

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Algunas Consideraciones en Torno al  
Derecho Natural en las Constituciones  
Salvadoreñas**

TESIS  
PRESENTADA POR  
**RENE FORTIN MAGAÑA**  
EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

-0-

San Salvador, El Salvador, C. A.

Febrero de 1959

079785

DEDICATORIA

A mi adorada madre, doña María Angélica Magaña de Fortín Magaña, con el profundo amor de un hijo agradecido.

A mi querido padre, maestro y amigo, Doctor Romeo -- Fortín Magaña, con la cálida expresión de mi respeto, mi admiración y mi cariño.

A mi amada esposa, doña María Noemí Costte Chaparro de Fortín Magaña, con el amor de siempre.

A mi pequeña hija, Laura Patricia Victoria, con toda ternura.

A mis hermanos José, Miguel Angel, Romeo y Marigel, cariñosamente.





PROLOGO.

Cumplo, después de intensos años de vida universitaria, con el requisito académico de presentar una tesis de doctoramiento.

He podido escribir - y he estado pensándolo seriamente - sobre -- cuestiones talvez más practicas de puro Derecho Positivo o doctrina referente a él. Sobre la hipoteca, por ejemplo, o sobre las teorías de la - responsabilidad sin culpa, sobre las personas jurídicas o sobre la nueva ley de Inquilinato. Confieso que todos esos temas, de gran importancia práctica, han estado atrayendo mi atención poderosamente. Si me he deci dido, sin embargo, a escribir sobre algo que a muchos pudiera parecer un tanto abstracto, es porque ha persistido y vencido en mí la idea, posi-- blemente una obsesión desde hace largo tiempo, de replantearme las ele-- mentales preguntas que al escoger la carrera de abogado hube de formular me en el momento de esa coyuntura.

No significa eso que esté ya en capacidad de decir mi palabra de-- finitiva sobre un problema tan vasto como el del Derecho Natural, sobre el cual <sup>se</sup> han debatido, por luengos años, los mejores representativos del pensamiento, llegando a formar, en franca disputa ideológica, antagónicas corrientes. Ni es eso, sin embargo, lo que he intentado. He espigado, simplemente, a lo largo de nuestros varios ordenamientos constituciona-- les, buscando el criterio que, en los diferentes tiempos, ha tenido nues-- tro legislador con respecto al Derecho Natural, máxime que, a raíz de la Constitución del 50, el problema ha vuelto a tomar actualidad práctica, al suprimirse el artículo que consagraba su reconocimiento, invocando de rechos y deberes anteriores y superiores a toda ley positiva.

Al estudiar el problema del Derecho Natural he tenido que revisar, inevitablemente, bien que en forma breve, algunas de las diferentes es-- cuelas que, positiva o negativamente, se han referido a él. Fácilmente se comprende que no puede haber mayor novedad en tarea mejor desenvuelta por casi todos los tratadistas de estos problemas. Cuestión de método - obliga, sin embargo, a seguir un orden que ayude a su planteamiento.

En realidad, la presente Tesis es un breve desenvolvimiento del - trabajo que, con el título "Normatividad", presenté, atendiendo a exigen

cias de docencia, durante el curso de Filosofía del Derecho, y, en sus partes fundamentales y en su contenido esencial sigue, prácticamente, siendo el mismo. Por afición, y más que todo por íntima curiosidad acerca del problema de la justificación del Derecho me he decidido a insistir sobre el punto, en la creencia de que, tratado con alguna seriedad, no está alejado del rigor que requiere una tesis doctoral.

El problema del Derecho Natural deriva, necesariamente, hacia cuestiones de gran interés político y social. En ese campo, con solo tener un poco sensibles las cuerdas de la equidad, nos damos, bruscamente, contra una realidad lastrada por el enorme peso de las injusticias sociales.

Frente a esa realidad, sin embargo, todavía es posible, así lo creo yo, patentizar optimismo en una disciplina normativa que, como el Derecho, no puede ni debe rubricarla simplemente, sino modificarla, introduciendo en ella regulaciones de tal eficacia que logren torcer el rumbo fijo, aparentemente inexorable, trazado por la sociedad descompuesta.

Es interesante el estado psicológico en que nos hallamos al satisfacer las últimas exigencias formales, previas a la opción del grado académico. A mí, en lo particular, me muerde la nostalgia fuertemente y me brota, nítido, el recuerdo imborrable de los pasados años. Un querer y no querer dejar la Universidad (aunque bien sé que nunca se pueden ni deben ir del todo los profesionales). Un fuerte deseo de seguir siendo estudiante, ESTUDIANTE, el exponente humano que con la mejor ardencia, la mayor buena fe, el más nítido desinterés, el más pleno altruísmo, sabe distinguirse en todo el orbe por su lucha incansable hacia la justicia y la libertad y que, especialmente en latinoamérica y particularmente en nuestra patria, ha sabido escribir en las páginas de la Historia las más hermosas epopeyas cívicas.

Pero como la vida, indefectiblemente, marca sus etapas, a ellas tenemos que ir plegándonos con el mejor empeño; - y va llegando la hora en que las sabias enseñanzas del aula y los firmes ideales de juventud se ajusten a la dimensión exacta de la vida - tan poblada de mil oportunidades tentadoras - con el firme propósito de hacerlas valer ante la demanda apremiante de la necesidad colectiva.

## CAPITULO I : LA ACTIVIDAD DEL HOMBRE EN SOCIEDAD

Es imposible asomarse al vasto panorama de la historia, sin estremecerse ante su contenido.- "Duelos, espantos, guerras, fiebre constante"<sup>+</sup> han convertido a la humanidad, no pocas veces, en un pandemonium en donde el odio, la ira y el rencor, muy pobre testimonio han sido del natural -- instinto de sociabilidad del hombre.-

Familias, razas, pueblos y naciones han sentido la garra de la violencia penetrar inclemente hasta los límites de la total aniquilación, y el colmillo sangriento de la brutalidad mil veces ha hecho cierta la frase de Thomas Hobbes: "Homo Homini Lupus" (el hombre es el lobo del hombre).- La perspectiva histórica del pasado, la realidad ambiental del presente, y talvez, la expectativa incierta del futuro, no han conducido al espíritu humano hasta los límites de la angustia, como lo proclaman las filosofías del momento?.- Las dimensiones enormes de la encrucijada en que se encuentra el hombre y que martillan inevitablemente, sobre su conciencia, no piden una respuesta franca que señale el rol que las ciencias normativas de la conducta han desempeñado en el desenvolvimiento de la sociedad y la tarea que aún les queda por cumplir?.- Es que ante la presencia de una realidad que en gran parte no corresponde a las ideales aspiraciones de paz y de justicia, un trasfondo pesimista de la humanidad entera parece preguntar con insistencia por los frutos, no muy claros, del Derecho.- Y ante la constatación de la impotencia conque a veces las ciencias reguladoras de la conducta individual y colectiva han intervenido en el proceso social, una tendencia generalizadora, de postada y fatal conformidad, pretende negarles toda eficacia, y renunciando a sus patentes beneficios, sin ensayar un intento de superación, prefiere abominar de los valores en que aquellas se inspiran para proclamar su invalidez y su frustración.-

"Hombres a medias, pueblos a medias, -dice don Eugenio María de Hostos en su libre "Moral-Social",- Civilizados por un lado, salvajes -- por otro, los hombres y los pueblos de este florecimiento constituimos sociedades tan brillantes por fuera como las sociedades prepotentes de --

+ A Colón - R. Darío.-

la historia antigua, y tan tenebrosas por dentro como ellas.-

Debajo de cada epidermis social late una barbarie.- Así por ese contraste entre el progreso material y el desarrollo moral, es como han podido renovarse en Europa y en "América las vergüenzas de las guerras de conquista, la desvergüenza de la primacía de la fuerza sobre el Derecho, el bochorno de la idolatría del crimen coronado y omnipotente durante veinte años mortales en el corazón de Europa, y la impudicia del endiosamiento de la fuerza bruta en el cerebro del continente pensador",-

Ante tal estado de cosas no es raro que se pretenda demeritar esa serie de valoraciones caducas e impotentes, según se dice, como el Derecho.- Pero lo grave es que, arrastrados por el escepticismo, no opongamos, la mayoría de las veces, una rigurosa defensa de principios, sino una blanda posición de conformidad o una cómoda actitud de indiferencia que no ayuda ciertamente, a superar la crisis en que, a veces con caracteres agobiantes, parece estar metido el hombre de nuestros días.

Yo creo, sin embargo, por lo que tienen de eficacia como instrumentos adecuados para el logro de la mayor felicidad humana, necesitada sobre todo de verdadera justicia social, que pueden y deben decirse de las ciencias normativas de la conducta, y especialmente del Derecho, -- muchas palabras de reconocimiento, expresando, con ello, el mayor optimismo en la bondad de su acción.

Porque lo cierto es que, dejando a un lado un espíritu exagerada e injustificadamente crítico, es imposible que neguemos lo mucho que se ha andado en el camino de la superación humana.- De las mismas páginas de la historia, a veces tan sombrías, tan oscuras, se desprenden también rayos de luz que transparentan la conducta del hombre y colocan la nota de optimismo alentador y vivificante.- Frente a la destrucción, que una tras otra vez ha arrasado las civilizaciones, se ha levantado siempre otra fuerza más eficaz, intangible talvez, pero lo suficientemente fuerte como para supeditar a su rigor los ímpetus aniquiladores de la barbarie.-

Resulta ocioso, en verdad, señalar las diferencias básicas que existen entre la conducta del hombre actual -a pesar de los casos de ata

vismo- y la del hombre primitivo y su posición en el mundo.- Es tan patente, tan evidente, a pesar de todo, que es imposible negar los frutos que el esfuerzo de superación ha ido dando al hombre a través de los tiempos. Median muchas lluvias entre la rudimentaria y elemental vida del troglodita, a quien le bastan el fruto para alimentarse y la hembra para satisfacerse y la del hombre actual, de vida enormemente complicada por el progreso.- Y no podríamos -aunque a veces, tentados por el pesimismo y la desilusión, quisiéramos hacerlo- sostener que nada de ello es debido a la tendencia racional del hombre hacia el progreso y la superación, sino que es el resultado natural de una ciega evolución social de perfiles eminentemente fatalistas.- Ciertamente es que, como veremos más adelante, toda sana y adecuada ordenación normativa no puede alejarse de los cambios que introducen en la colectividad "las grandes transformaciones sociales", pero no por ello habremos de suprimir la cuota derivada de la racional tendencia de superación del hombre.- Lo uno y lo otro.- Porque, como habremos de ver, el Derecho -para mencionar lo que especialmente nos interesa- es un fenómeno de la vida social; pero que se da en una sociedad de hombres, no de animales, con lo que de una vez queda dicho que su substractum radica tanto en la realidad social en que funciona como en aquellas cualidades que distinguen al hombre de las bestias.-

Es ya un lugar común decir que la sociabilidad es condición obligada de nuestro ser, desde que solamente en el medio social puede el hombre satisfacer la compleja gama de necesidades que van multiplicándose con el tiempo, contribuir eficazmente, por medio de la división del trabajo, a la realización de los grandes proyectos, a la estructuración de una sociedad cada vez más próspera y a la cristalización de los intentos más audaces y los experimentos más extraordinarios.- La personalidad individual, claro está, no por esto queda completamente ahogada; en realidad, los actos y las ideas de un individuo en sociedad no son ni pueden ser indiferentes al grupo, de la misma manera que el destino del grupo influye poderosamente en el destino individual.- El hombre es un ser ambivalente.-

Los movimientos sociales han preocupado en todos los tiempos a los grandes pensadores, no siempre totalmente de acuerdo, en las variadas ex-

posiciones con que han pretendido explicarlos.- Aciertos y desaciertos, - algunas falsedades, rectificaciones, nada ha faltado en las exploraciones a un campo tan difícil como el social, de por sí dinámico, variante y complejo.- "Caja de sastre" se ha llamado a la Sociología por su miscelánico contenido de datos estadísticos y variadas interpretaciones del proceso social.- Se ha llegado inclusive a negar la razón de su validez como ciencia autónoma, arguyendo que ya la filosofía de la historia abarcaba el contenido científico que aquella pretende para sí.- Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que, a pesar de que muchas de las críticas de que es objeto son atendibles, ella ha inducido al estudio sistemático y ordenado de los movimientos sociales y que no ha sido estéril su concurso a la hora de desentrañar las múltiples facetas del hacer colectivo.-

Entre tantas interpretaciones sociológicas, recordemos dos viejas leyes, que van a sernos de utilidad: hemos dicho que en el fondo de todos los individuos anida un sentimiento de solidaridad que nos lleva a afirmar que el hombre es un ser social por naturaleza; que es imposible su desenvolvimiento cabal sin el concurso de sus congéneres; que si su egoísmo lo impele hacia conductas antisociales, su sentido de solidaridad, su conciencia de grupo, en cambio, lo lleva, en la generalidad de los casos, al acatamiento de las condiciones mínimas para la feliz convivencia social; que hay en las sociedades humanas, como característica superior al mero instinto gregario, una tendencia de solidaridad que opera constantemente; y, de todo ello, los sociólogos han llegado a enunciar una ley social que proponen en esta forma: "esta mutua y necesaria influencia de los individuos entre sí y respecto a la unidad social, es lo que constituye la ley de la solidaridad" (Brenes Córdova Historia del Derecho).-

Hay también otra característica básica que distingue a las sociedades humanas: es una nota peculiar y esencial que permite diferenciarlas perfecta e inequívocamente de toda clase de sociedad.- Esa nota es el progreso social a que ya también hemos aludido.- El autor arriba citado se refiere también a esta característica diciendo que la "ley del progreso social" es "la necesaria subordinación de los acontecimientos al -



adelanto del mundo".- Mientras las sociedades animales tan ejemplares en su organización, han sido y serán siempre iguales, las sociedades humanas, por el contrario, tienden a cambiar constantemente; y a cambiar con dirección a su mejora y perfeccionamiento, con sentido de superación, suprimiendo escollos y buscando el logro de mejores condiciones de vida y mayores posibilidades de satisfacción.- Es el elemento racional que va añadido a las condiciones impuestas por el instinto gregario y que, en definitiva, constituye la nota distintiva que se manifiesta en todos los aspectos y que, desde el punto de vista que nos interesa, se hace patente, sobre todo, con la presencia de disciplinas normativas que regulan la propia organización social, como la moral y el derecho.-

Contemplados sin mayor profundización los fenómenos sociales, parecería que en ellos reinara la más completa anarquía y el más evidente caos, pero no podemos menos de constatar la validez de las leyes enunciadas, cuando asombrados por los logros actuales de la ciencia, apenas recordamos como reliquias del pasado, los viejos utensilios e instrumentos de que se valía el hombre primitivo, y cuando constatamos que el hombre mismo, forzando su propia contextura, ha ido poco a poco, adaptando su comportamiento a paradigmas ejemplificantes y limando, tenue pero constantemente, las aristas que le impiden superarse; que va sintiendo la íntima satisfacción que le otorga su propia conciencia cada vez que es capaz de limitar sus excesos, de abonar sus acciones útiles, de desarrollar su espíritu de servicio, de estimular todo acercamiento, en suma, entre su modo de ser y una exigencia racional que reclama un modo distinto de actuar.-

Sobre la base de la solidaridad humana, se progresa siempre, pues, y en todos los órdenes.- A veces a ritmo lento, casi imperceptible, y a veces aceleradamente, bruscamente.- Se evoluciona y se revoluciona, pero siempre con el ánimo abierto hacia nuevas corrientes, con el intento de destruir lo caduco que se considera inservible y con el deseo de encontrar nuevos medios de vida y mejores horizontes.

Desde que aparece el hombre sobre la tierra y va perfeccionando sus cualidades y entra en contacto con sus congéneres y se va formando -

la Gens, el clan, la horda, la tribu, estas características sociales, se van manifestando indeclinablemente, en el proceso social.- La vida primitiva va modificándose y va canalizándose por cauces que la conducen hacia un modo más ordenado de coexistencia, porque las cualidades intrínsecas de su ser le van indicando las posibilidades mejores de aprovechamiento material y las normas más justas en sus relaciones con los semejantes.- Del egoísmo violento y cerril se transita a la colaboración que induce al mejor aprovechamiento de los instrumentos y al disfrute más armónico de su producto.- Es la "división del trabajo" de que hablan los economistas que se comienza a hacer patente hasta llegar a un cambio de orden de vida, merced a la evolución individual y colectiva que se ha ido operando en las sociedades humanas.-

Poco a poco la regimentación de la vida social va cambiando mucho del ordenamiento primitivo.- De la desatada violencia comienza a emerger algún sentido de armonía social que va cristalizándose en usos y costumbres mediante los cuales los hombres van sujetando su actuar a modos específicos aceptados y reconocidos.- Además de la "inveterata consuetudo" se va fortaleciendo una "opinio juris necessitatis" que acepta como bueno y adecuado el uso que ha venido manteniéndose.- Son los albores del Derecho manifestados en forma de costumbre.- Las complejidades sociales y las necesidades modernas ya vendrán a exigir nuevas manifestaciones de lo jurídico.- La simple costumbre, poco a poco, irá convirtiéndose en impotente para controlar eficazmente la enorme actividad social de los conglomerados y lo que fué útil, suficiente y justo en la horda, llegará a ser inoperante en la tribu, del mismo modo que lo que en ésta fué satisfactorio llegará ser totalmente insuficiente en un estado moderno, aunque haya todavía quienes quisieran regresar a la caverna.

Aquellas costumbres irán trocándose, a medida que la solidaridad y el progreso social lo requieran, en leyes formales promulgadas por quienes ejerzan el poder de legislar, apareciendo entonces el Derecho vigente.-

Y es que como dice el eminente sociólogo mexicano, don Antonio Caso, conjugando la importancia de las leyes sociales de que hemos venido

hablando: "La solidaridad social es un fenómeno psicológico que, en sí mismo, no se presta a ser pesado ni medido; pero como dice Durkheim, . - tiene un símbolo visible: el Derecho.- Dondequiera que la vida social - existe, tiende a definirse y organizarse; surge el Derecho, entonces, - como organización y definición de lo social.- Si la vida se extiende por un camino nuevo, el Derecho lo acompaña.- Por tanto, en el Derecho se re flejan todas las variedades esenciales de la solidaridad".

Y los caminos nuevos se presentan en el desenvolvimiento social.- Por virtud de la evolución y del progreso, se van operando en la socie dad grandes transformaciones que imponen en la colectividad el reflejo de su contenido renovador por medio de normas ajustadas a las necesida des del momento, de modo tal, que es evidente la necesidad de una concor dancia caban entre la realidad histórica de la vida y el conjunto norma tivo que se invoca para su regulación.- Tan inoperantes serían ahora las solas viejas costumbres como en los viejos tiempos lo habrían sido las - robustas legislaciones modernas.- Es que la efectividad de un sistema -- normativo -esto no puede desconocerse- apropiado al desenvolvimiento so cial, no puede apartar la mirada de la diaria necesidad, del ajetreo --- constante y de la mayor o menor frecuencia de situaciones peculiares de los tiempos que corren.- Cómo aplicar las mismas normas jurídicas a ins tituciones tan varias y cambiantes como la familia?, por ejemplo.- En el estado de promiscuidad la familia no obedece a la misma consideración -- que la familia romana y ésta con la familia moderna no obedecen a los -- mismos principios en su organización.

Qué normas podrían preverse para un derecho obrero antes de que se presentara este fenómeno, producto de la historia, con todas sus ca racterísticas?.

Sin la revolución industrial, sin la aglutinación de un copioso proletariado, sin la sedimentación de una burguesía capitalista, sin el dato histórico, en suma, como imaginar la norma adecuada y justa que pu diera inducir nuestro actuar hacia la forma más ecuánime de comprender y solucionar los problemas enormes que hoy plantea el Derecho Laboral?.

Hoy día, las sociedades humanas han llegado a un punto máximo de

complejidad.- Las especializaciones se han diversificado, cada gremio reclama su trato justo, cada grupo espera su valoración efectiva, y su adecuada encuadración jurídica.- Una como especie de atomización de especialidades requiere la atención del más exhaustivo ordenamiento jurídico, y así, se independizan, por razón de las necesidades históricas, el Derecho Obrero, el Derecho Mercantil, el Derecho Bancario, el Derecho de Seguros, antes incorporados al Derecho Común.- Es que la complejidad moderna así lo requiere por las situaciones sui generis que indefectiblemente se presentan y, para resguardar el orden y solventar los conflictos que aparecen en todos los campos, ese correctivo social que es el Derecho, para hacerlo con efectividad, no puede quedarse en mera invocación inoperante, sino que, cobrando agilidad, tiene forzosamente que contar con la realidad multifacética y cambiante de la vida para justificarse, de acuerdo con "las grandes transformaciones sociales".

El Derecho, por sobre la diversidad de entuertos a que la vida moderna lo lleva, seguirá impertérrito en medio del torbellino de los acontecimientos, siempre que quienes más obligados están a invocarlo, no se empeñen en verlo -apelando a razones excesivamente metafísicas- rígido y frío ante la variedad histórica.

Quede de una vez dicho, pues, que si la sociedad progresa, conforme hemos visto, a cada eslabón, a cada etapa, necesariamente debe corresponder una regimentación históricamente adecuada.-

Pero no es eso todo.

## CAPITULO II : FILOSOFIA JURIDICA Y CIENCIA DEL DERECHO

Frente a la realidad mudable de la vida es significativo, sin embargo, que siempre sea posible la presencia del Derecho.- Superadas las soluciones de continuidad que siempre se presentan en forma de manifestaciones bélicas, de revueltas y revoluciones, la vida social tiende a organizarse jurídicamente.- Y se acude al derecho una y otra vez para el eficaz ordenamiento de contenidos sociales frecuentemente discrepantes. Cómo es posible ese acomodo?, o mejor hay algo en el Derecho que le hace perdurable a pesar de la variedad histórica?.

En realidad ese producto racional del hombre, derivado de la historia y fruto de la cultura que es el Derecho, puede ser estudiado y lo ha sido efectivamente, desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de sus componentes generales y universales, o desde el punto de vista de sus aplicaciones particulares, dando lugar así a dos ramas del conocimiento, que pueden tenerlo por objeto y que son la Filosofía del Derecho y la Ciencia del Derecho o Jurisprudencia.

"Refiriéndonos al orden jurídico -dice Rodolfo Stammler.- podemos dedicar nuestro estudio al conocimiento de las distintas leyes y valer nos de ellas para resolver los cotidianos casos jurídicos y tendremos - lo que llamamos jurisprudencia, o bien podemos remontarnos al conocimiento profundo y racional de la esencia de la ley, de sus propiedades, de su origen, justicia, etc., y tendremos la Filosofía del Derecho".-

Pero talvez resulte útil deslindar bien los campos en que se desenvuelven la Filosofía y la Ciencia para ubicar, de una vez, los objetos diferentes que corresponden a las dos disciplinas que nos ocupan.

Se sabe, comunmente, que todo aquello que es susceptible de demostración objetiva y experimental corresponde al conocimiento científico y que todo aquello que se apoya con preferencia en las dimensiones puramente racionales, corresponde a la Filosofía.- Ambas obedecen al ansia de superación del hombre, pero en la Filosofía se caracteriza y agudiza la necesidad intelectual que quisiera interpretar y entender los fenómenos del Universo en forma global y conjunta para hallar respuesta a su interminable inquirir acerca del contenido esencial de todas las cosas, sin -

conformarse con la simple apreciación inmediata de sus sentidos y anhelando penetrar hasta lo desconocido en su afán de curiosidad y en su sed insaciable de conocimientos.- Trata el hombre, pues, de averiguar las verdades mediatas del ser, de saber el principio y el fin de todas las cosas.- Tarea ardua, de difícil conclusión, de peligroso intento y de relativa eficacia, porque siempre habrá un límite a nuestra razón que hará vanos nuestros empeños de total reducción de las cosas a nuestro pleno conocimiento.- Hay soberbia, sin embargo, en la semilla humana.- Jamás, aunque comprenda su impotencia, ha deseado abandonar sus esfuerzos y anidarse blandamente en brazos de la indiferencia o de la fé total.- Se ha impuesto la tarea de explicárselo todo por la razón y no cejará hasta que lo logre o perezca antes de alcanzar los frutos de su empeño.- Con razón se ha dicho que "la Filosofía es el problema de lo absoluto y el absoluto problema".-

Ambas, Ciencia y Filosofía, coinciden fundamentalmente en que las dos se dirigen al descubrimiento de la verdad; pero lo hacen desde campos de acción distintos que ofrecen perspectivas diferentes.- Mientras la Ciencia propende al conocimiento de la verdad en forma unificada, pero parcial, la Filosofía también propende al descubrimiento de la verdad y también en forma unificada, pero total.- Ortega y Gasset tiene una frase precisa para explicar la Filosofía, diciendo que se caracteriza por hallarse dirigida hacia el establecimiento de "la verdad autónoma y pantónoma"; autónoma porque se basta así misma y no necesita apoyo previo y pantónoma por su carácter de generalidad y universalidad.

A la Ciencia no le interesa además, el aspecto normativo del conocimiento, que para la Filosofía es una de las finalidades más importantes, toda vez que ésta no se conforma con lo que ES sino con lo que DEBE SER, situación completamente ajena de aquella, que únicamente trata de explicar los fenómenos y la naturaleza.

O como dice García Morente: "Una Ciencia se sale de la Filosofía cuando renuncia a considerar su objeto desde un punto de vista universal y totalitario.- La Filosofía es el conocimiento de los objetos desde el punto de vista de la totalidad, mientras que las Ciencias par-

ticulares son los sectores parciales del ser.- La Filosofía es, pues, la disciplina que considera su objeto siempre desde el punto universal y totalitario.- Mientras que cualquier otra disciplina, que no sea la Filosofía, lo considera desde un punto de vista parcial y derivado".

Se ha dicho, por otra parte, con razón, que la Filosofía es la zona a que se dirige la tendencia del conocimiento que nos impele a investigar y elucubrar acerca del principio y el fin de todas las cosas.

En fin, Ciencia es, pues, el conocimiento metódico y sistemático de las cosas por sus principios y causas; y Filosofía "Es una indagación racional sobre las funciones cognoscitivas del hombre y la esencia, causa, finalidad última y supremo valor de las cosas" (Hubner Gallo)

Ahora bien, cuando el objeto del conocimiento, filosófico o científico, es el Derecho, estamos en presencia de la Filosofía Jurídica en el primer caso, y de la Ciencia del Derecho o Jurisprudencia, en el segundo.-

Demos lugar aquí a las palabras elocuentes del maestro Luis Recassens Siches, para que quede claramente determinado y diferenciado, de una vez, el campo de cada una de estas disciplinas.-

"La Ciencia del Derecho, en el riguroso sentido de la palabra es decir, la ciencia que se ocupa del contenido de un determinado Derecho Positivo (presente o pasado) es una disciplina de función meramente reproductiva y con carácter dogmático.- Se limita a reproducir, explicándolos y sistematizándolos, los materiales normativos suministrados por la fuente del Derecho vigente, por el legislador si se trata de Derecho escrito, y por el facto consuetudinario en el Derecho no escrito. Trabaja, pues, sobre contenidos que recibe de la fuente jurídica de un modo dogmático.- Por eso suele compararse la Jurisprudencia a la Teología: ambas reciben sus materiales dogmáticamente: del Legislador la primera, de la revelación divina, la segunda.- Y no discuten esos materiales, ni tratan de sustituirlos por otros de propia invención: se ocupan exclusivamente de entenderlos, de descifrarlos y de construir con ellos un sistema unitario y coherente".

"Para lo cual, la Ciencia Jurídica se vale de un especial instrumento metodológico y de un aparato de conceptos fundamentales, puros, - que condicionan necesariamente todo Derecho.- Para el Jurista, y solo - en cuanto tal, la fuente de la normatividad jurídica se la proporciona el mismo orden de Derecho Positivo a cuyo estudio y aplicación se consagra.- Es Derecho aquello que puede referirse a la fuente jurídica fundamental, que se ha supuesto como base unitaria del orden positivo que se examina.- O dicho en términos más populares: para el Jurista, es Derecho todo cuanto el oráculo del poder jurídico, promulga y reconoce como tal.- Por ello se dice que la Ciencia del Derecho es dogmática: expone contenidos jurídicos limitados, condicionados por la voluntad del legislador supuesta como válida, reducidos a tiempo y espacio, situados en un tramo de la Historia!"

"Aunque humilde y limitada (continúa el maestro Recassens) no es, ciertamente, pequeña la tarea de descifrar los mandatos que emite el poder jurídico, y la de verterlos en la forma clara de un sistema. Porque la materia de la Jurisprudencia va variando parcialmente al compás de la historia, y consiguientemente cambia con ello la fisonomía del sistema.- Y aún cuando supusiéramos el caso de que la máquina legislativa se parase, la Jurisprudencia no permanecería quieta, pues -- tendría que moverse al compás de la vida.- Aunque la norma no cambiase, mudan las situaciones y los fenómenos de la vida a que debe aplicarse; y al tener que subsumir estas nuevas relaciones bajo la misma norma, -- extraemos de ellas nuevos sentidos y consecuencias antes inéditas.- El tenor de la ley permanece invariable, pero insensible y continuamente va cobrando nuevo sentido y varía de contenido con el cambio de los fenómenos sociales a que tiene que proyectarse.- Y en relación con los -- nuevos preceptos que emite el poder, y con el cambio incesante de la vida, debe la sistemática del complejo normativo conservarse exenta de -- contradicciones y con coherencia lógica."

Y continúa: "Ahora bien, este punto de partida que para el Jurista es obvio e incontrovertible, esto es, dogmático para la Filosofía del Derecho es, en cambio, un mero problema o, mejor dicho, semillero -



de problemas.- El tránsito de la Ciencia a la Filosofía se señala, cabalmente, porque aquello que para la primera es un dato, lo convierte - la segunda en problema.- Y así tanto la forma como el contenido del Derecho, son puestos como problemas en un plano más radicalmente fundamental del conocimiento". (Ob: "Los temas de la Filosofía del Derecho en - perspectiva histórica y visión del futuro").

El estudio de la Ciencia del Derecho, pues, tiene como objeto -- los sistemas particulares considerados singularmente para cada pueblo - en una época determinada (Derecho Romano, Indiano, Español) y además, - por razones metodológicas o sistemáticas, la promoción de una precisa - clasificación de las diferentes clases de normas según su contenido, -- ateniéndose a los diferentes campos de regulación de la conducta de los hombres a que estén destinados, aparte del más exhaustivo desenvolvimiento de todas las consecuencias que puede y debe traer el conjunto sistemático y organizado de las normas jurídicas de un Estado.- La Filosofía - del Derecho, en cambio, estudia los aspectos universales del Derecho.-

El profesor de la Universidad de Roma Giorgio del Vecchio, dice, en su "Filosofía del Derecho" que la Filosofía puede definirse como el estudio de los primeros principios a los que corresponde el carácter de universalidad.- Los primeros principios pueden referirse ya al ser y al conocer, ya al obrar; de aquí la división de la Filosofía en teórica y - práctica.- A la Filosofía teórica corresponde el estudio de los primeros principios del Ser y del Conocer, dividiéndose en Ontología y Metafísica, Gnoseología o Teoría del Conocimiento, Lógica, Psicología, Filosofía de la Historia y Estética.- La Filosofía práctica estudia los primeros --- principios del obrar y se divide en Filosofía Moral y Filosofía del Derecho.- Ética en sentido lato. De modo que para el citado tratadista la posición de la Filosofía del Derecho queda determinada como una parte de la Filosofía y precisamente de la Filosofía práctica, aunque, como apunta el doctor Julio Fausto Fernández en su obra "Los Valores y El Dere-- cho"; en el pensamiento del Vecchio, hay cierta contradicción, pues e - mismo señala tres investigaciones de la Filosofía del Derecho, que no ca ben totalmente en la Filosofía Práctica":-

Esto ha llevado a sostener entre nosotros, sobre todo por los doctores Méndez y Rodríguez Porth, en explicaciones de cátedra, como relata el propio Doctor Fernández en su obra citada, que la Filosofía del Derecho es toda la Filosofía aplicada al estudio del Derecho y no una rama de la Filosofía General, como el Profesor Del Vecchio cree.

No pareciera, -dicho esto simple y llanamente- que ya estuviéramos metidos en el fondo de una intensa polémica.- Porque la sola apelación a justificaciones metafísicas ha sido, a lo largo de la historia del pensamiento, hondo motivo de discrepancia entre diferentes escuelas.

Dice don Antonio Caso en su Sociología que "Las Ciencias de la naturaleza, durante el Siglo XIX, habíanse reservado, en la consideración de grandes pensadores de la época, el papel del león de la fábula. Sus métodos convirtieron en el método por antonomasia de la persecución de la verdad.- El positivismo, con sus grandes filósofos, Comte, Mill y Spencer, pretendió subordinar las Ciencias Morales y políticas, o como hoy se dice, las Ciencias de la Cultura, al método de las ciencias físico-naturales.- Todo el panorama de la especulación filosófica se subordinó a este imperio de la metodología de la física.- Ergúfase - Natura frente a Cultura, como la sola verdad".-

Disciplina de tan ilustre abolengo, sin embargo, como la Filosofía, ni estaba ni está destinada a desaparecer por el ataque fuerte y despiadado de que a veces es objeto.- Ahbra mismo, las corrientes más radicalmente heterodoxas del pensamiento, en el fondo, desearían suprimir la Filosofía del Derecho y sus investigaciones y dejar como única base justa y eficaz en la investigación del mismo la "Investigación Sociológica".- Lo demás son puras especulaciones carentes de certeza.-

Y aquí las conocidas palabras de Leibniz: "Oh, si los juristas renunciassen a su menosprecio de la Filosofía y comprendiesen que sin la Filosofía la mayor parte de los problemas de su JUS son laberinto sin salida!"

Tres son las investigaciones de la Filosofía del Derecho, según el maestro del Vecchio: la lógica, la fenomenológica y la deontológica.- A la primera, llamada también por algunos autores Ontología Jurídica o Genoseología Jurídica, corresponde la definición del Derecho.- Estable-

cer dentro de la medida de lo posible el género próximo y la diferencia específica del concepto y señalar, por lo consiguiente, sus diferencias con otros órdenes normativos con los cuales pudiera confundirse.- Llevar, hasta el extremo, la depuración de sus características y establecer, en definitiva, una idea de lo que el derecho sea IN GENERE, es decir, no lo que ha sido establecido como Derecho por un cierto sistema, sino lo que, por su peculiar connotación, tenga, como tal, validez universal y perpetua.-

A la segunda corresponde la investigación de los hechos o fenómenos que, "tanto en el momento estático como en el dinámico", emanen las características precisas de la juricidad; la aproximación de las semejanzas y analogías que se encuentran en los ordenamientos jurídicos de todas las naciones, en todos los ámbitos geográficos; la captación de todos los movimientos históricos que ofrezcan el dato preciso que pueda tener utilización práctica; la comparación, en suma, la actividad social con el concepto del derecho,- para lograr la sustracción de aquellos hechos que habremos de considerar eminentemente jurídicos.

A la tercera, corresponde, la especulación acerca de lo que "debiera ser derecho", frente a aquello que es, "contraponiendo una verdad ideal a una verdad empírica".- Es una investigación que lleva a acercar el derecho a la justicia, valorando aquel en todas las circunstancias en que se presente con su réclame de cumplimiento; una crítica de lo que es tenido como derecho en un momento determinado, con la finalidad última de propender hacia la superación del Derecho hasta estratos más altos en los que campean augustamente, con mayor nitidez, las características de justicia y equidad.- A esta investigación filosófica se le ha llamado también: Axiología Jurídica, Teoría del Derecho Justo, Doctrina de los valores jurídicos y Estimativa Jurídica.-

La anterior clasificación de investigaciones de la Filosofía jurídica no es uniformemente aceptada.- Recassens niega que la segunda investigación, la fenomenológica, corresponde a la Filosofía del Derecho; en igual sentido Eduardo García Maynez, para quién solo la primera y tercera debe formar la investigación jusfilosófica.

No faltan en fin, quienes consideran que toda la Filosofía Jurídica debe reducirse a Gnoseología o Teoría del conocimiento.-

La primera y segunda investigación, en el cuadro que hemos citado, son, además de evidentemente diferentes, armónicamente complementarias.- Si la primera investiga IN ABSTRACTO las características de la juricidad, a la segunda corresponde acoplar el dato histórico-sociológico al concepto primeramente obtenido.-

Sabido lo que es derecho, ya sabremos decir cuales de los hechos, triviales o trascendentales de la humanidad, son manifestaciones de la juricidad, y por otro lado, la extracción de un concepto claro y comprobado del Derecho solo podremos obtenerlo con firmeza y con certeza, cuando, además de a la pura especulación racional, sometamos los resultados a su verificación en el gabinete fecundo de la historia.

Es la tercera investigación señalada, la que ha provocado las mayores discrepancias.-

Porque en el fondo de la estimativa hay una ineludible dirección valoradora.- Hay la referencia a un derecho justo.- Y esto sugiere, de inmediato, una evidente dualidad normativa.- Frente al derecho que es El derecho que debe ser.- Frente al Derecho Positivo: El Derecho Justo. Frente al Derecho vigente: el Derecho Natural.-

Dejemos por de pronto, señalado simplemente este vivero de discordias.- En su oportunidad veremos -en breve recorrido histórico- como a lo largo del tiempo las diferentes escuelas del pensamiento se han disputado, a veces con airada hostilidad, la verdad, sobre tan delicado tema.

Pero antes de seguir adelante, detengámonos un poco, por razón de método, en la Ciencia del Derecho.-

No está dentro de los límites de esta tesis abordar los problemas que presenta la Ciencia Jurídica o Ciencia del Derecho, ni siquiera el desarrollo completo de su contenido desde luego que, si así fuera, tendríamos que pensar en la elaboración de un trabajo de proporciones probablemente no menores a los de una enciclopedia.-

Habremos de decir algo, sin embargo, aunque sea muy brevemente.

porque hemos creído que una visión cabal de nuestro problema requiere el esbozo de ella, siquiera ligero, para que una visión panorámica nos ayude a señalar, con mayor claridad, el objeto determinado de nuestro estudio y nos ayude a trazar las líneas de su delimitación,-

A la Ciencia del Derecho correspondería, dejada a un lado la Filosofía del Derecho, el estudio metódico y sistemático de los diferentes ordenamientos jurídicos en el espacio y en el tiempo, la ordenación de las diferentes clases de normas de derecho con vigencia en un momento determinado y el pleno desenvolvimiento y estudio de las instituciones jurídicas de los estados,-

Eduardo García Maynez, propone una clasificación de las disciplinas jurídicas que podríamos esquematizar así:

	Filosofía del Derecho	Sistemática Jurídica.
Fundamentales	Jurisprudencia Técnica.	Técnica Jurídica o Doctrina de la aplicación del Derecho
Disciplinas Jurídicas	Historia del Derecho	
Auxiliares	Derecho Comparado	
	Sociología Jurídica	

Clasificación que, vista desde el punto de vista de nuestro enfoque, podríamos considerar así:

Filosofía del Derecho	<i>Juris</i> Jurisprudencia Técnica	{ Sistemática Jurídica Técnica Jurídica o doctrina de la aplicación del Derecho.
Ciencia del Derecho		
	Historia del Derecho Derecho Comparado Sociología Jurídica.	

La Jurisprudencia técnica es la rama más importante de la Ciencia Jurídica.- García Maynez, la define así: "La Jurisprudencia Técnica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinado, y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación".

De su sola definición aparece, en primer lugar, de manifiesto, que para esta disciplina ha dejado de ser problema el concepto del Derecho, ya que simplemente lo da por sobreentendido y de él deduce las consecuencias pertinentes a sus diferentes funciones.- Con razón y ya hemos hablado de ello, los investigadores de lo jurídico están acordes en considerar a la Jurisprudencia Técnica como muy semejante y similar a la Ciencia Geométrica y a la especulación teológica.- La similitud consiste en que todas parten de dogmas o axiomas preestablecidos e indiscutibles.- Provenientes unos de la divinidad, otros de la razón y otros del legislador, todos, y en nuestro caso, el jurista, omiten emitir juicios de valor acerca de la base de sustanciación de sus respectivas construcciones.- Así, el Jurista, el legista, clasifica el ordenamiento legal establecido sin poner en duda sus verdaderos sustentáculos y sin valorar el contenido de las normas que tiene por legales.-

De la definición aparece, en segundo lugar, que dos son las direcciones principales de la Jurisprudencia Técnica: La sistematizada Jurídica y la Técnica Jurídica o Doctrina de la aplicación del Derecho.- La primera tiene por objeto "la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallen en vigor en una época y un lugar determinados" y la segunda "el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación".-

También corresponde a la Ciencia del Derecho el estudio de la Técnica Jurídica o doctrina de la aplicación del Derecho que tiene por objeto: "El estudio de los problemas relacionados con la aplicación del derecho objetivo a casos concretos".

Cinco, siguiendo al autor antes mencionado, son los problemas relacionados con la técnica jurídica o doctrina de la aplicación del Derecho:

- 1) Determinación de la vigencia
- 2) Interpretación
- 3) Integración
- 4) Retroactividad
- 5) Conflictos de leyes en el espacio.

Corresponde asimismo, a la Ciencia del Derecho, el estudio sistemático y organizado de la Historia del Derecho, el derecho comparado y la Sociología Jurídica.-

Es tan vasto, en realidad, el campo del estudio de la Ciencia del Derecho que, con lo dicho, apenas quedan esbozados esquemáticamente algunos de sus objetos.- A ellos tendríamos que añadir todavía una serie de problemas de gran amplitud, como el de las Instituciones Jurídicas, y otros de no menor importancia.-

Pero nos interesa más pasar a analizar otros puntos que se adhieren más al plan de nuestro trabajo.-

### CAPITULO III : " LAS CARACTERISTICAS DEL DERECHO "

En el anterior capítulo hemos visto que el Derecho puede ser estudiado por la Ciencia del Derecho y por la Filosofía del Derecho y hemos señalado los campos que a cada disciplina corresponden.

El tema del Derecho Natural es estudiado por la segunda disciplina.- Pero para hablar de él necesitamos antes delimitar, lo más que se pueda, el concepto del Derecho y señalar sus características.-

En las sociedades humanas imperan una serie de normas diferentes, solicitando todas la conducta del hombre.- Normas de cortesía unas, de ética individual otras, de moral social y las más perfectas normas jurídicas.- Diferenciar éstas últimas de las primeras y darles su propia connotación para que puedan distinguirse de todas con la mayor claridad, es también tarea propia de la Filosofía del Derecho a través de la investigación que hemos llamado lógica.-

La investigación lógica de la Filosofía del Derecho tiene por objeto, pues, encontrar y dar una definición del Derecho, lo cual significa que habrá que darse el género próximo y la diferencia específica -como dicen los lógicos- de la disciplina objeto de su estudio, señalando en definitiva, las características que permitan conocer y reconocer las manifestaciones de lo jurídico.-

Para encontrar una definición del Derecho es inútil interrogar solamente a la Historia.- "La gran maestra de la vida"- porque ésta solo nos señalará aquellos fenómenos a los que una calificación racional estime jurídicos, ya que como dijimos en páginas anteriores la labor investigativa, en estos casos, es una composición complementaria entre el dato histórico-sociológico y la calificación racional del investigador. El solo dato sociológico es un hecho al que precisamente estamos -por medio de la labor racional- tratando de darle la connotación que nos permita considerarlo como derecho y la sola labor racional será a lo sumo una utopía, una función ideal sin ninguna aplicabilidad práctica.-

El panorama del pasado es tan variado, tan misceláneo en un conjunto, que muchos autores no han vacilado en señalar como totalmente im-



posible la definición del concepto genérico del Derecho, argumentando, sobre todo, que si su base es la justicia y la equidad, no podemos dejar de tener presente que lo que para unos pueblos ha sido bueno, para otros ha sido malo; que lo que en unas regiones es permitido, en otras es prohibido; que no hay estabilidad posible, que no hay, no puede haber uniformidad.-

Ha habido pues, en diferentes autores una actitud escéptica que desde los tiempos Griegos, los sofistas, particularmente, ha llegado a considerar que, siendo el Derecho algo tan mudable, es imposible dar una noción universal del mismo.- Es famosa la frase empleada por Carneades de Cirene que llevó menuda perturbación a Roma, cuando enviado por los griegos como Embajador, sostuvo que el criterio de lo justo no estaba fundado en la naturaleza: "nam si esset, ut calida et frígida et amarga et dulcia, sic essent justa et injusta eadem omnibus". (Los términos caliente y frío, dulce y amargo no varían porque son dados por la naturaleza; no así los términos justo e injusto).- Llevado por las mismas ideas, pudo, por ello, decir Pascal: "tres grados de latitud hacen caducar todas la Jurisprudencia.-

Pero, será cierto que no haya notas similares en todos los ordenamientos jurídicos como para que no pueda intentarse una definición universal de lo jurídico?.- Porque, en realidad, el hecho de que carezcan de uniformidad los sistemas históricos de Derecho e aún los de diferentes regiones geográficas en un momento dado, no suprime la posibilidad del intento.-

Definir, dicen los lógicos, es dar el género próximo y la diferencia específica de una cosa.- Definir el derecho, según ello sería dar su género próximo y su diferencia específica.-

El género próximo lo encuentra del Vecchio en que: "El Derecho expresa siempre una verdad NO FISICA sino METAFISICA, esto es representa una verdad superior a la realidad de los fenómenos, un modelo ideal que tiende a imponerse a esta realidad; o dicho de un modo más breve, un principio de valoración.- Y es un principio de valoración prácticas, porque se refiere al obrar, a las acciones.-

Es decir, que el Derecho actúa imponiendo una norma reguladora de la conducta de los hombres, lo cual es evidente pero incompleto, --- puesto que de esta característica participan otra clase de normas que no son jurídicas, como las morales y religiosas.- También éstas actúan imponiendo una norma reguladora a la conducta de los hombres.-

Por eso hay que añadir a lo dicho la diferencia específica que caracterice a la norma jurídica dando las diferencias específicas que la definan, distinguiéndolas de todas las demás.-

Valga un paréntesis para señalar que según el autor que arriba hemos citado - solo existen dos especies de valoraciones del obrar: la norma jurídica y la norma moral.- Pero parece que en este aserto no ha sido acompañado totalmente el maestro de Roma por la generalidad de los tratadistas, pues, para la mayoría de ellos caben por lo menos tres: - norma jurídica, norma moral y norma social, más propiamente llamada - convencionalismos sociales.-

Con indiscutible influencia de las ideas del gran Filósofo Emmanuel Kant y sobre la base de una evidente labor científica los tratadistas han llegado a hacer una diferenciación bastante aceptable entre las diferentes clases de normas que imperan en una colectividad, atribuyendo a cada una diferentes características que las especializan perfectamente.-

Tal sistema parte de la base de una metodología inductiva, desde luego que, sin tener previamente un concepto del Derecho, trata de buscarlo en los diferentes hechos que investiga para inducir de ellos el concepto.- Al contrario, hay quienes, ocupan un método deductivo, según el cual de un previo concepto del Derecho derivan la calificación jurídica de los hechos sociales, deduciéndolos.-

De la norma jurídica se dice: siguiendo el método inductivo, que sus características fundamentales son: la bilateralidad, la exterioridad, la coercibilidad y la heteronomía. (1)

Las características de la moral, siguiendo esta corriente, han

(1) Adoptamos la terminología de García Maynez, que, en el fondo, es equivalente a la de la mayoría de autores.-

sido encontradas en su unilateralidad, interioridad, incohercibilidad y autonomía.

Otra característica de la moral es su imperativo incondicionado, como señalaba hace pocos días el profesor Sebastián Soler en el Auditorium de nuestra Facultad.- Da ventaja de la norma jurídica sobre la norma moral, decía, es que aquella nos permite prever lo que ocurrirá en el futuro, tanto si se cumple la norma, como si no se cumple.- En cambio, la moral simplemente ordena un precepto que al incumplirse no produce efectos perceptibles en este mundo.-

Mayor dificultad ha habido con relación a la precisa diferenciación de los usos sociales o convencionalismos, a los que, como vimos, el profesor del Vecchio niega categoría especial, subsumiéndolos dentro de las normas morales.- Se han considerado sin embargo, como características de ellos, su exterioridad y su unilateralidad.

Explicuemos ahora, brevemente, en que consisten las características primeramente mencionadas, para señalar luego otra corriente que trata de buscar la diferencia de las distintas normas, basándose en un sustentáculo diferente.-

Decíamos que el Derecho tiene como características: a) la Bilateralidad: ello significa que en la relación jurídica intervienen siempre más de una persona, con derechos por una parte y con obligaciones por otra.- Es decir, que a la par que impone obligaciones, otorga de otro lado derechos o facultades que permitan la exigencia de aquellas obligaciones; no debe buscarse sólo en la pluralidad de sujetos la razón de ser de esta característica, ya que ella específicamente consiste, en que no solo impone obligaciones sino que faculta al otro sujeto de la relación para que exija su cumplimiento otorgándole, por ello, derechos.- Frente a la obligación del uno existe el derecho de exigir del otro.-

Los civilistas han querido desconocer, en oportunidades, esta característica de bilateralidad del Derecho y han citado como ejemplo de manifestaciones unilaterales a los derechos reales que se tienen sobre los bienes.- A pesar de que Planiel y Roguin pusieron bien en claro que en los derechos reales sí existe también la relación del titular del de-

recho por un lado, y la de todas las personas que están obligadas a respetar tal derecho por otro, aunque sin personalización o individualización de uno de los elementos de la relación, comentaristas como Baudry-Lacantinerie, Demolombe, Laurent, Colin y Capitant y Claro Solar, han sostenido lo contrario, arguyendo que no hay porque empeñarse en buscar en el derecho real un sujeto pasivo que no es necesario para que el Derecho se manifieste.- Esa obligación pasiva de todas las personas dicen, no puede, en rigor, tomarse como verdadera obligación, desde el momento en que no se afecta realmente el patrimonio de ninguna persona en especial y no hay de parte de persona determinada la obligación de alguna prestación, siendo inconcebible una obligación civil que no importe -- bien la prestación de un hecho, bien la limitación de un derecho patrimonial.-

b) La exterioridad.- No le preocupan al jurista, fundamentalmente, las motivaciones interiores de las personas.- Le interesa sobre todo la manifestación objetiva de la conducta.- Por ello, la norma jurídica no puede penetrar el fuero íntimo de los hombres y debe esperar que las motivaciones de ellas se exterioricen en forma inequívoca para poder actuar.-

A esta característica le han negado validez, sobre todo, los penalistas, quienes basados en las nuevas corrientes del derecho penal, están muy lejos de considerar como ajenas al mismo algunas manifestaciones internas, de particular interés, que permitan prever una posible peligrosidad o tenibilidad del sujeto del que la sociedad está en el derecho de defenderse por medio de una adecuada reglamentación de sujetos peligrosos.- La intención del delincuente, es, asimismo, de mucha importancia en su escudriñamiento, a la hora de calificar los delitos preterintencionales, por ejemplo.-

c) La Coercibilidad.- Se ha definido esta característica como "la posibilidad jurídica de la coacción".- Es decir que, cuando el sujeto --- obligado no cumple la norma jurídica, existe la posibilidad de hacerla cumplir por la fuerza, o si esto es ya imposible, reparar el mal causado con el incumplimiento.- No debe confundirse esta característica con

la coacción, que puede faltar, y de hecho falta en la mayoría de las veces sin que por ello la norma deje de ser jurídica.- La coercibilidad es la coacción en potencia, es la simple posibilidad de hacer valer por la fuerza el mandato de la norma jurídica.-

También esta característica ha tratado de destruirse con insistencia.- Tratadistas como Trandelenburg, Ahrens y muchos más, han dedicado muchos argumentos en contra de esta característica insistiendo, - sobre todo, en las siguientes objeciones: 1) el derecho es observado por regla general espontáneamente y no por medio de la fuerza.- 2) Es muy difícil obligar al cumplimiento del Derecho, pues la coacción llega casi siempre demasiado tarde.- 3) Si en el Estado existe un poder coercitivo, el Estado mismo que lo ejerce, y es por consiguiente el supremo poder, no podrá estar sujeto a coacción. 4) El Derecho Internacional público no es coercible.-

Aún cuando a nuestro juicio, las anteriores objeciones han sido eficazmente rebatidas por numerosos tratadistas de Filosofía del Derecho, entre los que algunos como Del Vecchio y Recassens tienen la singular frase pintoresca de decir que sin tal cualidad el Derecho sería "cuadrado redondo", "cuchillo sin mango ni hoja", etc., el criterio, al respecto, no es unánime y se traen a cuenta nuevas razones para negarle validez a la característica de coercibilidad.- Mi apreciable compañero de aulas, doctor Armando Rivas Chávez, dedica su tesis de doctoramiento a demostrar que la coercibilidad no es nota esencial del Derecho, aunque sí es de su naturaleza.-

d) La heteronomía.- Es "sujeción a un querer ajeno, renuncia a la facultad de autodeterminación normativa", como dice García Maynez. El sujeto obedece, no porque él se haya impuesto su propia norma, sino a pesar de provenir de una fuente ajena a su propia personalidad.- Por eso en un régimen de Derecho, al par que hay un elemento legislador, hay otro elemento súbdito, destinatario el último de las normas dadas -- por el primero, normas que, como habremos de ver en su oportunidad, no pueden, sin embargo, ser arbitrarias.-

Por su parte, a la Moral, se le atribuyen las siguientes características:

a) En contra de la bilateralidad de la norma jurídica está la unilateralidad de la norma moral.- Esta no crea obligaciones ni derechos correlativos.- La obligación de socorrer al pobre -conforme los cánones de la moral ortodoxa- no crea una deuda frente a éste.- Estamos obligados, ciertamente, a ejercitar la caridad, pero ella es una que no crea derechos a favor de los destinatarios de nuestra caridad.

b) Frente a la exterioridad de la norma jurídica está la interioridad de la norma moral.- Esta distinción como otras de las que hemos visto tiene su fundamento en la Filosofía Kantiana.- Conforme a ella, al derecho le interesa que se cumpla la norma jurídica aunque en el fondo el sujeto obligado a la prestación reniegue del contenido de la norma. La conducta, para ser moral, en cambio, debe concordar no solo exteriormente sino interiormente con la regla ética.- Es en el móvil recóndito, en la pureza de intención en la rectitud de propósito, en donde reside esencialmente la validez de la conducta moral.

c) Frente a la coercibilidad del Derecho está la incoercibilidad de la norma moral.- Por lo mismo que ésta no crea derechos a favor del destinatario de la norma, es imposible hacerla valer por la fuerza como sucede con el derecho.- Los deberes morales deben cumplirse, por ello, espontáneamente.- Por supuesto que la violación de los deberes morales tiene sus sanciones propias, como son el arrepentimiento y, en determinados casos, cierto repudio social del grupo, pero no posee claramente la coercibilidad que posee el derecho.-

d) Finalmente, frente a la heteronomía del Derecho está la autonomía de la moral.- "Toda conducta moralmente valiosa debe representar el cumplimiento de una máxima que el sujeto se ha dado a sí mismo, dice García Maynez, y añade, autonomía quiere decir autolegislación, reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia.-

De los convencionalismos sociales dijimos que sus características eran su exterioridad y su unilateralidad.- Por ende: a) en los usos sociales lo que interesa para tenerlos como tales es el adecuado encuadramiento de la conducta del hombre, traducida al mundo exterior con---

pliando la norma social del grupo.- Interesa muy poco, para calificar el ajuste a una norma social, la pureza de intenciones de quién a pesar de ello se comporta de la manera más inopinada en sociedad.

b) A pesar de lo anterior, no es dable a nadie imponer una conducta social a otra persona.- Si se tiene por un lado la obligación de comportarse con corrección, no se tiene por el otro, el derecho de exigir esa conducta, en el supuesto claro, de que no se traspasen los límites de la antijuridicidad.- Así, quién tiene la obligación de ceder el asiento a una dama, no es porque ésta tenga el derecho de reclamárselo.-

Sobre la misma base y con las mismas ideas, el eminente jurista alemán Rodolfo Stamler, trata de encontrar las diferencias entre la moral y el derecho, señalando, como características del último:

a) VOLUNTAD: pues el derecho es obra humana y como tal, racional, perteneciente al imperio de los fines.-

b) Vinculatoriedad: porque éste sólo se puede dar en la vida social, estableciendo una voluntad social vinculatoria a travez de derechos y deberes.-

c) Autarquía: porque las normas jurídicas obligan por propia virtud, estableciendo a quienes y en qué medida ha de obligar, hasta su derogación o desuso.-

d) Inviolabilidad: Esta es una nota que trata de distinguir el derecho del poder arbitrario y que reside en la fuerza otorgada al imperativo permanente, por quién dicta la norma.- La obligación jurídica es inviolable porque nadie la puede impedir.

Por su lado, Recassens, señala las siguientes diferencias características:

a) Intimidad de la moral y exterioridad del Derecho

b) Libertad de cumplimiento en lo moral y necesidad de realización en lo jurídico.

c) Autonomía moral y heteronomía jurídica.

d) Impositividad inexorable en lo jurídico; no impositividad inexorable en lo moral.

e) El derecho, máxima forma social; la moral destino auténticamente individual.-

LA NORMA RELIGIOSA.- Es fácil comprender que de todas las anteriores, difiere enormemente la norma religiosa, consistente en una conducta impuesta a los hombres por la divinidad, motivo por el cual es innecesario entrar a hacer o establecer diferencias tan evidentes.-

A pesar de lo dicho, no han faltado pensadores para quienes no solo es imposible, sino indebido, entrar a hacer diferenciaciones entre la moral y el derecho, conceptuando a aquella como el único sustentáculo justo de todo derecho.- Si a ello añadimos que frecuentemente se arguye que el único substractum justo de la moral son los principios religiosos ya habremos logrado subsumir, después el esfuerzo de elaboración, todas las categorías normativas de la conducta, haciéndolas depender en definitiva de los designios de la divinidad.- No aceptamos esta posición porque creemos que, no sólo es posible, sino necesario, distinguir las diferentes clases de normas de que hemos venido hablando.-

Otra corriente que ha cobrado mucha actualidad, sostiene que sí es posible establecer la diferenciación, pero no por las notas positivas y objetivas que hemos señalado, sino a travez de una justa ordenación y jerarquización de los diferentes "valores" a que están enfiladas las varias clases de normas.

Esta corriente, basada sobre todo en la "Teoría de los valores" fundada por el filósofo Francisco Von Bretano, cree que es errático diferenciar las normas antes estudiadas por sus características inmediatas y aparentes ya que ello resulta en todo caso, superficial.

La única manera cierta, dicen, para saber frente a qué clase de norma nos encontramos, es investigando hacia que clase de "valores" está dirigida.- Así, si la norma está dirigida hacia la consecución de valores morales, frente a una norma moral; y así sucesivamente.-

El doctor Julio Fausto Fernández parece adherirse a esta posición cuando dice, en párrafos destinados a destacar la importancia de la teoría de los valores: "La distinción entre moral y derecho podrá ser planteada de nuevo, atendiendo a los fines de una y otra disciplina, cuando se haya hecho una cuidadosa clasificación de los valores y se haya establecido la diferencia esencial entre valores éticos y valores jurídicos."



Adviértase, sin embargo, que aún cuando la posibilidad exista, ello será en un futuro más o menos remoto, como puede notarse en los -- propios términos transcritos, porque, hoy por hoy, y mientras esa clasificación no sea lo suficientemente precisa, es muy difícil basarse en ella para deducir las clasificaciones normativas, sin riesgo de equivocación.--

Al decir que los valores a que está enfilada la norma jurídica son los de justicia, seguridad social, bien común, libertad, paridad -- esencial de los seres humanos y fraternidad espiritual, lo sumo que podemos decir es que a tales valores está encaminada la norma jurídica -- PREFERENTEMENTE, porque lo cierto es que hacia ella también lo están la norma social y el uso social, en sus casos.-- Es decir, hay una peligrosa vaguedad que no permite la precisión necesaria.--

Algo de disputa contra todo lo que huele a criticismo Kantiano me parece ver a mí en esta posición.

Mas yo creo que se puede y se debe aceptar lo bueno que cada corriente del pensamiento haya aportado.-- No niego la importancia de -- la teoría de los valores, pero si aparte de ella ha podido construirse una clasificación de las normas más precisa que la que ella nos ofrece, no diviso razón alguna para rechazarla.--

#### CAPITULO IV: LA DISCUTIDA FUNDAMENTACION DE LO JURIDICO

Con lo dicho, hemos diferenciado las normas de carácter jurídico de aquellas otras que no tienen tal carácter y hemos señalado las peculiaridades que perfilan, con bastante precisión, los contornos del Derecho.- Claro está que, con ello, no hemos hecho más que destacar sus perfiles característicos, su fisonomía, digamos.

El origen del Derecho habrá que buscarlo en la propia naturaleza racional del hombre sin olvidar que también es un producto de la vida social que se vitaliza a travez de la variedad incontenible de momentos que hacen cierto el enunciado de que el Derecho es "vívido fenómeno social" y no disciplina que vive solo en la mente de los pensadores.-

La generalidad de las tendencias parece estar de acuerdo en conceder al Derecho la importancia de ser un instrumento de preservación social, un medio de ordenamiento que, en cualquier sentido, impide que se desborde el causal social hasta caer en la anarquía, en la pura animalidad, en la violencia desatada.\* Ciertamente es que no podemos olvidar que hemos presenciado grandes cataclismos sociales y enormes conmociones, pero no podemos negar que, superados los momentos de euforia y paroxismo, un como imán potente trata de atraer la voluntad y la conducta de los hombres hacia el ordenamiento y el encausamiento de lo que, por momentos, ha andado a la deriva.- Aún en las más violentas revoluciones, para el caso, una vez aniquilado el sistema de vida que se ha hecho insoportable y pasado el frenesí de la victoria, las sociedades se empeñan en traducir en leyes y plasmar en positivas regulaciones normativas, el nuevo orden de vida, el objeto logrado con la eclosión violenta de sus ímpetus sofrenados.- Y en definitiva pasamos de una legalidad a otra, con soluciones de continuidad, tal vez; pero en resumen contando siempre con el eficaz concurso del Derecho.- Como que nos empeñaríamos en fundir las cadenas rotas por el estallido, para forjar unas nuevas, y colocárnoslas voluntariamente, sabiendo que, sin ellas, es tan fácil el camino de la anarquía.- Así, el Derecho frena las sociedades, como la moral a los individuos.

Es que necesitamos certeza inmediata en nuestra vida social.- Justo o injusto, en un momento determinado, el Derecho nos ofrece la posibilidad

de conocer un Status menos incierto que cualquiera y, por ende, más exigible.-

Pero, Cómo se justifica como tal ese Derecho?.-Cuál es el fundamento de su obligatoriedad?.- No se trata aquí ya de investigar las causas de su aparición y desenvolvimiento en las sociedades humanas, sino de estimar los motivos que le hacen obligatorio.-

Y aquí estamos metidos ya en el núcleo de un debate que ha durado por siglos.- El fundamento del Derecho. Está en la voluntad Divina?, En la razón humana?, Es un simple producto social?. Y su obligatoriedad, ¿deriva de un orden trascendente?., de la voluntad estatal?, del querer de los asociados?.-

En la búsqueda de ese fundamento y justificación, suelen los tratadistas contraponer dos términos relativos al Derecho.- Derecho Justo, le llaman a uno, o Derecho Racional o Intrínsecamente válido o más generalmente Derecho Natural.- Y Derecho Positivo, Formal o Formalmente válido al otro.- Se considera que frente a la norma legal promulgada, formalmente por el Estado, hay otras normas, jurídicas también, que tienen validez reguladora en la colectividad.

Se trae en abono el hecho, indiscutible a veces, de que frente a la norma traducida en una ley promulgada por el Estado, no siempre es de acatamiento la conducta de los asociados; y se llama la atención sobre el hecho de que no han dejado de presentarse fenómenos en los que se aprecia claramente que, a pesar de la existencia de una disposición legal prohibitiva, la conducta de la colectividad, como torrente incontenible, persiste en mantenerse por el cauce que ella extra-lege se ha trazado.-

Esto, huelga decirlo, no ha sido jamás unánimemente aceptado. Y no lo ha sido porque todo lo que hay, en el fondo, es el trasunto de un viejo problema, el problema del Derecho Natural o de la dualidad normativa, en el que se han empeñado, a lo largo de los años, los pensadores más destacados de la Filosofía del Derecho en un debate que lleva visos de no terminar jamás.-

El problema resulta, de considerar que existen frente a nosotros, dos sistemas de Derecho: un Derecho Formal, Positivo, al que el Estado le

ha otorgado las armas para su eficacia por medio de la promulgación, y un Derecho Ideal que, aún cuando el Estado no se refiera a él, vive por sobre el Derecho Positivo, con anterioridad y superioridad, imponiéndose también en la conducta de los hombres.

Pero, Hay en realidad un Derecho anterior y superior a toda ley escrita o reconocida por el Estado?. Hay un derecho Natural frente a un Derecho Positivo?.

Mucho se ha discutido, como decimos, a lo largo de toda la historia a este problema y, con los criterios más encontrados, en oportunidades.- La apelación a un Derecho Natural ha tenido, a lo largo del pensamiento humano, a veces, la consideración más despectiva y, a veces, la aceptación más eufórica.- Se ha pregonado y defendido su realidad con fuego y sangre en epopeyas aún no olvidadas por la Humanidad; se le ha levantado airosamente frente a los abusos de la arbitrariedad y el absolutismo; pero también se le ha negado con todas las fuerzas que ha podido prestar la más vehemente argumentación de algunas escuelas del pensamiento.-

La literatura jurídica de los años próximos anteriores, parecía haber declarado ya, con características de "cosa juzgada" su posición, con relación a este problema.- Baste tomar, al azar, un buen tratadista, que no pertenezca a alguna de las Escuelas que más drásticamente han mantenido la pugna, para encontrarnos con una rotunda manifestación al respecto. Don Luis Jiménez de Asúa, por ejemplo, -que no es precisamente un jacobino-tratadista de Derecho Penal muy conocido entre nosotros, nos dice al hablar de las características de la Escuela Dogmática-Jurídica a la que él pertenece: "Mas la dogmática rechaza la idea de un Derecho superior y racional que se halle por cima del vigente, lo que sería resucitar el Derecho Natural ya sepultado".- Y más adelante, tiene frases como ésta: "en la época en que el Derecho Penal tenía prestigio" o "trasnochado sistema de Derecho Natural".- Y son significativas las siguientes frases del tratadista argentino Rodolfo Pablo Magliore que, como útil testimonio, aparecen en su obra: "El Derecho Natural y lo Natural en el Derecho", refiriéndose a los años anteriores: "era cuestión hasta de pudor, no referirse a los sistemas Jusnaturalistas sino teniendo buen cuidado de hacer notable su repudio".- El Profesor Soler, a quién ya hemos citado, tenía también, en sus conferencias, especial cuidado de hacer notar que él, en ningún momento, estaba apelando al desacreditado sistema del Derecho Natural.-

Pero he aquí que el tema no ha desaparecido de la discusión y, en nuestros días, ha vuelto a interesar a las doctrinas del Derecho.- Para negarlo, para combatirlo o para defenderlo, la doctrina jurídica de nuestros días ha vuelto a otorgar el mayor interés a este problema en que se perfilan, en el fondo, palpitantes cuestiones de interés político haciendo que el debate persista con razones de abono o de negación.

Quede, de una vez dicho, que es muy grande el campo en que se mueven las disputas ideológicas en torno al Derecho y, con ello, rechácese la idea vulgar que considera a ésta una Ciencia en perenne estancamiento, que simplemente mide la rutina con tacto superficial, solo porque para ver el índice de su movilidad haga falta superar el aspecto protoplásmico que confronta con el acaecer de todos los días, para posar la atención en las propias bases que estructuran su realidad.- Ahí veremos que sus postulados y justificativos no permanecen estáticos en el transcurso de los tiempos y que, la discusión, se lleva hasta el puro núcleo de su estructura.- Más, si por otro lado, la crítica enfila una postura diferente y reprocha la falta de uniformidad de criterios en cuanto a la conceptualización de nuestra disciplina, reconozcamos que no deja de ser desalentador, sobre todo para aquellos que quisieran majar sobre conceptos indiscutibles, el hecho de que se lleve hasta sus mismos cimientos la polémica conceptual". Todavía buscan los juristas un concepto del Derecho" decía, por eso, en frase no exenta de sorna, el Filósofo de Koeninsberg.- Más, destaquemos, para apaciguar un poco la desolación, que tal situación no se presenta únicamente en disciplinas como el Derecho, de base fuertemente racional, sino en aquellas que pretenden tener unos puntos más de exactitud con base más experimental.- El átomo, para los físicos, era, hasta hace muy poco tiempo, la manifestación mínima de la materia hasta el descubrimiento de que éste es a su vez la composición de protones, neutrones y electrones.-

Todo ello no debe desilusionarnos; ni siquiera debemos considerarlo como estéril.- Es, antes al contrario, evidencia indiscutible de la inquietud que impide al hombre conformarse con lo que no le satisface y acicate para su actividad racional que se demuestra imprescindible.

No nos extrañe entonces que aún las elementales preguntas que se --  
formulan los que apenas se inician en la Ciencia del Derecho, no encuen--  
tren la adecuada respuesta al final de prolongadas y pacientes meditacio--  
nes.- Y de aquí que resulta tan interesante asomarse al vasto panorama --  
histórico de las diferentes tendencias y escuelas que en permanente discu--  
sión prolongan hasta nuestros días el incesante devaneo por captar la ge--  
neral verdad que satisfaga con plenitud.

Volviendo a nuestra interrogación, tendríamos que repreguntarnos:  
Hay en realidad un Derecho anterior y superior a toda ley escrita?. Hay  
un Derecho Natural frente a un Derecho Positivo?.

Tales preguntas son tanto más difíciles de contestar por cuanto que  
situados en este momento de la historia, tenemos ante nuestros ojos innu--  
merables respuestas dadas en forma a veces simplista o unilateral, situa--  
ción que, como vimos, obliga a comparar y enjuiciar tesis a veces comple--  
tamente antagónica.-

No era difícil responder a los primeros teóricos del Derecho que és--  
te obligaba, porque era el desenvolvimiento de principios sagrados, divi--  
nos, inmutables y rígidos, que como algo inamovible, regía la conducta de  
los hombres.- Con derivaciones de esta idea principal, la antigüedad toda  
giró alrededor de un concepto Jusnaturalista divino, en su mayor parte, --  
del Derecho.- Los pueblos orientales, los hebreos, los babilonios, los --  
egipcios, los griegos, los romanos.....justificaron sus legislaciones,  
incipientes o desarrolladas, en el trasunto y evocación de estas normas  
primeras, elementales y justas que la divinidad había impuesto a los hom--  
bres.- Era ésta, pues, una especie de Jusnaturalismo Teológico, de carac--  
terísticas tan francas, en ocasiones, como gráficamente podemos recordar--  
lo a través de la entrega que Dios hace de las tablas a Moisés en el Mon--  
te Sinaí.-

No es ésta, por supuesto, la única manifestación Jusnaturalista.--  
Había otra que otorgaba la validez de su mandato al hecho de basarse en  
la naturaleza de las cosas.- Esta era una especie de Jusnaturalismo ffsi--  
co que consideraba que las leyes humanas para ser tales y tener sentido,  
no podían hacer otra cosa que acatar las exigencias impuestas por la pro

pia naturaleza y las condiciones físicas y materiales de la sociedad.- Este era el Jusnaturalismo Físico, Social y Natural.- A medida que los tiempos transcurren y nuevas formas de civilización llegan al mundo, la justificación del ordenamiento jurídico va tomando nuevos aspectos.- Se habla de que el verdadero Derecho tiene su fundamento en la razón.- Es este el Jusnaturalismo racional, que, insistiendo en la inmutabilidad de un Código supralegal, basado en la razón y sustentáculo de todo ordenamiento jurídico, -- produce la magna apoteosis del Derecho Natural: la revolución francesa.- Este es el Derecho Natural clásico o racional.-

Hay pues, en apretada síntesis, tres concepciones tradicionales de Derecho Natural:

Derecho Natural Divino o Teológico.

Derecho Natural Físico, Social o Natural, y,

Derecho Natural Clásico o racional.-

Cada una de estas corrientes tiene, por supuesto, algunas desviaciones particulares, pero, en general, el orden indicado es el que parece más uniformemente aceptado.-

Pasemos, en breve repaso, a examinar estas diferentes concepciones Jusnaturalistas.-

## CAPITULO V: BREVE REPASO DE LAS CORRIENTES

### TRADICIONALES DEL DERECHO NATURAL.

Decíamos que tradicionalmente se conocen tres corrientes de Jusnatu-  
ralismo: El Jusnaturalismo Social o Físico, el Jusnaturalismo Divino y el  
Jusnaturalismo racional o clásico.-

Analicemos brevemente algunas de sus concepciones y citeamos a sus  
principales expositores:

A Calicles y Trasímaco, en la antigua Grecia, se hacen los primeros  
expositores del Derecho Natural en sentido físico. El primero encuentra  
cierta diferencia entre la justicia impuesta por las leyes y la justicia  
impuesta por la naturaleza, y no se explica como quiere hacerse estribar  
aquella en la igualdad cuando está visto que la desigualdad es la condi-  
ción natural. La justicia genuina, dice, es la que más se acerca a la --  
ofrecida por la naturaleza y en ésta la regla es el predominio de los --  
fuertes sobre los débiles. El fundamento del derecho, por ello, radica -  
en el poder. Por su parte el segundo de los filósofos mencionados conside-  
ra como natural a la condición humana el hecho de que haya cierta desi-  
gualdad que hace posible la existencia de poderosos y débiles y no tiene  
reparo en considerar que la justicia y el derecho, por naturaleza, es to-  
do lo que conviene a aquellos. Justicia y derecho serían, según esto, to-  
do lo que conviene al poderoso. Algunos han querido ver en ciertos trata-  
distas modernos el germen de las ideas de Calicles y Trasímaco traslada-  
das con mayor o menos sutileza y señalan a Haller y Gumpowics - (el vene-  
rable Gumpowics, de que nos hablaba nuestro profesor de Derecho Político)  
como sostenedores de estas teorías que proclaman que si el derecho está -  
basado en la naturaleza y en ella la ley es que el pez gordo se como al -  
chico, en el derecho debe reflejarse esa condición natural haciendo posi-  
ble que también en su campo el fuerte se imponga al débil y el Derecho -  
sea un instrumento de dominación.

Más de lo que parece, esta doctrina ha tenido numerosos propugnado-  
res y defensores. Recordemos que aunque no referida exactamente al Dere-  
cho, sino más bien a normas de buen gobierno, Nicolás Maquiavelo, en sus  
consejos al príncipe, urde toda una doctrina (?) que no ha dejado de tener



seguidores entre los palaciegos de todos los tiempos, dando un margen, - por ello, a la lamentación frecuente que se escucha de labios populares - patentizando la queja adolorida o el grito retador de quienes reprochan - al Derecho ser el mango de la sartén que tienen firmemente cogida los poderosos con ambas manos.

Así entendida esta doctrina pone en evidencia mucho de despecho, de reproche, de lamentación, de incredulidad y, por seriamente que pretenda traerse a cuento, en realidad resulta enteca y no deja de provocar, en el fondo, más que el sentimiento de que se está en presencia de una argumentación carente de la necesaria seriedad.

Más seriamente invocan el Jusnaturalismo Físico o Natural quienes - argumentan que las cosas, los animales y el hombre, tienen, en el Universo, su lugar y su función que desempeñar, sus necesidades vitales que satisfacer, sus facultades que desarrollar y sus finalidades que cumplir.-

Los animales, por ejemplo, necesitan para vivir hacer uso de determinados medios.- En la lucha por la vida el felino que cobra su pieza -- cumple con la ley natural.- Cómo podría suprimírsele ese acto sin contrariar esa ley?.- Pues bien, el hombre tiene también características que le son connaturales y tiene más porque su composición es más completa, es un animal racional.-

Considerado individualmente, geográficamente íngrimo "en el estado de naturaleza", por ejemplo, para su subsistencia tendría que tomar las medidas que su habilidad le indicara.- Dentro de su ser natural, dentro de su individualidad, estaría la facultad de cazar, pescar y en fin, tomar todos los medios a que la necesidad le obligara.- Este es el origen de los derechos subjetivos.- Aquellos que son connaturales al hombre.- - En el ejemplo rudimentario que se invoca esos derechos más están equiparados al instinto de conservación, que, sin embargo, como la razón, le es connatural al hombre.- Así como los instintos le son propios, también le es propia su racionalidad y esta tiene características que no pueden ser suprimidas.- Solo vulnerando o pervirtiendo el orden natural de las cosas, -la ley natural-, pueden contraírse los actos y principios que derivan del instinto y de la razón.-

El Dr. José María Méndez refuta la concepción Jusnaturalista Física en la siguiente forma: "La naturaleza, como conjunto de fenómenos regidos por una ley general de causa y efecto y de la cual forma parte necesariamente el hombre, no está regida por normas.- Ya la Filosofía del Derecho estableció la diferencia entre ley natural y norma.- La primera comprende el mundo del ser, donde impera un determinismo causal; la segunda el mundo del deber ser que tiene por supuesto necesario la existencia de un sujeto conciente, reflexivo y libre.- De la naturaleza no pueden extraerse normas; las normas constituyen un plano ideal, levantado sobre la realidad, donde se dice, no como son las cosas, sino cómo se quiere que sean

Ese estado imaginario del hombre aislado, no puede nunca ser germinador de derecho. El derecho supone una relación, la vida social, y solo cuando ésta surge, aparece el derecho como fuerza primaria para mantener la cohesión del grupo social".-

De mayor importancia que la anterior corriente y con muchísimos más expositores de indiscutible brillo que aún en nuestros días la enarbolan con vigoroso empeño, es la Teoría del Jusnaturalismo divino o Teológico.

De ella se encuentran referencias, como antes dijimos, en las más antiguas civilizaciones. Los pueblos orientales, los hebreos, los babilonios, los egipcios, los griegos, los romanos....justificaron sus legislaciones en esta especie de jusnaturalismo. Ya hemos visto como entre los Hebreos la ley natural es entregada directamente por Dios a Moisés en el Monte Sinaí. Entre los babilonios es famoso el Código de Hammurabí, cuyas normas fundamentales han sido recibidas directamente del Dios Sol. Del libro de Migliore ya citado tomo las palabras, por demás sugestivas, que pintan la idea de un Derecho Natural de proveniencia divina que aparece en el Código mencionado: "Como Anu, el sublime, el rey de Aminaky y Bel, el señor del cielo y de la tierra que fija el destino de los pueblos; y Narduk, el hijo del señor Ea, el Dios del Derecho; así como ellos han repartido la humanidad terrena, así Anu y Bel me han designado a mí Hammurabí, el alto príncipe, temeroso de Dios, para dar valor al Derecho sobre la tierra. Como Narduk me envió para gobernar a los hombres y proteger el Derecho de los pueblos, así he realizado yo el Derecho y la Justicia."

Entre los egipcios estaba arraigado asimismo el sentimiento de un derecho natural proveniente de la divinidad. Los miembros de sus sociedades estaban en la obligación de respetar los preceptos impuestos por la divinidad y, a su muerte, al comparecer ante los dioses, debían alegar su cumplimiento. De las páginas del mismo autor extraemos un típico alegato de defensa de los muertos: "Yo no maté ni dañé a nadie. No escandalicé en el lugar de la justicia. No sabía mentir. No hice mal. No obligué como superior a trabajar para mí durante todo el día a mis criados. No hice maltratar a un esclavo por ser superior a él. No los abandoné al hambre. No les hice llorar. No maté. No ordené matar. No rompí el matrimonio. No fui impúdico. No malgastaba. No disminuía en los granos. No rebajaba en las medidas. No alteraba los límites del campo, etc..."

Y entre los griegos, es infaltable, en toda referencia al Derecho Natural Teológico, la cita del pasaje en que Sófocles pone en boca de Antígona el siguiente diálogo que se desarrolla ante la prohibición que se le hace de sepultar el cadáver de su hermano: "Ni creí que tus bandos habían de tener tanta fuerza que habías, tú, mortal, de prevalecer por encima de las leyes no escritas e inmutables del cielo; que no son de hoy ni son de ayer, sino que viven en todos los tiempos y nadie sabe cuando aparecieron. No iba yo a incurrir en la ira del Cielo violando esa ley por temor a los caprichos de hombre alguno".

Aún cuando la importancia de los filósofos presocráticos es indudable, en su mayoría ellos se preocuparon de resolver el problema cosmológico a través de una filosofía explicativa de la naturaleza que ha sido llamada comúnmente, "realismo ingenuo". Así: Tales de Mileto, Anaximandro, Anaximenes, Empédocles, Leucipo, etc. aunque bien es cierto que ya apunta en sus concepciones concernientes a los mandatos de los hombres un criterio jurídico metempírico.

En realidad es con los sofistas propiamente, con quienes se destaca la importancia de las concepciones atinentes a la política, las ciencias sociales y el derecho. Por supuesto eran escépticos y relativistas, desde luego, que su misma costumbre de defender todos los puntos de vista diferentes de las cosas a ello los llevaba. A ellos se enfrentó Sócrates,

señalado por la mayoría de autores como el verdadero iniciador de la cultura occidental, con su método mayeúutico, y quien patentiza en alto grado un concepto profundamente jusnaturalista del Derecho, El hombre para él debe obedecer no solo las leyes del Estado sino las leyes no escritas de los Dioses. Es curioso observar en él, sin embargo, que ante la presencia del conflicto entre la ley natural y la ley humana, vale decir entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, éste decide la cuestión a favor -- del Derecho Positivo, al resignarse a cumplir una sentencia injusta, bebiendo la Cicuta en acatamiento a la norma positiva de Derecho, posiblemente con la finalidad de otorgarle certeza y seguridad, aún cuando tuviera un contenido injusto.

En Platón y sobre todo en Aristóteles, en su Etica a Nicómaco, se acaba de afianzar el pensamiento Jusnaturalista de la Hélade. El último habla de lo justa natural y lo justo legal o civil dando base a doctrinas posteriores que se han apoyado en este sustentáculo. Su pensamiento será piedra angular más tarde en la Filosofía de las Escuelas o Escolástica.

La escuela de los estoicos tanto entre los griegos como entre los romanos, que tan vigorosa influencia ha tenido en el pensamiento, fué también una de las que, con mayor empeño defendió, la idea de un derecho natural, idea que desemboca luego, asimismo, en la filosofía patristica y escolástica.

Entre los romanos, es notorio el pensamiento de Marco Tulio Cicerón quien habla de una ley universalmente válida de carácter moral natural y originada en la voluntad racional de la divinidad, que debe ser paradigma de la legislación humana, que no puede contradecir aquella sin riesgo de convertirse en injusta. Su pensamiento rechaza, por ejemplo, la idea de que pudiera aceptarse como justa la ley que facultara a un tirano para dar muerte a cualquier persona sin proceso.

Es notorio asimismo el pensamiento de los grandes juristas romanos, Quintiliano, Séneca, Gayo, Ulpiano, de base fuertemente jusnaturalista. Recordemos que, en el derecho romano, se reconocía la existencia de normas comunes a todos los pueblos en atención a la propia naturaleza de los

hombres. Esto era ya un principio de reconocimiento de la idea de derechos naturales que, luego sin embargo, fué caracterizada, más claramente, entre ellos mismos al hablar del Derecho Natural. Nos encontramos en el pensamiento jurídico romano con el Jus Civile, propio de los ciudadanos romanos, con el Jus Gentium del que participan los peregrinos y con el Jus Natural, derecho necesario, basado en la razón del hombre y derivado de la divinidad.

En los primeros años de nuestra Era, el Cristianismo levanta asimismo la idea de un Derecho Natural frente al Derecho Positivo. San Pablo, en los albores del Cristianismo en su segunda "Epístola a los Romanos", dice: "En efecto, cuando los gentiles que no tienen ley, hacen por razón natural lo que manda la ley, son para sí mismos ley; y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia, y las diferentes reflexiones que allá en su interior ya los acusan, ya los defienden, en aquel día en que Dios juzgará los secretos de los hombres por medio de Jesucristo según mi Evangelio -- (2,14-16).

Continúa el desenvolvimiento de la idea del Derecho Natural que cobra nuevo brillo con las exposiciones de los Padres de la Iglesia, entre ellos: Irineo, Obispo de Lejón, Lactancio, Minucio, Félix, San Clemente de Alejandría, Orígenes, San Gregorio Nacianceno, San Ambrosio, San Jerónimo, hasta llegar a la época de su mayor brillo con San Agustín y San Isidoro de Sevilla.

Dice San Agustín: "No existe Alma racional en cuya conciencia no deje Dios oír su voz, pues Quién sino Dios ha escrito en el corazón humano la ley moral natural? ¡Oh Señor! Tú y la ley escrita en el corazón de los hombres castiga sin duda el hurto, sin que haya perversidad capaz de anularla, porque Qué ladrón permanece indiferente cuándo él es el robado? Quién será el que no responda fácilmente al preguntárselo qué es la Justicia, siempre que no tenga alguna razón en contra para no hacerlo? Pues la verdad está escrita por la mano del Creador en nuestros corazones" "Lo que no quieres que a tí se haga, no lo hagas tú a los demás".

Durante toda la edad media, las concepciones jurídicas están impregnadas de un sentimiento Jusnaturalista.

Sin disputa es con Santo Tomás de Aquino con quién llega a su apogeo el pensamiento cristiano católico ajustando los dogmas de su religión a las ideas Aristotélicas. Con él toman enorme importancia las concepciones referentes a la ley Eterna, a la ley Natural y a la Ley Humana. Según su pensamiento hay tres clases de leyes que regulan la vida de los hombres: en el primer plano está la manifestación de la razón divina que rige el Universo. Santo Tomás la define diciendo que es: "La razón de la Divina Sabiduría, como directiva de todas las acciones y mociones". Antes San Agustín la había definido como: "La razón o voluntad de Dios, que manda conservar el orden natural y prohíbe su perturbación". En un segundo plano se encuentran las leyes derivadas de la naturaleza de las cosas. Es la Ley Natural que Santo Tomás define diciendo que "la ley natural no es más que la participación de la ley Eterna en la criatura racional". Aquí vemos como trata de elaborarse un Jusnaturalismo que aunque de base profundamente teológica apela a las solas luces de la razón para demostrarse. Una ley natural susceptible de ser conocida por las solas luces de la razón. Y por último están las leyes hechas por los hombres. Estas para ser justas deben ajustarse a la ley natural la que a su vez se conforma con la ley eterna acatando los mandatos de la Divinidad.

De singular importancia es también en la historia del pensamiento jurídico la "Escuela Española del Derecho Natural" cuyos principales exponentes son Francisco Suárez, con su tratado "De Legibus", Francisco de Victoria, Luis de Molina, Domingo de Soto. El Padre Suárez define la Ley Eterna como: "Un decreto libre de la voluntad de Dios que determina el orden que hay que observar, o bien, en general, por todos los seres del Universo, o, especialmente, por las criaturas racionales en cuanto a sus operaciones libres", continúa con las ideas de Santo Tomás haciendo presente que el conocimiento de una ley natural a la que deben ajustarse las leyes de los hombres es susceptible de ser conocida por la recta razón y no únicamente por revelación. En él comienza a hacerse presente ya la idea de que el Derecho Natural, no es un conjunto de principios rígidos, sino adaptables a la realidad, que pueden amoldarse a las diferentes necesidades, siempre que se conserve, sin desfiguración, un núcleo de principios provenientes de la Divinidad.

Pero nos equivocariamos de plano si ubicaramos la corriente, antes esbozada, únicamente en perspectiva histórica. Con el mismo ardor con que los principios todos del Cristianismo son bandera enarbolada que persiste a través de los tiempos y los avatares, sus construcciones jurídicas, basadas en un Derecho Natural Divino, persisten en reclamar en estos instantes de la humanidad la atención de los pensadores de esta disciplina, hacia sus concepciones francamente consecuentes con sus ideas originales. Se habla por ello de un Neo-Tomismo que partiendo de la Encíclica de León XIII "Aeterhi Patris" (1879) renueva con inusitados bríos los estudios escolásticos y metafísicos en el sentido tradicional de la Iglesia, ateniéndose, en sus bases fundamentales, a la doctrina del Aquinatense aunque es forzándose por ajustarla a las circunstancias de la época. Se distinguen entre los NeoTomistas, el Cardenal Mercier, el padre Marechal y el distinguido Filósofo Jacques Maritain.

Preocupado por la posibilidad de que a las ideas Tomistas se les dé un sentido rígido y muerto, el Cardenal Mercier exclama, haciéndose eco de las palabras del Dr. Müller: "Si Santo Tomás volviera en medio de nosotros, que haría? aquel espíritu, tan dúctil y abierto a cuanto hay de grande y de digno en nuestro conocimiento, se asimilaría con todo el ardor de su celo las conquistas de la civilización de su época; aprendería, aprendería mucho, y nos daría una edición corregida de su Suma, en la cual volvería a tratar lo que no podía saber en su tiempo. Aquel noble espíritu, tan prudente en sus decisiones, constantemente en progreso, corrigiéndose frecuentemente al compás de la madurez de su desarrollo, quedaría bien asombrado al ver que se ha hecho de sus escritos un dogma rígido y muerto, un fetiche para espíritus débiles, incapaces de pensar. Aquel pensador, tan modesto y tan ajeno a pretender deificarse a sí mismo, !qué reproches no dirigiría a aquellos de sus partidarios que han impedido tan celosamente la germinación del grano sembrado por él en plena tierra y en pleno aire y lo han dejado secarse y momificarse en sus granajs y en sus sombrías escuelas, en ves de hacer fructificar con toda abundancia este rico capital intelectual!" (citado por Trujol Serra y Galán y Gutiérrez en el Prólogo del Libro de Karl Larenz "La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado")

Por su parte se encarga Maritain, y esta es parte muy importante de su -- obra, de aclarar que el Derecho Natural, como todo régimen de Derecho, no sólo otorga Derechos a los individuos sino que impone obligaciones, cosa que ciertamente había venido siendo mal entendida. A este respecto dice: "Ya he dicho que el Derecho Natural es un Código no escrito: ley no escrita, en el más profundo sentido de la palabra, porque nuestro conocimiento de él no es el fruto del libre concepto, sino resultado de una ideación limitada a las inclinaciones esenciales del ser, de la naturaleza viviente y de la razón, que actúan en el hombre, y porque se desarrolla proporcionalmente al grado de experiencia moral y autocrítica, así como de experiencia social, de que ha sido y es capaz el hombre a lo largo de las diversas edades históricas. Así, en las épocas antigua y medieval se prestaba atención, en el Derecho Natural, a las obligaciones del hombre más que a sus derechos. La verdadera hazaña -una gran hazaña por cierto- del siglo XVIII- fué el sacar a plena luz los derechos humanos, también exigidos por el Derecho Natural. Tal descubrimiento se debió, esencialmente, al progreso en la experiencia moral y social, por cuyo intermedio se libraron las inclinaciones arraigadas en la naturaleza humana con respecto a los derechos individuales y, consecuentemente, el conocimiento a través de la inclinación, desarrollado con respecto a ellos. Pero, de acuerdo con una desdichada ley del conocimiento humano, ese gran descubrimiento se pagó con errores ideológicos en el campo teórico.... Simplemente: se desplazó la atención de las obligaciones del hombre a sus derechos, siendo así que un criterio amplio y completo hubiera prestado la misma atención a ambas cosas, derechos y obligaciones, contenidas por igual en las exigencias del Derecho Natural". (Tomado del Dr. Fernández, Ob. Cit.)

El pensamiento católico, con relación al problema del Derecho Natural, talvez pudiera estar resumido en el siguiente párrafo del Jesuíta Gabino Márquez: "Los católicos empiezan primero por probar la existencia de Dios y su divina providencia. Después deducen racionalmente como corolario la existencia de la ley Eterna, que prueban con nuevos argumentos. Por último, hacen ver con razones sólidas que la Ley Eterna es fuente: - primero, de la Ley Natural, y después, mediante ella, de todas las demás



leyes, es decir, de la ley divina positiva, la ley eclesiástica y la ley civil, y, por consiguiente, deducen cual es el fundamento de todas las leyes, incluso las leyes civiles. Queda, pues, indicado el proceso de la resolución católica sobre ese problema capital de la Filosofía del Derecho".

Mencionemos, por último, que numerosos filósofos cultivan un Derecho Natural basado en la Escolástica. Entre otros Cathrein, Renard, Leclerc, Luis y Alfredo Mendizábal, Sancho Izquierdo, Luis Legaz Lacambra, Castán, etc.

El Dr. José María Méndez tiene sin embargo para esta clase de Jusnaturalismo una certera frase: "Recurrir para la explicación del Derecho Natural a la mente Divina es salirse de los límites de la filosofía".

#### DERECHO NATURAL CLASICO

Con la corriente Jusnaturalista clásica el problema del Derecho Natural se traslada a un campo distinto. El hombre, la persona, el individuo, como ser de la naturaleza tiene determinadas características inconfundibles e invariables en el tiempo. Una de ellas es la razón, de la cual no puede renegar sin riesgo de negarse a sí mismo. Es en las ideas puras y en las construcciones del Intelecto en donde debe buscarse el esquema válido de la realidad de la vida. Con la corriente racionalista se proclama el encumbramiento de la razón y la idea de Dios da paso a la razón humana como base fundamental de toda verdad. La apelación a la razón humana como base de este Jusnaturalismo produce una de las concepciones más rigurosamente proclamadas enarbolando, frente al absolutismo, una serie de derechos inalienables fundamentados en un Derecho anterior y superior, situación históricamente explicable por cuanto era necesario oponer al Derecho en que se basaba la opresión (y que por curiosidad se fundaba a su vez en un Derecho Natural de tipo divino, simbolizado por la leyenda de las dos espadas), un derecho anterior y superior proveniente de las luces de la razón que ofreciera amparo a la actitud rebelde que en su oportunidad proclamara; con desbordante entusiasmo, la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano".

Los principales autores de la llamada Escuela Clásica del Derecho Natural, son Wolff, Puffendorf, Altusio, Grocio, Tomasio, Hobbes, Leibniz,

Locke, Montesquieu, Rousseau.

Grocio, considerado el fundador del Derecho Natural Clásico, basa su teoría fundamentalmente en la sociabilidad del hombre (*apetitus societatis*) y en la necesidad de que éste ajuste sus acciones a los dictados de una recta razón. Define el Derecho Natural diciendo que a su juicio "son ciertos principios de la recta razón, que nos hacen conocer que una acción es moralmente honesta o deshonesto, según la conveniencia o la inconveniencia necesaria que ella tenga con una naturaleza racional". Y añade, en frase suya muy conocida, que las normas de Derecho Natural habrían de regir "aún cuando se admitiera la inexistencia de un Dios". Grocio es considerado asimismo el fundador del Derecho Internacional.

Hobbes: fundamenta también el Derecho Natural en la recta razón, pero difiere profundamente de Grocio en la consideración que le merece el hombre. En aquel se destaca la característica de sociabilidad que atribuye al individuo, mientras en éste su egoísmo y su sentimiento anti-social. De él, aunque para algunos no del todo original, es la frase "Homo Homini Lupus". La idea del pacto social aparece tanto en Hobbes como en Grocio.

Tomasio se distingue por haber analizado con verdadera pureza metódica el problema de la diferencia entre Moral y Derecho. A su vez Wolff continúa las doctrinas políticas y filosóficas de sus antecesores, aceptando las bases que ya ofrecía la doctrina especialmente sobre la sociabilidad del hombre, el pacto social, derechos innatos y deberes universales, aunque se le ha reprochado el haber abusado de la dialéctica trayendo con ello, como consecuencia, que todo el racionalismo fuera objeto de las críticas que habían originado sus abusos.

Por su lado Puffendorf enfoca su interés en diferenciar el Derecho de la Teología y no añade, a decir de numerosos tratadistas, mayores ideas a las ya elaboradas por Grocio y Hobbes. Leibniz tuvo acres palabras para él minimizándolo como filósofo.

Locke se sirve de la misma hipótesis de que se había servido Hobbes- el estado de naturaleza- para delimitar los poderes del soberano. Se ha dicho que Locke, con sus ideas, "condensa y resume la revolución inglesa,

mientras que Rousseau, anuncia y prepara la francesa". Locke señala concretamente algunos derechos inalienables de la persona humana: el derecho a la libertad, el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad, fundada en el trabajo. Si, como vimos, el régimen político está fundado en el pacto social, todo abuso del poder soberano implica un quebrantamiento de aquel que dá lugar a que el pueblo recobre Ipso Facto su soberanía originaria.

Montesquieu es otro exponente del Jusnaturalismo racional aunque ordenando sus ideas principalmente al problema político.

Su libro "El Espíritu de las leyes" es modelo de acuciosidad política que ha dejado honda huella en el pensamiento posterior y ha penetrado prácticamente en el Derecho Constitucional moderno por medio, principalmente, del sistema gubernamental de "frenos y contrapesos" defendido por aquel y que ha dado base a la estructuración de la interdependencia de los poderes del Estado.

Mas la figura principal del Jusnaturalismo Racional probablemente sea Jean Jacques Rousseau. Su principal libro "El Contrato Social", modelo de vigor intelectual y pureza de estilo, ha dejado también huella permanente en el pensamiento político de los tiempos modernos, después de propiciar en no pequeña dosis el desbordamiento ideológico que ciñó las bases de la revolución francesa. Desde sus primeras palabras "El hombre ha nacido libre y en todas partes le hallamos prisionero", se dedica a investigar la legitimidad de tal cambio, atribuyéndolo a la convención de los asociados. Todo exceso de poder, todo abuso, dá lugar a que el pueblo recupere los derechos que le son propios y que no pueden suprimirse sin quebrantamiento del pacto original, y con leyendas cargadas de vehemencia, de gran impacto social, gráficamente dice: "Si un pueblo está obligado a obedecer y obedece, hace bien; pero si puede sacudir el yugo y lo sacude, obra todavía mejor; pues recobrando su libertad con el mismo derecho con que se la han quitado, o puede recobrarla legítimamente o no era legítimo que se la quitaran". He aquí un intento de justificación racional con apelación a un Derecho Natural de los movimientos revolucionarios de los pueblos.

Todas las ideas del movimiento intelectual conocido como "iluminismo" y especialmente las ideas de Rousseau desembocan en Kant, verdadero fundador del racionalismo y uno de los más extraordinarios filósofos de todos los tiempos. Con sus obras "Crítica de la razón pura" "Crítica de la razón práctica" "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres" "Principios Metafísicos del Derecho" en realidad asesta un golpe a todo un pasado filosófico. A raíz de él toman sólida fundamentación muchas de las importantes facetas que integran la ideología moderna, en lo referente, sobre todo, a la fundamentación racional de una teoría de la conducta referida especialmente a la Moral y el Derecho.

Las ideas de Kant son fundamentales por la precisión con que señala los límites del ser y del deber ser, organizando en forma acabada una congerie de principios que dan base de sustentación, como vimos, a las disciplinas normativas de la conducta y creando en realidad lo que con amplio desenvolvimiento posterior ha venido a ser una auténtica moral laica. Kant precisa asimismo, con solidez difícilmente conmovible, las diferencias entre la Moral y el Derecho señalando a cada una de estas disciplinas sus peculiares características. Las disciplinas del deber ser fundamentadas en la forma en que lo hace Kant descansan inevitablemente en la premisa de la libertad del hombre. A este respecto su aclamación a la libertad que denota en alto grado su apreciación conmovedora de esta característica humana, es elocuente; dice de ella que es: "atributo misterioso y fecundo de la personalidad bajo el arco comprensivo y categórico de las leyes de la naturaleza". La definición de Derecho que da Kant hace incapié asimismo en la idea de la libertad. Para él el Derecho es la "norma que regula la concurrencia de libertades" o bien "el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede --- coexistir con el arbitrio de los demás según la ley universal de libertad".

En lo referente al problema especial que nos ocupa, la ideología Kantiana tiene la innegable virtud de haber conciliado el racionalismo Cartesiano con el empirismo inglés llegando a hacer una diferencia precisa entre el método "a priori", deducido de las luces de la razón, por el

que se llega a las formas del conocimiento y el método "a posteriori" con que se llega a la materia del mismo. En lo que el Derecho tiene de forma de conocimiento es susceptible de pensarse y estructurarse por sobre toda consideración positiva y con atención exclusiva al juicio racional, - aún haciendo exclusión de la materia a que haya de aplicarse, evitando así la contingencia. Para Kant las "categorías" no son formadas por el mundo sensible, sino formas mentales de la razón.

De la enorme cantidad de fenómenos que proporciona la experiencia, el -- pensamiento humano exclusivamente, sin necesidad de comprobaciones pragmáticas, establece las reglas y leyes a que aquellos obedecen por medio del procedimiento "a priori", por la sola razón. "La categoría", en realidad, no es pues mas que una abstracción lógica del pensamiento en la que no tiene cabida al ser abstraído. De un lado el objeto pensado susceptible de conocerse por experiencia, "a posteriori". De otro, la forma del pensamiento que no necesita comprobación experimental y puede ser a priori tico. Ya veremos en su oportunidad como el movimiento Neo-Kantiano recoge estas ideas para estructurar una teoría del Derecho Natural.

Distingue Kant entre máximas y leyes y, a este respecto, dice: -- "Principios prácticos son proposiciones que encierran una determinación universal de la voluntad, a cuya determinación se subordinan diversas - reglas prácticas. Son subjetivos o máximas cuando la condición es considerada por el sujeto como valedera solo para su voluntad; son, en cambio, objetivas o leyes prácticas cuando la condición es conocida como objetiva, es decir, valedera para la voluntad de todo ser racional"

En realidad, el impacto producido por la Filosofía Kantiana ha sido comparada con el que ocasionó Copérnico en la Astronomía. Ruiz Moreno dice que sus ideas constituyen un punto de referencia para cualquier doctrina y, aunque en esto hay algo de exageración, es lo cierto que, con razón se ha dicho, que se puede estar con Kant o contra Kant, pero nunca sin Kant.

Notas comunes y características de estos autores son la rigidez de sus construcciones, la fundamentación de un derecho natural basado en la razón como prescindencia de la idea de Dios y la enorme importancia que

con ellos adquieren los derechos del individuo, siendo sus construcciones en parte muy principal, basamento indiscutible de lo que se conoce con el nombre de individualismo.

El binomio Estado e Individuo está resuelto en ellos, sin disputa, a favor de éste, teniendo aquel existencia, o mejor, justificación, solo en cuanto real o fictamente descansa en la voluntad general de los asociados, garantice sus derechos inalienables y satisfaga a plenitud sus aspiraciones y necesidades.

En reconocimiento de las ideas del iluminismo, y en afán de obtener provecho permanente de lo bueno y aprovechable que haya en el pensamiento de todos los tiempos, digamos, sinceramente, que si algo hermoso hubo en su ideario, si algo estupendo hubo en su lucha, fué la sana intención, manejada con apasionamiento, por iniquilar la opresión y por destruir el despotismo, medios estos de vida tan tenaces en su manifestación, que aún con las banderas más dispares y con la sustentación de justificativos diferentes insisten en presentarse contra toda razón y toda conveniencia.

## CAPITULO VI:

### ALGUNAS ESCUELAS QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE UN DERECHO NATURAL.

"Mas es lo cierto que las ideas Jusnaturalistas llevadas al extremo en que las colocaron las corrientes tradicionales habian de caer pronto - en desprestigio.

"Al correr del siglo XIX dice Recassens: Las teorías del Derecho Natural fueron cayendo en crisis, cada vez más aguda, hasta llegar a un momento de proscripción casi general. Fueron factores de esta crisis, el historicismo en sus varias manifestaciones, y la tiranía positiva que cegó -- las fuentes de la auténtica especulación filosófica; pero también los propios errores en que habian incurrido las doctrinas jusnaturalistas. Pues como dice Lask, el gran defecto de muchas teorías de Derecho Natural estriba en que, por una parte, resultan demasiado abstractas y por otra demasiado concretas. Las teorías de Derecho Natural no pueden cumplir el fin que se proponían, de construir un orden jurídico completo, susceptible de ser aplicado, suplantando la dinámica histórica del Derecho Positivo, porque -- la historia, la vida real y el destino de los pueblos, tienen sus fueros -- que inexorablemente se cumplen; a pesar de todos los afanes y propósitos -- utopistas; y el Derecho Natural al desconocerlos, resulta algo insuficiente, muy pobre de contenido, e inadecuado, que no toma cuenta del complejo vital que se propone regular. Pero de otro lado, el Derecho Natural, como un cuadro completo de la fantasía, que aspira a no dejar nada olvidado, descende excesivamente a detalles, sobre los cuales no cabe en rigor una norma absoluta; y admite en su contenido momentos accidentales y contingentes, lastrando su pretendido carácter ideal con ingredientes empíricos y fortuitos. Por un lado, pues, olvida el factor empírico, histórico, propio del contenido de todo Derecho; y de otra parte padece inadvertidamente el engaño de considerar como absolutos, momentos que, en realidad, no más que empíricos".

El Derecho Natural habia caído, pues, en mengua, y, por ello, inevitablemente, como sucede a la hora de superar lo caduco, llegamos a un momento histórico en que surgen una posición doctrinaria completamente adversa

al Jusnaturalismo, al que embiste en forma tan despiadada que lo borra, casi completamente del mapa de las ideas filosóficas en boga haciendo muy remota la posibilidad de su pervivencia sistemática.

En efecto, dice Migliore, "El positivismo del Siglo XIX dirigió su más enconado embate hacia los sistemas Jusnaturalistas. El pensamiento especulativo, en plena crisis filosófica, pretendió discernir como objeto de conocimiento solo aquello que se le presentaba de inmediato, poco menos que sensorialmente, a su observación; desenvolviéndose alrededor de las normas del Derecho Positivo, en una labor meramente técnica. Se lograron de esta manera, por vía analítica, los conceptos de sujeto de Derecho, de objeto y de relación jurídica, como elementos de un todo: las normas del Derecho positivo, en el que se agotaba el concepto del Derecho. La idea de un Derecho superior a él, inspirado en la naturaleza del hombre o en los postulados de la razón fué rechazada enfáticamente, pretendiéndose realizar ciencia absolutamente experimental". (Ob.cit)

De entre las Escuelas filosóficas que más duramente combatieron la idea de un Derecho Natural (por supuesto no fué solo eso, pero estamos en lo que interesa para nuestro tema), destacan la Escuela Histórica del Derecho que tiene su precursor en el italiano Juan Bautista Vico y en el inglés Burke y llega a su apogeo con el pensamiento de Gustavo Hugo, Puchta y sobre todo de Federico Carlos de Savigny. La Escuela del Positivismo Sociológico y Jurídico de la que son principales exponentes Augusto Comte, Herbert Spencer, Emilio Durkheim, Emilio Littré y la Escuela del Materialismo Histórico con sus principales exponentes Carlos Marx y Federico Engels.

Con relación a la Escuela Histórica del Derecho se ha mencionado, como decimos al sociólogo Vico, creador de la teoría del "Corsi e ricorsi" de la Historia como el verdadero iniciador, mas, al decir de Del Vecchio, es Burke el verdadero inspirador de esta corriente con su libro intitulado "Reflexiones sobre la Revolución Francesa".

Posteriormente Gustavo Hugo canaliza esta misma corriente que desecha toda elucubración metafísica sobre el derecho, sosteniendo que únicamente es válido como tal el Derecho Positivo o promulgado por el Estado.

Mas la corriente historicista haya ocasión propicia para manifestarse



con todo su vigor, a raíz de una encendida polémica mantenida por Federico Carlos de Savigny contra los Juristas que deseaban codificar el Derecho en Alemania, posición mantenida especialmente por el Profesor Thivaut.

Según el pensamiento de Savigny las codificaciones, en vez de ayudar al desenvolvimiento del Derecho, en realidad lo que propician es su estancamiento, su obstaculización, y a terro de su pensamiento lo correcto, lo útil, es dejar que aquel siga su evolución espontánea y natural, sin estorbos que violenten su natural desenvolvimiento. Las razones de Savigny parece que encontraron eco en sus destinatarios, pues es sabido que logró detener por mucho tiempo el movimiento codificador.

En realidad en el pensamiento de la Escuela Histórica sí hay una estimativa de Derecho, pero se opone a la corriente tradicional por cuanto todo criterio para un enjuiciamiento valorativo hay que buscarlo en el "alma nacional" que se expresa en la conciencia histórica. Para Savigny los ideales jurídicos son imposibles de captar por medio de la especulación teórica de la mente pero en perspectiva histórica sí es posible valorar el derecho en cuanto mide hasta que punto la regla legal expresa auténticamente la convicción íntima de la conciencia colectiva.

No hay fuente más viva para la captación del verdadero Derecho, según las ideas del Historicismo, que las costumbres y los usos sociales. Recogerlas en su verdadero contenido, sin desfiguración y sin violencia, hasta su perfeccionamiento como norma de Derecho, es según esto, certero camino hacia la cristalización de un auténtico Derecho, relativo claro está, al tiempo en que funciona y a la región geográfica a que corresponde. No es posible por esto que el Derecho fundamentado para una sociedad determinada, con sus costumbres propias, con su peculiar idiosincrasia, con sus normas adecuadas, se traslade, así nomás a una sociedad diferente, como en violento injerto, porque no estando ajustadas las mentalidades en que pretende hacerse valer al contenido normativo de una cultura ajena, lo sumo que podría lograrse sería una completa inoperabilidad.

El movimiento historicista trata de hacer presente, en todo momento, que el Derecho en ningún momento debe ser tenido como producto de la razón, sino que, contrariamente, en él debe verse un producto natural, espontáneo de la sociedad y de la historia, ni más ni menos que como el lenguaje.

Por tal motivo, la Escuela histórica enfatiza el hecho de que la misión del Jurista en ningún momento es la de crear derecho, sino la de -- descubrir y ordenar el derecho latente, viviente, en los conglomerados -- sociales. La Escuela histórica asienta sus principales premisas en el hecho de que hay una "conciencia popular", un "alma popular" de la que surge todo Derecho, especialmente a través de usos y costumbres.

Véase, pues, como una de las características fundamentales de esta Escuela es la de desechar, relegar a un plano de ineffectividad toda argumentación que lleve visos de Metafísica y como sus apoyos principales los saca de la pura tradición, del puro proceso histórico, del puro desenvolvimiento consuetudinario, de la mera experiencia histórica. El propio Savigny, que por otro lado se distinguió por sus estudios referentes al Derecho Romano, explica esto con las siguientes palabras: "En todas las naciones cuya historia no ofrece duda, vemos al Derecho Civil revestido de un carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del mismo modo que su lengua, sus costumbres y su Constitución Política. Todas estas manifestaciones no tienen, en verdad, una existencia aparte, sino que son -- otras tantas fuerzas y actividades del pueblo indisolublemente ligadas, y que solo aparentemente se revelan en nuestra observación como elementos separados. Lo que forma un solo todo es la universal creencia del pueblo, el sentimiento uniforme de las necesidades internas. La concepción del pueblo como vida común del pasado, del presente y del futuro, ha dicho -- Huber, da testimonio de la fuerza espiritual de este hombre que ha designado a este todo natural como fuente última y única del Derecho" (+)

Repárese, por ejemplo, en cómo esta concepción del Derecho es fundamentalmente diferente a la patrocinada por Kant. Para éste se puede conocer a priori, por medio de la razón, mientras para Savigny la única forma auténtica de conocer lo jurídico es, por el contrario, a posteriori, como dato que nos envía la experiencia, producto real, patente, del desenvolvimiento social.

Huelga añadir que según este pensamiento, por lógica consecuencia, el Derecho está siempre en movimiento y no hay por lo consiguiente derechos inmutables y rígidos, estáticos e inamovibles, sino, al contrario,

(+) Carlos Savigny: "La Vocación de nuestro siglo para la legislación y las Ciencias del Derecho" Tomado de "Los Juristas Alemanes" Gabino --

el Derecho es relativo al momento histórico considerado y a la región -- geográfica a que pertenece. Hay pues, un completo relativismo.

En realidad sería necio no prestarle atención a la gran dosis de verdad que encierra el pensamiento historicista y, aún cuando por estos días lo aceptemos en buena parte, su mérito fué mayor al exigir para su logro, a la época de su aparecimiento, una revisión del pensamiento tradicional que había descuidado enormemente una serie de verdades inobjetables. Volver los ojos a la historia, meterse en las entrañas de los pueblos, recoger sus costumbres, no ignorar sus usos, acondicionarse a la evolución social, no son ciertamente postulados despreciables. Al contrario, sin ellos es posible que el Derecho pierda mucho de su necesaria efectividad y se remonte a regiones en que su operabilidad sea nula. No otra cosa -- hemos sostenido en la parte primera de nuestro trabajo. Mas, quedarse -- en el simple desentrañamiento de un hecho fatalmente dado en la sociedad al que convencionalmente llamaríamos Derecho, no es suficiente, ni acertado. Porque un derecho que no logre forzar la realidad, que no reclame de la conducta de los asociados un ajuste hacia normas de contenido más exigente que la mera manifestación cotidiana; lo más que puede ser es -- cómplice de una realidad no pocas veces torpe. Y hablar de Derecho es hablar del intermediario entre una conducta que es y una conducta que debe ser. Es patentizar la solicitud de una conducta distinta en los asociados, es pretender a la superación de lo dado. Lo contrario, ya lo hemos dicho, es confundir el hecho con el derecho. Que éste se apoye en aque- llos para no volverse etéreo, volátil e ineficaz pero que no se convierta en un simple hecho caduco, impotente y ciego. Con razón dice don Antonio Caso: "Por eso el Derecho cumple en los pueblos civilizados, con los fines de una doble acción. Afianza su imperio sobre la realidad y mira hacia el ideal. Una disposición jurídica que se contrae a sancionar los aspectos actuales de la vida social, y no tiende a introducir la mejoría de las relaciones humanas, interpretando los ideales inmanentes en la misma convivencia (valores), es, por deficiente, caduca; pero un derecho que de tal modo se eleva sobre las condiciones del momento histórico, pregonando síntesis inasequibles, es, cuando más, una utopía, y puede convertirse en rémora o estorbo del movimiento realmente progresivo. La misión

del Derecho estriba en ir encarnando, paulatinamente, en su esfuerzo, no el ideal abstracto, irreal, sino el ideal implícito en las costumbres y las creencias colectivas. El derecho sin arraigo en la vida es absurdo; pero las formas jurídicas que se ciñen sin discrepancia a lo existente y no procuran perfeccionarlo, también lo son. La norma ejemplar funciona como estímulo de mejoramiento, sin desdeñar, pero sin confesar como algo absoluto el presente, nunca perfecto, siempre perfectible. Es decir, la verdadera ninfa Egeria del Derecho es la prudencia (Jurisprudencia). Ni Sancho ni Quijote; ni grillete que impida andar, ni explosivo que desbarate, sino ánimo firme y constante (constans et perpetua voluntas) de lograr algo mejor, sabiendo que la victoria verdadera se va alcanzando todos los días, si se sabe poner plomo a las alas" (Ob. cit.)

EL POSITIVISMO. Por su parte el Positivismo reniega también de las concepciones Jusnaturalistas. El único Derecho es el positivo, producto del "instinto del orden social". Es sabido que el positivismo no admite más conocimiento que aquellos susceptibles de demostración experimental y -- pragmática. La corriente positivista penetró en todos los órdenes del pensamiento elevando con intensidad el conocimiento técnico a la categoría de único conocimiento auténtico y despojándolo de todo intento de elucubraciones metafísicas. En tal sentido todo aquello que no pueda ser objeto de esta clase de demostración se invalida por su base.

Hemos mencionado como principales exponentes de esta doctrina a Augusto Comte, Herbert Spencer, Emilio Durkheim, Littré. Sin necesidad de hacer especificaciones digamos -a sabiendas de que esto es harto conocido- que la Filosofía positivista alcanzó enorme auge en su tiempo. Señaladamente el Continente Americano, en el que todavía hondean banderas con el emblema "orden y progreso", recogió con especial favor sus postulados para inculcarlos en todos los órdenes de la vida cultural. La pedagogía, las ciencias jurídicas, las ciencias éticas, sufrieron una renovación positivista en sus concepciones y al calor de las nuevas ideas se cambiaron planes de estudio, se modificaron sistemas de enseñanza, se trocaron métodos de exposición y conocimiento. El prurito de perfeccionabilidad técnica que lleva a la especialización exagerada dejó a un lado la función más

completa, de la educación integral, que no es sólo información, sino formación. Mas para esto talvez sea necesario volver siquiera en parte la mirada a aquello que precisamente a lo largo de los años ha constituido la fuente de una curiosidad permanente para la mente humana, desde que el hombre es hombre. Porque en realidad, "el positivismo es el suicidio de la Filosofía, como dice García Morente; es la prohibición de tocar aquellos problemas que inextinguiblemente acosan el corazón y la mente humana. No podía, durar mucho tiempo esta prohibición de entrar en ese cuarto, cuando el hombre, desde que es hombre, no tiene más afán que el de entrar en ese cuarto".

Cierto que al Positivismo mismo se le ha reprochado el haber caído él mismo en Metafísico. Se recuerdan a este respecto sus intentos de organización social a base de pensamientos no muy tangibles, aquella religión social que devino, casi; en verdadera mística positivista. Pero en todo caso y, aún cuando esto no sea totalmente cierto, la verdad es que en lo referente al Derecho, y especialmente con respecto al problema que nos hemos planteado, del Jusnaturalismo, el Positivismo abominó de él, - haciéndolo blanco de sus más intensos ataques y construyendo al margen de aquellas ideas un sistema de conocimiento totalmente extraño, diametralmente opuesto en todas sus concepciones y en su manera de apreciar fenómenos y facultades.

Como toda corriente doctrinaria que no sea concienzudamente aniquiladora, el Positivismo ha dejado, en buena parte, una dosis innegable de utilidad en el desenvolvimiento del pensamiento humano. Gracias a su -- florecimiento, el mundo de los conocimientos técnicos - aunque en todo - esto hay otros factores que tomar en cuenta - se elevó sobre manera. El conocimiento científico alcanzó estrados de superación y las ramas en que se desenvolvía el conocimiento de las ciencias exactas tuvo inusitado apogeo. Esto, condujo, lamentablemente a la mayor diversificación de especialidades que al alcanzar grados de gran acentuación ha producido lo que Ortega y Gasset llama: "la barbarie del especialismo".

MATERIALISMO HISTORICO: Cabe señalar entre las corrientes anti-Jusnaturalistas un lugar destacado a la doctrina del Materialismo Histórico. Algu

nas de sus argumentaciones, manejadas con efectiva dialéctica, han opuesto razones de verdadero peso a las doctrinas tradicionales.

La doctrina que, aún cuando con lejanos precursores, tiene sus estructuradores más cabales en Marxs y Engels en realidad es la eclosión - de un pensamiento radicalmente heterodoxo que lleva sus concepciones a to dos los ámbitos de la vida, propiciando las bases para la estructuración de un nuevo orden social, en una concepción que a veces, con caracteres casi místicos, estimula una nueva visión general e integral de la vida.

Hegel, el más inmediato precursor de Marxs, dá pábulo, con su idealismo dialéctico, para que éste, invirtiendo el proceso ideológico, considere que no es la idea desenvolviéndose a sí misma la que tiene prioridad - sobre la realidad social, sino ésta desenvolviéndose también dialecticamente, es la base fundamental y la causa decisiva de toda manifestación formal y cultural. Que no son las "categorías lógicas" los sujetos de - un mundo material, sino éste, la realidad social, la verdadera base de to da abstracción formal y toda manifestación cultural. Y, conservando el método, el marxismo deviene materialismo dialectico. "Mi método dialéctico no es solo distinto del de Hegel, sino que es opuesto. Para Hegel el proceso vital del cerebro humano, esto es, al proceso del pensamiento, - que el transforma bajo el nombre de Idea en materia independiente, es el verdadero demiurgo del mundo real; y ese mundo es tan solo la forma externa fenoménica de la idea. Para mí, por el contrario, las ideas no son - más que el mundo material reflejado en el cerebro humano y traducido en formas del pensamiento (Marx, prólogo a la segunda edición del Capital).

La Escuela del materialismo histórico sostiene que es la base económica (Proceso de producción de los bienes materiales) la causa en la que hay que radicar las manifestaciones culturales de la sociedad, entre ellas el Derecho y los cambios que en éste se produzcan hay que investigarlos a través de la estructuración de las fuerzas económicas de la sociedad en que aquel actúa, siendo el Derecho, el arte, la política, etc., nada más que perifenómenos basados en la realidad económica. El mismo Marxs se - encarga de manifestar esto claramente: "Así la forma de producción de la vida material determina, en sus líneas generales, a los procesos sociales, políticos e intelectuales. No es la conciencia del hombre la que determin

na la existencia de éste, sino que es su existencia social la que determina sus formas de conciencia". Esto entendido, el Materialismo Histórico rechaza toda idea de Derecho que pueda pensarse a la vera de su contenido material.

El papel principalísimo que juega el factor económico en la doctrina del materialismo histórico es evidente. Según su ideario todos los movimientos históricos, políticos y sociales son producto del factor económico y el Derecho, como auténtica manifestación social, no puede quedarse al margen de tal consideración.

Para el pensamiento materialista hay más aproximación entre la abstracción obtenida por medio de las "categorías" y los fenómenos particulares de la naturaleza. Rechazando toda metodología idealista, el pensamiento del Materialismo Dialéctico no quiere en realidad que se haga una tajante diferencia entre materia y forma del pensamiento y menos que se le otorgue preeminencia a la forma sobre la materia.

Pero en realidad no se trata aquí de establecer preferencias ni de -- considerar cual determina a cual, sino de dar a cada manifestación del pensamiento su cabal papel, su ajustado lugar y poder apreciarlos, para su certera investigación, sin supeditaciones.. "No hay relación de causa a efecto, sino relación de condicionalidad lógica".(+) Pero lo grave del caso (y es por donde se filtran demasiadas objeciones) es que el fondo, la materia, al que el materialismo histórico quiere supeditar la forma - Derecho no es otra cosa, como decimos, que el factor económico de la vida social (factores de producción) dejando totalmente al margen otra serie de factores de importancia indiscutible en la vida social, y es una evidente unilateralidad relegar una inmensa variedad de facetas entre las - cuales caben, y en no pequeña cuota, las expansiones del hacer humano -- que no tienen una derivación económica.

Muchas veces las autorizadas voces de distinguidos pensadores han - desvanecido con verdadero acierto la tesis del determinismo económico, para que se insista, con insistencia tenaz, en una tesis que tiene, ciertamente, gran parte de verdad, pero parte al fin. Aún cuando esto se discute por algunos, el Materialismo Histórico se ha considerado, por ello, (+) Stammler.

basado en un monismo economicista.

Las siguientes palabras de Ortega, estampadas en su ensayo "La interpretación bélica de la historia", son aquí muy oportunas: "La interpretación económica de la Historia es una de las grandes ideas del Siglo XIX. Yo la he combatido ardientemente, como asimismo al otro gran pensamiento, mas amplio y radical, de que ella es mero corolario: la interpretación utilitaria de la vida corporal y espiritual. Pero sí la he combatido, claro es que la estimo altamente. No comprendo como se puede combatir lo que no se estima. Sólo los grandes errores incitan a ser debelados. Y una idea solo puede adquirir el tamaño de gran error cuando arrastra consigo una verdad de alto porte. De otro modo no podría tenerse en pié, ganar adeptos y proliferar. Un gran error es siempre una gran verdad -- exagerada, violentada. Tuvo enorme importancia la aparición de esta teoría histórica. Puede decirse que desde entonces empezó a existir algo que merezca llamarse ciencia histórica. Reveló súbitamente que la balumba de los hechos humanos no era mero ir y venir de acontecimientos suscitados por el azar, sino que bajo esa apariencia de gota de agua, donde al capricho pululan los vibriones, la vida histórica tiene una estructura, una ley profunda que la rige inexorable. Bajo la escena intrincadísima y mudable de los sucesos, gobierna rigurosa la organización económica de cada época. Ella es la sustancia del proceso histórico.

Desde entonces, repito, la historia no se contenta con narrar lo acaecido, sino que aspira a reconstruir el mecanismo generador de los acontecimientos. Era, sin embargo, excesivo el papel que al ingrediente económico se daba, haciendo de él la única auténtica realidad histórica y desvirtuando el resto -derecho, arte, ciencia, religión- como mera "superestructura", simple reflejo y proyección de la interna mecánica económica. Aquí esta la exageración cien veces demostrada. Pero merced a ella quedó para siempre despierta la atención a los datos económicos de cada época, que antes pasaban desapercibidos a la historiografía". Por su parte el mismo Ortega y no sé si tratando de demostrar como es posible que cada cual lleve agua a su molino, nos habla en otra de sus páginas del "Origen Deportivo del Estado".



El materialismo histórico sabe, además que en la idea del Derecho Natural va irpíbita la defensa de ciertos derechos subjetivos que acen--  
túan la personalidad del individuo frente al Estado. Y como su posición al respecto es diametralmente diferente, rechaza, por eso mismo, toda idea que fortalezca la posición que combate.

Todos los Derechos de la persona, para el materialismo histórico, -  
deben ceder ante los de la colectividad, ante los del Estado. Elevar el rango de la idea de persona y hablar de derecho subjetivo le resulta intolerable por cuanto que ello implica perpetuar a favor de una clase privilegiada un orden de injusta preeminencia que da lugar a explotaciones. En el binomio Estado e individuo, al contrario de ideologías antes examinadas, el Materialismo Histórico proclama que la preferencia es para el Estado, y el individuo debe ser postergado en aras de la colectividad. -  
Con esto las ideas del materialismo histórico desembocan inevitablemente en un totalitarismo absoluto en que el Estado lo es todo y los asociados, los miembros de él, los individuos, no cuentan. Mas para aceptar una posición tan extrema hay algo en lo que debe repararse: Cual es la justificación que se invoca? Pues - teórica y nominalmente por supuesto - no es otra que la de lograr la superación, la felicidad, la mejoría de las condiciones de vida de los asociados que hoy padecen bajo la férula de un régimen eminentemente clasista. Pero estos asociados no son otros que los individuos, el individuo por último. Es a éste a quién en definitiva se trata de dar una vida mejor, hoy desbaratada por el egoísmo de las castas privilegiadas. El Materialismo Histórico efectivamente quiere, con mucho de idealismo en su haber, aunque con el conocimiento pleno de que el desenvolvimiento dialéctico de las fuerzas sociales los conducirá fatalmente a ello - cosa que ha sido señalada como una paradoja - una sociedad sin clases, con base colectiva en la organización social, garantizada fuertemente por la preeminencia del Estado. Para llegar a ello la sociedad, siempre desenvolviéndose dialécticamente y mediante la lucha de clases, ha pasado por muchos sistemas de vida: esclavitud, feudalismo, individualismo, pudiendo preverse que el capitalismo originado en éste, deven  
drá necesariamente, después de una intensa industrialización en imperia--

lismo, situación que a su vez dará lugar a la revolución proletaria para implantar la dictadura, como paso previo para la sociedad sin clases.

De modo que, la justificación que se proclama no es otra que la de lograr una vida mejor para el hombre, hoy sumido en la depredación y la injusticia. Se trata de elevar sus condiciones vitales, según se dice, evitando la explotación del hombre por el hombre. Pero con todo esto, se pone en evidencia, una vez más, que el Estado es medio que procura la felicidad del hombre y que por lo mismo aquel debe estar al servicio de éste y no a la inversa.

Por nuestra parte estamos contra el patrocinio de cualquier totalitarismo, idea que nos parece reñida con un justiprecio aceptable de los ingredientes auténticos de la persona humana. Frente a las injusticias innegables -y esto sea dicho no como frase rutinaria, sino con cabal convencimiento - otros son los caminos a trasitar, sentados sobre el libre juego de una verdadera democracia política y social, tan lejana todavía a nuestras realidades, con el firme convencimiento de que inmersos en ese sistema bondadoso, la justicia Social no es una quimera sino que puede cobrar verdadera efectividad cuando realmente se quiere hacerlo.

Pero volviendo al tema principal de nuestro estudio, digamos que el Materialismo Histórico rechaza toda idea jusnaturalista. El Derecho, -- "forma", es un producto del fondo anidado en la sociedad que se desenvuelve al impulso de diferentes factores entre los cuales el principal es el factor económico (producción de los medios de subsistencia).

Digamos, por último, y para señalar algo que talvez pudiera tener importancia en el estudio de estos asuntos que Herman Heller - de lo que da testimonio Recassens - ha querido ver en la obra de Marx una nueve manifestación "camouflada" de la creencia en un Derecho Natural, apreciando la paradoja, casi contradicción que se presenta en aquel en cuanto concuyen una actividad idealista de Justicia Social con caracteres de verdadero mesianismo y una explicación causal de los fenómenos sociales que necesariamente llevarán a un nuevo orden de vida - orden que según la dialéctica, será fatalmente un hecho", pero que, además, se valora como bueno y justo". Se ha señalado, asimismo, que en cuanto al método dialéctico, principio Apriori de la razón, el materialismo histórico conlleva su cuota de metafísica.

LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN: Aunque proveniente de fuente muy distinta, pues se le sitúa dentro de la corriente Neo-Kantiana, es necesario mencionar, siguiendo el plan trazado en este trabajo, el vigoroso pensamiento de un Jurista que ha hecho época en el pensamiento contemporáneo. Se trata de Hans Kelsen, nacido en Austria en 1881 y fundador de la que se conoce como Escuela de Viena.

Hasta donde lo permita la breve naturaleza de esta reseña, mencionaremos algunas de sus principales ideas con relación exclusiva - como hemos venido haciéndolo - al problema del Derecho Natural.

Hemos situado a Kelsen en este capítulo, porque para él toda idea Jusnaturalista "es un auto-engaño" y conduce su sistema por el campo exclusivo del derecho positivo. Haciendo incapie en la distinción entre mundo del ser y mundo del deber ser, Kelsen ubica las ciencias jurídicas en el mundo del "deber ser", considerando que el derecho no debe ocuparse de lo que es. Así configura su apreciación jurídica viendo en el Derecho un conjunto de normas imperativas a las que debe despojarse de toda incidencia extraña, esforzándose en no promiscuar con la Ciencia Jurídica puntos de vista metódicos distintos y ciencias que deben permanecer ajenas. Desecha entonces, todo aquello que sea Metajurídico y trata de construir una teoría pura del Derecho. Cabalmente por ello, ha recibido críticas provenientes de diferentes escuelas. La escuela egológica del Derecho, para la que el Derecho se identifica con la propia vida, "vida humana viviente", le reprocha a Kelsen el tratar de configurar una teoría que no tome en cuenta las modalidades y peculiaridades sociales y humanas. La Escuela del Materialismo Histórico por su parte no acepta que Kelsen se quede en puro formalismo sin tomar en cuenta la materia de la que el derecho es simple superestructura.

Pero Kelsen, que trata de configurar una "ciencia jurídica despreocupada" insiste en que del mundo del ser no puede derivar algo que pertenece al mundo del deber ser y hacerse es un auto-engaño, una aspiración ideal, una ideología que debe rechazarse por falsa. Juzgando las corrientes jusnaturalistas tradicionales, dice, por ello "Son ideologías típicas de esta clase las afirmaciones de que alguna especie de fin último, y por lo tanto, alguna especie de definida regulación de la conducta proviene de la -

naturaleza, es decir, de la naturaleza de las cosas o de los hombres, de la razón humana o de la voluntad de Dios". Y Kelsen no acepta semejantes ideologías, Kelsen encuentra que hay contradicción en todo sistema dualista de derecho ya que por naturaleza Derecho Natural y Derecho Positivo se excluyen mutuamente y siendo esto así es necesario suprimir una concepción jusnaturalista que introduce confusión en toda teoría pura. Por ello mismo, y para defender la pureza de su teoría sostiene que toda idea política, sociológica, moral, religiosa, etc., debe desecharse como perturbadamente meta-jurídica. La validez de todo el ordenamiento jurídico positivo lo encuentra Kelsen en una norma fundamental originaria hipotética, que da base de sustentación a toda la ciencia jurídica. Ya que, si bien las leyes descansan en la constitución "como una pirámide invertida" y ésta en otras anteriores, necesariamente tenemos que llegar a una primera la cual tiene que ser hipotética. En esto ha querido ver García Maynez lo que llama el "jusnaturalismo lógico trascendental Kelseniano". Con lo que se viene a cuentas de aceptarse la imputación del jurista Mexicano de que Kelsen con todo y sus esfuerzos no ha podido despojarse del lastre jusnaturalista. Sin embargo Carl Larenz da fé de que Kelsen al proponer esa norma fundamental hipotética como sustentáculo de su sistema jurídico lo que en realidad ha querido no es evocar nuevamente la idea del Derecho Natural, sino apoyarse para su desenvolvimiento lógico jurídico en una hipótesis originaria, simple apoyo intelectual del entendimiento que establezca la facticidad de un comportamiento correspondiente a un orden jurídico determinado. El mismo autor manifiesta, sin embargo, que con ello Kelsen lo que en realidad introduce es una antinomia que luego no puede rebasar y tiene que estrellarse contra ella.

Estado y Derecho para Kelsen son idénticos. Para él Estado es la personificación del orden jurídico total y su papel no es otro que el de obligar a los súbditos al cumplimiento efectivo de la conducta exigida, por medio de la sanción correspondiente. "Bajo la condición de que un hombre se comporte de una cierta manera, es decir, que haga u omita algo determinado, otro hombre, esto es (el órgano del Estado), debe ejecutar contra el primero un acto de coacción".

De modo que aún cuando se le ha hecho una imputación embarazosa la teoría pura del Derecho proclama su divorcio con toda ideología que sustente una concepción dual del Derecho negando por lo mismo la existencia del Derecho Natural.

## CAPITULO VII: NUEVAS ORIENTACIONES EN EL PROBLEMA.

Hemos visto en los capítulos anteriores como el problema del Derecho Natural ha sido enfocado desde diferentes puntos de vista, llegándose al extremo de formar dos corrientes completamente antagónicas al respecto; las corrientes que sostienen un dualismo jurídico y las que, por el contrario proclaman un monismo jurídico.

De esa división tan marcada, comienzan a surgir una serie de manifestaciones que someten a dura crítica las dos posturas inconciliables y las meditaciones de los pesadores llevan a valorarlos, con propósitos serios de satisfacción intelectual, buscando que hay de cierto en cada una de las corrientes en disputa. Una como necesidad de revisión comienza a emerger en el pensamiento alerta que ve con alarma como un puro positivismo llevado hasta el exceso puede dejar inermes a los pueblos, por ejemplo, frente a una arbitraria legislación estatal que se sostenga, sin embargo, como derecho positivo. La historia, presentando un largo desfile de regímenes totalitarios de la más variada índole, ha hecho una mala jugada a los que no pensaron que proclamando un puro positivismo jurídico estaban dando margen para que la arbitrariedad, tomando ropaje legal, se enseñoreara en pueblos y naciones a travez de un Estado que basaba su fortaleza en un "derecho legal".

Y esto era tan patente que no lo veían únicamente aquellos a quienes pudiera atribuírse el larvado intento de proclamar una reacción *Jusnaturalis* ta. Autores nada sospechosos de reaccionarios, Leon Duguit, por ejemplo, socialista y positivista en gran parte, manifestaba frente a esta realidad evidente que había puesto en guardia a muchas cabezas. "La Filosofía y la Ciencia del Derecho necesita transformarse. Históricamente se distinguen dos corrientes principales: La *Jusnaturalista* y la *Estatista* o *Positivista*. La primera presenta el anhelo insatisfecho de una justicia mejor pero es falsa porque no hay más derecho que el que rige en cada colectividad; es un puro ideal que vive en la imaginación de los moralistas. La segunda posición que sostiene que no hay otro derecho que el positivo y que éste es el dictado por el Estado, derivando su positividad de la promulgación, es igualmente falsa. Es inaceptable la postura de convertir al Estado en poder legislativo todopoderoso. El derecho es un producto de la

vida social , los que engendran las normas jurídicas. La convivencia humana crea la solidaridad, simple hecho social que impone a todos los hombres una determinada conducta realizar los actos adecuados al fortalecimiento de la solidaridad social y abstenerse de todo lo que pueda dañarla. Esta conducta a su vez produce las normas vividas por los hombres, las cuales, en la medida en que son esenciales a la solidaridad, constituyen la médula del ordenamiento jurídico. La misión del Estado es respetarlas y dotarlas de la forma y de los elementos técnicos convenientes a su mejor ejecución. El derecho, en consecuencia, es un producto de la vida en común, no es impuesto por ningún legislador humano ni deriva de un mundo -- trascendente. Cuando los hombres entiendan esas verdades se habrán acercado a la democracia. Ahora bien, una de las manifestaciones de este Derecho es la ley, pero no es la única, porque el Estado no puede arrogarse la facultad exclusiva de dictar el Derecho, pues éste es la conducta que impone imperativamente la convivencia humana". (+)

De modo que de la antinomia presentada entre las dos corrientes a que nos hemos referido comenzaba a emerger una nueva configuración de las disciplinas concernientes al Derecho.

Llegados a ese punto, numerosas corrientes trataron de capitalizar el impasse a su favor. La Escuela neo-Hegeliana Alemana que desafortunadamente corría hacia el nacional-socialismo, decía por boca de Larenz, discípulo de Binder, : "Tanto el positivismo como el jusnaturalismo destruyen, por ende, la figura concreta del Derecho, su totalidad y plenitud de sentido, en cuanto que lo consideran solamente como algo particular contingente, sin un principio unitario inmanente, ya como algo abstracto general y, por consiguiente, falto de contenido material. Por lo tanto, la ciencia jurídica sólo está en el camino recto si se aparta tanto de uno como del otro, y toma conciencia de la peculiar esencia del Derecho, que escapa así a las abstracciones del positivismo jurídico como a las del Jusnaturalismo". "Qué ocurriría - había preguntado antes Schonfeld - si alguien más poderoso y más fuerte se levantase contra el positivismo, no el Derecho Natural sino el Derecho, el derecho en toda su potencia y plenitud sin más calificativos y sin limitaciones?".

Por su parte Migliore, que parece acuerpar en esta parte el sistema jurídico de la Escuela Egológica de la que son otros exponentes además de Cossio, Aftalión y Laramburu, dice: "Frente al dato del Derecho Positivo, no nos ocurre ver en la ley el mundo abstracto de enunciados conceptuales que el hombre actual concibe por encima de su personalidad, como el hombre del medioevo concebía la ley divina. Intuímos la ley en nosotros mismos, en nuestra racionalidad y nuestra sentimentalidad, existiendo en nuestra conducta y solo en ella.

Por ello vemos en la ley, el enunciado de la voluntad del Estado mediante la cual instituye la norma jurídica, pero discriminamos en la ley, la norma, con relación de continente a contenido. Así encontramos leyes que no contienen normas, y normas enunciadas por la ley, como las del Derecho consuetudinario".

La cita anterior nos ha llevado de la mano a un concepto que es preciso aclarar. Porqué hablamos de leyes y normas? Hay alguna diferencia?

#### EL ROL DEL DERECHO PENAL EN LA FILOSOFIA JURIDICA

De entre la variada diversidad de especialidades atinentes al Derecho, hay una, profundamente humana, con sus raíces clavadas en la pura realidad cotidiana que, por su propia naturaleza, se aproxima más al lado trágico de la vida. Es el Derecho Penal, disciplina expuesta en toda su amplitud a la captación de los girones más palpitantes del hacer humano. Así enraizado, el Derecho Penal ha sido siempre un Derecho alerta, que ha tenido que pedirse cuenta a sí mismo y a cada instante, siempre con profundidad, sobre cuestiones que solo la Filosofía del Derecho ha sabido responderle. El fundamento del Derecho de castigar la disección de los elementos del delito, el estudio cabal de la persona del delincuente etc., no son cuestiones para las cuales baste un estudio superficial. De ahí que el Derecho Penal haya sido protagonista, a travez de muchas páginas, de un debate muy hondo sobre los principios fundamentales en que descansa. Por ello, ha sido pionero, muchas veces, de ideas que corresponde a todo el Derecho, y, sacudiendo el adormecimiento, ha contribuido en gran escala a remover continuamente ideas y propociones. Superficialmente recordemos aquí cómo la estructura toda de la Escuela Clásica, de la que fuera --



primer figura el maestro Francisca Carrara, fué alcanzada por el embate positivista que al grito de Abajo el silogismo!, sacudió los cimientos enteros del Derecho Penal. Lambroso, Ferri, Garófalo, obligaron al Derecho Penal a volver la vista hacia puntos antes completamente olvidados. - El problema del Libre albedrío y el determinismo cobró completa actualidad. La conceptualización del delito mismo fué enfocada ya no como un ente jurídico abstracto de creación legal, sino como ente natural, inserto en la propia vida de los hombres y las colectividades; y un nuevo personaje entraba en la escena del Derecho Penal, el delincuente, estudiado en su configuración y composición somática y mental, ambiental, hereditaria, etc.

El derecho Penal tuvo que aceptar, por indiscutibles, gran parte de las innovaciones que, con saludable empuje, enriquecían su contenido.

En el Derecho Penal, pues, la Filosofía jurídica ha encontrado no pocas veces el campo propicio para madurar algunos de sus principales problemas.

Con relación a nuestro punto, digamos que uno de los más certeros desenvolvimientos que ha tenido el problema de la "normatividad" ha sido el realizado por los juristas alemanes, entre los que ocupa descollante lugar, CARLOS BINDING.

Dentro del conocimiento usual de las disciplinas jurídicas, especialmente en el Derecho Penal, agazapado se había venido quedando un concepto erróneo: la idea de que en todo caso el delincuente violaba la ley. Así, homicida es el que mata injustamente a otro. Eso dice más o menos la ley penal, Art. 358. "El que mate a otro sin ninguna de las circunstancias... etc", será castigado con....." Pero lo cierto es que el que mata injustamente a otro no está violando la ley. Al contrario, se está ajustando exactamente a la descripción del delito que aquella hace. Lo que en realidad está violando es un precepto implícito en la ley, es decir algo sobreentendido. Lo que está violando es la norma que reclama no matar a otro injustamente. Esto está claro, el delincuente, no viola la ley sino la norma. Pero a pesar de su claridad se había venido olvidando hasta el punto que fué necesario que uno de los más grandes penalistas, el mencionado Carlos Binding, lo hiciera presente con toda claridad.

Interesa lo anterior a este trabajo, porque con ello se venía al sostenimiento de que sobre la pura ley positiva hay necesariamente algo. Hay normas que rigen la conducta de los hombres; normas que, en tratándose del aspecto jurídico, no deben ser desconocidas por la ley, si se quiere complementar su estructura, vana de otro modo. Según esto, el Derecho está formado de varios ingredientes de entre los cuales podrían destacarse, por de pronto, dos: Leyes y normas. Ya veremos después si hay algo más.

Cabe, pues, a Binding, el mérito de haber elaborado la primera exposición clara sobre la teoría de las normas. Gráficamente manifiesta: "el delincuente no obra contra la ley sino de acuerdo con ella. La proposición jurídica penal aparece como un juicio hipotético que enlaza la concurrencia de determinados supuestos de hecho que al ser realizados a cabalidad por determinada persona imputable, viola con ésto la norma que se encuentra involucrada. Lo que infringe el acto delictuoso no es, entonces, la regla legal, sino una proposición jurídica anterior y superior a ella, no expresada, que se denomina norma. La norma, pues, existe lógicamente con anterioridad a la ley penal, pues ésta castiga su violación con la pena o le declara impune" (+)

Kelsen, por supuesto, ripostó contro ésto. Semejante teoría significaba revivir el Derecho Natural ya sepultado. Pero la disección de Binding quedaba ahí, dispuesta para que otros la recogieran.

Y la recoge el civilista Thon para trasladarlas al Derecho Civil. -- Jellinek, el distinguido tratadista alemán aporta muchas luces en la teoría, concibiendo las normas como objetos ideales que sirven para juzgar la realidad. Jiménez de Asúa adopta entusiásticamente la postura de Max Ernesto Mayer referente a las normas que, ya con mayor connotación, denominará "Normas de cultura", y hablando de su doctrina la resume en esta forma: "entre la vaguedad de Binding y la excepcional latitud de Liszt, llegó a concretarse la certera doctrina de las normas de cultura expuesta por Max Ernesto Mayer en el año 1903. Cultura es el cultivo -como el latín expresa de un interés común y de la situación resultante, situación que está matizada con un acento de valor". Distingue entre civilización y Cultura y concluye que el Derecho no se agota en la ley porque el Estado es una Sociedad que no crea cultura.

(+) L. Jiménez de Asúa. Tratado.-

Y finalmente, para explicar uno de los elementos del delito la anti-juricidad, concluye manifestando que es antijurídica, la conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado. (L.J. de A. Tratado).

La corriente que pudiéramos llamar "normativista", pues, enfoca por su cuenta el problema del Derecho Natural y deja, con relación al mismo, sentada una doctrina que ha de tomarse en cuenta a la hora de examinar el fundamento del Derecho, doctrina que el doctor Fernández resumió en esta sentencia: "toda norma jurídica puede ser expresada en una ley, pero no toda ley constituye la expresión de una norma jurídica".

Desde diferente punto de vista aparece otra doctrina que tiene relación con el Derecho Natural en grado sumo. Se trata de la doctrina sustentada por el Profesor de la Universidad de Berlín, Rodolfo Stammler, jurista que hace época, con sus ideas, en forma extraordinaria.

A Stammler, neo-Kantiano de pura cepa, se atribuye la tarea de restaurar la Filosofía del Derecho, aniquilada en gran parte por el embate positivista. No discute Stammler la verdad de que el Derecho, en sus manifestaciones concretas, es una disciplina que no permanece estática, ya que como resultado de los diferentes tiempos y lugares, las peculiares manifestaciones del mismo tienen que diferir en atención a la variedad de realidades sociales sobre las que opera. Pero esto no impide que considerado formalmente el Derecho, pueda pensarse en él, sin considración a esa materia mudable en el tiempo. Puede hacerse perfectamente la abstracción mental y conocer a priori, la forma Derecho. La materia regulada por el Derecho está indiscutiblemente supeditada a variaciones en el tiempo y en el espacio y sujeta a la experiencia, la historia, la realidad cambiante. Pero la mera estructura formal, ajustable a los más diversos regímenes sociales, que puede pensarse haciendo abstracción de todo lo demás, no necesita estar inevitablemente supeditada a la materia sobre la que opera para poderse establecer con solo una abstracción mental, por las solas luces de la razón, sin comprobación empírica, a priori, en una palabra.

A esto da pábulo su precursor Kant con sus "categorías", que Stammler restituye para el Derecho.

De modo que para Stammler hay que hacer una diferencia entre la manera de ordenar una materia y la materia ordenada.

Esto lleva a considerar a Stammler que el Derecho Justo es un "Derecho Natural de contenido variable", con que, como decimos se acepta la necesidad de tomar en cuenta la evolución de los pueblos y su configuración histórica, sin que ello impida proclamar que la forma del Derecho es una categoría intelectual que pueda pensarse y formularse fuera de su contenido mutable. La adecuada reglamentación de una situación jurídica concreta, no impide otorgar plena validez por lo mismo, a principios jurídicos de validez general.

Stammler explica su concepción del problema Jusnaturalista con estas palabras: "No procedían pues debidamente, según esto, los antiguos juristas al seguir las huellas de un determinado Derecho con trascendencia absoluta; pero sus esfuerzos si hubieran sido justificados, si en vez de tender a descubrir este sistema inmutable se hubieran propuesto investigar un Derecho Natural de contenido variable; es decir, reglas jurídicas tales que bajo circunstancias condicionadas empíricamente contuviesen el Derecho teóricamente justo". Cuando una norma jurídica sea teóricamente justa, podrá demostrarse examinando y decidiendo, en el plano crítico, qué normas jurídicas son las que bajo circunstancias empíricamente dadas correspondería a las miras últimas de toda vida social, por donde podrá verse si es que donde el Derecho histórico tradicional se ajusta exactamente, en la situación concreta de que se trate, a la misión que conforme a la ley última que lo rige debe proponerse todo orden jurídico, o si, por el contrario, media una dualidad entre lo que rige como Derecho positivo y lo que, a tenor de lo indicado, debiera ser Derecho".

Refutando a Bergbohm, quién había proclamado (en forma similar a como lo haría más tarde Kelsen) que Derecho Natural y Derecho Positivo son términos excluyentes, pues, "O bien se mantiene en pie el Derecho Natural - donde se seguirá la consecuencia insostenible de echar abajo todo el orden jurídico vigente - o bien se reconoce resueltamente el Derecho Positivo - en cuyo caso cuanto no sea Derecho Positivo deberá abandonarse como una opinión que solo sirve para confundir", Stammler, manifiesta: "Nosotros nos hallamos actualmente, tal es en sustancia lo que se expone a continuación, ba

jo la vigencia de un Derecho positivo; y por encima de un Derecho positivo que se mantiene realmente en vigor no puede regir al mismo tiempo y en el mismo lugar otro Derecho positivo en contradicción con aquel. Pero las afirmaciones de este autor caen, sin embargo, fuera del verdadero problema, tal como esencialmente se halla planteado por la doctrina del Derecho Natural. Pues la cuestión se desvía en el sentido de la vigencia del Derecho. Cosa que nada tiene que ver, fundamentalmente, con el problema aquí examinado. Vigencia de un derecho es la posibilidad de su actuación. Y esta posibilidad no forma parte del concepto "del Derecho" mismo. Pues lo que el concepto hace es delimitar con alcance absoluto una modalidad del querer humano, distinguiéndose con ello de las que constituyen la moral, el poder arbitrario, los usos sociales. Pero la posibilidad de actuación es común a todas las clases de querer, manifestándose en cada una de ellas de modo idéntico. Si a lo que se aspira es a distinguir estas clases del querer unas de otras, no podrá alegarse como criterio distintivo una nota que es inherente de manera invariable a todas ellas. Y si la vigencia, según esto, no entra a formar parte del concepto "del Derecho" en modo alguno cabrá perfectamente que al lado de un Derecho en vigor aparezca "otro derecho" a modo de pauta y mira ejemplar. Un Derecho natural que se contrapusiese en este sentido al Derecho vigente no necesitaría desempeñar otro papel que el de una ley extranjera cualquiera, a que como modelo se acudiese, o el orden jurídico de un Estado desaparecido". (R. Stammler: "Economía y Derecho").

Es famosa su teoría de "la comunidad de hombres librevolantes" con la que Stammler expresa su idea de la organización ideal a que debe conducir el derecho, destacando la necesidad de que en la organización jurídica de una colectividad no impere especialmente alguna voluntad particular determinada o influenciada por móviles egoístas e interesados, sino la voluntad universal, desprovista de motivaciones singulares y sentimientos particulares. Comunidad de hombres que quieren con voluntad libre, con voluntad pura.

A la luz de las ideas que se ha impuesto, Stammler aclara mucho el problema de la diferencia entre el Derecho y la arbitrariedad. Hay arbitrariedad cuando la orden surge de quién está en posición de no acatarla él mismo, cuando se le antoje. No lo hay cuando el que ordena se propone quedar vinculado también, por sí mismo, a la orden emanada. Por eso, para él, la nota

de inviolabilidad que tiene el Derecho es básica a la hora de diferenciar - aquel con el poder arbitrario. Derecho para Stammler es "el querer vinculatorio, autárquico e inviolable".

Como se ve, la ideología de Stammler es producto de un esfuerzo bien - logrado por volver a la Filosofía Kantiana. Todo un movimiento intelectual emprende la tarea de restaurar la Filosofía del Derecho y desde sus filas - comienza a liberarse el pensamiento de la exclusividad positivista en que - parecía agotarse. A Stammler se le concede, por el formidable empuje de sus ideas, lugar privilegiado en esa labor restauradora y a raíz de él vuelven a ganar posiciones las doctrinas jurídicas que invocan motivos trasempíricos para justificar el Derecho. En su famoso libro "Economía y Derecho", devuelve sus fueros a éste último rescatándolo de la consideración que lo tenía - por mera superestructura derivada de las fuerzas económicas, otorgándole -- una posición más acorde con su fundamental entidad. Es tan vigoroso el em- bate Stammleriano, que ha provocado gran adhesión en el pensamiento moderno, incorporándose a su ideología un grueso contingente de seguidores que han - desenvuelto con indiscutible eficacia ideas de contenido bastante respetable.

Las corrientes filosóficas contemporáneas se orientan en diferentes -- rumbos. Un florecimiento intelectual acentuado toma cuerpo desde diferentes escuelas y se incorpora en el pensamiento de nuestros días. Numerosas co-- rrientes proliferan sin que de ellas pueda decirse todavía una palabra definitiva, destacando en especial, aquellas, que, buscando superar antiguas posiciones filosóficas, llaman la atención sobre la propia vida, como eje y - substractum de toda filosofía. Aparecen el intuicionismo de Bergson, el - existencialismo (Kierkegard, Sartre, Jasper), la fenomenología (Husserl), - el Humanismo trascendental de Ortega y la Filosofía de los valores fundada por Von Brentano. Nos interesa especialmente esta última con relación a -- nuestro particular problema.

Max Scheler es señalado como el filósofo que supera el formalismo ético Kantiano en que se apoya Stammler, al demostrar que no solo lo formal, genérico o abstracto es susceptible de conocerse a priori sino que hay ideas y escencias materiales, saturadas de contenido y que sin embargo tienen validez apriorística pues no se fundan en la experiencia. Por ejemplo, los valores. Y qué son los valores? Pues son "esenciales ideales con validez ob

jetiva y necesaria". Son seres ideales que tienen validez independiente del sujeto que los piensa y que solicitan la conducta humana hacia el "deber ser" patrocinado por ellos. Son "seres ideales que no se realizan a plenitud y a cuya realización están encaminadas muchas de las actividades del hombre"; son "ideas arquetípicas o paradigmáticas que representan un perfeccionamiento del ser para determinado orden de objetos" (+) Recassens explica la teoría de los valores en esta forma: "Ya he expuesto algunas de las razones que justifican esa objetividad ideal de los valores: los valores se dan como objetos de una intuición esencial, que se imponen necesariamente al reconocimiento, con igual evidencia que las leyes lógicas o las conexiones matemáticas. Su validez, que es independiente de la experiencia, no se puede fundar en un hecho contingente. Además, como independientes de la experiencia, es decir, como no fundados en ésta, constituyen criterios con los cuales discriminamos las experiencias según un punto de vista diferente del de la experiencia. Es decir, frente a las experiencias, externas y psíquicas, señalamos algunas manifestaciones valiosas, unas más valiosas y otras menos valiosas, y otras antivaliosas. Y el sentido de esa discriminación no es el de la coincidencia o discrepancia con efectos subjetivos, antes bien tiene el sentido de constituir algo válido en sí".

La fundamentación jurídica basada en la teoría de los valores consiste en separar cuidadosamente tres planos de lo jurídico: la ley, la norma y el valor, que en el Derecho están ordenados jerárquicamente, con posibilidad de ser estudiados con independencia, pero fuertemente ligados entre sí para formar el verdadero abstractum del Derecho. La circunstancia de que un valor no se realice no añade ni quita nada a su realidad. "Los valores no son sino que valen", ha dicho Lotze.

No ha dejado de provocar muchas disputas, sin embargo la Filosofía de los valores. La objetividad que se les atribuye no siempre ha sido reconocida y aún cuando ciertamente ha tenido acogida en el pensamiento contemporáneo, algunos le reprochan el abuso de metafísica a que puede conducir su posición. El filósofo mexicano, por ejemplo, don José Vasconcelos, a pesar de su bien conocido pensamiento conservador, cargando la mano se expresa de la Filosofía de los Valores en términos bastante duros: "Por eso son ociosas la mayor parte de las disquisiciones sobre la naturaleza del valor y recuer (+) Dr. Fernández. Apuntes de Clase.-

dan a los sofistas, aunque les falta la agilidad de los griegos. A na da definitivo conducen y sí crean escuela de eruditos que de la Filosofía toman las formas no las escencias y eso a pesar de que uno de los sucesores de Brentano (alude a Husserl), según veremos próximamente, produjo toda una filosofía de las escencias como entes parecidos a las ideas Platónicas. - Entes sin esplendor y filosofía, sin poesía, que invade las escuelas pero - no ganará la atención de las generaciones". (+) A pesar de ello, la Filoso fía de los valores parece tener numerosos seguidores y debe señalársele, es pecialmente en el problema que nos ocupa, como uno de los más serios inten- tos por proveer al Derecho de un elevado basamento. En este sentido debe mencionarse dentro de la bibliografía patria la obra laureada del doctor Ju lio Fausto Fernández, intitulada: "Los valores y el Derecho" a que ya hemos hecho alusión.

Debe señalarse asimismo entre las nuevas tendencias filosóficas a la - Escuela de Baden de la que son exponentes Radbruch y Lask.

Hemos visto algunas de las posiciones mantenidas con relación al proble ma del Jusnaturalismo. Fácilmente se comprende que con la variedad doctri- naria sobre el tema, las corrientes señaladas apenas serán una pequeña par- te de las realmente existentes. Pero aún cuando así sea - y somos los pri- meros en reconocer la limitación de esta reseña - nos parece haber indicado la forma en que se ha desenvuelto el problema del Derecho Natural, las posi- ciones antagónicas con relación a él y las diversas variantes que se han -- presentado.

Toda posición actual sobre el Derecho Natural no puede desconocer la reveladora disputa que sobre el mismo se ha mantenido a lo largo de casi to da la historia del pensamiento.

(+) Manual de Filosofía. J. Vasconcelos.-



CAPITULO VIII "BREVES REFERENCIAS A LA DOCTRINA Y  
LEGISLACION PATRIAS"

En nuestro medio no puede decirse que ha sido muy abundante la investigación doctrinal sobre puntos concernientes en general a la Filosofía del Derecho, entre los cuales está situado el problema del Derecho Natural.

Deben señalarse como trabajos más recientes, que ya con la necesaria seriedad, han estudiado estas cuestiones los de los doctores Julio Fausto Fernández y José María Méndez.

La doctrina sustentada por el primero, concerniente al Derecho Natural, según sus propias palabras, es la siguiente: "Muy lejos estamos nosotros -- de considerar al Derecho Natural como un conjunto de normas rígidas e inmutables, natural y espontáneamente cognoscibles por la razón. Este concepto, expuesto por los racionalistas, nos parece una limitación, un endurecimiento de la idea del Derecho Natural. Limitación, porque la ley natural dista mucho de estar codificada; endurecimiento, porque el conocimiento de los -- principios fundamentales de la ley natural no son de fácil acceso para la -- inteligencia humana. Nosotros más bien concebimos al Derecho Natural como una constelación inteligible de valores, tales como el de justicia, el de -- seguridad jurídica, el de bien común, el de autonomía de la persona, etc., que han recibido el nombre de valores jurídicos, los cuales sirven de fundamento a todas las normas del Derecho y de modelo ideal a todas las disposiciones legales. El conocimiento de esa constelación de valores es oscuro -- en el hombre corriente y sólo la reflexión filosófica logra, poco a poco, -- aclararlo. Los valores jurídicos que integran el núcleo y esencia del Derecho Natural tienen, al igual que todo otro valor, un fundamento ontológico y un elemento gnoseológico".

Por su parte el doctor José María Méndez piensa en esta forma: "Algunos que niegan la existencia del Derecho Natural, cuando ven que en un país se tuerce por las leyes el sentido de la Justicia, obligados se verían a decir que existe otra realidad jurídica sobre la fallida de la realidad. Y -- existe. Pero no como un todo absoluto y concreto de donde van manando o -- fluyendo las ideas jurídicas. Este sentimiento de reprobación que todos -- sentimos cuando las leyes constituyen negación de la Justicia, no es sino resultado del largo proceso de siglos de los pueblos, durante el cual han queda

do definitivamente esclarecido ciertos puntos que son materia del conocimiento jurídico, durante los cuales el hombre ha ido afinando su sensibilidad jurídica. Matar, suprimir la vida ajena, no fué un principio universalmente reconocido. Los espartanos lanzaban al Taigeto a los recién nacidos que no anunciaban con su robustez la existencia de un buen soldado; en algunas tribus era permitido a los hijos matar a los padres ancianos. Ahora existe un consenso universal, un pensamiento que, dentro de lo relativo de lo universal, califica de antijurídico el homicidio. Decimos entonces que, la regla "no matar", es de derecho natural. Pero qué es lo que ha ocurrido? Que el hombre, ser limitado que camina cayéndose y levántándose, en el camino de la verdad, equivocándose, y acertando, coge, en un momento dado, una verdad tan exacta, tan real, que ésta se vuelve como una especie de estrella en sus manos, que todos miran, que a todos ilumina. Hay un momento en que una norma antes intuida o medio percibida, como lucecilla imaginaria o vacilante, cuando en el hombre se abren más ampliamente las rendijas del entendimiento, se vuelve luz esplendente. Y las verdades se vuelven, por el consenso universal, verdades universales. Hay pues, un derecho encima de cada uno de los derechos parciales de cada pueblo; un derecho universal; un derecho universalmente aceptado, una especie de jus gentium de los antiguos romanos. A esto se le ha llamado derecho natural, a lo que podríamos llamar derecho de consenso universal. Para nosotros no es solamente este consenso que origina verdades universalmente aceptadas, el que origina el derecho natural. Hay que ver éste en dos aspectos o perspectivas: en la forma concreta de verdades jurídicas de plena aceptación y también como elaboración ideal. El mundo de las ideas no está detrás de la realidad como creían Platón. El mundo de las ideas está adelante y encima de la realidad. Casi podríamos decir que ha habido un error de colocación del derecho natural. Lo han colocado atrás en vez de colocarlo adelante. El hombre idealiza, construye con la mente planos ideales que sobrepasan y superan la realidad. Este idealizar, este perenne acicate del progreso, hace que el hombre piense sobre la realidad ya lograda, una realidad de mayores logros. Es así como en el Derecho el hombre construye sobre el plano real de las legislaciones, el plano superior de legislación ideal. Lo hace y lo seguirá haciendo siempre. Para el hombre nunca habrá perfección absoluta, porque cada perfección

lograda se convertirá en su mente en un germen de otra mayor perfección. Existe pues, un derecho ideal, un derecho que el hombre imagina sobre el vigente, que tiene su raíz en él y que es su misma imagen superada. Es el derecho ideal. En suma, el derecho como conjunto de verdades jurídicas definitivamente aceptadas y el derecho como imagen ideal del actual para formar, el cual ha sido estrella guiadora la justicia en esos dos -- aspectos, constituye lo que se ha dado en llamar derecho natural. Este derecho no está atrás, con rigidez absoluta e inmóvil, no es un derecho anterior que sirve de antecedente misterioso al derecho vigente, sino que está visible en las verdades definitivamente logradas, y está proyectado en el futuro como esencia de posible realización".

No puede dejar de señalarse, asimismo, el interesante trabajo laureado en el concurso de Ciencias Jurídicas que todos los años promueve la Directiva de la Asociación de Estudiantes de Derecho, presentado por el distinguido estudiante Bachiller Mario Flores Macall, bajo el título "El Derecho Natural y la Constitución Política Salvadoreña de 1950". Con sólida argumentación, Flores Macall defiende la tesis del Materialismo Histórico que, aunque particularmente no comparto, debe ser apreciado en lo que vale por todos los interesados en estos problemas. No transcribimos parte alguna de su trabajo, precisamente porque a todo lo largo de él, -- Flores Macall se dedica a demostrar la falsedad de la idea del Derecho Natural, y no podríamos sin mutilarlo, transcribirlo parcialmente. El mencionado trabajo aparece publicado en la Revista "La Universidad" correspondiente a los números 3 y 4, meses Julio-Diciembre de 1958.

LEGISLACION CONSTITUCIONAL: La curva de la doctrina general, esbozada -- en capítulos anteriores, ha repercutido, aunque no siempre concomitante -- mente, en los diferentes ordenamientos constitucionales de nuestra Patria.

Examinemos en primer lugar las Constituciones Federales de 1824-1835-1898 y 1921.

En la Constitución Federal de 1824, las únicas referencias al Derecho Natural que aparecen son: El Preámbulo, que dice: "Congregados en la Asamblea Nacional Constituyente, nosotros los representantes del pueblo de Centro América, cumpliendo con sus deseos, y un uso de sus soberanos derechos, decretamos la siguiente Constitución para promover su felicidad;

sostenerle el mayor goce posible de sus facultades; afianzar los derechos del hombre, los principios inalterables de igualdad, seguridad, y propiedad; establecer el orden público y formar una perfecta Federación". Y el artículo 2 que dice: "Es esencial al soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad".

En la Constitución de 1835 no aparece preámbulo y se conserva intacto el artículo 2o. mencionado.

En la de 1898, no aparece nada relativo al Derecho Natural en el preámbulo, pero hace reconocimiento expreso de él en el artículo 42, del Título III "De los Derechos Civiles y Garantías Sociales". Dice: "Los derechos y garantías que declara esta Constitución no excluyen otros derechos y garantías no enumerados en ella, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, y de la forma republicana del gobierno adoptado".

Y la de 1921, en Título IV "De los Derechos y Garantías", Art. 66, hace una declaración similar a la de 1898, suprimiendo únicamente la palabra "adoptada".

Entre las Constituciones del Estado, notamos que la de 1824, no hace declaración expresa sobre el Derecho Natural. Tiene, sin embargo, el artículo 9, Capítulo II, "de los Salvadoreños" una redacción muy peculiar que pudiera hacer creer en una referencia al Derecho Natural reconociéndolo en forma de convención entre los ciudadanos y el Estado. Dice: "Si la República y el Estado protegen con leyes sabias y justas la libertad, la propiedad y la igualdad de todos los salvadoreños, éstos deben: - 1) Vivir sujetos a la Constitución y leyes del Estado y la general de la Federación; 2o) Respetar y obedecer a las autoridades; 3o) Contribuir con proporción de sus haberes a los gastos del Estado y Federación para mantener la integridad, independencia y seguridad; 4o) Servir y sostener la patria, aún a costa de sus bienes y de su vida si fuere necesario".

La de 1841, tampoco tiene una referencia expresa. Puede colegirse, sin embargo, del preámbulo, la idea jusnaturalista al hablar de que tiene por objeto "afianzar" de una manera estable y duradera su libertad, seguridad, igualdad y propiedad, como único medio de conducir las sociedades a su felicidad y bienestar".

En realidad, es hasta en la Constitución de 1864 que aparece una exposición expresa, o mejor, más expresa, recogiendo la idea del Derecho Natural. En efecto, el Art. 76, primero del Título 19 dedicado a los "Derechos y Deberes Garantizados por la Constitución" aparece redactado así: -- "El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principios la libertad, la igualdad, la fraternidad; y por bases la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público".

En la Constitución de 1871, la redacción, con excepción de la conjunción copulativa "Y", permanece invariable. Aunque siempre encabezando el Título XIX, dedicado a los "Derechos y Deberes Garantizados por la Constitución", la numeración por supuesto cambia. En ella es el artículo 98.

Pero en la Constitución de 1872, la filosofía del problema se modifica. En el artículo 17, del Título III, Sección Unica, destinada a los "Derechos, deberes y garantías de los Salvadoreños", ya no se reconocen deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, sino simplemente derechos. Dice así el artículo: "El Salvador reconoce derechos anteriores y superiores a las leyes positivas; tiene por principio la libertad, la igualdad, la fraternidad y por base la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público".

No hay cambio sustancia en la Constitución de 1880. El artículo 14, del Título III, Sección Unica "De los Derechos y Garantías de los salvadoreños" apenas cambia la tercera persona del presente "tiene" por el gerundio "Teniendo". Exactamente igual se conserva en el artículo 10, del Título III: "Garantías individuales" de la Constitución de 1883.

Se modifica el criterio nuevamente en la Constitución de 1886 para restituir el antiguo concepto. Nuevamente, ahora en el Artículo 8, del Título II "Derechos y Garantías" se vuelve a hablar de que: "El Salvador reconoce derechos y deberes anteriores y superiores a las leyes positivas, teniendo por principios la libertad, la igualdad, y la fraternidad; y por base la Familia, el Trabajo, la propiedad y el orden público".

La Constitución de 1939, amplía el concepto (o lo reduce al especificar). El Art. 59, del Título V, "Derechos y Garantías" Capítulo I, está adicionado con el siguiente párrafo: "los derechos y garantías que enumera esta Constitución, no se entenderán como negación de otros derechos y ga--

rantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana del gobierno". Las reformas del 44, dejan intacto el artículo 39 mencionado.

La constitución de 1945, dedica dos artículo al Derecho Natural, el artículo 8 en el que se manifiesta: "El Salvador reconoce.....etc., y el artículo 40 en el que se dice: "los derechos y garantías que enumera esta Constitución.....etc.

Finalmente, la Constitución de 1950 suprime el artículo concerniente al Derecho Natural y omite hacer consideración alguna con referencia al mismo. Después de sucesivos variantes, pues, la referencia expresa -- al Derecho Natural queda suprimida de nuestro régimen constitucional.

Cuál fué la mentalidad de nuestros constituyentes al suprimir esa consideración expresa? Rechazar toda idea jusnaturalista? Mantenerla tácitamente en la seguridad de que era innecesaria toda referencia expresa? Veamos lo que al respecto dice la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto: "La Comisión distribuye las tres partes en que doctrinariamente se divide el texto constitucional-dogmática, orgánica y sistemática - en trece títulos. Los primeros están consagrados a la parte orgánica. Esto obedece a un principio de filosofía política. En efecto, primero debe estructurarse jurídicamente el Estado. De esta estructuración, nace la parte dogmática, no como consagración de derechos naturales, sino como una conceptuación jurídica de un ideal de cultura. El Estado aparece así en el pórtico. Pero no se proclama que lo es todo. El Estado es un hecho político y un ente jurídico, y en amplia perspectiva integradora, un fenómeno de la cultura. Esto último destruye la concepción del Estado como fin supremo, - y como meta definitiva de la vida en sociedad. Las viejas constituciones, en general, cuando respondían a un plan de filosofía política, colocaban en los comienzos la parte dogmática, porque partían del supuesto de que el Estado está hecho para reconocer los derechos anteriores y superiores del individuo. Es más, el movimiento constitucional moderno, nació con las célebres Declaraciones de Derechos, y después de ellas y para su garantía y florecimiento, se dieron las Constituciones, -- que incluyeron en su texto, con frecuencia, el contenido de aquellas. Se trató, en un principio, de una precedencia, cronológica, que revelaba una

precedencia lógica. Sin embargo, nosotros hemos tenido Constituciones -- que responden, en general, a esa ideología, y que han tratado de los derechos y garantías después de la organización del Estado. Cambiada la doctrina sobre los derechos que se reconocen a los habitantes del país, se ajusta a ella la precedencia adoptada en el Proyecto".

Mas adelante, en la exposición de motivos del Título X, la Comisión dice: "El proyecto reconoce todos los Derechos que la Constitución de 1886 trata bajo el rubro de DERECHOS Y GARANTIAS. Pero dada la distribución de materias adoptadas, algunos preceptos han pasado a otros Títulos. Es difícil la clasificación de estos derechos fundamentales, porque no hay nada -- que sea absoluta y exclusivamente al individuo. Sin embargo, en términos generales, consideramos en este título aquellos preceptos que contemplan -- la persona, principalmente, sin consideración fundamental en su calidad -- de miembro de asociaciones, clases o grupos. La ordenación desde el punto de vista lógico, es difícil. Pero desde el punto de vista histórico, se allana un poco. En general, los derechos individuales son los que obtuvieron universalidad, aparte de la Revolución Francesa. Los derechos con que se quiso aminorar las injusticias de la libre empresa y del desamparo del individuo, forman el grupo de los DERECHOS SOCIALES. Las denominaciones -- si se atiende a la significación estricta de las palabras, son un tanto impropias, pero no hay en uso otras más precisas-- El rubro de este Título indica que el carácter de derechos naturales que sostuvieron las teorizantes de hace más de un siglo para las facultades fundamentales del individuo, ha desaparecido".

No hemos podido encontrar en las actas de sesiones correspondientes el dato de si hubo mucho debate a la hora de considerar estos problemas. Pero con que queda transcrito, lo que si resulta indudable es que para la Comisión, por lo menos, el Derecho Natural estaba siendo totalmente erradicado de nuestro régimen constitucional. Un constituyente que tuvo participación destacada en la cristalización de la Constitución de 1950, el doctor Reynaldo Galindo Pohl, quien participó como Presidente de la Asamblea Constituyente, decía en su mensaje de inauguración: "El Derecho Constitucional es una doctrina científica que se transforma de acuerdo con la

historia. De aquellas "ciudades-estados" que sirvieron a Aristóteles para inducir gran parte de su política, al Estado liberal que creó la Revolución Francesa, por ejemplo, va mucha distancia. Y también la hay entre éste último y el Estado promotor del bien público, barruntado por la misma Francia en mil ochocientos cuarenta y ocho, mejor concretado en la República Weimar y haciéndose realidad cada día, en la mayor parte de los estados democráticos de hoy. Somos pues, hombres de nuestro tiempo y participamos de las limitaciones que impone nuestro tiempo. Precisa mantener los grandes principios, aunque con otros fundamentos filosóficos, muy lejanos del derecho natural, que garanticen el fuero del individuo dentro del poder absorbente del Estado, para asegurarle la plenitud de su personalidad y la vida digna que le corresponde dentro de la concepción de nuestra cultura de occidente. Por aquí se entra al dilatado campo social, económico y cultural que dentro de las ideas imperantes urgen de la super-legalidad que otorgan las constituciones rígidas para librar las grandes aspiraciones populares de las veleidades del legislador ordinario. Esta Asamblea tiene que abordar con decisión la totalidad de problemas de interés público; de otro modo no estaría a la altura de su época; la inquietud constitucionalista se mantendría, y la obra, hecha sólo para el día de hoy, estaría pronto envejecida y poco después enterrada. El hombre es un ser ambivalente, pues discurre como individuo inmerso, en la sociedad, aunque su indiscutible sociabilidad no puede despojarle de la intimidad de su yo. Entre esas dos sustancias, se desenvuelve el Derecho. La historia nos enseña que nunca, fuera de la teoría pura del derecho, ha visto sólo al individuo o sólo a la sociedad. La instancia del individualismo puro es el anarquismo; la del socialismo entendida como tregua absoluta del individuo al grupo, sería una esclavitud, peor que la nacida de la conquista guerrera y se daría en un estado de totalitarismo desenfrenado. En ningún tiempo ni en el del Estado gendarme se ignoró del todo la dimensión social del hombre. Nuestra época reclama cargar el acento de esta dimensión siempre que ese logro no signifique la pérdida de atributos que dignifican la persona, la manifestación más excelente de la cultura. Esta es la difícil tarea que compete a los estados democráticos de hoy; organizando la dimensión social, salvar la personalidad del ciudadano. Del acierto en esta so



lución dependen el porvenir mismo de nuestra cultura. En este orden de ideas la Constitución de mil ochocientos ochenta y seis, tiene principios todavía aprovechables, que claman por una eficacia hasta hoy discontinua y permanentemente amenazada. Hay en ellos un legado de nuestros padres, que ninguna iconoclastía tendría, con frutos, derecho a despreciar. Hay mucho que destruir; pero hay que destruir lo que ya no tiene savia para la vida. Y hay que ayudar a lo que nace, a lo que está en gestación".

Finalmente digamos que nuestra legislación ordinaria sí hace referencia al Derecho Natural en diferentes artículos. Citemos los Arts. 421 del Pr. y el 24 del C., como referidos al Derecho Natural pudiéndose todavía encontrar diseminados a lo largo de varias disposiciones referencia a los "principios generales del Derecho". El Art. 24 C., dice: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". Y el Art. 421 Pr., dice: "Las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas, sabida que sea la verdad -- por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural".

Las anteriores disposiciones tienen especial importancia para conservar lo que se denomina "la plenitud hermética del orden jurídico" -- Con la que se pretende no dejar situación conflictiva sin resguardo jurisdiccional.

## CAPITULO IX: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROBLEMA.

En los anteriores capítulos hemos visto las diferentes consideraciones que ha merecido de parte de la doctrina y la legislación la idea del Derecho Natural. Hemos visto también como el legislador patrio lo suprime deliberada y conscientemente de nuestro sistema constitucional, todo lo cual indica que, a pesar de las elaboraciones filosóficas recientes en ese sentido, la idea del Derecho Natural parece no concordar con la tónica intelectual del momento.

La referencia del legislador al problema en forma negativa no significa, claro está, que solo con base en una manifestación expresa del Estado, por medio de la Constitución - como se había venido manteniendo - cabe la posibilidad de aceptar el Derecho Natural. No. Si el Derecho Natural existe, existirá no solo en ausencia de disposición expresa, sino aún contra la disposición prohibitiva. No es, pues, la declaración del legislador la que resuelve el problema. En puridad, para los que sostienen la idea de un Derecho Natural poco importa que el Estado así lo declare o al menos lo permita. En fin, la declaración del Estado no zanja la disputa ideológica, de la misma manera que cuando expresamente reconoce el Derecho Natural no por eso impide sostener a sus impugnadores la falacia de tal dualidad normativa. Con declaración expresa, con reconocimiento tácito, con prohibición, la polémica, en realidad queda en pie. "Cuando el jurista se ve obligado a admitir que el Derecho Positivo moderno se funda en la potestad del Estado -dice Carré de Malberg- o que la autoridad de los gobernantes halle el fundamento de su legitimidad en el orden jurídico en vigor, ello no significa que, fuera de este orden positivo, no pueda concebirse ninguna clase de precepto ideal que rija los pueblos, los gobiernos y los individuos". (C. de M. Teoría General del Estado).

Resumiendo, diríamos que bajo el término Derecho Natural se han agrupado varias doctrinas no siempre coincidentes. Pero la típica, a la que verdaderamente cabe, con propiedad, la denominación es aquella que sostiene que, por sobre el Derecho Positivo, (el Derecho reconocido por el Estado) hay un Derecho con postulados inmutables, generales y necesarios que norman la conducta de los hombres. Este es el Derecho Natural. Derecho con to--

das las características de tal y que además es de cumplimiento obligatorio. Esas normas derivan para unos de la propia naturaleza física en que está inmerso el hombre y para otros de la razón humana. Quién las ha colocado allí? Para unos la voluntad Divina. Para otros es un puro producto de la razón que no requiere fundamentación Divina y algunos proclaman la existencia de esos principios racionales aunque se probara la inexistencia de Dios.

Esa es la idea típica del Derecho Natural. Las que hemos señalado como nuevas corrientes, y que aparecen después del enbate positivista, historicista y materialista, en realidad ya no responden cabalmente a mi juicio, a la idea del Derecho natural aunque siempre sostengan que por sobre el Derecho Positivo hay deberes y derechos superiores y anteriores.

Llegados a la hora de manifestar nuestro criterio, hemos de decir -- que a nosotros nos parece, de todo lo que se ha dicho, que la idea típica del Jusnaturalismo -universal, necesario e inmutable- fué inevitablemente destruida por la fuerza crítica de las corrientes que lo impugnan. Estas corrientes, incorporando sus ideas renovadoras, proporcionaron la reelaboración de doctrinas antes asentadas exclusivamente en la fría logicidad de la razón, hasta ponerlas más en contacto con la realidad social a cuya estructuración y regulación está el Derecho destinado, forzándolo, a no desatender la dinámica y palpitante realidad social ni estancarse frente a las transformaciones que va sufriendo la sociedad, para quedarse en meras abstracciones mentales.

Así, un pensamiento permeable, no intransigente y dispuesto a aceptar el contenido de verdad de las diferentes escuelas, no puede rechazar el inmenso caudal de ideas ciertas y renovadoras que, como aporte valiosísimo, introdujo en la historia del pensamiento jurídico, la Escuela Histórica, - por ejemplo.

- El propio Materialismo Histórico, en lo que tiene de eficacia para evidenciar las fallas indiscutibles del régimen capitalista, en alertar las conciencias hacia la justicia social y en destacar -aunque excesivamente- el innegable papel que las fuerzas económicas juegan en el proceso social, no puede desconocerse sin torpeza. Es imposible, a menos de querer engañarnos nosotros mismos, desconocer el cúmulo de situaciones falsas en las que está descansando la organización social de nuestros días. Se necesitaría

estar ciego y sordo para no escuchar el clamor que brota prepotente de las ardientes entrañas de los pueblos. Es justo convenir en lo necesario que va siendo, urgentemente necesaria, la promoción de un reajuste radical de nuestras instituciones sociales, políticas y económicas, tan poco acordes con la insatisfacción evidente de la generalidad.

Para nada de eso es obstáculo, desde luego, el Derecho Natural. Con justicia sus defensores rechazarían la imputación de frenadores del progreso. La estimativa jurídica, al contrario, la apelación a un orden más justo de derecho, acicatea el empeño hacia su consecución. Pero es lo cierto que antes del auge de las corrientes antijusnaturalista, muy poco se traía en ayuda de las construcciones jurídicas la propia realidad en que el Derecho funciona.

Para nosotros la posibilidad de una estimativa jurídica existe y es falsa la posición de quienes agotan el fundamento del Derecho en el solo reconocimiento estatal. Tal posición, en rigor, nos llevaría a asimilar el Derecho con la nuda ley.

Expliquemos nuestro pensamiento.

En toda sociedad de hombre, en virtud de la propia naturaleza racional de sus componentes, se hace manifiesta una determinada actitud o comportamiento impuesta por el grado de cultura, y cobran validez ciertos principios que la conciencia social considera como debidos.

Este conjunto de normas y principios no aparecen en la sociedad porque un aparato formal los haya impuesto, sino que natural y racionalmente cobran vida en las diferentes colectividades humanas. La entidad racional, intelectual y consciente del hombre le hace posible, desde su propia intimidad, descubrir y captar principios que regulen su conducta particular y de relación con sus semejantes. Su vida individual y su vida social.

Que hay normas y principios de justicia y equidad en nosotros mismos, es tan evidente que no se necesita comprobación. A cada paso nuestra intimidad se rebela ante las injusticias y aplaude los actos que nos parecen ajustados a la equidad. Y así como nuestra mentalidad está poblada de principios que nos permiten distinguir el bien del mal, también hay -

principios que por la convicción común, fortalecida en la tradición, llegan a tener validez general. Estos principios aunque no son Derecho Positivo tienen, sin embargo, gran efectividad. Su desconocimiento y pisoteo, acentuado y sistemático conduce, a la larga, a su rescate, aún por medio de la violencia. Además hay principios morales que el Derecho no puede contrariar, hay principios religiosos, que en la comunidad se presentan a veces hasta con exceso de fanatismo y todos ellos limitan, indiscutiblemente, la realidad de un Derecho Positivo.

Estas normas tienen que ser, naturalmente, variables. Nuestras normas actuales no son las mismas de las sociedades primitivas, ni probablemente, serán las mismas del futuro. No veo una razón poderosa que nos autorice a estatificar e inmovilizar los principios que hoy tenemos como generalmente admitidos. En esto, como en todos los órdenes, la ley de la evolución se cumple.

Este conjunto de normas y principios, anteriores según se puede ver, a todo reconocimiento formal, cobran vigencia y efectividad, como Derecho Positivo, en las sociedades humanas, cuando el Estado hace un pleno reconocimiento de ellas y les presta la efectividad de su poder.

Según esto, el Derecho Positivo, aún cuando deriva inmediatamente del reconocimiento Estatal, se origina, ante todo, en aquel conjunto de normas y principios que la sociedad tiene como debidos en un momento determinado, quedándole al Estado únicamente el cargo de cristalizar esas normas en Derecho Positivo, y otorgarles el poder necesario para su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, en las colectividades modernas, por medio de las corrientes de intercambiabilidad, los principios aceptados tienden a generalizarse, de tal suerte que, por la convicción común, se valoran en igual forma determinadas conductas y se reprueban determinadas acciones. Dentro de la amplia zona de una misma cultura y en un momento determinado, natar injustamente, por ejemplo, se considera reprobable, tanto en El Salvador como en Alemania, o Inglaterra. La convicción común, pues eleva, a la categoría de generales, determinados principios.

En un momento dado, el Estado está o debe estar constreñido en la labor legisladora por esos principios generales.

Hay normas y principios, pues, que se manifiestan naturalmente en las sociedades y que son generalizados por la convicción común. Gracias a ello, es posible que en determinadas comunidades, Inglaterra por ejemplo haya zonas de vida colectiva reguladas por un simple derecho consuetudinario. Esto es evidente.

Cuando los penalistas, por ejemplo, tratan de fundamentar una de las características del delito, la "culpabilidad", se refiere a ella diciendo que se produce cuando el delincuente tiene conciencia de obrar contra Derecho, que su acto es ilícito. Y esto está en capacidad de saberlo el delincuente aún desconociendo la legislación positiva, pues de lo contrario sólo los hombres de leyes podrían ser sujetos de delito.

El Derecho del Trabajo, dice, a su vez, Mario de la Cueva, es la mejor negación de la doctrina que afirma que todo el derecho tiene su origen en la voluntad del Estado, precisamente porque ha nacido y continúa en lucha con él y porque frecuentemente vive en contra de los deseos y las tendencias del Estado" (Derecho Mexicano del Trabajo.- Prólogo a la Cuarta edición).

Si hemos de utilizar ese término que nos parece demasiado vago de Derecho Natural - en el que caben todas las estimativas - diríamos que para nosotros es: el conjunto de normas y principios que la convicción común y la conciencia social consideran como debidos en un momento determinado de la historia. Esos principios, al ser reconocidos formalmente por el Estado y revestidos de las necesarias armas para su plena eficacia, son el Derecho Positivo. Hasta se ha llegado a pretender que en Francia, -- dice otra vez Carré de Malberg - las leyes mismas no adquieren, por el hecho de su adopción en el parlamento, sino un valor problemático y provisional, y no llegan a ser prácticamente aplicables más que cuando se comprueba, por el uso, que son aceptadas o toleradas por aquellos a quienes deban aplicarse. Hasta en los Estados autoritarios los gobiernos se han visto obligados a contar con esta inmensa fuerza de los tiempos presentes; o por lo menos se han empeñado en conciliarse a la opinión, ahorrándola a su grado".

Digamos, pues, que el ideal de todo Derecho es enmarcar, ajustar, --

aproximar, lo más cabalmente que se pueda, el Derecho reconocido por el Estado, el Derecho Positivo, a esas normas y principios tenidos como debidos por la sociedad. Pero cabe la posibilidad, y de hecho ha sucedido innumerables veces, que esa aproximación y ajuste no se logre; que el Estado otorgue positividad a normas y principios distintos a los tenidos como debidos por la convicción común de la sociedad y en ese momento es posible, valorando el Derecho Positivo, referirlo y compararlo a los principios de convicción general.

Qué en el Estado va implícita la idea de la voluntad colectiva? Esto es teóricamente cierto aunque en el hecho es falso. Es falso en el hecho porque, aún cuando la doctrina define el Estado como "una sociedad jurídicamente organizada bajo un poder de dominación que habita un determinado territorio" (Jellinek) y señale como integrantes del mismo un elemento material (territorio), un elemento personal (nación) y un elemento formal (poder), lo cierto es que el último elemento generalmente se hipertrofia en mengua de los otros. Y en el caso teórico en que la voluntad colectiva está cabalmente expresada, por intermedio del poder del Estado, en el Derecho Positivo, lo que sucederá será precisamente que se está cumpliendo el Derecho Natural.

Que el Estado tuerce el rumbo y da efectividad a normas y principios distintos a los que la colectividad tiene como debidos? Cabe apelar a éstos frente a la arbitrariedad de aquél. Según esto, Derecho Natural también será: el límite impuesto a la potestad del Estado por las normas y principios que la convicción común y la conciencia social, considera como debidos en un momento determinado de la historia.

De manera que el Derecho Natural, concebido en la forma en que nosotros lo entendemos, existe y vive en la sociedad y cada uno de sus miembros y tiene la dedicatoria especial de regular la potestad del Estado. Es, en fin, el réclame que el elemento humano del Estado hace al elemento formal del mismo en el sentido de impedirle apartarse de su voluntad real.

Todo apartamiento, todo divorcio entre la convicción común y el Derecho Positivo conduce a la postre a que rápida o tardíamente, violenta o

pacíficamente, evolutiva o revolucionariamente, la situación se enderece hacia el acatamiento debido a esa voluntad.

Y aquí se ve claro que la idea del Derecho Natural conduce a los pueblos a su superación y da justificación a los movimientos revolucionarios. Cuando el empuje social se orienta por normas distintas a las mantenidas por el Derecho Positivo, las cadenas se rompen, tarde o temprano, para ajustarlo a las normas de la generalidad. Por eso los movimientos revolucionarios de los pueblos comprueban la existencia de normas y principios con plena eficacia que, sin embargo, no derivan de la voluntad estatal.

Y esto es cierto no solo en el caso de Estados espúreos en los que se abuse del régimen instituido, sino de Estados legítimos, en los que se use un régimen no acorde con la nueva tendencia que estalla inevitablemente. Las auténticas revoluciones, se ha dicho por ello, no solo van contra los abusos, sino contra los usos mantenidos. La revolución es fuente de Derecho.

Los principios y normas que la convicción común y la conciencia social considera como debidos, no son inmutables, según ya lo hemos dicho. Las verdades aceptadas hoy, pueden rechazarse mañana. No puede haber aceptación definitiva: la evolución, como hablábamos en el primer capítulo, se impone a todos los órdenes. Ciertamente que la evolución de los principios es algo que, ocurre de una manera lentísima. Casi podríamos asegurar que hay algunos definitivamente aceptados sino fuera por que la ley de la evolución - fértil en ejemplos mirando retrospectivamente la historia - nos desautoriza para ello. Así procederes que hoy nos parecen inaceptables no fueron considerados siempre así; la vida misma no ha tenido a lo largo del desarrollo histórico igual consideración. Entre los romanos por ejemplo, el Pater familia tenía derecho de vida y muerte sobre los hijos. La esclavitud que hoy nos parece tan condenable, es bien sabido, que tuvo gran aceptación en su tiempo, hasta el extremo de ser defendida por uno de los más grandes filósofos, Aristóteles, tal vez porque ajustándose a la mentalidad de la época, ella era considerada como un progreso, con relación al trato mortal



que antes se daba a los prisioneros. Y los ejemplos podrían extenderse --  
denasiado para sostener con eficacia la absoluta inmutabilidad.

Lo que sí es cierto es que en un momento determinado de la historia hay  
normas y principios considerados por la colectividad como debidos.

En este momento, por ejemplo, es indiscutible que, hay normas y princi-  
pios que nos imponen una determinada conducta, que no tendría impunemente -  
facultad de violentar ninguna manifestación estatal en contrario y de aquí  
se deriva la necesidad de que el Estado por medio de sus organismos corres-  
pondientes, consulte en todo caso, con la mayor eficacia y exactitud, los -  
principios que alienta la voluntad colectiva, con ciertas modalidades espe-  
cíficas desde luego, según se trate de normas políticas y sociales o de nor-  
mas técnicas.

Pero, hay algo más: Creemos que el orden jurídico dado es siempre sus-  
ceptible de perfeccionamiento en vista de un orden jurídico ideal que puede  
concebirse fuera de toda experiencia concreta. Desde el momento en que po-  
demos hacer la abstracción "derecho" y concebirlo mentalmente, cabe la posi-  
bilidad de destacar en su concepto determinadas características y principios  
jurídicos que lo configuran como tal Derecho. Aceptamos también, por ello,  
la posibilidad de valorar el Derecho que se da en un momento determinado re-  
firiéndolo a un orden ideal concebido en el mismo tiempo y circunstancia.  
Tal posibilidad existiría aún cuando creyéramos estar en presencia de un De-  
recho Positivo inobjetable por que el espíritu humano no se aquieta ni con-  
forma con la realidad que se le presenta y siempre busca perfeccionarse más  
y más. Ni más ni menos, que lo que sucede con la idea de la Democracia. -  
Sabemos en qué consiste, cuáles son sus características, y notas disintivas  
y además podemos figurárnosla mentalmente como un ideal que se persigue a -  
pesar de que en la realidad, en el hecho, muy lejos andemos casi siempre de  
vivirla plenamente. Conformarse con la positividad del Derecho para tener-  
lo por definitivamente logrado y acabado, no se aviene al espíritu humano.  
El simple hecho dado es siempre susceptible de valoración en vista de un -  
paradigma ideal que sirva de modelo. No se trata de oponer al Derecho Posi-  
tivo un "derecho en las estrellas" prolijamente codificado y dispuesto a im-  
poner su normatividad sobre la eficacia del Derecho Positivo, sino simplemen-

te de la posibilidad de llevar este último hacia posiciones más elevadas en las que campee más augustamente la justicia. Con esto, ya lo hemos dicho, no se niega que el Derecho está sujeto a los cambios históricos, pero se ostiene la posibilidad de aproximarlos siempre más a un ideal más pleno de justicia. A éste Derecho, así imaginado cabría la finalidad de ayudar al perfeccionamiento del Derecho Positivo.

Nosotros creemos, en resumen, en una estimativa jurídica basada en los siguientes fundamentos: a) las "normas de cultura" de la colectividad; b) en los principios considerados como debidos por la convicción común y la conciencia colectiva en un momento determinado; c) en la posibilidad mental de idear un Derecho justo; y d) en el ansia de superación de hombres y pueblos que no se conforma con lo dado.

Digamos finalmente que el término Derecho Natural, es un término equívoco.

En él caben todas las estimativas de Derecho, desde la más absoluta que reclama inmutabilidad, necesidad y universalidad en los principios que informan el Derecho Natural, hasta el referido a normas y principios relativos a tiempo y lugar, situación que hace demasiado vaga la terminología usual de Derecho Natural. Una estimativa como la última, a la que se adhiere nuestro pensamiento, no se basa propiamente en un "Derecho Natural" y estará más certeramente señalada con el término "normatividad".

## CAPITULO X: LAS DERIVACIONES POLITICAS DEL PROBLEMA.

Vivimos en época de transición. El Jusnaturalismo Clásico Racional, con toda ardentía y vehemencia, produjo una de las renovaciones más impresionantes a lo largo de la Historia. Fueros, privilegios y testas coronadas rodaron por el suelo para dar paso a la república basada en la libertad, la igualdad y la fraternidad y el individuo fué rescatado de la opresión para ser colocado, pleno de derechos, en posición preponderante. Pero la Historia, caleidoscópicamente, cambia el cuadro. En nuestros días, juzgados por el pensamiento efervescente de la generalidad, Robespierre, Dantón, Marat, los Jacobinos, toda la montaña, serían los más perfectos -- reaccionarios y el Jusnaturalismo de su época parece no encuadrar ya en ésta. Corremos unos días en los que se trata de cargar el acento socialista de las ideas relativas a la regimentación social. El concepto individualista, el respeto a la persona humana, poco a poco va diluyéndose en la consideración preponderante de la dimensión social de la vida. Los conceptos tradicionales del Derecho, las instituciones mismas, la organización administrativa, las reglas de interpretación legal, los derechos subjetivos, el Derecho público y privado, todo, todo está siendo sometido a una revisión por la que se infiltra la tendencia a fortalecer la potestad del Estado frente a la libertad de sus integrantes. La idea de sustituir los derechos por los deberes y de subordinar la personalidad a la sociabilidad pugna por abrirse paso, en la seguridad de que como quería Comte el régimen social exige "que nadie tenga otro derecho que el de cumplir siempre su deber". No discutimos aquí si ello es derivación obligada de previas -- descomposiciones sociales, fruto natural de las reinantes injusticias sociales, desenvolvimiento natural de la dialéctica social o que. La organización social, basada en el Derecho, está supeditada, como hemos visto, a la efectiva voluntad de los pueblos. Son éstos, en definitiva, los que según sus normas y principios, habrán de darse la clase de organización social que deseen. Ante la evolución de las ideas, el Derecho, no puede permanecer estático y tiene que acompañar necesariamente a esa voluntad de -- los pueblos a donde quiera que ésta se dirija. Para captarse esa voluntad popular es únicamente la fuerza de convicción de las diferentes ideologías la que tiene la palabra. Habrá que ver, en este terreno de convencimiento,

a cual corriente corresponde saturar la mentalidad colectiva, corrientes que, referidas a lo político don Angel Osorio, grosso modo,, sintetiza así: "una que aboga por el autoritarismo absorbente en provecho del gran capitalismo amenazado; otro que lo pide para implantar el comunismo; y otro que, frente a ambos extremismos, continúa defendiendo la libertad política del siglo XIX, aunque no la libertad económica de la escuela manchesteriana" ("El Mundo que yo deseo").

Con toda razón se ha dicho que en el problema del Derecho Natural va implícita una cuestión profundamente política. Aquellos que sostienen la idea de un Derecho Natural reprochan a sus adversarios el patrocinio de regimenes totalitarios. En efecto, despojando al Estado de todo freno y de toda limitación, le dejan el campo abierto para que conduzca su potestad por los caminos que su voluntad le indique. Despojándose de toda idea Jusnaturalista, se dice: quedan justificados todos los totalitarismos. - Esto lo han visto claro aún aquellos filósofos que parecían estar totalmente seguros sobre sus ideas antijusnaturalistas. Entre otros, Radbruch, - después de apreciar los excesos a que llegaba el nacional socialismo convirtiendo en legítimas y legales las mayores atrocidades, cambia, con gesto emotivo, su opinión. El atropello legal, la injusticia legal, la vesania legal, no es raro que aparezcan cuando no se limitan las facultades legislativas del Estado. Y pensar en ello no es exceso de imaginación. - Es simplemente recordar lo que la Historia fértilmente, enseña. Nacional-Socialismo, Fascismo, tantos ismos que no traen a la memoria, ciertamente, recuerdos plenos de democracia y libertad. "Cuando los teorizantes autoritarios proclaman que el Estado es superior al hombre y que no pueden admitirse nada fuera del Estado, incurren en el más cruel desvarío. Dice otra vez don Angel Osorio y Gallardo - El Estado totalitario y omnipotente podría mandar: "los árboles serán talados antes de florecer, las minas serán anegadas, los animales domésticos serán sacrificados y los feroces puestos en libertad, los hombres no podrán amar, queda prohibido asociarse para explotar una cantera, no se permiten mas vuelos que los de aparatos sin motor, el hombre no podrá trasladar al papel su pensamiento, queda permitida la caza de seres humanos" y otra porción de anormidades por el estilo. Cosas de locos verdad? pues esa es, en puridad la doctrina totalita--

ria. El Estado lo puede todo. Frente al Estado nadie puede nada. Si creen lícito invadir a naciones pacíficas sin declaración de guerra, prohibir la expresión del pensamiento, sacrificar a los judíos, negar la libertad de conciencia, matar por millares seres indefensos, vedar las actividades políticas, limitar el ámbito del amor por razas o nacionalidades, etc. Qué mayor importancia pueden tener las otras atrocidades que he puesto por ejemplo?

\* Y por otro lado a los Jusnaturalistas se le reprocha el estar defendiendo los derechos de las castas privilegiadas, sus derechos subjetivos, el egoísmo de la persona humana, etc. ideas que no pueden prevalecer ante las necesidades de toda la sociedad desde luego que no hay nada que sea connatural al individuo. Hasta se dice, finalmente, que es preferible un totalitarismo que ofrezca pan, vivienda, salud, etc. a una democracia plena de conceptos y hueca de justicia social. \* Nosotros hemos sostenido en el anterior capítulo que no se puede dejar al Estado la facultad omnipotente de crear el Derecho. Ciertamente, no nos hemos basado en el dualismo normativo clásico para negar esa facultad, pero sí hemos hecho presente la existencia de principios y normas que viven en la colectividad, de eficacia indiscutible, que deben en todo momento ser la pauta y guía de la legislación del Estado, cuando no el freno de los abusos cometidos. Las ideas religiosas, las ideas morales, la tradición propia de los diferentes pueblos, sus condiciones ambientales y sobre todo los principios que alienan en su existencia y las normas que consideran como debidas señalan y marcan - o deben señalar y marcar - los límites de la legislación reconocida por el Estado. Esos principios y normas no son, como pudiera creerse demasiado abstractos para imponer su respeto: Son tan claros que ya lo menos visto - su violación excesiva y sistemática es la que a la larga conduce a los pueblos a los movimientos subversivos, y solo una prolongada y acentuada labor de adoctrinamiento puede, irlos gradualmente modificando. Mientras, en un momento determinado, ellos se hacen presentes y ponen en evidencia a los regímenes que atentan contra ellos.

Como corroboración, de que hay principios y normas en las colectividades que inevitablemente orientan la potestad del Estado, digamos que en este momento, y dentro del marco de la cultura occidental, todo desvío de --

ellos provocaría la más inmediata reacción defensiva. Aparte de las ideas morales y religiosas hay también ideas políticas que obligan a su respeto y representan los ideales de la mentalidad común.

América particularmente no puede despojarse de su realidad histórica, su hondo apego por la libertad y su anhelo de justicia. Entre otras, el Derecho americano está limitado por esas fronteras. Atestigua lo anterior el anhelo claramente manifestado por todos los medios. La libertad, en todas sus manifestaciones políticas como la de prensa, asociación, conciencia etc. actualizan inevitablemente y hacen valederos muchos de los principios conocidos como "derechos del hombre" asegurados en la carta del Atlántico y Bogotá y proclamados a lo largo del Continente en cada una de las oportunidades en que son amenazados, y provocando, cada vez que son vulnerados, la repulsa continental. La ruta de la vida americana, acentuando los perfiles jurídicos necesarios para el logro de una verdadera justicia social, no puede hacer a un lado la libertad. Justicia y libertad, parece ser afortunadamente la base de la mentalidad que va tomando más cuerpo a lo largo de todo el continente y en las cartas de principios de los partidos más acreditados no falta, junto a la proclamación de la necesidad del pan, la elevación de la idea de la dignidad humana por medio de la libertad. Justicia y Libertad: he aquí un binomio difícil en síntesis prometedora. Y. Qué fácil resulta invocarlo! Como si no estuviéramos presenciando que por acentuar la invocación solo a cada uno de sus términos el mundo actual asiste a la sorda gestación de un cataclismo! De las dos filosofías y culturas que se disputan, inconciliablemente, la hegemonía del mundo, a alguien, sin embargo, corresponderá recoger los restos o los frutos del encono. Y en lontananza parece dibujarse, para satisfacción de la dialéctica, la tríade infaltable, indicando que en América, llamada con razón "el continente de la esperanza" habrá de hacerse realidad la conjugación cabal y equilibrada de la justicia con la libertad. Solo que para la llegada de ese entonces, todo parece indicar que va a ser todavía necesario asistir a muchos días de tirantez, de zozobra, de violencia, de quemante ansiedad. Claro, esperar el feliz advenimiento de ese parto reclama soportar los dolores de su alumbramiento.

## PALABRAS FINALES.

Guiados únicamente por nuestra indestructible curiosidad, nos hemos referido, ligeramente, a un problema en el que se debaten los mejores pensadores de la humanidad.

La idea del Derecho, el optimismo que alentamos hacia él; la interrogante de su justificación, sin embargo, nos han impulsado a meditar públicamente sobre algo que en privado ha perturbado continuamente nuestra tranquilidad a lo largo de toda nuestra carrera universitaria.

En realidad, bien sabemos que no hay un solo estudiante de Derecho que deje de plantearse estas interrogantes desde el momento mismo de valorar la disciplina que por vocación ha escogido, cuando no quiera ver en ella únicamente el medio, más o menos aprovechable habilidosamente, de dirigir litigios, dirimir disputas y deshacer embrollos "con ojo clínico".

Una forma de ganar tranquilidad es, por supuesto, dejar de lado esas cuestiones y olvidarse de esas interrogantes aunque palpiten, inevitablemente, en nuestro interior. No hemos adoptado ese camino.

Al examinar la idea del Derecho Natural hemos tratado de liberarnos de todo prejuicio en la seguridad de que la búsqueda de la verdad nos pide el precio de no reparar en consecuencias.

Sobre esa base, y con la ayuda de nuestro solo razonamiento - olvidándonos tal vez demasiado del mundo de las intuiciones, de que nos habla Bergson, mediante las cuales se percibe a veces la presencia de lo absoluto - hemos aceptado o rechazado lo que a nuestro juicio satisface, o no, de las diferentes corrientes del pensamiento.

No podría decir en este momento, - lo digo con toda honradez - que tengo ya la mirada totalmente despejada. No se cortan de tajo, no se pueden cortar, aunque se quiera, las inquietudes propias de lo humano que provocan la meditación, y, en tal sentido, me complace reconocer que, por sobre el cumplimiento del requisito académico de presentar una tesis, he contraído, para conmigo mismo, el compromiso de profundizar sobre mis propias convicciones.