosófico para desentrañar esos principios universales del Derecho a los que me he venido refiriendo, partiendo del pensamiento de varios grandes filósofos, a manera de "Teoría de Derecho natural".

He buscado desentrañar, afanosa e incansablemente, en el estudio de las diversas teorías consultadas, aquellos principios "*universales*", por consiguiente, eternos e inmutables, que deben fungir como criterios ideales supremos de valoración del Derecho que constituyen los **Límites Racionales al Poder Político y al Derecho Positivo del Estado**, en la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

He a concluir que son once y sólo once esos fines de la Política y el Derecho, que imponen *límites racionales* a las autoridades estatales, tanto en su etapa constituyente como ya constituido el poder del Estado. Tienen carácter científico, filosófico e histórico, y son:

1. La Técnica Jurídica.
2. La Ley Natural.
3. La Justicia.
4. El Bien Común.
5. La Seguridad Jurídica.
6. La Norma Fundamental Interna.
7. La Naturaleza de la Persona Humana: su Dignidad y Libertad.
8. El Fin mismo del Estado.
9. El Fin Político del Estado.
10. La Moral.
11. La Religión.

Estos valores universales son de tanto de carácter **axiológico** como de carácter **técnico-científicos**.

Sostengo, como postura ideológica de mi Tesis, que de estos criterios ideales supremos de valoración del Derecho, de carácter teleológico, debe derivarse todo orden jurídico positivo en el mundo, para que se ajuste al ideal del Derecho justo, para alcanzar su propia legitimación y justificación ética. La aplicación de estos principios dará lugar a un Derecho justo, adecuado, equitativo, que abra vías a un progreso seguro y continuo, generador de bienestar general, que fungirá a su vez como órgano que delimite al poder estatal y ordene la vida toda en armonía.

VIGÉSIMA NOVENA: Naturalmente y por creación, el Hombre está ordenado a la vida colectiva. Impulsado por su propia insuficiencia, busca y acepta, por el *consensus*, hacerse socio de aquellos que, como él, necesitan del bien general que resulta de la suma de todas las aptitudes. La sociedad no es otra cosa que la mutua ayuda organizada. Es por esta misma naturaleza que está orientado, necesariamente, a la formación de la sociedad estatal. El hombre es un ser político por naturaleza, y esto significa que cede, autoriza y abandona el derecho a gobernarse a sí mismo, para entregarlo a otros hombres o grupo de hombres, con el fin de que los gobiernen, ante la imposibilidad de ejercer conjuntamente ese gobierno, entrando así en sociedad civil y bajo el amparo de una inmensa protección estatal. De este fenómeno nace el "poder", y la relación entre gobernado y gobernante, de carácter eminentemente público.

TRIGÉSIMA: El máximo poder sobre la Tierra es el del orden social institucionalizado legítimo, el estatal sin duda; y ese poder debe servir a fines valiosos del hombre. Nace así el Derecho como una poderosa herramienta de control social, para regir la conducta del hombre y, junto con el órgano estatal, como aparato que acota los límites de los actos de los particulares y de la misma autoridad, para imponer orden y armonía en la vida del hombre en sociedad.

TRIGÉSIMA PRIMERA: Bajo este razonamiento se deduce entonces la imposibilidad de que desaparezca el orden jurídico, pues es necesaria su existencia y es connatural al hombre. Pero este mismo orden jurídico positivo debe estar, a su vez, acotado de límites que ya no son positivos sino principios metapositivos, que están por encima de su contenido y que rigen el Derecho puesto. Lo importante no es cuestionarse sobre el planteamiento de la ética de su existencia o inexistencia del Derecho en sociedad (pues está comprobada su

necesidad en la vida humana), sino enfocarse en la calidad de su contenido, es decir, que su contenido concreto quede justificado éticamente, para que permita el desenvolvimiento del hombre en todas sus fases, individual y social.

Los principios universales aludidos en esta Tesis, son las "bisagras" del fenómeno de lo jurídico, por las cuales los principios de Derecho natural toman vida material, transformándose en ese orden que llamamos Derecho positivo. Son las "bisagras" que sostienen todo el orden jurídico y que, de prescindir de alguna de ellas, terminaría por caerse esa "puerta" que llamamos Derecho, trayendo como consecuencia la creación de un Derecho malogrado, incompleto, injusto, inservible.

TRIGÉSIMA SEGUNDA: Estos principios o "límites racionales" no consisten en algún contenido concreto de norma de Derecho positivo, sino las reglas mismas de donde se deriva todo el orden jurídico positivo, es decir, en la *forma* de normación impositiva e inexorable que pueden adoptar los más diversos contenidos sociales, de conformidad con la historicidad (relatividad); ellos tienen carácter universal y en lo universal de lo jurídico no podía entrar ninguna idea de finalidad concreta, pues de incluirla, como quiera que los fines son siempre particulares, propios de una determinada comunidad y momento histórico determinado, resultaría que ya no obtendría un ideal absolutamente universal de *forma*, sino ya un contenido concreto (una norma positiva con carácter histórico/relativo) y no la fórmula o esencia misma de esas directrices universales. De lo contrario, ese concepto ya no podría aplicarse a todos los Derechos que en el mundo han sido, son y serán. Pero este argumento en nada afecta a la doctrina que expongo, pues, efectivamente, la inclusión de la referencia a un fin concreto invalidaría la idea de universalidad de los valores que llamo *límites racionales*, su pretendida esencialidad; pero aquí no incluimos ninguna idea de fin concreto (contenido del Derecho), sino una idea de finalidad funcional, una idea directriz, la cual es por entero formal, plenamente universal.

Lo que varía en la historia y en las diversas doctrinas filosóficas y políticas, son los fines asegurados por el Derecho (que son principios mutables), pero, en cambio, es magnitud constante de todo Derecho el que su función consiste en asegurar aquellas condiciones o fines que la sociedad reputa de indispensable realización, para el nacimiento del Derecho. No hago ninguna alusión de contenido del Derecho o de idea de fin concreta, sino de lo característico de las *formas* (por lo tanto representa una fórmula auténticamente universal) con las que debe contar el órgano a que llamamos "autoridad" -el hombre como Estado-creador de la ley positiva (al igual que interpreta y aplica ese orden normativo) para cumplir con esas reglas naturales humanas que descubre a través de la razón.

TRIGÉSIMA TERCERA: El Derecho natural está presente a lo largo de toda la historia de la Filosofía del Derecho como la respuesta a la exigencia racional de la existencia de una justicia absoluta y objetiva, para evitar caer en el absurdo de hacer depender la verdad y la Justicia de la voluntad -tal vez caprichosa- del legislador, sosteniendo la existencia de reglas naturales de la convivencia humana, fundadas en la misma naturaleza del hombre, como un conjunto de reglas universales y necesarias a la vida social. En efecto, al ser el Derecho el reglamento de la vida social, resultaría completamente irracional que tuviese fines contrarios a los naturales de la convivencia humana.

Los principios supremos del Derecho natural son inmutables, ya que se fundan en las exigencias ontológicas de la naturaleza humana, la que por necesidad es inmutable, esto es, para que el hombre pueda ser un ser histórico es necesario que cuente con un núcleo permanente que sustente el cambio, dicho núcleo permanente es precisamente su naturaleza en la que tienen su fundamento los principios del Derecho natural (como también los de la moral), que al ser aplicados al caso concreto son afectados por la historicidad, adecuándose a la circunstancia histórica en la medida de su indeterminación. El principio permanente es el mismo (por ejemplo, la protección a la vida, la libertad, de la salud, de los bienes, etc.), lo que cambian son las circunstancias, el momento histórico en que se aplica (paz, estado de guerra, grado de civilización, etc.), ya que el hombre es dinámico por naturaleza y se encuentra en constante cambio, desde el interior –su pensamiento- al exterior –su conducta social-.

De proponer fines concretos en esta Tesis, ya no representaría la fórmula iusnaturalista del Derecho, sino que estaría estableciendo conceptos de contenido material de Derecho, lo que es tarea legislativa, que debe realizar el órgano estatal correspondiente mediante un fino análisis en un proceso sensible y profundamente racional. El Derecho natural nos señala un orden fundamental, dejando a la libertad humana la elección de los medios, la adecuación del principio a la circunstancia histórica particular, que se realiza por medio de actos de voluntad, formando así lo que llamamos Derecho positivo, sin más límites que los señalados por la naturaleza misma. De esta forma, el contenido de las leyes que produzca el hombre se traducirá en la correcta o incorrecta adecuación de los Principios Generales del Derecho –principios contenidos en la norma de Derecho natural- a la circunstancia histórica inscrita en el Derecho positivo; el criterio para determinar si éste es justo y correcto. De aquí se desprende la gran importancia de la tarea del hombre de crear –a través del Poder del Estado- leyes **racionalmente justas**.

Sucede con la idea del Derecho lo mismo que con la del alma humana y la de todo principio ideal que, para manifestarse en el mundo, debe revestirse de un cuerpo, de un conjunto de funciones y de órganos necesarios para la existencia real-material. Para vivir en un verdadero Estado de Derecho, no hay más que un principio tutelar, salvaguardar el Derecho mismo; todo Derecho debe realizarse en la forma del Derecho; lo que es justo, debe revestirse de las formas de la Justicia.

TRIGÉSIMA CUARTA: Estos preceptos valorativos deben cobrar vida material por conducto de la actividad legislativa estatal, en cualquier etapa evolutiva en que se encuentre una sociedad determinada, pasando por un proceso valorativo profundamente racional que se traduzca en material concreto de Derecho positivo; de aquí la importancia de que los hombres que realicen esta dignísima tarea, deberán ser los hombres más connotados entre los núcleos sociales, personas que se distingan por su hombría del bien, por su honestidad, por su visión política, por el profundo conocimiento de los problemas generales de la sociedad, por su total desinterés en obtener grandes beneficios personales a costa del pueblo, por ser imparciales, por su trayectoria de servicio comunitario y por su identificación con el verdadero sentimiento y querer del pueblo, cuya voluntad puedan fielmente interpretar.

Dentro del obrar humano -con mayor importancia el obrar público-, la "razón" y la "voluntad" tienen misiones complementarias; a la "voluntad" corresponde el **querer** la acción; de la "razón" es propio **saber** realizar correctamente la acción. La actividad jurídica -como vehículo de la Justicia- requiere *saber* y *querer*; *saber* dar a cada uno lo suyo y *querer* darlo. *Querer* es propio de la voluntad justa; *saber*, es propio de la razón prudente. La actividad jurídica -en las tres esferas del ejercicio del poder- es obra del hombre *justo* y *prudente*.

TRIGÉSIMA QUINTA: La Justicia es el pilar más sólido de un buen gobierno. Respecto a las formas del conocimiento pleno de la idea de Justicia diré que parece ser una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que sólo pueden ser replanteadas, y que sólo por aproximación a sus principios regulativos se puede hacer una indicación de lo que debe encerrarse en ella. Sin embargo, partiendo de estos últimos rasgos de la Justicia y consciente de su propia limitación de conciencia para llegar al conocimiento, debe el hombre buscar todas las formas posibles (humanamente posibles) que tiendan a lograr un Derecho justo y una conducta individual justa, que se proyecte en bienestar social.

Sin la idea de Justicia en la conciencia de los hombres, la vida se torna insufrible. Todo sufrir es amargo, pero el sufrir injustamente es doblemente amargo. Lo injusto hiere no sólo el anhelo de felicidad, sino que además destruye un orden, arrebatando lo que le pertenece a alguien, lo que es *suyo de cada quien*. El sufrir injusto provoca indignación, se entromete violadoramente en la existencia espiritual, atentando contra la persona humana en todo su ser.

Todos los hombres tienen derecho a vivir con dignidad y Justicia para buscar su felicidad, lo que constituye no sólo un derecho sino también un deber. Estamos frente a la tensión perenne de la búsqueda de una Justicia perfecta, ante la cual no cabe sino seguir y seguir buscándola, aun sabiendo de la imposibilidad de encontrarla plenamente, ya que esa búsqueda, será la única gran Justicia que pueda reinar entre los hombres; búsqueda que, en otro orden de cosas, nos es dado al menos realizar en el instante supremo en que la Justicia necesita ser aplicada para su realización efectiva. Tal vez sea lo más importante, mucho más importante que las disquisiciones teóricas y las fórmulas vacías y abstractas. Porque la Justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo, sino uno de sus valores fundantes supremos.

Si estos principios universales rigen la cosa pública, viviremos en armonía; cesará toda razón y deseo de sublevarse; estarán asegurados el honor, la independencia, la soberanía y la estabilidad de la autoridad del Estado; la gobernabilidad, la quietud y salvación de la ciudad, que se traducirá en verdadero progreso y en la "*mejor vida*" para los hombres, como fórmula mágica, fin último y piedra angular de la vida toda, la que buscaban sin descanso Platón, Aristóteles y otros grandes pensadores, y que el Estado debe garantizar plenamente a todos. Además, se proveerá óptimamente al respeto de la dignidad, la igualdad, la libertad y a un mejor futuro para los hombres, a quienes, en la obediencia misma, les es dado conservar el decoro, que es consiguiente de la naturaleza humana.

El respeto a estos valores universales, acarreará necesariamente para la posteridad en la Historia de la Civilización, el cumplimiento satisfactorio de nuestros fines últimos: la felicidad y la salvación de la humanidad.

*"Apenas ayer pensé que yo era un fragmento vacilante,
sin ritmo, en la esfera de la vida..."*

*Ahora sé que soy la esfera y que toda mi vida se mueve
en rítmicos fragmentos dentro de mí".*

Gibrán Khalil Gibrán

***"Nada más sutil para conseguir la felicidad humana
que la luz del intelecto, así como en actuar siempre
con una voluntad atenta al intelecto"***

Godofredo Leibniz

**(Opúsculo "Acerca de la felicidad"
"Von der Glückseligkeit", 1710)**

"Mientras más te acercas a la madurez y te haces más consciente de la gran hostilidad del universo, te convences más de que los misterios más grandes y más fascinantes son para saborearse... no para resolverse.

El misterio nos rodea: solo tenemos que ser humildes de corazón... y prestar atención".

Carlos A. Santillán Alcocer

BIBLIOGRAFIA.

- ABBAGNANO, Nicola, "*Diccionario de Filosofía*", Fondo de Cultura Económica, México. 1963 (Biblioteca del Autor)
- AGUSTÍN, Santo Obispo de Hipona, "*Confesiones*", Versión, introducción y notas de Francisco Montes de Oca, Editorial Porrúa, S.A. Colección "Sepan Cuántos" número 142, México. 1979. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "B655 A38 1968").
- AGUSTÍN, Santo Obispo de Hipona, "*La Ciudad de Dios*", Versión, introducción y notas de Francisco Montes de Oca, Editorial Porrúa, S.A. Colección "Sepan Cuántos" número 59, México. 1979. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "B655 3 C58").
- AHRENS, Heinrich, "*Curso de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho*". Sexta Edición. Traducido por D. Pedro Rodríguez Hortalano y D. Mariano Ricardo de Asensi. Madrid, España. 1876. (Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, clasificación "K27A42" y en la Biblioteca Nacional de la UNAM "D340.11 AHR.c ej.2"; existe otra edición del año 1853 con el mismo número de clasificación).
- AQUINO, Santo Tomás de, "*Los Principios de la Filosofía Social*" (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "BX 4700.t6 048").
- AQUINO, Santo Tomás de, "*Principios de la Naturaleza*" (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "B765.T53 D462" 3º piso).
- AQUINO, Santo Tomás de, "*Summa Theologica*", Great Books of the Western World, Editor Robert Maynard Hutchins, Encyclopaedia Britannica, Inc., tomos 19 y 20. 1982. (Biblioteca del Autor).
- ARISTOTELES, "*Política*", (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación JC.71 A751 1970").
- ASTUDILLO URSUA, Pedro, "*Lecciones de Historia del Pensamiento Económico*". Editorial Porrúa. Décima Primera Edición. México, D.F., 2000. (Biblioteca del Autor).
- CARNELUTTI, Francesco, "*Metodología del Derecho*", (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K212 C37").
- CARNELUTTI, Francesco, "*Cómo nace el Derecho*", (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K154 C37").
- CATHREIN, Víctor, "*Filosofía del Derecho: El Derecho Natural y el Positivo*", Traducción directa de la Segunda Edición Alemana por Alberto Jardón y César Barja. Instituto Editorial REUS. Séptima Edición. Madrid, España. 1958. (Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, clasificación "K7C38618 1950" y en la Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K230 C3 F55 1958").

CERVANTES Y ANAYA, Javier de, "La Tradición Jurídica de Occidente: Antología de los Apuntes del Profesor Javier de Cervantes". Preparado por María del Refugio González y José Luis Soberanes Fernández. U.N.A.M. México, D.F. 1978. (Biblioteca Nacional de la UNAM, clasificación "D340.09 CER, 1" y de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, clasificación "K55AC46").

COPLESTON, Frederick, "Historia de la Filosofía", Colección Convivium, Volumen II, Editorial Ariel, Tercera Edición. Barcelona, España, 1978. (Biblioteca del Autor).

DARWIN, Charles Robert, "El Origen de las Especies", Editorial Edición Compañía Editorial, S.A., México D.F., 2000. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "QH365. O-3, S634").

DARWIN, Charles Robert, "El Origen del Hombre", Editorial Editores Mexicanos Unidos, S.A., México D.F., 1986. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "QH365. D32, S63").

DWORKIN, Ronald, "El Imperio de la Justicia: De la Teoría General del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica". (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "_____").

DE CASTRO CID, Benito "Problemas básicos de Filosofía del Derecho": Desarrollo Sistemático. Editorial Universitas, S.A. Tercera Edición. Madrid, España. 1997. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "_____").

DE PINA, Rafael, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, Décima Edición, México, D.F., 1981. (Biblioteca del Autor).

ELIAS DIAZ, "Curso de Filosofía del Derecho", Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España. 1998. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "_____").

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas", Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 2000. (Biblioteca del Autor).

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho". Prólogo de Virgilio Domínguez, Editorial Porrúa, S.A. Cuadragésimo quinta Edición. México, D.F. 1993. (Biblioteca del Autor).

GASCON ABELLAN, Marina, "Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España, 1990. Colección: "El Derecho y la Justicia", dirigida por Elías Díaz. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "POSG K230, G38").

GENY, Francois, "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo" ("Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif"), 2ª Edición, 2ª Impresión, 2 volúmenes, París. 1954. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K212 G45 1925").

GONZALEZ SOLER, María D., "Cuestiones y Textos de Historia de la Filosofía del Derecho, Moral y Política: Del Renacimiento a Kant", Editorial Dykinson, 1997. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K230 C84 e c.4").

GUILLEN VERA, T., "Estudio Preliminar a Leibniz. G.: Los Elementos del Derecho Natural", Editorial Tecnos. Madrid, España. 1991. Traducción y notas de T. Guillen Vera. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "____").

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, "Tesis". Editorial Promociones Jurídicas y Culturales. México, D.F. 1991. (Biblioteca del Autor).

HELLER, Hermann, "Teoría del Estado". Editorial Fondo de Cultura Económica. Edición y Prólogo de Gerhart Niemeyer. Traducción de Luis Toribio. México. Edición 1990. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "JC 131 H45". De la edición de 1998, clasificación "JC 263 H45").

HERVADA, Javier, "Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho". Editorial E.U.N.S.A. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España. Segunda Edición. 1995. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K230 H49 c.2").

HIRSCHBERGER, Johanes, "Historia de la Filosofía", Volumen 13, 2 Tomos, Editorial Herder, S.A., Barcelona, España. 1977. (Biblioteca del Autor).

HOBBS, Thomas, "Leviathan" (Biblioteca del Autor).

HUME, David, "Tratado de la Naturaleza Humana. Ensayo para Introducir el Método del Razonamiento Humano en los Asuntos Morales". Editorial Porrúa, S.A. Colección Sépan Cuántos. Num. 326. México, D.F. 1977. (Biblioteca del Autor).

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., "Diccionario Jurídico Mexicano", Editorial Porrúa, IV Tomos, México, D.F., 1999. (Biblioteca del Autor).

KELSEN, Hans, "¿Qué es la Justicia?". Editorial Ariel, S.A. Edición Española a cargo de Albert Calsamiglia. Barcelona, España. 1992. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "Derecho K242 K451, 1992, c.2")

KELSEN, Hans, "Teoría General del Estado". Traducción directa del alemán por Luis Legaz Lacambra. Editora Nacional. Edición 1972. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "JC 131 K45").

KELSEN, Hans, "Teoría Pura del Derecho". (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K 339 K 455").

KELSEN, Hans, "*Teoría General del Derecho y del Estado*". Traducción de Eduardo García Maynez. Editora Textos Universitarios. Edición 1969. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K252, K45").

LARENZ, Karl, "*Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*". Traducción y presentación de Luis Díez Picazo. Editorial Civitas, S.A. 1985. Madrid, España. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "POSG K242, L37").

LECLERCQ, Jacques, "*El Derecho y la Sociedad: sus fundamentos*". (Título original: "*Leçons de Droit Naturel*"). Biblioteca Herder. Sección de Ciencias Sociales. Barcelona, España. 1965. Volumen 54. (Biblioteca Nacional de la UNAM, clasificación "301 LEC.d", 3º piso y en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, clasificación "K7 L 363" 1º piso).

LEON XIII y PIO XI, "*Encíclicas Sociales y sobre el Estado*".

LLOVERA, José María, "*Sociología Cristiana*". (Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNAM, clasificación "HM 61 LS").

LOCKE, John, "*Ensayo sobre el Gobierno Civil*". Editorial Gernika, S.A. Edición 1996. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "JC 153 L5 L622 1996").

LORCA NAVARRETE, José F., "*Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*". Editorial Pirámide, S.A. Madrid, España. 1993. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "POSG K230, L67").

MARTINEZ DIAZ DE GUEREÑU, Ernesto, "*Racionalidad e Irracionalidad en la Política y el Derecho*". Actas del Simposio de Filosofía del Derecho de Abril de 1987, Universidad de Deusto. Bilbao. 1990. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "POSGK230, S55").

MONTESQUIEU, "*El Espíritu de las Leyes*". (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "JC 179 M 7M 671").

PLATON, "*República*", (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "JC 71 P85 1985").

PLATON, "*Obras Completas*", (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "JC 71 P85 1985").

PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, Versión Taquigráfica de sus "*Lecciones de Filosofía del Derecho*". Editorial Jus, México, Sexta Edición, 1970. (Biblioteca Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "DERECHO JN 6524, G67, 1988" y "K100 P74, 1970").

RADBRUCH, Gustavo, "*Filosofía del Derecho*". Estudio Preliminar sobre la Filosofía de Gustav Radbruch: Una Lectura Jurídica y Política. Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, Director: José Luis Monereo Perez. Editorial Comares, S.L. 1999. Cuarta Edición.

(Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "DERECHO, K 230.R3, R 33, 1999").

RECASENS SICHES, Luis, *"La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez"*.

RECASENS SICHES, Luis, *"Tratado General de Filosofía del Derecho"*. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1991. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K 237 29, R 42 c.3").

RECASENS SICHES, Luis, *"Vida Humana, Sociedad y Derecho"*, Fundamentación de la Filosofía del Derecho. México, D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1952. Tercera Edición. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "B65 R42 1945").

RUSSELL, Robert John; STOEGER, William y COYNE, George (Compiladores), *"Física, Filosofía y Teología. Una búsqueda en común"*. Editorial Edamex. Derechos reservados para la traducción castellana por Libros Para Todos, S.A. de C.V. y la Universidad Popular Autónoma de Puebla. 2002. (Biblioteca del Autor).

SAGRADA BIBLIA. (Biblioteca del Autor).

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel, *"Los Principios Clásicos del Derecho"*. Editorial Unión Editorial, S.A. Madrid, España. 1975. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K238. S35").

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel, *"Los Principios Generales del Derecho"*. Editorial Actas. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, España. 1993. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K238, P75").

SCHMITT, Carl, *"Teoría de la Constitución"*. Editorial Editora Nacional, S.A. Edición 1981. (Biblioteca de la Universidad Anáhuac del Norte, clasificación "K 3165 524").

INDICE

Páginas

DEDICATORIA	
PROLOGO.....	
INTRODUCCION.....	
TEMARIO.....	

"Límites Racionales al Poder Político y al Derecho Positivo del Estado"

CAPITULO I.- "EL DERECHO"

I. 1. Vida Humana, Sociedad y Derecho.....	
I. 2. Sentido del Derecho.....	
I. 3. Fin del Derecho.....	
I. 3.1. La Ciencia de la Jurisprudencia.....	
I. 3.2. Concepto de Jurista.....	
I. 3.3. El Oficio del Jurista.....	
I. 4. Dualidad del Derecho: Objetivo y Subjetivo.....	
i. 5. El Derecho, creador de la Unidad de Poder.....	
I. 6. Conducta Humana, Poder y Derecho.....	
I. 6.1. El Individuo y la Sociedad.....	
I. 6.2. Comportamientos Desviantes y Control Social.....	
I. 6.3. El Derecho como Instrumento de Control Social.....	
I. 6.4. Fuerza y Consenso.....	
I. 6.5. El Derecho como Norma, como Ordenamiento y como Relación.....	
I. 7. Definición del Derecho.....	

CAPITULO II.- "EL ESTADO"

II. 1. El Concepto del Estado.....	
II. 2. Sentido del Estado.....	
II. 3. Génesis del Estado.....	
II. 3.1. Distintas Concepciones Sobre el Origen del Poder.....	
II. 3.2. Las Formas del Poder.....	
II. 4. El Fin del Estado.....	
II. 4.1. La Justificación del Poder.....	
A. La Salvaguardía de la Ley y el Derecho.....	
B. La Realización del Bien Común.....	
II. 5. Los Límites del Poder del Estado y las Formas de Resistencia.....	

CAPITULO III.- "LA CONSTITUCION"

III. 1. ¿Qué es la Constitución?.....	
III. 2. El Concepto Ideal de Constitución.....	
III. 3. Desarrollo Histórico de Instituciones de Derecho y Documentos Constitucionales.....	
III. 3.1. La Institución de Derecho "Habeas Corpus".....	
III. 3.2. Documentos creados para la Protección de los Derechos del Hombre.....	
III. 4. La Constitución en la Pirámide del Derecho.....	

CAPITULO IV.- "EL PODER CONSTITUYENTE"

- IV. 1. Concepto de Poder Constituyente.....
- IV. 2. Concepto de Asamblea o Congreso Constituyente.....
- IV. 3. El Poder Constituyente y el Estado.....
- IV. 4. La Nación: Titular Originario del Poder Constituyente.....
- IV. 5. Ejercicio del Poder Constituyente.

CAPITULO V.- "LA DEMOCRACIA. IDEAS DIRECTRICES"

- V. 1. Elementos de Teoría Política.....
- V. 2. Teorías Sociopolíticas y la Vida Política en Democracia.....
- V. 3. Los Peligros de las Teorías Políticas Parcialistas y del Dogmatismo Ideológico.....
- V. 4. Protección contra las consecuencias de Fijaciones Ideológicas.....
- V. 5. El Acceso Funcionalista y desde la Teoría de la Acción a los Problemas e Instituciones de la Democracia.....
- V. 6. Democracia como Representación Ideal.....
- V. 7. ¿Es la Democracia una Forma de Estado y de Formación de Voluntad Política o más bien un Sistema de Ideas Directrices Sociales?.....
- V. 8. El Sistema Diferenciado de Conducción del Obrar Social.....
- V. 9. Límites y Problemas de la Formación de la Voluntad Colectiva.....
- V. 10. El Principio de Mayoría y las Ideas Directrices de la Democracia.....
- V. 11. Ideales Democráticos como Ideas Directrices de la Democracia.....
- V. 12. Observaciones a algunas Teorías Democráticas. La Concepción Romántica de la Democracia.....
- V. 13. El Modelo de Concurrencia de Elites en la Democracia.....
- V. 14. Teoría Económica de la Democracia.....
- V. 15. Democracia y Economismo Marxista.....
- V. 16. Comunidades Sociales y Grupos de Intereses en la Democracia.....
- V. 17. Democracia y Poder.....
- V. 18. Análisis Funcionalista de Problemas Actuales de la Democracia.....
- V. 19. Postulados Democráticos que se desprenden de los Análisis Funcionalistas.....

CAPITULO VI.- "NOCIONES GENERALES DE FILOSOFIA DEL DERECHO"

- VI. 1. La Medida del Conocimiento.....
- VI. 2. El Ser y el Deber Ser.....
- VI. 3. Bien y Valor.....
- VI. 4. La Filosofía General y la Filosofía del Derecho.....
- VI. 5. Desarrollo Histórico de La Filosofía del Derecho.....
- VI. 6. El Campo de Estudio de la Filosofía del Derecho.....
- VI. 7. La Justificación Ética del Derecho.....
 - VI.7.1. Dimensión Ideal de los Principios de Justificación.....
 - VI.7.2. El Carácter Racional del Proceso de Elaboración y Crítica del Derecho.....
 - VI.7.3. La Funcionalidad Justificadora de los Principios o Valores Éticos.....
- VI. 8. Determinación Histórica de los Principios de Justificación Ética del Derecho.....
 - VI.8.1. Historicidad de los Ideales Éticos-Jurídicos.....
 - VI.8.2. Sentido y Alcance de la Historicidad de los Ideales Éticos-Jurídicos.....
 - A. La Doctrina del Desarrollo Evolutivo del Conocimiento Ético.....
 - B. La Doctrina del Cambio de los propios Principios Ideales.....
- VI. 9. Complementariedad de la Persistencia y de la Mutabilidad de los Valores y de las Teorías de Justificación Ética del Derecho.....

VI. 10. Axiología o Estimativa Jurídica: Los Criterios Ideales Supremos de Valoración del Derecho que forman la Doctrina del Derecho Natural.....	
VI.10.1. El Conocimiento de los Criterios Ideales Supremos de Valoración del Derecho.....	
VI.10.2. El Derecho Natural: Esencia, Teoría y Diversas Concepciones.....	
VI.10.3. Sobre los Principios Generales del Derecho contenidos en el Derecho Natural.....	
A. ¿Qué significa "Principios" en la expresión Principios Generales del Derecho?.....	
B. ¿Qué significa "Generales" en la expresión Principios Generales del Derecho?.....	
C. ¿Son los Principios Generales "fuentes" del Derecho?.....	
D. ¿Son "Derecho" los Principios Generales del Derecho?.....	
E. El Valor Filosófico de los Principios Generales del Derecho.....	
VI.10.4. Los Criterios Ideales Supremos del Derecho Natural que contienen los Principios Generales del Derecho.....	

CAPITULO VII. "LÍMITES RACIONALES AL PODER POLITICO Y AL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO"

VII. 1. Lo que no puede limitar al Poder Constituyente ni al Poder Político.....	
VII. 2. Límite: La Técnica Jurídica. Sistematización Metodológica en la Creación, Interpretación y Aplicación del Derecho.....	
VII. 2.1. La Ciencia del Derecho.....	
VII. 2.2. Diversos Sentidos de la Metodología Jurídica.....	
VII. 2.3. Ciencia y Técnica del Derecho.....	
VII. 2.4. Aspectos Esenciales de la Metodología Jurídica.....	
A. Metodología Jurídica en la Elaboración del Derecho.....	
B. Metodología Jurídica en la Investigación y Conocimiento del Derecho para su debida Interpretación.....	
C. Metodología Jurídica en la Aplicación del Derecho.....	
VII. 3. Límite: La Ley Natural.....	
VII. 4. Límite: La Justicia.....	
A. El significado según el cual la Justicia es la conformidad de la conducta a una norma.....	
B. El significado según el cual la Justicia constituye la eficiencia de una norma, como fin o una determinada medida en su capacidad de hacer posibles las relaciones entre los hombres.....	
a) la felicidad.....	
a) la utilidad.....	
b) la libertad.....	
c) la paz.....	
VII. 5. Límite: El Bien Común.....	
VII. 6. Límite: La Seguridad Jurídica.....	
VII. 7. Límite: La Norma Fundamental Interna.....	
VII. 8. Límite: La Naturaleza de la Persona Humana: su Dignidad y su Libertad.....	
VII. 9. Límite: El Fin mismo del Estado.....	
VII. 10. Límite: El Fin Político del Estado.....	
VII. 11. Límite: La Moral.....	
VII. 12. Límite: La Religión.....	

CONCLUSIONES.....	
BIBLIOGRAFIA.....	
INDICE.....	